per la storia
del pensiero
giuridico
moderno

39

2010

QUADERNI FIORENTINI

MVLTA PAVCIS AG
GIUFFRÈ EDITORE

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

39

(2010)

MVLTA PAVCIS AG GIUFFRÈ EDITORE

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

PIETRO COSTA

PAGINA INTRODUTTIVA

Il volume 39° dei Quaderni, a carattere miscellaneo, è organizzato secondo la tradizionale scansione in 'sezioni'. La prima sezione ("Modelli e dimensioni"), dedicata all'intreccio fra il 'giuridico' e il 'non giuridico', si apre con un saggio di Bartolomé Clavero, che muovendosi sul terreno di confine fra teologia, filosofia e diritto, è in grado di delineare una vera e propria 'archeologia' del concetto di persona, indicando le confluenze e le differenze fra persona e individuo e ricostruendo le complesse vicissitudini del moderno 'soggetto di diritti'. Ed è ancora l'individuo moderno, con le sue tensioni e le sue contraddizioni, il protagonista del saggio di Mariavittoria Catanzariti, che si sofferma su due autori determinanti per la messa a punto della 'libertà dei moderni' — Constant e Kant — e mette a fuoco il nesso problematico fra pratiche e principî, fra potere e verità.

La seconda sezione (intitolata alla "dimensione giuridica") si apre con un saggio di Maurizio Fioravanti, che mette a confronto due diversi 'saperi' (la storia del diritto e la sociologia politica) e si interroga sui loro diversi apporti alla comprensione della genesi e della morfologia dello Stato moderno. E di Stato moderno nelle sue prime, aurorali manifestazioni parla anche Alejandro Martínez Dhier, che ricostruisce la condizione dei 'gitani' nella Spagna dell'assolutismo prendendo in esame le strategie di governo adottate nei regni di Castiglia e di Aragona.

Sono invece dedicati all'Otto-Novecento tutti gli altri saggi compresi nella sezione. È alla cultura giuridica ottocentesca nel suo complesso che guardano i saggi di António Manuel Hespanha e di Luigi Lacché. Sono diversi i contesti di riferimento (rispettivamente, il Portogallo e l'Italia della restaurazione) ed è diverso lo strumen-

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

tario euristico adottato, ma è comune l'esigenza di andare oltre l'analisi degli istituti e degli autori per cogliere le strutture soggiacenti, le argomentazioni condivise, insomma gli elementi che rendono, nel suo complesso, coerente ed unitaria una determinata formazione culturale e ne determinano le modalità di funzionamento.

António Hespanha percorre la via, ancora pionieristica e scarsamente frequentata nell'ambito degli studi storico-giuridici, dell'‘analisi del contenuto', offrendo un esempio eloquente della possibilità di trarre da una mole rilevante di dati ‘quantitativi' ipotesi interpretative tanto fondate quanto suggestive. Luigi Lacché si muove sul terreno dell'interpretazione storico-teorica e combinando sapientemente elementi diacronici e sincronici (le tradizioni ‘indigene', quali il vichismo, non meno della comparazione fra diverse ‘culture nazionali') riesce a indicare gli elementi caratterizzanti (il ‘canone') di una cultura — la cultura della restaurazione — sempre a rischio di essere schiacciata fra il ‘non più' della rivoluzione e il ‘non ancora' dello Stato nazionale.

Scendono sul terreno dell'analisi ravvicinata del giuridico i saggi successivi, mantenendo però al contempo una spiccata predilezione a saggiare istituti e temi ‘di frontiera'. Maria Cristina Barbieri studia il reato di riduzione in schiavitù entro un contesto — gli ordinamenti giuridici dell'Europa liberale — che, per un verso, sembra essersi lasciato alle spalle gli antichi schemi, ma per un altro verso è costretto a confrontarsi con le sempre risorgenti minacce all'autonomia del soggetto e con la difficoltà di mettere a punto risposte giuridicamente soddisfacenti. Ferdinando Mazzarella affronta un tema completamente diverso — il tema dell'impresa fra Otto e Novecento — e tuttavia anche in questo caso emerge una vivace dialettica fra ‘forma' e ‘sostanza', fra gli schemi giuridici tradizionalmente consolidati e le impetuose trasformazioni sociali che reclamano l'invenzione di nuovi strumenti e di nuovi metodi.

Interamente ‘novecentisti' sono i saggi successivi. In realtà il primo di essi, il saggio di Giancarlo Vallone, ha, sì, a che fare con il Novecento, e in particolare con la cultura tedesca della prima metà del secolo, ma al contempo provoca un affascinante corto circuito con la società medievale mettendo a confronto le immagini che di

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

essa ci comunicano due protagonisti della cultura storiografica e giuridica del periodo: Brunner e Schmitt.

Restiamo in Germania con il saggio di Riccardo Cavallo, che richiama l'attenzione su un personaggio di grande rilievo nella Germania della prima metà del Novecento — Hermann Heller — e ne mette in luce la capacità di privilegiare la dimensione decisionistica e potestativa della sovranità (contro la dissoluzione kelseniana della statualità) senza per questo coltivare una visione schmittiana della democrazia. Guardiamo invece all'Italia con il saggio di Federico Lucarini, che si sofferma sulle tormentate vicende dell'organizzazione del comune italiano intrecciando proficuamente i due piani (non sempre valorizzati paritariamente) delle forme istituzionali e della letteratura politico-giuridica.

Arriviamo ai nostri giorni con i saggi che concludono la sezione: il saggio di Paolo Grossi ricostruisce le grandi direttrici della civilistica del Novecento per interrogarsi sulle prospettive future della disciplina, mentre Andrea Pin studia i recenti sviluppi dell'ordine giuridico europeo alla luce della filosofia kantiana e un Maestro della giuslavoristica — Umberto Romagnoli — riflette sullo Statuto dei lavoratori nell'odierna società post-industriale, ormai lontana dall'Italia degli anni Settanta.

Ancora due Maestri dell'attuale cultura giuridica sono i protagonisti della terza sezione del Quaderno ("Figure dell'esperienza"): Sabino Cassese, che ci offre un'appassionante autobiografia intellettuale, e Paolo Grossi, che, in occasione della sua nomina a giudice della Corte costituzionale, trova in Carlos Petit e in Gustavo Zagrebelsky due commentatori acuti e partecipi della sua riflessione.

Per quanto riguarda la parte conclusiva del Quaderno — dedicata alle 'letture' di opere recenti — conviene segnalare alcuni elementi di novità. Alle consuete letture si affiancano 'sezioni' (in questo 'Quaderno' le sezioni "Fascismo e diritto", a cura di Irene Stolzi e "Profili di giuristi" a cura di Massimiliano Gregorio) che riuniscono recensioni di libri tematicamente omogenei.

Continua e si avvale di contributi importanti la consueta sezione "A proposito di...", dove una o più opere vengono assunte come stimolo per considerazioni di carattere generale: Italo Birocchi e Dario Ippolito riflettono sull'illuminismo napoletano e su due suoi grandi protagonisti (Pagano e Filangieri), Giovanni Furgiuele di-

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

scute dei sempre risorgenti problemi dell'interpretazione giuridica, Paolo Grossi presenta il problema della codificazione canonistica e Sebastián Martín sviluppa un'impegnativa analisi dello 'stato di eccezione', in una sorta di prosecuzione ideale del tema affrontato dal nostro precedente 'Quaderno', dedicato ai 'diritti dei nemici'.

A questa tradizionale sezione della nostra rivista fanno seguito due sezioni nuove. La prima di esse si intitola "Discussioni" e si offre come occasione di un vero e proprio dibattito fra il recensore o i recensori di un libro e il suo autore (o curatore). È quanto avviene, in questo 'Quaderno', fra Corrado Malandrino (curatore dell'edizione della *Politica* althusiana), Diego Quaglioni e Merio Scattola; fra Patrizia Pederzoli (autrice di un lavoro sulla Corte costituzionale) e Giovanni Bisogni; fra Ignacio Fernández Sarasola (autore di un libro sulla storia dei partiti politici nella cultura politico-giuridica spagnola) e Sebastián Martín; e infine fra James Q. Whitman (autore di un libro sul problema del 'ragionevole dubbio' nella storia del diritto penale) e Arno dal Ri Jr., Renzo Orlandi e Michele Pifferi.

Il 'Quaderno' si conclude con la sezione "Testimonianze", dedicata alla rievocazione del pensiero di Maestri scomparsi: Gino Giugni, ricordato da Umberto Romagnoli, Giovanni Nencioni e Riccardo Orestano, commemorati da Paolo Grossi.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Modelli e dimensioni

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

BARTOLOMÉ CLAVERO

LA MÁSCARA DE BOECIO: ANTROPOLOGÍAS DEL SUJETO ENTRE PERSONA E INDIVIDUO, TEOLOGÍA Y DERECHO

> [R]eperta personae est definitio: naturae rationabilis indiuidua substantia.
> A.M.S. Boethius, c. 515

> Persona est is qui suo vel alieno nomine res agit: si suo, persona propria sive naturalis est; si alieno, persona est ejus, cujus nomine agit, repraesentativa.
> Thomas Hobbes, 1668

> Person, s[ubstantive] a man or woman. Personal, a[djective] proper to him or her. Personality, s[ubstantive] the individuality of any one.
> William Perry, 1775

1. Persona e individuo. — 2. Persona como hipóstasis teológica y como categoría social. — 3. Persona como entidad humana. — 4. Persona como capacidad jurídica. — 5. Persona como capacidad jurídica e individuo como entidad humana. — 6. Equivalencia duplicada entre persona e individuo. — 7. Máscara de Boecio, rostro de Hobbes, faz de Blackstone, semblante humano.

1. *Persona e individuo.*

El lugar es Madrid; el año, 1611; el acontecimiento, la publicación del *Tesoro de la Lengua Castellana o Española* de Sebastián de Covarruvias y Orozco. Entre las joyas de este tesoro figura la definición de la voz *Persona*: « según los filósofos *persona est naturae rationalis indiuidua substantia* », entidad indivisible de naturaleza racional, podemos traducir, dicho así en latín como fórmula conocida. Es una acepción que se presenta como filosófica no seguida además de ninguna otra como tal definición a efectos distintos a los

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

de la filosofía. Jurídica no se ofrece. ¿Qué contiene esa definición de *persona*? ¿Sólo filosofía? ¿No interesa de verdad al derecho? (1).

Nuevo lugar, Edimburgo; año, 1775; acontecimiento, la aparición de *The Royal Standard English Dictionary* de William Perry. *Person*, persona, se define de un modo bastante más sencillo: « a man or woman », el hombre o la mujer, el sujeto humano. Hay un sinónimo, *individual*, individuo: « every single person », cada sujeto humano, pero el mismo diccionario no emplea nunca este segundo término, *individual*, sino siempre el primero, *person*, para el sustantivo que identifica al sujeto; sólo como adjetivo, significando *particular*, hace uso de *individual*, lo individual. En todo caso, *Individuality*, individualidad, equivale a *personality*, personalidad, la distinción de cada cual en particular (2). ¿Por qué dos palabras, *person* e *individual*, y sus derivados para el mismo concepto con tal desigualdad además de empleo? ¿Era cuestión de filosofía? ¿O tiene todo esto más bien algo, o quizás mucho, que ver con el derecho? ¿Y con qué implicaciones en su caso a unos efectos jurídicos?

Baste con estos testimonios e interrogantes de partida. No van a introducir en una historia de la categoría de *persona*, sino en una reflexión sobre los momentos históricos en los que ese concepto fue objeto de polémica creativa o en los que el mismo se hizo con la compañía de la noción de *individuo* afectándose igualmente a su significado y alcance. Son los momentos en los que se encierran las claves antropológicas de la categoría pretérita de sujeto de derecho entre las lenguas de matriz europea occidental hoy predominantes o vehiculares para buena parte de la humanidad. La referencia a antropología se hace por marcar ya de entrada la diferencia de la cultura histórica cuyos momentos significativos en relación a *persona* vamos a contemplar. Si la referencia se hiciera a historia, se daría una

(1) El *Tesoro de la Lengua Castellana o Española* se tiene disponible en línea, en la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes: http://www.cervantesvirtual.com. Visito los sitios web citados, para un último control, a finales de 2009. Agradezco a Laura Beck Varela y a Jesús Vallejo lectura y sugerencias.

(2) *The Royal Standard English Dictionary* se tiene también en libre acceso a golpe de tecla; en *Google Books* (http://books.google.com) se ofrece la edición americana, bostoniana, de 1800.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

idea errada de génesis del presente (3). La razón de que el subtítulo rece *antropologías* en plural se comprenderá mejor al final.

2. *Persona como hipóstasis teológica y como categoría social.*

El primer momento histórico de debate productivo sobre *persona* es el que produjera la definición registrada por el referido *Tesoro de la Lengua* del siglo XVII: « Persona est naturae rationalis indiuidua substantia ». « Según los filósofos », decía de esta definición tal *Tesoro*. Fue obra en efecto de un filósofo, bien que de un filósofo metido a teólogo. La cuestión de la *persona* como objeto de controversia de lo que fue en principio es de teología y sin más implicaciones aparentes que las teológicas.

Teológico es en efecto el contexto en el que se produjo la definición que al cabo del tiempo repetiría, tras innúmeras repeticiones por medio, tal *Tesoro de la Lengua Castellana*. Se trata de definición sabidamente antigua, tan sabidamente antigua en aquel ayer, en el siglo XVII, como lo es hoy. Entonces, un diccionario ni siquiera hacía falta que registrase la fuente para que la procedencia constase. En origen la definición la produjo Boecio, un escrito de Anicius Manlius Severinus Boethius de principios del siglo VI, de entre mediados y las postrimerías de su segunda década más en concreto (4).

---

(3) B. Clavero, *Antidora: Antropología católica de la economía moderna*, Milán, Giuffrè, 1991. Regreso con estas páginas a estudios propios que iré ulteriormente registrando. La motivación para volver sobre el asunto de la *persona* me la infundió la participación, con una ponencia sobre *Tener persona: Identidades barrocas entre teología y derecho*, en el seminario *Identities and Baroque Constitution in the Hispanic Transatlantic World*, Department of Hispanic Studies, McGill University, celebrado en Montreal, Quebec, Canadá, los días 25 y 26 de septiembre de 2008 bajo la dirección de Jesús Pérez Magallón o, dicho de forma más precisa, el diálogo desarrollado en la ocasión sobre el sujeto barroco con colegas de estudios literarios, culturales, historiográficos y antropológicos, no con juristas.

(4) Para edición en curso de la obra teológica de Boecio cuidadosamente introducida y anotada, a doble texto, el canónico latino (según la edición de Claudio Moreschini, 2000) y en traducción al francés, Alain Galonnier (ed.), Boèce, *Opuscula Sacra*, vol. I, Lovaina y París, Peeters, 2007. En este primer volumen no se incluye todavía el opúsculo que nos va esencialmente a interesar, *De Persona et Duabus Naturis contra Eutychen et Nestorium*. El título de *Opuscula Sacra* proviene de Renatus Vallinus, su

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Se contiene la definición en un pasaje del escrito de Boecio *De Persona et Duabus Naturis* dirigido *contra Eutychen et Nestorium*, de esta reflexión suya tocante a la entidad de Cristo como hombre y como dios a un tiempo. Boecio le atribuía una única *persona* de dos naturalezas frente a la doble entidad, divina y humana, predicada por Nestorio, patriarca de Bizancio (la actual Estambul, Turquía, por supuesto), y frente también a la fusión de las dos naturalezas en una sola que propugnaba Eutico, archimandrita en la misma sede metropolitana. He aquí el pasaje clave de Boecio (5):

> « Quocirca si persona in solis substantiis est atque in his rationabilibus substantiaque omnis natura est nec in uniuersalibus sed in indiuiduis constat, reperta personae est definitio: naturae rationabilis indiuidua substantia. [...] Hoc interim constet quod inter naturam personamque differre praediximus, quoniam natura est cuiuslibet substantiae specificata proprietas, persona uero rationabilis naturae indiuidua substantia ».

« Si la persona consiste solamente en sustancias capaces de razón y si la naturaleza es sustancia, una sustancia existente en singularidades y no en universalidades, entonces tenemos la definición de persona: la sustancia indivisible de naturaleza capaz de razón [...]. Mientras tanto (que la Iglesia no lo determine mejor) convengamos en que la distinción entre naturaleza y persona responde a lo que digo: la naturaleza es la propiedad específica de cualquier

---

primer editor a imprenta (1656). Para la autoría, que ha podido ponerse en duda por el aparente contraste de fondo entre los escritos teológicos y el resto de la obra de Boecio (A. Galonnier, *Introduction Générale* a los *Opuscula Sacra*, vol. I, pp. 163-164), el mismo A. Galonnier (ed.), *Anecdoton Holderi ou Ordo Generis Cassiodororum: Éléments pour une étude de l'authenticité boécienne des 'Opuscula Sacra'*, Lovaina y Paris, Peeters, 1997, traduciendo y comentando la edición y comentario de Hermann Usener (ed.), *Anecdoton Holderi. Ein Beitrag zur Geschichte Roms in ostgothischer Zeit* (1877). *Anecdoton Holderi*, esto es *inédito de* (Alfred) *Holder*, quien lo descubriera y catalogara en 1907, es un fragmento de un *codex* del siglo noveno, pero cuyo contenido procede de tiempos y de medios muy cercanos a Boecio, con referencia a su obra: « Scripsit librum de Sancta Trinitate et capita quaedam dogmatica et librum contra Nestorium… », éste es el escrito que nos va a interesar. Con esto creo que queda justificado mi título, *La Máscara de Boecio*, primera entre el trío de máscaras que vamos a ver.

(5) Estoy ahora manejando la edición disponible en línea de los *Documenta Catholica Omnia* (http://www.documentacatholicaomnia.eu), que reproduce el texto de J.P. Migne (ed.), *Patrologia Latina*, vol. 64, *Manlii Severini Boetii Opera Omnia* (1847). Traducción al castellano, que no sigo, registro en la nota décima, pues es uno de los *Cinco Opúsculos Teológicos*, los *Opuscula Sacra* que ya sabemos.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

sustancia, y la persona, la entidad indivisible de naturaleza capaz de razón ». He aquí una fórmula con cierto tenor de improvisación y provisionalidad (*interim*, mientras tanto) que ha tenido un éxito espectacular de siglos. El *Tesoro de la Lengua Castellana* sólo es un indicio de la reiteración de la definición de Boecio letra por letra en un curso bien largo de tiempo. Es la definición canónica efectivamente durante siglos (6).

No sólo hay originalmente en la definición un cierto tenor de provisionalidad, sino también una cierta sensación de inseguridad. Tratando *De Sancta Trinitate*, de la trinidad en la que se incluye la persona una con naturaleza doble de Cristo, el vocabulario de Boecio se muestra vacilante (7). En *De Persona et Duabus Naturis* bien le consta que la noción de *persona* conveniente a efectos teológicos no responde a la idea que evocaba comúnmente la palabra latina y que además resultaba difícilmente extensible fuera de la determinación de naturaleza y persona que, según aquella teología, se reúnen en Cristo, hombre y a la vez una de las personas de una divinidad tenida por trinitaria:

> « Sed nos hac definitione eam quam Graeci hypostasin dicunt terminauimus. Nomen enim personae uidetur aliunde traductum, ex his scilicet personis quae in comoediis tragoediisque eos quorum interest homines repraesentabant ».

---

(6) Stanley J. GRENZ, *The Social God and the Relational Self: A Trinitarian Theology of the Imago Dei*, Louisville, Westminster John Knox, 2001, pp. 65-67: "The Advent of the Individual", centrando este advemiento del *individuo* en la obra de Boecio; pp. 66-67: « Of course, the concept of *individual* that lies at the heart of Boethius's definition of person [...] is not identical to the modern idea. Nevertheless, it opened the way for the development of its modern counterpart. [...Boethius] opened the door to the modern *inner self* as the seat of unique personal identity ». Esto precisamente del advenimiento del individuo por mérito de Boecio es lo que voy a comenzar por cuestionar en estas páginas. Charles TAYLOR, *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, recorre una prehistoria de Platón a Descartes pasando por Agustín, pero no por Boecio, y llegando a Locke, no a Blackstone como aquí haremos.

(7) Notas de A. GALONNIER a los *Opuscula Sacra*, vol. I, p. 281: el uso teológico del término *persona* por Boecio « manque de fermeté ». La literatura usual sobre la trinidad cristiana según Boecio o según al cabo, pues Boecio construía sobre sus bases, el credo del Concilio de Nicea (año 325), rehúye este tipo tan sintomático de evidencias filológicas. Citaré alguna muestra.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

« Con esta definición (entidad indivisible de naturaleza capaz de razón) estoy identificando lo que los griegos llaman *hipóstasis*. La palabra *persona* se sabe que tiene otro sentido, el de la máscaras que se calzan en las comedias y las tragedias para representar a los personajes », rostros artificiosos superpuestos sobre rostros genuinos (8). Con *persona* en el contexto teológico venía así a denominarse, no máscara ninguna, sino la hipóstasis específica, en el seno de un dios trinitario, de una doble naturaleza, la divina y la humana, en una sola *persona*, Cristo, el efecto que Nestorio y sus gentes estimaban imposible. Fuera del contexto teológico, si la persona pudiera singularizar, por igual lo haría entre seres humanos que entre animales. No había nada específica y exclusivamente humano en estas categorías (9).

En suma, el término de *persona* no tenía, como tampoco desde luego el de *hipóstasis*, connotación alguna para la singularización e identificación de los seres meramente humanos. El ser humano no podía ser teológicamente *persona*, entidad indivisible, pues se le consideraba compuesto de alma de procedencia divina y cuerpo de procedencia humana. Si alguna relación existía, no era con el ser humano mismo, sino con las *personae* o máscaras que se solían utilizar para la representación dramática o cómica de sus historias. Así era en el siglo sexto y así sería durante una buena serie de siglos. Por decirlo en unos

---

(8) Françoise FRONTISI-DUCROUX, *Du Masque au Visage. Aspects de l'identité en Grèce ancienne*, París, Flammarion, 1995, para la cuestión realmente muy tratada, por sus connotaciones antropológicas antes que religiosas y también que jurídicas, de la máscara entre el *prósopon* griego (πρόσωπον) y la *persona* latina. En derecho al menos, lo que es decir en el orden social, el transcurso desde la máscara hasta el rostro vamos a ver que tomará bastante más tiempo.

(9) Melchisedec TÖRÖNEN, *Union and Distinction in the Thought of St Maximus the Confessor*, Oxford, Oxford University Press, 2007, part II, "Trinity", particularmente su apartado "Can a Mouse be a Person?", reduciendo en forma radical el alcance antiguo del término *persona* frente a la carga anacrónica que a nuestras alturas arrastra, pp. 55-56: « The reason why doing so may seem difficult is because we tend to attach a number of attributes to the idea of *person*, and perhaps also because, when we speak of ourselves as *persons*, tampering with this term is like tampering with our very being ». Para el contraste de proyecciones tales, Axel TISSERAND, *Pars Theologica: Logique et Théologique chez Boèce*, París, J. Vrin, 2008, p. 11: « Là (en la conjugación entre razón y fe) se trouve, assurément, le fondement de la rencontre, qui se révélera primordiale, avec la *personne*: l'image christique du Fils de Dieu assumant la humaine nature se retrouve dans une raison théologique ou la *ratio humana* est comme transcendée ».

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

términos anacrónicos para entonces, *persona* no significaba ni podía significar *individuo* en el sentido de ser humano (10).

En los tiempos de Boecio, el término de *persona* con su acepción de máscara se había extendido a otros usos, unos usos que no resultaban controvertidos como lo fuera el teológico. Lo eran pacíficos a partir de dicho mismo significado teatral. Tal era precisamente el caso del derecho. La máscara de Boecio venía siendo también atavío para la presentación o representación jurídica. Al par de décadas del *Contra Nestorium* se compila en Bizancio el *Domini Nostri Sacratissimi Principis Iustiniani Codex*, el Código de Nuestro Señor Príncipe Sacratísimo Justiniano, el cual se inicia con la *Summa Trinitas*, con aquella trinidad divina. La figura de Cristo responde en el *Codex* a la versión de Boecio, al fin y al cabo la ortodoxa bizantina común a la romana que se venía concretando desde un concilio, el de Nicea (actual Iznik, Turquía), cerca de un par de siglos anterior al *Contra Euthychen et Nestorium*, aun sin hacer el *Codex* uso del término de *persona* ni para Cristo ni para los otros miembros de la trinidad (11). El debate sobre la persona de doble naturaleza, divina y humana, no remitió entonces, tras Justiniano, ni durante largo tiempo, aunque sólo fuera por la pujanza misma de la Iglesia

(10) En contra, con la posición más radical, por no decir que fundamentalista, Julio Picasso Muñoz (ed.), *Boecio: Cinco Opúsculos Teológicos (Opuscula Sacra)*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, en su *Introducción General*, p. 20: « La definición ontológica de persona elaborada por Boecio no sólo sirvió para profundizar el misterio de la Trinidad, sino también el del hombre »; a su lado, « ¡Cuán pobres quedan las actuales definiciones funcionalistas de la persona! ¡Y cuán peligrosas! ». Naturalmente, me dirijo a considerar la definición *funcionalista* y *peligrosa* de la *persona* en cuanto que ser humano como sujeto de derecho, lo que no está ciertamente ni por asomo en Boecio.

(11) *Domini Nostri Sacratissimi Principis Iustiniani Codex* (estoy consultando la edición en línea de Gerhard Köbler: http://www.koeblergerhard.de/Fontes/Codex534.htm), 1, 1, 2, 1: « Is autem nicaenae adsertor fidei et catholicae religionis verus cultor accipiendus est, qui omnipotentem deum et christum filium dei uno nomine confitetur, deum de deo, lumen ex lumine, qui spiritum sanctum, quem ex summo rerum parente speramus et accipimus, negando non violat, apud quem intemeratae fidei sensu viget incorruptae trinitatis indivisa substantia, quae graeco verbo ousia recte credentibus dicitur [...] ». En este primer título del *Codex*, "De Summa Trinitate et de Fide Catholica et ut nemo de ea publice contendere audeat", el único empleo del término *persona* es en el sentido de capacidad o dignidad que a continuación vemos (1, 1, 8, 37: « Praeterea, serenissime principum, laudamus legatorum vestrorum personas... »).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

nestoriana, lo que suele olvidarse (12). En el ámbito del cristianismo romano, la autoridad teológica de Boecio y de su definición de la *persona* se reforzaría por su santificación, aunque no del todo oficial, como San Severino (13).

En el campo del derecho, uno de los epígrafes del *Codex* bizantino, por lo demás nada novedoso a sus alturas, podía ser éste: « Qui legitimam personam in iudiciis habent vel non », quien tiene o no tiene *persona* conforme a derecho para actuar en sede judicial; quien puede y quien no puede calzarse legítimamente la máscara que da acceso a la justicia; quien tiene o no tiene capacidad al efecto. En la compilación bizantina, *De Personis* o *De Iure Personarum* es el grueso del primer libro de las *Institutiones* o los *Instituta*, los elementos básicos del derecho; *de personis* o *de iure personarum*, esto es, de las capacidades, no de los sujetos; del derecho sobre las primeras, no del derecho de los segundos. Se trata siempre de *habere personam*, de tenerse una determinada capacidad o una particular dignidad en estrecha consecuencia y cerrada conformidad con el orden imperante de jerarquías sociales o políticas (14).

---

(12) Philip Jenkins, *The Lost History of Christianity: Ten Thousand-Year Golden Age of the Church in the Middle East, Africa, and Asia - And How it Died*, Nueva York, HarperOne, 2008, muy útil como toque de atención frente a la cancelación de una historia no europea, con predominio de la iglesia nestoriana, en la habitual historiografía del cristianismo, aparte la tendencia del autor a responsabilizar a otras religiones, particularmente al Islam, tratándolas además como si fueran de calibre inferior.

(13) A. Galonnier, *Introduction Générale* a los *Opuscula Sacra*, vol. I, pp. 96-99, con culto centrado en la ciudad de Pavía por conservarse ahí sus restos, lo cual no resulta anecdótico porque la santificación del autor, aunque nunca se tratara de canonización formal, es lo que cristianizó definitivamente y mantuvo vivos unos escritos que sólo eran teológicos por su objeto o que, dicho de otra manera, no parece que fueran religiosos, sino filosóficos en la forma y políticos en el fondo. Boecio podría ulteriormente escribir su poco, si algo, cristiana *Consolatio Philosophiae*, cuya contradicción tan subrayada con los escritos teológicos sólo se produce de presumirse que éstos son religiosos, lo que no es el caso.

(14) Para la continuidad de este uso en el latín medieval, se tiene, por supuesto, disponible además en línea (http://www.uni-mannheim.de/mateo/camenaref/ducange.html) el *Glossarium ad Scriptores Mediae et Infimae Latinitatis* (1678) de Charles du Cange, bajo la voz *Persona*, con la primera acepción bien significativa de *Dignitas*, la condición de dignidad, y con otras no menos elocuentes en la antípoda del espectro social de entonces: "Servi personam legibus non habent", los esclavos no tienen persona para el derecho. La compilación bizantina no se incluye en este magno banco de datos.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Jurídicamente la persona es entonces algo que se posee, no que se sea. Persona es tener, no ser. La persona se inviste y se desviste, justo como la máscara. Así será durante siglos también en el campo del derecho. Para el mismo nadie era persona y cada cual podía tenerla o no tenerla, no tenerla incluso en absoluto por razón de esclavitud. Esclavo o esclava es quien no tiene persona alguna. Quienes la tienen son libres, pero conforme a una diversidad de capacidades, esto es de pluralidad de personas, que concurren y se jerarquizan, muchas en términos de libertad, pero libertad extremamente condicionada en todo caso por la posición y condición social (15).

3. *Persona como entidad humana.*

Regresemos al siglo XVII. Vayamos a la Inglaterra de los mediados de esta centuria, cuando Thomas Hobbes da a los tórculos su *Leviathan or the Matter, Forme, and Power of a Common Wealth, Ecclesiasticall and Civil*, « Leviatán o Materia, Forma y Poder de la Cosa Pública Eclesiástica y Civil », libro escrito durante la década de los cuarenta, años de estancia en el exterior guardando distancias de la guerra civil y reflexionando sobre ella. *Leviathan* es producto sabido de su reflexión sobre la ruptura sangrienta del orden en Inglaterra. Ahí se gesta la problemática específicamente jurídica sobre la *persona* como sujeto de derecho significando ser humano (16).

La cita del epígrafe del *Codex* pertenece al título sexto del libro tercero; para localizar y compulsar los centenares de veces en los que hace uso del término *persona* he aplicado el buscador a la edición en línea del sitio ya citado de Gerhard Köbler (http://www.koeblergerhard.de/Fontes/Codex534.htm).

(15) B. Clavero, *Almas y Cuerpos: Sujetos del Derecho en la Edad Moderna*, en *Studi in Memoria di Giovanni Tarello*, Milán, Giuffrè, 1990, vol. I, pp. 153-171; *Antidora: Antropología católica de la economía moderna*, capítulo quinto, epígrafe quinto, « Otras inexistencias, del individuo como de la economía ».

(16) Para el medio donde se gestan sus nociones, en el que venía ya forjándose una idea de *individualidad*, que diríamos hoy, a unos efectos filosóficos sin trasposición todavía jurídica, Richard Tuck, *Philosophy and Government, 1572-1651*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993. En cualquier caso, la noción precisa del ser humano como entidad unitaria, sin separación entre alma y cuerpo o entre lo anímico y lo físico, que prestará consistencia al nuevo concepto de *persona*, el que ahora veremos plantearse, es subsecuente a Hobbes, no previa: Sylvana Tomaselli, *The First Person: Descartes, Locke and Mind-Body Dualism*, en *History of Science*, 22-2, 1984, pp. 185-205.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Hasta Hobbes, *persona* es pacíficamente, sin especiales problemas fuera del ámbito religioso, máscara, representación teatral o, en análogo sentido, jurídica. Su problemática, pues la había, era teológica y prácticamente irreductible entre iglesias cristianas de muy diversas latitudes. Jurídica la trae Hobbes a la latitud de Europa occidental. De su *Leviathan* nos interesa sólo lo tocante a la *persona*, que lo hay y novedoso. Vayamos entonces a su parte primera, *Of Man*, *De Homine*, « Del Hombre », o más bien « De la Humanidad » o « De la Condición Humana », pues el ser humano en singular sólo comparece en dicho capítulo final, no al inicio, haciéndolo a efectos jurídicos, en lo que tenemos la novedad. Acudamos en dicha primera parte a su capítulo décimo sexto y último, *Of Persons, Authors, and Things Personated*, *De Personis et Authoribus*, « De las Personas y los Autores », que así es como arranca (17):

> « A person, is he whose words or actions are considered, either as his own, or as representing the words or actions of an other man, or of any other thing to whom they are attributed, whether Truly or by Fiction. When they are considered as his owne, then is he called a Naturall Person: And when they are considered as representing the words and actions of an other, then is he a Feigned or Artificiall person ».
>
> « Persona est is qui suo vel alieno nomine res agit: si suo, persona propria sive naturalis est; si alieno, persona est ejus, cujus nomine agit, repraesentativa ».

« Persona es aquel cuyas palabras o acciones son tomadas en consideración, ya sea en cuanto suyas, ya sea representando las palabras o acciones de otro hombre o de cualquier cosa a la que se atribuyan, verídicamente o mediante ficción. Cuando se les considera como suyas, se le denomina persona natural. Cuando se le

(17) Estoy manejando para la versión original, la inglesa, la edición en línea del Proyecto Gutenberg (http://www.gutenberg.org). La edición de William Molesworth, *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury* (1839-1845), se tiene escaneada en la *Online Library of Liberty* (http://oll.libertyfund.org). *Leviathan* se encuentra en el volumen tercero. La del mismo editor, *Thomae Hobbes Malmesburiensis Opera Philosophica quae Latine Scripsit Omnia* (1839-1845), no se tiene en acceso libre, pero se incluye escaneada en la colección venal en línea *The Making of Modern Law: Legal Treatises, 1800-1926*. La versión latina del *Leviathan*, de la que hay dudas sobre si fue por entero de mano de Hobbes pero que en cualquier caso él autorizó, también se encuentra en su volumen tercero. El capítulo *Of Persons* no aparece en ninguno de los escritos jurídicos de Hobbes precursores del *Leviathan*.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

considera en representación de palabras y acciones ajenas, entonces es una persona fingida o artificial ». La novedad radica en el mismísimo arranque: *la persona es aquel quien o cuyas…*, aquel a quien o de quien, un ser humano individualizable. Tal es la *persona propia y natural*, la persona verdadera, diga lo que diga la teología y dijera también lo que dijera el derecho establecido.

Ahí tenemos el ser humano como *persona* para el mundo del derecho. Ahí tenemos también la máscara, la misma máscara aparentemente de Boecio y de tantos que, antes y después, se han referido al significado teatral de la palabra. O ya no es exactamente la mismísima máscara. La misma figura metafórica es otra. La máscara ya no es careta que tapa la cara. Sólo por evocarse a continuación de la nueva definición de persona, sólo por esto, resultaría ahora de rostro humano. Y así es en efecto:

> « The word Person is latine: instead whereof the Greeks have Prosopon, which signifies the Face, as Persona in latine signifies the Disguise, or Outward Appearance of a man, counterfeited on the Stage; and somtimes more particularly that part of it, which disguiseth the face, as a Mask or Visard: And from the Stage, hath been translated to any Representer of speech and action, as well in Tribunalls, as Theaters. So that a Person, is the same that an Actor is, both on the Stage and in common Conversation; and to Personate, is to Act, or Represent himselfe, or an other; and he that acteth another, is said to beare his Person, or act in his name (in which sence Cicero useth it where he saies, "Unus Sustineo Tres Personas; Mei, Adversarii, et Judicis, I beare three Persons; my own, my Adversaries, and the Judges") ».

Me permito resumir algo la traducción de este párrafo: « Persona es latín para significar lo que los griegos llaman *prósopon*, que significa el rostro, mientras que persona significa la máscara, el disfraz o el maquillaje del teatro, de donde pasó a utilizarse para quien representa en los tribunales igual que se representa en los escenarios. Así que una persona es lo mismo que un actor, y personificar es accionar o representar en derecho. Cicerón adoptó este uso al decir que *siendo uno puedo portar tres personas, a mí mismo, a mis adversarios y a los jueces* ». En suma, el rostro humano, *the face*, representa el sentido genuino (18). La máscara ya no es

(18) Sobre *persona* se ha proyectado luego el sentido más humano a todos los efectos oscureciéndose su historia, pero efectivamente, como Hobbes asume, el término griego *prósopon* (πρόσωπον) hubo de tener, aunque sólo fuera por sus raíces etimoló-

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

careta que oculte las verdaderas facciones para representar una faz distinta. Una trinidad también comparece en este contexto, pero tampoco es la de Boecio y del Sacratísimo Príncipe Justiniano. Lo es de personas humanas concurriendo y representándose en diversas posiciones por el mundo del derecho (19).

Para precisar bien su concepto de persona, Hobbes aborda la cuestión de la hipóstasis que teológicamente se le vinculaba. No lo hace en el capítulo *Of Persons*, etc., sino en otro *Of Darkness from Vain Philosophy, and Vain Traditions*, sobre las tinieblas de la filosofía y las tradiciones vanas, que es el vigésimo sexto, perteneciente a la parte cuarta y última, *Of the Kingdom of Darkness*, sobre el reino de las tinieblas. Vincula Hobbes el término griego *hypostases* con el latino *substantia* para desvincularlo de *persona*. Y reafirma el concepto de *person*, el suyo de persona identificado con *man*, hombre, « a living body », algo que es o existe de por sí:

> When we say, a Man, is, a living Body, we mean not that the Man is one thing, the Living Body another, and the Is, or Beeing a third; but that the Man, and the Living Body, is the same thing: because the Consequence, if hee bee a Man, hee is a living Body, is a true Consequence, signified by that word Is.

« Al decirse que un hombre es un cuerpo vivo, no se dice que el hombre es una cosa, el cuerpo vivo otra, y el verbo copulativo la tercera, sino que el hombre y el cuerpo vivo son la misma cosa, con la verdadera relación que se significa por el verbo *ser* ». Hobbes tuvo que juzgar importante el distanciamiento de la teología de la persona

---

gicas, un significado de rostro antes que de careta; denota lo que rodea los ojos con antelación a aquello que se coloca delante de ellos: A. David Napier, *Masks, Transformation, and Paradox*, Berkeley y Los Angeles, University of California Press, 1986, p. 8. *Persona* significó en principio, como Boecio asumiera y Hobbes entendiera, más netamente cara humana.

(19) La portada del *Leviathan*, obra de Abraham Bosse, es lo suficientemente famosa para que no haya de describírsele a quien vaya a leer estas páginas. Pues bien, la figura gigante del Estado-Iglesia compuesta por unas trescientas figuritas humanas presenta variantes en un ejemplar especial, para regalar al monarca, el que se registra en Patricia Springborg (ed.), *The Cambridge Companion to Hobbes's Leviathan*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 502. Al contrario que en las ediciones impresas, dichas figuritas, las humanas, están de frente mostrando sus rostros, todos y cada uno distintos o, diríamos hoy, bien personalizados. Personalmente no puedo acreditarlo pues no lo he visto.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

para sentarse el derecho de la persona pues aprovecha la edición latina del *Leviathan* para añadir un largo apéndice *De Symbolo Niceno*, sobre el Credo de Nicea, aquel credo trinitario del concilio bizantino celebrado en esta ciudad cerca de un par de siglos antes de que Boecio emprendiera su defensa con su escrito *contra Eutychen et Nestorium*. La clave de la diferencia categórica entre persona teológica y persona jurídica se dilucidaba todavía mediante discusiones que habían de moverse entre ambos campos a fin de conseguir identificar a la segunda, a la persona de derecho, en forma humana. Del Credo de Nicea también hubo de ocuparse Hobbes (20).

En cuanto a los términos jurídicos y su significado, Hobbes cambiaba su sentido no según su capricho o por olfato, sino conforme a los requerimientos de un orden jurídico que se basase, antes que en la religión que venía ensangrentando a Europa, en la humanidad capaz de reportar la paz. Igual que decidió que *right* o *ius* debían significar libertad; *law* o *lex*, ordenamiento, y no indistintamente lo uno y lo otro derecho, en lo que nadie por entonces públicamente le seguía pues lo último, la indistinción, era el uso lingüístico, del mismo modo y con el mismo éxito nulo de momento postuló el nuevo significado de *persona*, no como careta que se inviste y desviste tapando la faz, sino como presencia humana de rasgos limpios o maquillados, rostros humanos al cabo. He aquí un origen estricto de la concepción de la *persona* como sujeto humano de derecho que chocó en su época y no suele apreciarse hoy (21).

---

(20) Como *Appendix* sólo de la versión latina, el *De Symbolo Niceno* se encuentra en el volumen tercero de la edición citada de las *Thomae Hobbes Malmesburiensis Opera Philosophica quae Latine Scripsit Omnia*. Sólo posteriormente se tradujo al inglés: Edwin Curley (ed.), *Leviathan with Selected Variants from the Latin Edition of 1688*, Indianapolis, Hackett, 1994.

(21) Quentin Skinner, *Hobbes on Persons, Authors and Representatives*, en P. Springborg (ed.), *The Cambridge Companion to Hobbes's Leviathan*, pp. 157-179, sigue sin captar el alcance radical de la novedad en cuanto al significado mismo de *persona*; p. 157: el capítulo de Hobbes versa sobre « the linked concepts of authorisation and representation »; p. 158: « Hobbes's basic suggestion here (en la definición citada de *persona*) is that persons can be defined essentially in terms of their capacity to represent and be represented ». Se explica entonces que su capítulo se solape con su propio artículo *Hobbes on Representation*, en *European Journal of Philosophy*, 13, 2005, pp. 155-184. Inadvertencia tan neurálgica y no hace falta añadir que nada exclusiva suya puede también desde luego comprobarse en sus ya clásicos *Foundations of Modern*

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Dicho de otro modo, *individuo* humano conforme a *right-ius*-libertad, y no o antes que capacidad jurídica conforme a *law-lex*-ordenamiento, había de ser el sujeto del derecho. Sólo que Hobbes no contaba con el término *individuo* como sustantivo. *Individua* era adjetivo que calificaba la entidad de la *persona* en la definición de Boecio, la definición que, dados su contexto y su sentido teológicos, precisamente no servía. El nuevo escenario de la obra de Hobbes forzosamente la descalificaba (22).

4. *Persona como capacidad jurídica.*

Las palabras no cambian de sentido porque un hablante se emperre. Menos todavía puede producirse el cambio si se trata de conceptos prácticos como los de carácter jurídico. De la ocurrencia lingüística de Hobbes corría noticia entre juristas, pero no solían detenerse a discutirla porque, aparte el peligro de contacto con herejías incluso poco contagiosas, la misma realidad del orden establecido la refutaba. Para el derecho, podría decirse, la identificación de la persona con un ser humano resulta un « vulgare axioma ». ¿La evidencia? La ofrece el derecho mismo, por el cual en un solo ser humano, en un solo sujeto, puede concurrir más de una persona. Puede haber « personarum differentiam et duplicitatem in eodem subiecto » (23). Seguimos en el escenario de las máscaras, que

---

Political Thought (1978) o en su reciente *Hobbes and Republican Liberty* (2008). Tampoco haría falta ya decir que la base última de la libertad para Hobbes radica en su concepto singular de *person*, persona, el que luego, enseguida veremos cómo, asumirá el nombre de *individual*, individuo, todo esto que se le sigue escapando a una historia del pensamiento político por no acabar de situar el *text in context*, en el contexto de las categorías jurídicas para el caso.

(22) La nueva significación de *right* y *law* en inglés, que Hobbes también pretendía en latín para *ius* (libertad) y *lex* (ordenamiento), se encuentran expuestas naturalmente, aparte de en otras obras suyas, en el mismo *Leviathan*, parte II, *Of Common-Wealth*, cap. XXVI: "Of Civil Laws": « I find the words *Lex Civilis*, and *Jus Civile*, that is to say, *Law* and *Right Civil*, promiscuously used for the same thing, even in the most learned Authors; which neverthelesse ought not to be so. For *Right* is *Liberty*, namely that Liberty which the Civil Law leaves us: But *Civil Law* is an *Obligation* ».

(23) Juan Bautista LARREA, *Allegationes Fiscales* (1699), ya citado a este respecto en *Tantas Personas como Estados* que enseguida recordaré (tiene índice de autores, de los que son fuentes).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

pueden tenerse así en plural conforme a las diversas capacidades que a un sujeto le correspondan conforme al orden establecido, por encima o por delante del cual ni en ningún sitio sigue sin haber quienes fueran personas (24).

Con posterioridad al *Leviathan*, pueden publicarse sin problema un tratado, por ejemplo, sobre *De Pluralitate Hominis Legali et Unitate Plurium Formali* o sobre *reduplicationem personae et unitatem plurium personarum*, de la pluralidad jurídica de un solo hombre y la unidad formal de muchos hombres o de la reduplicación de la persona y la unidad de muchas personas (25). Puede ahí explicarse que « unus et idem homo numero iuxta Phisicos et Theologos », el hombre se tiene por uno y el mismo tan sólo entre médicos y teólogos, no entre juristas; que « in una persona materiali in iure datur multiplicatio », en una persona material se da la multiplicación de personas en el derecho; que pueden acumularse « plures personae formales in una materiale », muchas personas formales en una sola material o física; que pueden así darse « tot personae quot feuda », « tot personae quot status », tantas personas como status políticos o sociales. Así se representan las personas en el derecho como en el teatro, como « in comediis vel tragediis ». « Is qui habet duos status aut dignitates aut etiam diversa officia, duas etiam ipsemet repraesentat personas, et diversas ac separatas aenigmatice », aquel que tiene dos status, dignidades u oficios, representa

(24) Ernst H. Kantorowicz, *The King's Two Bodies: A Study in Mediaeval Political Theology* (1957) sigue siendo usualmente la referencia para el asunto de la multiplicidad de *corpora* como de *personae*; se había introducido el autor en el tema teniéndolo por inglés, medieval y político (*Christus-Fiscus*, 1948), perspectiva que nunca revisó del todo aun encontrándose con evidencias contrarias a las tres suposiciones. Vengo insistiendo en su despliegue postmedieval desde *Tantas Personas como Estados: Por una antropología política de la historia europea* (1986 o mejor 1983, fecha de la publicación de su principal capítulo en *Quaderni Fiorentini*), de donde retomo ahora algunas citas doctrinales.

(25) Carlo Antonio de Luca, *Tractatus de Pluralitate Hominis Legali et Unitate Plurium Formali. Agens: de* (…) *unione actionis et passionis in eodem subiecto et similibus, reduplicationem personae et unitatem plurium personarum intellectualem concernentibus, recensenturque personae et principes etiam supremi multorum uicem subsistentes* (1683). Lo que sigue son expresiones extraídas de esta obra. Unas mismas pueden también compulsarse fácilmente, por sus índices, en el monumental *Theatrum Veritatis et Iustitiae* de Giovanni Battista de Luca (1669-1684).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

él mismo dos personas, diversas y separadas enigmáticamente. « In eadem persona duae et diversae personae considerantur ex diversis iuris et qualitatibus », en la misma persona se consideran dos o más personas según la diversidad del derecho y de las cualidades.

La persona puede ser percibida desde luego como ser humano: *persona materialis* o física, pero el dato no es nunca relevante para el derecho. En el derecho las personas se representan o son objeto siempre de *repraesentatio*. Nunca se identifican con el actor, actúe por sí mismo o por representación. La noción de Hobbes no tiene sentido alguno. No cabe distinguirse propiamente entre persona real y persona representada. Puesto que el ser humano no es persona por sí mismo, las personas ficticias pueden ser incluso más reales que los seres físicos (26). La *persona* es siempre *fícta*, *repraesentata*, *immaginaria*, *intellectualis*... El *homo legalis* es indefectiblemente *homo fictus* frente al *homo verus*, algo distinto y que nunca se le identifica. Para el derecho el primero es el segundo en virtud de la *veritas fictionis vel ex repraesentatione*. Todas las personas son en fin jurídicamente inmateriales, aun pudiendo y debiendo actuar de una u otra forma mediante el sustento material del ser humano, aquel *homo verus* sin ficción ni representación. De ficción y representación se construía el derecho, no de evidencia natural o fáctica; aún menos, de las manifestaciones físicas ni, diríamos hoy, psicológicas (27).

Aunque no desarrollada hacia el exterior de esta forma secuencial, la obra de Hobbes interesante al derecho se conformó a una secuencia lógica: *De Corpore* (1655), *De Homine* (1658), *De Cive*

---

(26) B. CLAVERO, *Hispanus Fiscus, Persona Ficta*, el capítulo al que me refiero en la nota vigésimo cuarta; *Cataluña como Persona, una Prosopopeya Jurídica*, en el volumen colectivo *Centralismo y Autonomismo en los Siglos XVI y XVII*, Barcelona, Universidad Central, 1989, pp. 101-120.

(27) Hasso HOFMANN, *Räpresentation: Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert*, Berlín, Duncker und Humblot, 1974; Franco TODESCAN, *Diritto e realtà: Storia e teoría della fictio iuris*, Padua, Cedam, 1979, aunque no traten este extremo de la ficción constitutiva de la *persona* incluso cuando no representada por no colectiva en un tiempo el que el derecho se construía performativa o transitivamente su propia realidad. Y no conozco aportaciones posteriores que aborden el asunto de la persona como constructo por entero, aplíquese a ser humano o a colectividad humana, en tal determinado contexto, el suyo propio en la historia. H. Hofmann registra el pasaje de Boecio (p. 40). Pero no persigue su pista.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

(1642, de la que deriva *Leviathan*, 1651), del cuerpo, del hombre y del ciudadano, o de lo corpóreo dotado de movilidad, de lo corpóreo dotado de inteligencia y de lo corpóreo dotado de derecho, entrando aquí la persona. Son todos cuerpos físicos (28). Hay obras que se le pueden contraponer aunque no lo hicieran; por ejemplo, un tratado *De Corpore* para el que « corpus sine anima nihil est nam anima dat esse corpori », el cuerpo nada es sin el alma puesto que el alma le da el ser al cuerpo, con el aditamento de que el hombre « non est dominus animae suae », no es el dueño de su propia alma. Para el derecho, los cuerpos, *corpora*, más consistentes pueden ser los colectivos puesto que, para la teología, el cuerpo humano no tiene consistencia por sí mismo. Puede contratarse también la reedición de un *De Homine* para el que « homo dicitur ex quo anima carni infunditur », el hombre lo es por el alma que se infunde al cuerpo, y la « persona est res animata et rationabilis et individua substantia », la persona es cosa animada capaz de razón y sustancia indivisible, válido lo uno respecto al « ius fori », el orden terrenal, y lo otro respecto al « ius poli », el orden supraterrenal. Si tiene algún efecto el concepto teológico de persona para la persona en el ámbito del derecho es el de prestarle al hombre, al *homo*, la consistencia que le falta como cuerpo, como *corpus*, frente a los *corpora*, los cuerpos sociales. El cuerpo colectivo no tiene alma, es al respecto el argumento, un argumento teológico, no jurídico (29).

Persona significa ser humano en singular para la teología, por lo que respecta al alma, y para la medicina, por lo que respecta al cuerpo, pero no para el derecho. Dada la evidencia física y anímica de la singularidad de cada ser humano, de este ser no indivisible, sino compuesto por cuerpo y alma, puede *persona* ya incluso haber adquirido ese sentido de ser humano en singular para el lenguaje ordinario, pero no para el jurídico especializado o técnico. Y tal ser

(28) Ya que hemos citado un compañero, que no sustituto, de lectura, registremos otro: Tom SORELL (ed.) *The Cambridge Companion to Hobbes*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.

(29) Extraigo expresiones respectivamente de Francesco BARONIO, *De Corpore Eiusque Partibus et Membris Tractatus* (1664-1668) e Ildefonso PÉREZ DE LARA, *Compendium Vitae Hominis in Iure Fori et Poli a ventre concepto, usque ad perfectam aetatem et senectam* (1629 y 1672). La contraposición con la obra de Hobbes, para ubicarla en el mundo de aquel derecho, es ocurrencia mía.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

no es persona porque sus componentes lo sean. La misma evidencia de la singularidad no resultaba incuestionable jurídicamente. En el campo del derecho llegaba a ponerse en cuestión al representarse las personas colectivas como personas perfectamente ordinarias o al recurrirse a la refundición entre personas, como entre marido y mujer, anulando la capacidad de ésta, o entre padre de familia y su sucesor, reforzando las dinastías sociales o políticas. En este caso se argumentaba con el parecido usual entre padre e hijo, pero para reforzar, no para fundamentar, pues la semejanza física no refundía persona en otros casos, ni siquiera entre hermanos y, aún menos, entre hermanos y hermanas. En definitivas cuentas, la *persona* artificiosa era siempre la entidad jurídica, nunca el ser físico (30). Cada ser humano en singular era un compuesto divisible de alma y cuerpo concerniente a la teología para lo uno y a la medicina para lo otro, para ningún efecto al derecho.

¿Qué *persona* como ser humano en cuanto que sujeto de derecho cabe en tales otras composiciones, las que pueden contraponerse a Hobbes? La continuidad entre *De Corpore*, *De Homine* y *De Cive* ya de por sí excluía la división del ser humano entre alma y cuerpo, así como permitía su concepción como persona. Con todo, la definición de Boecio sigue sin transcender al derecho por parte alguna con sus distintas razones, ni por la de Hobbes ni por la de quienes mantienen la concepción más tradicional (31). Y la noción de *persona* como ser

(30) El *Tesoro de la Lengua Castellana o Española*, citado al inicio, proseguía así con la voz *Persona* tras registrar la definición de Boecio: « Personalmente, lo que uno haze por su persona. Apersonado, y de buena, persona, es hombre abultado. Honorífica persona, etc. », pasando de ese modo de una acepción ordinaria de ser humano en singular a otra más jurídica (*honorífica persona*, conforme a status), aunque en ese punto viene desafortunadamente un etcétera como punto final. B. CLAVERO, *Mayorazgo: Propiedad feudal en Castilla, 1369-1836*, Madrid, Siglo XXI, 1974 y, ed. ampliada, 1989, ya detectaba la continuidad de persona en las sucesiones nobiliarias, tratándola mayormente en la segunda edición que en la primera. El caso más neto de refundición de persona por matrimonio con efecto de incapacitación superior de la mujer fue el inglés, como puede verse en el capítulo décimo quinto del libro primero de los *Commentaries* de Blackstone a los que ahora acudimos. Para la persona colectiva como persona propia, se tiene la literatura *de Corpore* excluyendo a Hobbes por supuesto. La historiografía al respecto suele partir del término de referencia anacrónico de la persona física como persona propiamente dicha.

(31) Distinta es la impresión que ofrece la catalogación de las obras citadas de

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

humano en singular se pierde de momento por entonces con la literatura sobre la pluralidad de personas que hoy anda a su vez tan perdida incluso para la historia del derecho respecto a tiempos que ya se tienen por modernos, como si fuera algo exclusivo de los medievales. La pérdida llega hasta hoy, hasta la historiografía incluso especializada, ya no digamos la que no lo es (32).

Aparte del derecho, el uso especializado por el que más se mantiene durante esos tiempos ya tenidos por modernos la palabra *persona* es por el también tradicional de los personajes del drama o de la comedia, *dramatis personae*, las máscaras así todavía aunque máscaras ya no se estilasen sobre el escenario. En inglés, *persona* en su forma latina se dice para el teatro cuando ya se usa para el derecho *person* en su derivación vernácula (33). En otras lenguas, ya puede haber desde luego derivaciones propias de la palabra, pero sin distinción de significado. *Personne* por ejemplo en francés significa lo mismo por entonces, en lo que interesa al derecho, que *persona* en latín (34). En castellano *persona* da persona, lo mismo también todavía en cuanto al significado jurídico.

Carlo Antonio de Luca y Francesco Baronio bajo las categorías anacrónicas de *Rechtssubjekt* y *Persönlichkeitsrecht*, respectivamente, en el magno registro de Helmut Coing (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Munich, Beck, 1973-1988.

(32) http://www.spaceandmotion.com/Philosophy-Thomas-Hobbes-Leviathan.htm es un sitio que puede ser sintomático pues ofrece citas reputadas por famosas del *Leviathan* sin que comparezca la de "A person is he whose words or actions...", etc. He chequeado otros análogos igualmente sin éxito. Si no se encuentra en la red, no hay que decir que no figura en el *Oxford Dictionary of Quotations* (1941). Aparece en éste una cita de Boecio, pero de la *Consolatio Philosophiae*, no del *Contra Nestorium*. De William Blackstone, a quien acudiremos ahora, hay una primera cita, entre seis, bien significativa para cuanto estamos y seguiremos viendo: « Man was formed for society » (de la *Introduction* a sus *Commentaries*, la obra naturalmente que nos va a interesar).

(33) Escanéese la palabra latina *persona* en *The Perseus Digital Library* (http://old.perseus.tufts.edu) para documentarse este conocido uso, conocido pues hay autores teatrales que todavía hoy lo emplean, en Christopher Marlowe o en William Shakespeare por ejemplo.

(34) Marcel Marion, *Dictionnaires des Institutions de la France aux XVIIe et XVIIIe siécles* (1923), París, A. et J. Picard, 1969, pues no incluye *Personne*, no debería considerarlo como algo institucional y esto por no identificarlo en su sentido de entonces, el de capacidad institucionalizada; registra por ejemplo *Noblesse*, una clase de *personne* al cabo históricamente.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

5. *Persona como capacidad jurídica e individuo como entidad humana.*

Regresemos a Inglaterra, esta vez al año 1765, cuando William Blackstone publica la versión definitiva del primer libro de sus *Commentaries on the Laws of England*. Pertenecen formalmente estos comentarios al género institucionista, el que toma como modelo las *Institutiones* bizantinas con su primera materia *De Personis*, de las personas como capacidades (35). Conforme no sólo al género, sino al sistema todo de tracto tradicional, eso es lo que sigue significando *persona*. La problemática de Hobbes no la hace el derecho todavía suya ni siquiera en Inglaterra para el término *persona*. La misma entrará ahora por otra vía, la de un neologismo, *individual*, individuo (36).

El primer libro de los *Commentaries* de Blackstone versa en efecto acerca de las personas, pero no *de iure personarum*, del derecho sobre las personas, sino de *The Rights of Persons*, de los derechos de las personas, con una connotación de entrada que ya pudiera no ser la de capacidades. En todo caso, por dicho género como por cualquier otro jurídico de aquellos tiempos, con *personae*

---

(35) Ofrece un buena entrada para apreciarse la entidad del género institucionista Laura Beck VARELA, *Vinnius en España. Lecturas católicas de un jurista protestante* (publicación en preparación para los *Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte*, Vittorio Klostermann - Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte), ocupándose de la obra de su más difundido exponente y de su expansión mediante comunicaciones sin fronteras religiosas, pero con aduanas, dentro del ámbito cristiano no ortodoxo ni nestoriano, conviene recordar que ciertamente así de circunscrito su espacio. El contraste de los *Commentaries* de Blackstone es lo que vamos a ver. Mis citas de los mismos son de los arranques de los capítulos a los que voy refiriéndome.

(36) Para lectores o lectoras menos duchos en *common law*, conviene recordar que los *Commentaries* de Blackstone son un *best-seller* prácticamente hasta hoy, más todavía que el *Leviathan* de Hobbes, y además con autoridad normativa menos decreciente de lo que pudiera esperarse en tiempos más constitucionales, aunque el personaje, esto es la persona como individuo que él va a concebir en el terreno del derecho, sea más discreto y elusivo: Wilfrid PREST, *Reconstructing the Blackstone' s Archive, or Blundering after Blackstone*, en *Archives*, 31-115, 2006, pp. 108-118. Cuando este autor se refiere a temas relevantes tratados por Blackstone y malentendidos por la historiografía lo hace a la violencia de género en el matrimonio, a los derechos de los pueblos indígenas y a la esclavitud, no a la pareja de persona e individuo que vamos a ver y que no lo merecería menos: W. PREST, *Blackstone and the Historians*, en *History Today*, 56-7, 2006, pp. 44-49.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

en principio no se significaba ni podía significarse ser humano, sino el papel que cumplen en la sociedad, igual que lo hacen en una obra dramática, esto es la capacidad correspondiente al status político, social o familiar, también llamado éste último por entonces *económico*. No otro es de entrada su significado en los *Commentaries* de Blackstone, bien que éstos van a traer acto seguido la fundamental novedad de una categoría de sujeto de derechos (37).

A partir del capítulo segundo del libro primero, el libro de los *Rights of Persons*, Blackstone aborda la persona en el sentido todavía, no de sujeto titular, sino de posición jurídica, el conjunto de los derechos y deberes correspondiente a cada cual conforme a su ubicación en la sociedad: « We are next to treat of the rights and duties of persons, as they are members of society, and stand in various relations to each other ». Vamos a adentrarnos, anuncia al inicio de dicho capítulo segundo, en el tratamiento de los derechos y deberes de las personas en cuanto que son miembros de la sociedad y se encuentran en relaciones distintas los unos con los otros. *Person* hace referencia a sujeto, pero inmediatamente cualificado por su posición en sociedad como factor determinante de su propia capacidad, lo decisivo todavía en suma.

Tras la consideración a lo largo de doce capítulos, desde el segundo al décimo tercero, de las diversas posiciones o *persons* de carácter político y social, a partir del capítulo décimo cuarto siempre del mismo libro primero, el de los *Rights of Persons*, la significación objetiva o no subjetiva de persona se acentúa. Es el momento en que se pasa de la posición en la sociedad a la posición en la familia, al conjunto de derechos y deberes que a cada cual corresponde « in private oeconomical relations », en las relaciones privadas *económicas*, esto es de orden familiar. El capítulo décimo cuarto está dedicado a la relación de « master and servant », amo y sirviente en el sentido éste de trabajador por cuenta ajena de todo tipo, inclusive el « hired » o contratado, remarcándose fuertemente su estado de sujeción. El capítulo siguiente, el décimo quinto, se dedica a la relación de « husband and wife », marido y mujer, subrayándose

(37) Estoy ahora manejando las ediciones en línea del Proyecto Avalon (http://avalon.law.yale.edu) y, en adaptaciones americanas, de la *Liberty Library of Constitutional Classics* (http://www.constitution.org).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

igualmente o en mayor medida incluso el estado *económico* de sujeción de la segunda, de la mujer.

No he comenzado por el capítulo primero porque es el que trae la novedad. El primer capítulo de los *Rights of Persons* se ocupa « of the absolute rights of the individuals », de los derechos absolutos o fundamentales de los individuos, absolutos en el sentido de anteriores y superiores al ordenamiento u obligaciones para el mismo:

> « By the absolute rights of individuals we mean those which are so in their primary and strictest sense; such as would belong to their persons merely in a state of nature, and which every man is intitled to enjoy whether out of society or in it ».

« Por derechos absolutos de los individuos quiere decirse aquellos que los son en su sentido primordial y más estricto, tanto que pertenecerían a sus personas incluso en el estado de naturaleza, por lo que su disfrute corresponde a todo hombre esté fuera o dentro de la sociedad organizada ». El concepto absoluto de derecho genera el nuevo sujeto del *individual*, el individuo, *every man*, todo hombre, a cuya *persona* corresponden los derechos de tal condición, la absoluta. *Person* sigue refiriéndose a la capacidad de contar con derechos ya absolutos, ya también relativos, derechos éstos otros, los relativos, conforme al ordenamiento y no superiores ni anteriores:

> « The rights of persons considered in their natural capacities are also of two sorts, absolute, and relative. Absolute, which are such as appertain and belong to particular men, merely as individuals or single persons: relative, which are incident to them as members of society, and standing in various relations to each other ».

« Los derechos de las personas consideradas en su capacidad natural son de dos clases, la absoluta y la relativa. La absoluta es aquella que pertenece a hombres particulares sólo por ser individuos o personas en singular; la relativa, aquella que les corresponde por ser miembros de la sociedad y encontrarse en relaciones distintas los unos con los otros ». Unos y otros son *rights*, derechos. Unos y otros constituyen *persons*, personas. Tal es el lenguaje dado y el orden establecido. Dicho alcance de los derechos como libertades absolutas y como capacidades relativas « is the more popular acceptation of rights or

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

jura », es la acepción más popular de las expresiones de *rights* o *iura*, derechos en el sentido así sólo en parte de lo que Hobbes pretendía, con éste éxito a la larga. En su línea, la de Hobbes, como ya está citado y traducido, « by the absolute rights of individuals we mean those which are so in their primary and strictest sense; such as would belong to their persons », con lo que, frente al mismo Hobbes, *persons*, personas, debe seguir representando el sentido tradicional incluso cuando se trata de derechos absolutos y con lo cual debe acuñarse entonces para su sujeto el neologismo de *individuals*, individuos, del que Hobbes carecía. Tratándose ya, para Blackstone, de una « popular acceptation », no ha sido él evidentemente quien lo ha acuñado. En pocas décadas ha cobrado fuerza su uso.

¿De dónde procede? No tengo evidencias, pero sí indicios, el principal el de la definición de *persona* por Boecio. Recordemos: « naturae rationabilis indiuidua substantia »; rendido en inglés: « the individual substance of a rational nature » o, si ya no se singulariza en la hipóstasis de Cristo, « an individual substance of a rational nature », el hombre entonces, el *individual*, el individuo (38). Según todos los indicios, el término aparece en inglés antes de pasar a otras lenguas y procede además directamente de la definición de Boecio (39). Frente

(38) Existe una amplia bibliografía sobre historia del *individualism* en Inglaterra pues se le tiene como un rasgo tradicional del carácter nacional que se remontaría hasta tiempos incluso medievales, pero no conozco alguna indagación de la aparición histórica del sustantivo *individual* para significar hombre que no existía desde luego en tiempo medieval ni tampoco parece que en el de Hobbes. Para la más usual ubicación no jurídica que entiende *individualism* como una pronunciada vuelta de tuerca de la mera noción de individualidad y que tiende también a la retroproyección histórica, Michael Mascuch, *Origins of the Individualist Self: Autobiography and Self-Identity in England, 1591-1791*, Palo Alto, Stanford University Press, 1997; para testimonio de la jurídica aún más retroactivista, L.R. Poos and Lloyd Bonfield, *Law and individualism in Medieval England*, en David Sugarman (ed.), *Law in History: Histories of Law and Society*, Aldershot, Dartmouth, 1996, vol. I, *Between History and Law: On the Writing of Histories of Law and Society*, pp. 13-27. Mejor al menos ubican Milton L. Myers, *The Soul of Modern Economic Man: Ideas of Self-Interest. Thomas Hobbes to Adam Smith*, Chicago, University of Chicago Press, 1983; Kenneth F. Barber y Jorge J.E. Gracia (eds)., *Individuation and Identity in Early Modern Philosophy: Descartes to Kant*, Albany, State University of New York Press, 1994, sin capítulo éste para Hobbes.

(39) En *Online Etymology Dictionary* (http://www.etymonline.com), que colaciona material de base de diversos diccionarios, *individual* se documenta como adjetivo desde tiempos tardomedievales « with reference to the Trinity », luego conectando con

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

a lo que resulta usual, el adjetivo para *individual* no deriva en inglés del sustantivo, sino al contrario, el sustantivo para *individuo* viene tan directamente del adjetivo que es el adjetivo mismo, *individual*, el adjetivo que se tenía bien a la vista en la definición de Boecio. No hace falta proceder a una indagación lexicológica y bibliográfica para contar con este elocuente indicio (40).

¿Y quién es el *individual*, el individuo? ¿Es realmente *every man*, todo hombre? Así hemos visto que lo ha presentado Blackstone, con lo que la pregunta puede también formularse como ¿quién es *the man*, el hombre, en cuanto que sujeto de derecho identificado como *individual*, individuo? Aunque no completa, pero suficiente a nuestro propósito, ya hemos tenido una respuesta por vía de exclusión. Recluidos en espacios *económicos* de fuerte sujeción, ni la mujer ni el trabajador por cuenta ajena pueden cualificarse como *individuals*, individuos. El masculino de *man* tiene un sentido no sólo de hombre, sino también de propietario autónomo. Con la mujer y con el trabajador, ya sólo con esto tenemos excluida a más de media sociedad, la sociedad donde sólo hay *persons*, capacidades conforme al orden constituido, y no *individuals*, sujetos de derechos fundamentales o, como se les decía, absolutos.

Individual y *person* no son categorías incompatibles. Con todo lo visto resulta que el *individual* constituye una clase singular de *person*, la absoluta, que puede además asumir otras *Persons*, las relativas conforme al ordenamiento. Abundan quienes sólo pueden

---

Boecio; como sustantivo, desde comienzos del XVII, pero no documentándose un uso común para hombre, el « colloquial sense of *person* », hasta 1742, luego en vida misma de Blackstone, aunque me parece ésta una datación algo tardía. *The Royal Standard English Dictionary* (1775) ya sabemos que registra pero no usa *individual* como sustantivo. La palabra *individualism*, de eso que suele hoy retrotraerse en Inglaterra hasta tiempos medievales, es por supuesto del siglo XIX. En otras lenguas europeas la cronología es similar.

(40) No conozco para tiempos postmedievales y para los escritos teológicos del autor un estudio equivalente a Maarten J.F.M. Hoenen y Lodi Nauta (eds.), *Boethius in the Middle Ages: Latin and Vernacular Traditions of the 'Consolatio Philosophiae'*, Leiden, Brill, 1997, que es de ámbito europeo occidental, como igualmente desconozco, para el término de *persona* en general durante tales tiempos postemedievales que ya suelen decirse modernos, algo similar al clásico de Hans Rheinfelder, *Das Wort 'Persona'. Geschichte seiner Bedeutungen mit besonderer Berücksichtigung des französischen und italienischen Mittelalters* (1928), que tampoco es estudio de carácter jurídico.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

ser *persons* en este otro sentido, el tradicional, y no tienen acceso a la condición de *individual*. Queriendo que *person* significase lo que ahora se llama *individual*, Hobbes había privado al ordenamiento establecido de una categoría clave. Blackstone encaja en cambio las piezas. Con todo ello, *individuo* como sujeto de derecho no viene a sustituir a *persona* como capacidad jurídica, sino a situarse en su mismo escenario. Individuo es entonces una persona cualificada entre las personas ordinarias. Por aquellos tiempos y con estas condiciones es como el *individuo* nace en sociedad. Lo hace como una forma cualificada de *persona* (41).

6. *Equivalencia duplicada entre persona e individuo.*

Una vez que se introduce en el mundo del derecho a partir de la segunda mitad del siglo XVIII, el éxito del concepto de *individuo* puede parecer espectacular, aunque más bien vino a quedarse de momento en la apariencia. El mejor testimonio lo ofrece el mismo género de la literatura institucionista a la que pertenecen los *Commentaries* de Blackstone. Se tiene el modo de darle a la máscara de persona un rostro humano. En castellano, ésta fue la definición remozada para la que no hizo en realidad falta la influencia del jurista inglés: « La persona es el hombre (o el individuo) considerado en su estado », insistiéndose: « no puede haber persona sin que se considere en uno u otro

(41) Para otra perspectiva con carga todavía, cómo no, retroactivista, pero con capítulos también acerca de tiempos modernos, una obra mayor: Janet Coleman (ed.), *The Individual in Political Theory and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 1996. Por otra parte, *Science in Context*, 16, 1-2, 2003, es un número monográfico sobre *Scientific Personae*, entendiéndolo a la hora de la verdad como semblanzas incisivas y no conteniendo contribución interesante al derecho aunque se presente como un proyecto de investigación que parte de la categoría antropológica, y por ende cultural e históricamente variable, de *persona* (pp. 1-8: Lorraine Daston y H. Otto Sibum, *Introduction: Scientific Personae and Their Histories*). En inglés se da hoy la distinción, bien sintomática del sentido que comparten, entre *person* como sujeto de derecho y *persona* como personaje en la vida pública. Incluso partiéndose de la constancia de que estamos ante construcciones sociales variables a lo largo de la historia, se sigue retroproyectando el sentido de *persona* como individuo de la especie humana desde el mismo derecho romano: Alain Pottage, *The fabrication of persons and things*, en A. Pottage and Martha Mundy (eds.), *Law, Anthropology, and the Constitution of the Social: making Persons and Things*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 1-39.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

estado », tanto del civil o social como del político o ciudadano. Individuo y persona pueden venir finalmente a equivaler, pero en el terreno antiguo de las personas, no en el nuevo de los individuos, de los sujetos de derechos absolutos o fundamentales. Aun sin incorporar la definición, tal será además la composición sobre la persona de la codificación civil a partir del *Code Napoléon*, con lo que el éxito estuvo realmente asegurado (42).

La terminología ya se tiene presta en castellano desde la primera mitad de aquel siglo, del XVIII. El *Diccionario de Autoridades* que data de entonces ofrece como primera acepción de *Persona* la de « individuo de la naturaleza intelectual, u de la naturaleza humana », y de *Individuo*, la de « el particular de cada especie, cuya razón conviene a todos singularmente » (43). Cabe decir para el corto tiempo de décadas lo que se ha dicho para el tiempo largo de siglos. Si puede resultar llamativo que la presencia plurisecular constante de la definición de Boecio no ha sido para producir alguna idea, ya no digo un concepto formado, de la *persona* como *individuo*, igual de sorprendente puede parecer que esas definiciones del diccionario entonces más acreditado no sirvan para gestar una ecuación entre persona e individuo. La misma sólo realmente se concibe, pero en los términos neutralizadores que acaban de verse. Lo propio podría decirse desde luego a propósito de la voz añeja del *Tesoro de la Lengua* de Covarruvias. Ahí que lleva presente un siglo más sin efecto alguno sobre el derecho.

Desde la segunda mitad del siglo XVIII, *persona* e *individuo* pueden convivir llevando incluso por algún tiempo vidas paralelas. *Persona* sigue siendo el término de derecho civil, relanzado en el XIX por la codificación, significando ahora sujeto conforme a estado, el concepto institucionista con todas sus implicaciones. *Individuo* vendrá al campo constitucional para significar el sujeto de derechos, fundamentales o no, como premisas del ordenamiento.

---

(42) B. Clavero, *Happy Constitution. Cultura y Lengua Constitucionales*, Madrid, Trotta, 1997, capítulo primero, "Principio constitucional: el individuo en estado", de donde también retomo ahora alguna otra cita.

(43) *Diccionario de la Lengua Castellana, en que se explica el verdadero sentido de las voces, su naturaleza y calidad, con las phrases o modos de hablar, los proverbios o refranes, y otras cosas convenientes al uso de la lengua*, Madrid, Real Academia de la Lengua, 1726-1739, bajo las respectivas voces.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Así se mantiene una convivencia desigual cuya composición de fondo coincide con la construida por Blackstone. La equivalencia es relativa, pero no habrá separación. El lenguaje ya es, en todo caso, subjetivo, de sujeto del derecho o de derechos. Persona e individuo por lo común se complementan y a menudo se intercambian, esto particularmente en el campo constitucional. Los derechos de los individuos son derechos de las personas, bien que, como ya sabemos, no de todas las personas, sino de unas personas cualificadas entre personas ordinarias. Y entre éstas otras se comprende también la humanidad no europea o que adopte la cultura de Europa. Con base de partida en el *ius gentium*, el derecho de gentes tradicional, y sin necesidad de codificación, el derecho internacional del siglo XIX endosa a dicha humanidad el estado de las personas más incapaces, necesitadas por tanto de la tutela europea con dominio de su territorio y recursos. Los *individuos*, los mismos individuos constitucionales, también dominan a las *personas* en las colonias (44).

Ya tenemos la explicación para tales fenómenos del lenguaje y de la práctica del derecho. La lógica que rige en esta historia o, si quiere decirse, en la historia jurídica sin más, no es precisamente la lógica de las ideas. Un sistema de compartimentación social con efecto de profundas discriminaciones venía bloqueando la misma posibilidad de que « naturae rationabilis individua substantia » se refiriera al ser humano en sociedad. Incluso cuando llega a concebírsele a éste como persona, como « he whose words or actions are considered », « is qui… res agit », ni siquiera el uso excluyente del masculino facilita el cambio de paradigma. Éste en rigor nunca se produce en esta historia o sólo se realiza controladamente por la concepción del *individuo* como clase peculiar de *persona*, de la persona que no significaba ni podía significar ser humano sencillamente. Esto es a lo más a lo que llega nuestra historia. La ecuación entre persona e individuo está mediada por el estado, el civil como el político. Ambas palabras significan ya lo mismo, ser humano, pero no del mismo modo ni a los mismos efectos, por lo que ambas se mantuvieron en juego. El malabarismo no siempre consciente con

(44) B. Clavero, *Bioko, 1837-1876: Constitucionalismo de Europa en África, Derecho Internacional Consuetudinario del Trabajo Mediante*, en *Quaderni Fiorentini*, 35, 2006, pp. 429-546.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

las palabras puede ser desde luego clave para el derecho y sus asuntos más neurálgicos ([45]).

La ecuación relativa entre persona e individuo no es el fin de la historia, pero lo es de aquella historia. Un cambio de antropología en realidad se ha producido a nuestras alturas, pero porque intervienen otras historias. Hoy podemos manejarnos con una ecuación consumada entre persona e individuo que no es aquella primera mediada por el estado civil y político reproduciendo exclusiones, solapamientos y discriminaciones. El individuo y la persona, todo individuo y toda persona, pueden hoy conceptuarse como sujetos de derecho significando ambos términos una única y misma cosa, el ser humano. Los derechos de los individuos y los derechos de las personas ya pueden coincidir. Cualquier que sean todavía las dificultades de esta composición para cobrar vida y lograr arraigo, tal es la ecuación que hoy puede tenerse. A menudo se afirma que procede del pasado que hemos visto, no faltando incluso quienes la remontan al mismísimo Boecio, pero tal no es el caso. La misma ficción de historia aun puede servir a nuestras alturas para mantener todas las máscaras incluso superpuestas encima de la cara humana a fin de seguir sofocándola. En la historiografía ordinaria no hace falta perseguir conscientemente este objetivo para que se realice.

La nueva antropología no procede en grado alguno de esa historia. Esta misma, si sigue presente, constituye un grave obstáculo al propio cambio antropológico. La nueva antropología de donde ha surgido es de un acceso a un derecho común en términos de derechos compartidos, los derechos dichos humanos, de sectores de la sociedad europea y de la humanidad extraeuropea; acceso que era impensable para la tradición que procede del Sacratísimo Príncipe Justiniano y su *Summa Trinitas* y que resulta seriamente dificultado por quienes mantienen la conexión umbilical con esta historia; acceso de hecho propugnado entre las *personas* sometidas por esa tradición jurídica, forzado literalmente por el empeño de emancipación de las víctimas del sistema. Dicho más directamente, la historia vista se agotó o debiera haber comenzado a agotarse cuando se formulan y adoptan los derechos humanos, derechos de sujeto

([45]) B. Clavero, *Genocide or Ethnocide, 1933-2007: How to Make, Unmake and Remake Law with Words*, Milán, Giuffrè, 2008.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

humano sin aditivos, derechos que han advenido a la contra de la tradición que va del *Codex* de Justiniano al *Code Napoléon* pasando por etapas como la del *Leviathan* de Hobbes y la de los *Commentaries* de Blackstone (46).

A efectos jurídicos, la equivalencia entre persona e individuo, individuo y persona, es virtualmente completa, pero nunca de hecho absoluta. La historia pesa en el lenguaje y sus posibilidades. *Individuo* es al fin término más apegado al ser humano en singular mientras que *persona*, a partir ahora de su significación como individuo, puede mejor extenderse a denotar también entes colectivos como las asociaciones o las fundaciones, lo que resulta naturalmente más dificultoso que cuando persona no significaba individuo. Y no es la única relativa disociación por supuesto. Que *individuo* haya hecho su entrada por el campo del derecho constitucional y *persona* haya resistido más en el terreno del derecho civil o, mejor dicho, de un derecho del que tiende a distinguirse o incluso a escindirse el constitucional puede aún alcanzar algún que otro efecto más o menos sustantivo o más o menos equívoco todavía, aunque ya siempre secundarios en comparación con lo ocurrido en el pasado con este par de términos. Son unas diferenciaciones que guardan en todo caso relación con la historia vista al menos en lo que toca a los asuntos humanos. Si salimos de este campo, hay más diferencias. *Individuo* y no *persona* puede decirse de un animal o *individuos* para un número de animales. Los animales es difícil que lleven máscara.

No sólo en castellano, por derechos *individuales* se entiende todos los derechos de sujeto individual mientras que por derechos *personales* tan sólo algunos, los derechos de libertad *personal* también ahora constitucionales como el de disposición de sí mismo o

(46) Para la puesta en evidencia de este extremo esencial, A.W. Brian SIMPSON, *Human Rights and the End of Empire: Britain and the Genesis of the European Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2001 y, ed. corregida, 2004; Bonny IBHAWOH, *Imperialism and Human Rights: Colonial Discourses of Rights and Liberties in African History*, Albany, State University of New York Press, 2007; B. CLAVERO, *'No distinction shall be made': Sujeto sin derechos y enemigo sin garantías en la Declaración Universal de Derechos Humanos, 1945-1966*, en *Quaderni Fiorentini*, 38, 2009, vol. II, pp. 1547-1620; Rababir SAMADDAR, *Emergence of the Political Subject*, New Dehli, Sage, 2010.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

misma y el de garantías de la privacidad. Con las derivaciones pueden darse efectos parecidos. Individualismo y personalismo no es lo mismo; ni individualidad es exactamente lo mismo que personalidad, aun cuando se acuñaron estos términos pudieran equivaler como hemos visto en *The Royal Standard English Dictionary*. Todo esto, ciertamente, resulta secundario. Lo es en comparación también con la inercia doctrinal que puede todavía vincular la *persona* a los *estados* o máscaras sociales dificultando la efectividad de dichos mismos derechos *personales* respecto a todos los sujetos, a todas y todos, sin discriminación alguna. Para evitar ambigüedades y manipulaciones, hoy sería desde luego mejor abandonar el término de *persona* y adoptar a todos los efectos el de *individuo*, ya que equivalen o deben hacerlo, pero ya sabemos, por la experiencia de Hobbes, que el lenguaje no se cambia tan fácilmente. Sería la forma quizás más expedita de acabarse con las ecuaciones ambiguas (47).

De momento, pueden las ecuaciones controlarse mediante la debida distinción. El par de las habidas entre persona e individuo, la parcial que aún solapa inequivalencia y la ya completa a unos efectos prácticos, no guardan relación ni genética ni lógica. Una historia ha concluido con la primera y otra diferente se inicia con la segunda. La una pesa sobre la otra y la contamina, pero no la reduce ni la penetra. Son en efecto distintas por mucho que se intente inventar tradición por la una, la europea de los siglos XVIII y XIX, por dominar a la otra, la cosmopolita de los siglos XX y XXI. Para la materia de persona, la religión concurre y hasta compite con el derecho en la invención de tradición. No hace falta que se ofrezca aquí ilustración puesto que son cosas que están bien a la vista si es que quieren realmente observarse.

---

(47) El oficial (si así puede decirse de una obra de Academia parasitaria del Estado con vocación normativa sobre el idioma) *Diccionario de la Lengua Española*, en línea (http://buscon.rae.es/draeI), registra esta primera acepción de « *Persona*: Individuo de la especie humana », añadiendo como sexta « Sujeto de derecho », pero no presenta definiciones similares para *individuo*, como si éste no hubiera pasado a ser en tiempos constitucionales el más característico sujeto de derecho por serlo de derechos. La Real Academia Española de la Lengua no tiene término para el *sujeto de los derechos*, de los de libertad indicados por el plural, pese a que la lengua española cuenta ya desde luego con dos, con *individuo* y con *persona*, puesto que, dicho en general, *derechos del individuo* y *derechos de la persona* son sintagmas intercambiables.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

7. *Máscara de Boecio, rostro de Hobbes, faz de Blackstone, semblante humano.*

La faz constitucional de Blackstone, el rostro filosófico de Hobbes, la máscara tenida por religiosa de Boecio, son figuraciones del pasado y a veces todavía del presente con evidentes consecuencias prácticas, comenzando por la de que se entierra y sofoca el semblante humano bajo todos o alguno de tales disfraces. Cuando esto se produce a nuestras alturas, suele quedar a la vista la faz constitucional, debajo el rostro filosófico y más oculta la máscara religiosa, pero hay también casos en los que ésta última se coloca en primer plano destrozando las otras caretas y desgarrando al semblante humano (48). Las *personas* todavía pueden ocultar a la persona. Es en el *derecho de personas*, en un capítulo del derecho *privado* con dicho plural que puede arrastrar el significado de capacidad social superponiéndose al de sujeto humano, donde todavía puede darse el peor de los juegos entre máscaras (49).

Persona, la palabra misma, ha significado, antes que ser humano, personaje de ficción, *dramatis persona*, en el derecho como en el teatro. Significaba esto segundo incluso cuando la máscara, el

---

(48) Recuérdese el caso ya registrado, ciertamente extremo, de Julio PICASSO MUÑOZ en la reciente edición limeña de los *Cinco Opúsculos Teológicos* de Boecio; al párrafo citado (nota décima) añade: « Partiendo de esas lamentables definiciones [las "funcionalistas de la persona", esto es las consecuentemente humanistas] hay gente que defiende el aborto, la eutanasia, el manipuleo genético e incluso el racismo y el terrorismo », todo esto así como si fuera efecto de la fundamentación no religiosa de los derechos humanos. Los extremismos sólo se descalifican a sí mismos por supuesto, pero pueden servir para poner también en evidencia los flancos más débiles de posiciones menos francas entre las múltiples variantes del baile de máscaras.

(49) Massimo LA TORRE, *La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista*, Milá, Giuffrè, 1988; *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Milán, Giuffrè, 1996. También en los casos menos extremos el juego de la máscaras con ocultamiento total o parcial del semblante humano puede particularmente apreciarse en las exposiciones civilistas sobre el llamado *derechos de personas*. En estas comprobaciones, para latitudes de codificación, la máscara aparentemente constitucionalista de Blackstone ha de sustituirse desde luego por la del *Code* o su equivalente en cada caso. Hoy puede extenderse la comprobación al campo del derecho penal en lo que respecta a la tendencia que distingue el simple individuo de la *persona* investida de derechos por el Estado a fin de aplicarle al primero un tratamiento de *enemigo* sin garantías.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

semblante materialmente superpuesto del personaje de ficción, había dejado de usarse sobre los escenarios o por las calles. Hemos asistido sin embargo a una historia en la que el guión no ha sido para máscaras ni la representación, teatral. Lo que está en juego con el argumento de las *personas* es la desigualdad humana, una desigualdad impuesta y pronunciada. Lo que con el montaje se persigue es la legitimación y la reproducción de la esclavitud, de la sujeción de la mujer, de la explotación del trabajo en casa y en las colonias,… del sometimiento en suma a los *individuos* europeos de las *personas* dentro de la propia sociedad y fuera de ella. Tal era la antropología del doble juego entre *persona* y ser humano para que éste por sí no tuviera juego alguno.

Sólo la ecuación completa entre individuo y persona ha creado las condiciones para la superación de ese sistema de dominio permitiendo sustituir la máscara, no por otra máscara, sino por el semblante real y completamente humano. He aquí una antropología de raíz distinta y, por tanto, una historia de argumento diferente. Tal cosa, la ecuación entre individuo y persona por la que pueden salir a la luz los rasgos de cada cual, de todos y todas como iguales en derechos a lo ancho de la humanidad, ya no es, al contrario que todo el resto desde la máscara espesa y opaca de Boecio hasta la más ligera, casi transparente, de Blackstone, una criatura europea, un producto exclusivo de Europa y su cultura. Tampoco ni siquiera lo ha sido dicha otra antropología, la histórica. Antes fue más bien asiática, de Asia continental, y luego de una península suya, su península occidental. Sólo ahora cabe que sea universal y con esto ya antropología e historia diversas. Puede serlo si cumple la condición de dejar de ser monopolio o instrumento de Europa y ésta vuelve a reducirse a una península de istmo bien ancho.

Máscaras sigue habiendo en juego por supuesto, no sólo la de Boecio, sino también sus sucesoras que además resultan compatibles. Máscara es el rostro de Hobbes, pues sigue prestando disfraz, no menos engañoso por más humano. No hay nada en su obra que postule la cancelación del sistema dado de *personas* por la predicación de la persona como ser humano. Y esta misma predicación lo que intenta es encontrar un sustituto para la base fracasada de una religión en quiebra sangrienta, la del cristianismo romano. Sigue con todo tratándose de legitimación y de la legitimación del sistema

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

establecido de *personas* que así se velan, pero no se ahogan, con la nueva máscara. Hay un humanismo europeo que se reduce en su contexto a mascarada. Porque se hable del hombre y se le ensalce, aparte del uso contante del masculino, no se está postulando un orden al servicio del ser humano. El mismo término de *hombre* resulta ahora otro apelativo para la *persona* dominadora, el *individuo* más tarde.

El invento del *individuo* viene a reforzar con nuevas y fuertes garantías, no otras que las constitucionales, la posición de dominio del mismo sector que prevalecía en la sociedad de personas, con alguna eventual recomposición interna. *Individuo* de entrada mantuvo la antropología de *persona*. Se basaba en ella. Era una máscara la de Blackstone más llevadera que la de Hobbes, entre otras razones porque pasa mucho más desapercibida, sobre todo cuando el derecho civil se escinde del derecho constitucional y éste recibe tratamiento por sí solo o, dicho de otro modo, cuando en el siglo XIX se abandona el género institucionista. La máscara de *individuo* disimula, esto es legitima, mejor. Entonces se trata definitivamente del mismo rostro humano, pero es máscara todavía al cabo, una máscara formada al final de piel propia.

Que las *personas*, esto es quienes siguen bajo sujeción, no participen del engaño, no constituye ningún óbice. Los *individuos*, esto es quienes dominan, se encuentran en la mejor posición para mantener, reforzar y expandir su posición. Es la historia del siglo XIX y buena parte del XX, durante la cual constitucionalismo interno y colonialismo exterior no son fenómenos paralelos e independientes, sino concurrentes y complementarios. Es la antropología que se ha expandido por la activación de sus posibilidades de dominación colonialista. Hay así sociedades enteras en las que, para Europa, todos y todas han sido *personas* y no, en absoluto, *individuos*, con las serias implicaciones que esto mismo comporta y que ya no hace falta que reiteremos. El sentido no humano de *persona* habilita el dominio entre seres humanos no sólo individualmente, sino también en forma colectiva, como culturas o como pueblos.

La historia es culpable y la historiografía no es inocente. Contribuye ésta a la invención de tradición incluso cuando se desentiende de ella. La historia que libra del lastre ya no es ni puede ser historia dominada ni regida por Europa ni por su diáspora. Otro

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

tanto necesita, para dejar de ser cómplice, la historiografía. Lo propio cabe y debe decirse de las presunciones constituyentes de la Unión Europea (50). La equivalencia entre persona e individuo con el sentido de ser humano como sujeto de derechos de libertad no es patrimonio de Europa porque la duplicidad léxica y moral de los términos sí, evidentemente, lo sea. Entre lo uno y lo otro median antropologías distintas, tan probadamente dominadora la histórica como potencialmente emancipatoria la presente. Por la fuerte resistencia de la primera, ambas coexisten hoy en los medios culturales de matriz europea occidental con toda su capacidad todavía de influencia más general.

(50) Tratado de la Unión Europea conforme ya (2009) al Tratado de Lisboa, Preámbulo, Considerando Segundo: « Inspirándose en la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, a partir de la cual se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona […] », con religión además ahora entre cultura y humanismo como progenitores *à trois* del sujeto universal de derechos de libertad, la *persona-individuo*. Sobre tal manifestación impenitente de presunción supremacista que procede en sustancia de un momento más solemne, cuando el Tratado iba a ser Constitución, B. Clavero, *Europa hoy entre la historia y el derecho o bien entre postcolonial y precolonial* en *Quaderni Fiorentini*, 33-34, 2004-2005, pp. 509-607.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

MARIAVITTORIA CATANZARITI

MENZOGNA E POTERE

1. *Une typique querelle bourgeoise*. — 2. Menzogna pubblica, menzogna privata. — 3. Verità e menzogna: diritti incongruenti. — 4. La presunta deroga ai principi universali. — 5. Principi e pregiudizi universali. — 6. *Auctoritas, non veritas*. — 7. La rappresentazione della menzogna in politica. Diversamente da quello che dice il bugiardo… — 8. Conclusioni: dal modello culturale alla crisi della democrazia.

Nelle pieghe del dibattito illuministico emerge, inaspettato, il tema della menzogna (1). Diversamente da come la tradizione lo consegna, questo tema fuoriesce dal contesto salottiero diventando il metro di una sfera pubblica che fonda l'idea del diritto cosmopolitico. Esso si allontana progressivamente dalla logica dell'intrigo di palazzo e si colloca nel cuore della prassi politica, a metà strada fra

(1) L'opportunità di trattare il tema della menzogna implica una duplice premessa: da un lato essa fa riflettere sull'uso delle categorie politiche e sul ruolo da esse stesse giocato all'interno dell'*Entwicklungsrichtung* che Max Weber aveva individuato come filo rosso del destino dell'Occidente; dall'altro interroga sulla rilevanza che un dibattito intorno alla menzogna avvenuto a fine Settecento tra Kant e Constant può esercitare ancora oggi sulla scena pubblica contemporanea. Si tratta di osservare più da vicino le trasformazioni della storia dei concetti all'interno del linguaggio, attraverso il filtro della semantica rilevante. L'ipotesi avanzata si riferisce ad un'idea della menzogna che s'inscrive all'interno della storia concettuale. Tale termine sta ad indicare, per dirla con Hegel, la "fatica del concetto", di resistere alla dissipazione prodotta dall'esperienza. Un concetto, cioè, ha una pregnanza semantica quando riesce ad essere collante tra linguaggio e realtà. Il linguaggio, da un lato, recepisce e al contempo produce esperienza, senza di esso non è data alcuna "apprensione" del mondo; dall'altro, non c'è realtà che sia riducibile interamente a formulazione linguistica. In tale ottica il caso della menzogna è esemplare poiché essa misura il rapporto esistente tra linguaggio e realtà talvolta accorciandone la distanza talaltra dilatandola. Cfr. M. Weber, *Considerazioni intermedie. Il destino dell'Occidente,* Roma, Armando Editore, 2006, p. 67; R. Koselleck, *Il vocabolario della modernità,* Bologna, Il Mulino, 2009, pp. 15 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

individuo e collettività, fra "vita interiore" e comunicazione pubblica.

Quel dibattito si svolgeva allora tra due grandi protagonisti, Kant e Constant, e quindi fra due opzioni culturali, l'una volta a ricomprendere la massima universale all'interno della politica, l'altra, invece, orientata al pragmatismo tipico del *citoyen.*

Rileggere quel dibattito significa ritrovare tutti i nodi del presente in cui l'uso pubblico della menzogna torna in maniera urgente. La liceità o meno della menzogna, la sua più o meno giustificata opportunità, allora, come oggi, ci interrogano sui significati della democrazia.

1. Une typique querelle bourgeoise.

Nel 1797 Benjamin Constant scrive un breve trattato dal titolo *Des réactions politiques.*

Siamo all'indomani della Rivoluzione Francese, quando cambia la dimensione del rapporto pubblico/privato/comunità e si affacciano tutti i dilemmi della nuova *res publica*. Gli stimoli provenienti dalla rinnovata *humanitas* cominciano a destarsi man mano, dando origine ad un fecondo dibattito su uno dei temi caldi del pensiero politico occidentale, l'opportunità della menzogna. Il problema assume un volto nuovo, del tutto urbano, quando sceglie di dissimulare, a sua volta, l'*art de se taire* che il Seicento aveva consegnato in eredità all'esperienza della politica. Peraltro, si trattava di un tema noto all'indagine speculativa che la riflessione teorica dell'epoca non avrebbe lasciato troppo a lungo sullo sfondo, grazie ai suggerimenti derivanti da ambienti intellettuali diversi.

Il pretesto del dibattito nasce da uno scritto di Kant dal titolo *Su un presunto diritto di mentire per amore dell'umanità* in risposta a quello di Constant uscito poco prima sulla rivista *La France en l'an 1797, d'après les lettres d'Allemandes résidant à Paris* (2). Il legame tra la menzogna e la sua giustificazione rappresentano il nodo cruciale attorno al quale si snoda il discorso. La menzogna e la sua

(2) Questa rivista fu edita da K.-F. Cramer. Da essa Kant prese conoscenza del testo di Constant. Cfr. K. Kloocke, *Benjamin Constant, une biographie intellectuelle,* Geneve, Droz, 1984, p. 80.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

giustificazione non in senso ontologicamente determinato, bensì condizionato dalle argomentazioni. Ciò che si pone all'attenzione dei due intellettuali è, cioè, la possibilità di mentire in termini di formula politica. Lo strato intimo che anima il dibattito riguarda da vicino l'arte della dissimulazione onesta, per dirla con le parole di Torquato Accetto (3), e più specificamente fino a che punto questa possa tradire il senso dell'etica pubblica. La rappresentazione della politica (il suo *drama*) accomuna tanto l'universo del dover essere quanto quello dell'essere, e dalla nascita del mondo moderno in poi si orienta verso un confine labile tra ciò che è legittimo e ciò che viene mistificato come tale.

È proprio l'idea della mistificazione che ritorna nella spesso ingenerosa critica della Scuola di Francoforte. In particolare Adorno guarda ad essa come ad un pratica quotidiana della produzione artistica e letteraria che si rivolge ad un pubblico ed è condiscendente nei riguardi dei gusti elitari del pubblico stesso. Per quanto animata da passione civile, quella mistificazione fa parte di un modello di menzogna pubblica che nello stesso tempo è causa ed effetto di una sfera pubblica insana. Più precisamente Adorno coglie il carattere borghese dell'elitismo e delle sue menzogne quando in *Dialettica dell'Illuminismo*" (4) scrive di una costante oscillazione fra l'arte e l'omaggio all'opinione pubblica, osservando che il mondo borghese fu disposto molto raramente alla fiducia nell'arte; i limiti al sapere non lasciavano posto all'arte ma alla fede. La fede intesa come fiducia che la società civile accordava al singolo e credito dell'individuo nei confronti della società stessa (5), al contempo, indicava il maggiore o minor grado di propensione della politica alla menzogna. Il ricorso che un potere faceva alla menzogna era diretto paradossalmente a generare fiducia e credito in capo al singolo individuo.

Il giudizio di Adorno sarebbe apparso forse troppo severo se la spirale della menzogna fosse ricaduta integralmente nell'elitismo del

---

(3) T. Accetto, *L'arte della dissimulazione onesta,* Bari, Laterza, 1928, p. 43.

(4) T. Adorno-M. Horkheimer, *Dialettica dell'Illuminismo*, Torino, Einaudi, 1988, p. 27. Scrive bene A. che l'Illuminismo vive come « processo deciso in anticipo nelle pieghe del giudizio di gusto della nuova classe borghese, a volte distanziandosi dagli eccessi, altre volte prendendo le mosse da esso stesso »; cfr. J. Habermas, *Storia e critica dell'opinione pubblica,* Bari, Laterza, 2006, pp. 64-65.

(5) E. Resta, *Le regole della fiducia,* Roma-Bari, Laterza, 2009, pp. 65 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

potere borghese persino nella ricostruzione di Kant e Constant (6). Quello che però va sottolineato è che tanto in Kant e Constant quanto più tardi nella ricostruzione di Adorno, la dimensione della menzogna ha a che fare con la nascita dell'opinione pubblica, e quanto più cresce la forza dell'opinione pubblica, tanto più cresce la pratica della menzogna. Nel discorso pubblico Adorno accomuna l'idea dell'arte ad una pratica della comunicazione fondamentalmente menzognera, e per quanto si possa differenziare dalla critica dell'ideologia, a quel modello forse va accostato.

Proprio la tesi di Adorno coglie nel segno, più che nella questione dell'elitismo, nella ricostruzione di un sottile nesso tra l'aumento delle pratiche menzognere e la nascita dell'opinione pubblica (7). La menzogna è pratica di potere legata alla "sua opinione pubblica" anche quando appare libera dal dominio, come nel caso dell'arte e della letteratura. Il circuito menzogna — potere — opinione pubblica guida come una traccia invisibile il cammino della modernità (8). Tuttavia si possono rintracciare questi percorsi e le loro ragioni intime molto prima (9). Il Manierismo aveva visto il

---

(6) Cfr. J. HABERMAS, *Storia e critica*, cit., p. 133-134; R. COLES, *Identity and difference in the ethical positions of Adorno and Habermas* in *The Cambridge companion to Habermas*, a cura di S. K. White, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, pp. 19-46.

(7) T. ADORNO-M. HORKHEIMER, *Dialettica dell'Illuminismo*, cit., p. 33: « il censore positivista lascia volentieri passare, come l'arte il culto ufficiale, come un settore speciale ed extrateorico di attività sociale; la negazione, che si affaccia con la pretesa di essere conoscenza, mai ».

(8) Ivi, p. 32: « La dialettica rivela piuttosto ogni immagine come scrittura, e insegna a leggere nei suoi caratteri l'ammissione della falsità, che la priva del suo potere e l'appropria alla verità ».

(9) Ci riferiamo all'epoca barocca, e più specificamente al Manierismo politico, in cui per la prima volta emerge da un punto di vista teorico il legame tra potere e comunicazione pubblica. Tuttavia, è interessante notare come la progressiva distanza tra Manierismo e Barocco si esplichi sul piano della politica ma non nella teoria costituzionale dello Stato. Una delle ragioni è sicuramente la fine del dibattito sui valori. La politica viene considerata come un puro fatto, poiché l'unico valore riconosciuto è l'obbedienza esterna. Il Manierismo, dunque, diventa un istinto di rivolta contro tutto ciò che è conforme, ed è indice proprio della stabilizzazione della variabilità come regola della politica. Esso è un movimento organizzato contro il conformismo non statuale, la cui classe esponente è, non a caso, quella dei consiglieri del re, che rivendicano l'indipendenza morale dalla Chiesa e quella temporale dal re, ma si avvalgono di quest'ultima contro la Chiesa. La forza dello Stato viene misurata dalla complicità del

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

massimo dell'assolutismo produrre il massimo dell'individualismo e perciò una emancipazione della libertà di comunicazione: "il sovrano non può comandare alle coscienze" (10). Più tardi il Barocco aveva sperimentato lo svelamento della menzogna della sovranità. Sarà Walter Benjamin a decostruire la *rappresentazione* della sovranità; detto in una formula, la sovranità sia riduce a *spectaculum*. Del resto le pratiche della sovranità, fra cui la penalità è forse la più evidente, hanno avuto da sempre bisogno della sovranità: senza spettatori non c'è *theatrum publicum.*

La menzogna stessa si presentava sotto forma di *spectaculum* capace di coprire la rudezza dell'assolutismo violento; era la stessa pena, scrive Cordero, che diventava *spectaculum*, « catarsi collettiva »: « Dove non sia colpita l'intera comunità sono sovrani gli interessati » (11). Egli traduce la formula del cinismo giuridico per cui tutto ciò che non è vietato è permesso. Di questo Kant era ancora più drammaticamente consapevole. Sapeva che laddove vi è pubblicità, la sfera dell'individuo tende ad andare in dissolvenza, tanto più che la dimensione dell'*Öffentlichkeit* viene a coincidere con lo spazio della legge morale.

Il nodo delle argomentazioni del filosofo tedesco consiste

---

potere contro il controllo della coscienza. All'interno di un tale scenario l'idea manierista della ragion di Stato diviene il segreto di fabbricazione della politica in cui la prudenza, dote principale del politico, si serve dell'arte dei piacevoli inganni. Tuttavia il Manierismo non è mai stato in grado di creare un ordine sociale autonomo perché ha da sempre avuto bisogno della protezione del sovrano per poter sopravvivere. Esso ha avuto un dominio obbligatorio sulla politica attraverso i segreti della decisione. Il Barocco, invece, derivava da un sentimento di disillusione dovuto all'allocazione della paura: il volto della natura svelava un carattere nuovo, la transitorietà. Il dramma del Barocco consiste, in una parola, nella simultaneità delle azioni. Esso è un problema di tempo e di spazio. Il sovrano deve decidere sullo stato di eccezione senza esserne in grado, perché il tempo della decisione non coincide con il tempo del mondo. Tuttavia lo straordinario effetto che si crea è che l'impotenza del sovrano può sopravvivere con la percezione della pubblica opinione circa il carattere sacro della forza legittima del re. Tiranno e martire sono le due facce della stessa essenza regale. Cfr. R. SCHNUR, *Individualismo e assolutismo,* a cura di E. Castrucci, Milano, Giuffrè, 1979, p. 62 ss. e p. 90; F. MEINECKE, *L'idea della Ragion di Stato,* Firenze, Sansoni, 1970, p. 58; W. BENJAMIN, *Il dramma barocco tedesco*, Torino, Einaudi, 1999, p. 151.

(10) E. RESTA, *La certezza e la speranza,* Roma-Bari, Laterza, 1992, pp. 104 ss.

(11) F. CORDERO, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali,* Roma-Bari, Laterza, 1985, p. 13.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

dunque nell'impossibilità etica del diritto di piegarsi alla politica, tant'è che egli afferma « non è mai il diritto a doversi adeguare alla politica, ma è sempre la politica a doversi conformare al diritto ». Peraltro, nel carattere della pubblicità intesa come legge morale, rientra l'aspetto dell'intenzionalità. Etica dell'intenzione diventa requisito morale alla luce del quale valutare la possibilità e l'opportunità della menzogna. Del resto in questo Kant ritrova una lunga traccia che da Aristotele giunge fino all'artifizio di boteriana memoria. Una menzogna detta intenzionalmente va al di là della pura attività di dire il falso quando si esplica all'interno della sfera pubblica. Per Kant, dunque, l'elemento volontaristico è neutralizzato dalla formula trascendentale di diritto pubblico per cui qualsiasi azione contraria alla pubblicità è di per se stessa ingiusta. In questo Kant riassume efficacemente l'assoluta contrarietà al segreto come elemento aggregato della forza legittima. Egli riporta diversi esempi, tra cui, nel diritto pubblico interno (*ius civitatis*), quello del disvelamento del piano della rivolta quando il popolo voglia spodestare un tiranno: « L'ingiustizia della ribellione si rende dunque lampante per il fatto che la massima di essa, qualora la si affermasse pubblicamente, renderebbe impossibile il suo proprio scopo » (12). Già nel 1795, due anni prima degli scritti sulla menzogna, Kant scrive *Per la pace perpetua* e osserva: « Una massima, infatti, ch'io non posso rendere pubblica senza nel contempo pregiudicare lo scopo propostomi, che deve essere tenuto assolutamente segreto per riuscire, ch'io non posso confessare pubblicamente senza provocare la inevitabile resistenza di tutti contro il mio proposito, una tale massima non può produrre questa reazione necessaria ed universale, e quindi *a priori* comprensibile, di tutti contro di me, se non a causa dell'ingiustizia di cui essa minaccia ognuno » (13). Da ciò Kant desume l'impossibilità di qualsiasi atto segreto che, proprio per il fatto di non poter esercitare i suoi effetti se reso pubblico, è per questo illegittimo.

(12) I. KANT, *Per la pace perpetua,* Roma, Editori Riuniti, 1985, p. 38.
(13) *Ibidem*.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

2. *Menzogna pubblica, menzogna privata.*

Ancor oggi l'atteggiamento di Kant ci impone di pensare ad una sfera pubblica della comunicazione improntata alla massima politica del decoro, una forma, avrebbe detto più tardi G. Simmel, che lega il modo di essere dell'intimità e l'esperienza della vita pubblica. Il decoro è un dato valoriale che anziché prescindere dal carattere pubblico o privato, accelera la rilevanza della dimensione pubblica di alcuni atti e fatti. Proprio il "decoro" che costituisce il termine medio tra intimità e vita pubblica finisce per essere strumento di legittimazione persino più della visibilità del potere. Sempre Simmel, a partire da Kant, sottolineerà che « la menzogna è un diritto del più forte che si esplica intellettualmente » (14). Non gli sfugge del resto che la dissimmetria delle forze che si esplicano attraverso di essa acuisce la differenza. Importante è la lettura kantiana elaborata da Simmel. Egli infatti coglie che dietro la questione della menzogna si nasconde il confine di pubblico e privato, e quindi di cosa del privato sia rilevante per la sfera pubblica. Come noto, questo problema continua ad essere il tema del presente che agita al contempo la dimensione giuridica. È sempre Kant che suggerisce a Simmel il carattere autolimitante delle singole sfere della comunicazione interpersonale, senza poter evitare sovrapposizioni che è compito dei sistemi istituzionali neutralizzare e regolare. Così, se si potesse ricostruire una storia dei sistemi giuridico-politici, si assisterebbe ad un cammino che va da un progressivo arretramento, nel mondo antico, della sfera privata dall'invasività del pubblico (poteri contro individui) ad una tendenziale limitazione, nel moderno, del potere pubblico nei confronti del privato. La relazionalità tra l'uno e l'altro rimane indissolubile ma la rotta sembra almeno apparentemente invertita. Non senza cadute, ritorni, soste, la relazionalità che investe i due termini era non a caso, nella visione di Kant sciolta e ricomposta nella garanzia di un'etica privata da parte della sfera pubblica, ma anche in una garanzia della sfera pubblica da parte dell'etica privata. A proposito, infatti, della possibilità di rinunciare alla parola data da parte di uno stato solo in

(14) G. SIMMEL, *Il segreto e la società segreta,* a cura di A. Zhok, Varese, Sugarco, 1992, p. 28.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

vista della sicurezza nazionale egli scrive ancora: « Ma se uno Stato (o il suo sovrano) rendesse pubblica questa sua massima, accadrebbe naturalmente che ognuno o lo fuggirebbe o farebbe lega con gli altri stati per resistere alle sue pretese: il che prova che su questo piede (della pubblicità) la politica con tutte le sue astuzie vanificherebbe il proprio scopo, ragion per cui quella massima deve considerarsi ingiusta » (15). Nonostante l'imperativo della pubblicità serva a garantire una delle due forme di etica, quella che tende a salvaguardare il diritto degli uomini (contro quella dell'amore tra gli uomini), Kant preferisce optare per un principio positivo di diritto pubblico, e cioè quello secondo il quale: « Tutte le massime che (per non venire meno al loro scopo) hanno bisogno della pubblicità, concordano e con la politica e con il diritto, e con la politica e il diritto riuniti insieme » (16), sebbene egli abbia esordito dicendo: « Se astraggo da ogni *materia* del diritto pubblico [...], mi rimane ancora la *forma della pubblicità*, la cui possibilità è contenuta in ogni pretesa giuridica poiché senza di quella non esisterebbe alcuna giustizia […] e quindi nessun diritto, che solo dalla giustizia è conferito. Ogni pretesa giuridica deve avere questo carattere di pubblicità » (17). Un criterio da applicare per riconoscere l'illegalità di una pretesa giuridica è la *formula trascendentale*. Tale formula è un criterio di facile applicazione, da ritrovarsi a priori nella ragione: « Tutte le azioni relative al diritto degli uomini, la cui massima non è compatibile con la pubblicità, sono ingiuste » (18). Il principio non è solo etico, ma anche giuridico; esso è « *negativo*, cioè serve solo come mezzo per conoscere ciò che non è giusto verso altri. Al pari di un assioma esso è indimostrabilmente certo e inoltre di facile applicazione [...] » (19).

3. *Verità e menzogna: diritti incongruenti.*

La formula trascendentale nel progetto per la pace perpetua

(15) I. KANT, *Per la pace perpetua,* cit., p. 40.
(16) Ivi, p. 42.
(17) Ivi, p. 37.
(18) Ivi, p. 38.
(19) *Ibidem*. Cfr. H. WILLIAMS, *Kant's Optimism in his Social and Political Theory,* in *Kant's Political Philosophy,* a cura e con l'introduzione di H. L. Williams, Chicago, The University of Chicago Press, 1992, pp. 1-14.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

trova applicazione nel diritto pubblico interno, internazionale e cosmopolitico (20), sebbene dallo scritto minore sull'opportunità della menzogna, si desuma l'applicabilità di tale formula anche al diritto dei privati. È interessante notare come nella prospettiva kantiana la formula della pubblicità investe tutti i rapporti intersoggettivi. Infatti, la circostanza da cui scaturisce il dibattito tra Kant e Constant consiste in un quesito, se cioè sia lecito mentire ad un assassino che stia inseguendo un nostro amico rifugiatosi in casa nostra. A dire il vero, si tratterebbe propriamente di legge degli affetti, anche se essa viene assorbita dentro le maglie larghe del diritto privato. Kant ritiene che sia addirittura privo di senso parlare di un diritto alla verità, perché valutare se una proposizione è vera o falsa non è propriamente un giudizio di valore, bensì un dato oggettivo. Salvo la circostanza in cui un individuo sia investito della facoltà di rispondere di sì o no, il punto sta nel capire se un individuo possa, una volta interrogato, non rispondere il vero (21). Constant, dal canto suo, pur partendo dall'assunto del dovere di dire la verità, ribalta completamente il paradigma perché immediatamente sotto il principio universale colloca una considerazione intermedia — che segnerà anche una differenza metodologica tra Kant e Constant — sulla corrispondenza biunivoca tra ogni diritto ed ogni potere. Proprio a partire da questa corrispondenza derivano i legami tra soggetto e responsabilità, tra destinatario e attore dei diritti, ed è così che le considerazioni di Constant si rivelano di straordinaria modernità. I diritti sono una risorsa scarsa, anche quelli astrattamente universali, e non sono configurabili se non in chiave di diritti contro poteri. Non è scontato che tutti abbiano diritto alla verità. Se è vero, infatti, che avere il diritto alla verità è secondo Kant un "non senso", esistendo al più un diritto alla veridicità, alla verità soggettiva nella propria persona, il percorso logico di Constant non fa una piega. La verità è per così dire un diritto *al portatore*. Constant dice

(20) La tripartizione kantiana del diritto pubblico in diritto pubblico interno, diritto internazionale e diritto cosmopolitico viene trattata nel capitolo intitolato "Dell'accordo della politica con la morale secondo il concetto trascendentale del diritto pubblico".

(21) I. KANT-B. CONSTANT, *Il diritto di mentire,* Firenze, Passigli Editore, 2008, p. 37.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

letteralmente: « Dire la verità è un dovere, ma solo nei confronti di chi ha diritto alla verità » (22).

Senza dubbio una delle matrici più forti dell'intera questione, letta in chiave moderna, affonda le radici nella funzione distributiva della giustizia che attribuisce diritti i quali, come nel caso della verità, sono estensibili potestativamente. Ciò significa che individuare il possibile campo di verità residuale rispetto a quello della menzogna è una prerogativa propria di chi ne definisce le condizioni di possibilità. D'altro canto la critica che Kant muove a Constant è di ordine linguistico prima ancora che sostanziale; a proposito delle false dichiarazioni Kant scrive che, anche se esse non facessero torto a nessuno, lo farebbero al dovere stesso in generale. Ciò equivarrebbe a privare le dichiarazioni d'ogni attendibilità « e dunque, svigorito della propria forza, decadrebbe anche ogni diritto fondato su convenzioni » (23). Kant elimina completamente dalla rilevanza della menzogna l'elemento del danno individualmente subito. Esso si risolve in un pregiudizio all'umanità in generale per il fatto di vanificare la fonte stessa del diritto. La relativa irrilevanza del danno è assorbita dal dovere che vige all'interno della sfera pubblica a priori, indipendentemente dalle conseguenze che ricadranno sulla sfera privata. Inoltre il fatto di non ammettere nemmeno la bugia pietosa è in un certo senso strategicamente orientato all'esonero dalla responsabilità per i casi non previsti al di fuori delle azioni causali.

La violazione della massima universale riassorbe e neutralizza la menzogna, la quale non è una deroga di un diritto individuale ma la messa in crisi del carattere assoluto della norma giuridica. Per questo non sfugge a Nietzsche che la menzogna permette, diversamente da quanto possa immaginarsi, di « giocare un gioco tattile sul dorso delle cose » (24). Ciò rimanda all'idea dell'inderogabilità della singola legge contrapposta all'alternativa della derogabilità del tutto, di cui il tipico esempio è, per l'appunto, il bugiardo. Nietzsche si riferisce qui ad una complicata corrispondenza fra il linguaggio e le

(22) Ivi, p. 29.

(23) Ivi, p. 37.

(24) F. Nietzsche, *La menzogna in senso extramorale*, in Id., *Verità e menzogna,* Bologna, Mulino, 2006, p. 171; cfr. F. Nietzsche, *Frammenti postumi 1872-1874*, in Id., *Opere,* a cura di G. Colli e M. Montanari, tr. it. G. Colli, Milano, Adelphi, 1980, vol. III/2, pp. 221 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

cose. Le parole perdono la qualità di segni univoci (tema del positivismo linguistico) e conquistano la fungibilità dei concetti. Questo processo è testimoniato dalla progressiva demitizzazione del linguaggio cui paradossalmente corrisponde una maggiore aderenza tra parole e cose. Le parole, più che significare, designano forme (in tedesco l'uso del *bedeuten* contrapposto a *bezeichnen* rende forse in maniera più puntuale l'idea). La convenzione non spiega nulla in sé perché è una metafora della cosa, così come la qualità del vero e del falso di per sé non può essere predicata di verità o falsità. Altro è la verità altro è il discorso circa la verità.

In riferimento al carattere normativo delle frasi argomentate, invece, il discorso assume una sfumatura diversa dal momento che l'apofanticità non si applica alle proposizioni prescrittive ma solo al loro contenuto. In altri termini, al diritto bisogna sempre che segua il suo fatto, e soltanto questo può essere predicato di verità e falsità. La verità e la menzogna s'inseriscono anch'esse nella coppia dicotomica *fatti/norme*.

È proprio a partire da Kant che la verità e la menzogna si inscrivono di diritto nel gioco dicotomico fatti/norme. È infatti all'interno di essa che si sostanzia tanto l'*uso di una proposizione falsa* quanto l'*uso falso di una proposizione*. È, cioè, dando per assunto una menzogna ovvero usando strategicamente porzioni di verità circostanziate che si crea ugualmente un effetto simulatorio. In questo senso, come sottolinea Nietzsche, verità e menzogna sono valori proporzionali alle possibilità del linguaggio (25). Per di più il discorso che tiene insieme verità e menzogna è diverso dalla coppia oppositiva vero/falso. Il primo, se riferito alla sua opportunità, si confina nel contingente, mentre il secondo attiene al livello dei valori scientifici. Del resto, è noto, l'idea di Nietzsche destituisce di fondamento ontologico la menzogna, ponendola sul piano contingente del danno (26). Nella tesi nietzscheana avviene un ribaltamento totale. Mentre per Kant il danno è indifferente rispetto alla violazione della massima morale, che se tenesse conto del danno come

(25) E. Melandri, *La linea e il circolo. Studio logico-filosofico sull'analogia*, Macerata, Quodlibet, 2004, *passim*.

(26) F. Nietzsche, *La menzogna*, cit., p. 172: « Gli uomini non fuggono tanto l'essere ingannati quanto l'essere danneggiati dall'inganno ».

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

difetto di prudenza, si svelerebbe come pragmatica, per Nietzsche il danno si produce grazie all'inganno.

4. *La presunta deroga ai principi universali.*

La totale diffidenza di Kant nei riguardi della menzogna riproduce l'affermazione della massima universale che è rilevante, sia pure in maniera diversa, tanto dal punto di vista della morale, quanto dal punto di vista dell'idea di legalità consegnata al diritto pubblico. Del resto la critica di Nietzsche aveva fatto perno proprio su questo. Non è estranea però tale prospettiva anche allo sguardo di Constant, molto più attento alla prassi politica. Kant si serve della massima universale, Constant, all'opposto, dell'analisi delle contingenze storico-politiche. All'idea della contingenza possiamo far risalire un inconsueto procedimento metodologico che, particolarmente in questo caso, Constant applica alla questione della menzogna. L'osservanza di una massima universale che leghi indissolubilmente i diritti ai principi, si rivela fuorviante per Constant, il quale invece insiste sulla necessità dei principi intermedi. Scrive infatti ne *Des Réactions politiques*: « Toutes le fois qu' un principe, démontré vrai, paraît inapplicable, c'est que nous ignorons le principe intermédiaire qui contient le moyen d'application » (27).

La questione che emerge è la seguente, e cioè se i principi intermedi possano determinare l'applicabilità dei principi universali ovvero apportarne eccezioni. Kant ammette la prima ipotesi, perché altrimenti verrebbe meno il principio di universalità.

Si ha bisogno di passaggi graduali, di avvicinamenti intermedi proprio perché, e Constant lo ripete letteralmente, al diritto non si può affidare la dimensione della "vana teoria" né del totale cedimento alle pratiche della vita. C'è forse più "prudenza" che consapevolezza teorica, il che rende l'atteggiamento di Constant piuttosto precauzionale: « Les principes ne sont donc point de vaines théories, uniquement destinées à être débattues dans les réduits obscurs des écoles. Ces sont des vérités qui se tiennent, et qui pénétreraient graduellement jusques dans les applications les plus circonstanciel-

(27) B. CONSTANT, *Des réactions politiques*, in ID., *Gli scritti politici giovanili di Benjamin Constant (1796-97),* Como, Marzorati, 1944, p. 182.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

les, et jusques dans les plus petits détails de la vie sociale, si l'on savoit suivre leur enchaînement » (28). Si tratta di un metodo, molto presente peraltro negli scritti giovanili di Constant, che manifesta una particolare attenzione verso il progressivo avvicinamento dei principi alla realtà. Constant rivendica il ruolo primario dei principi, ma non li considera fruibili se slegati dalle modalità di applicazione concreta. Un esempio è rappresentato proprio dal rapporto tra verità e menzogna. Infatti la verità costituisce un dovere soltanto nei confronti di chi ne ha il relativo diritto; in più, nessun uomo ha diritto a dire la verità che nuoce ad un altro.

Secondo il « filosofo tedesco » (così Constant chiama Kant) Constant confonderebbe l'atto attraverso il quale si nuoce ad un altro confessando quella verità che non si può evitare di dichiarare, con l'atto attraverso il quale si commette ingiustizia. Non essendo intenzionale la "veridicità", è puramente contingente che essa procuri un danno. Per questo il diritto-dovere di dire la verità o di mentire ha bisogno di essere scomposto, spezzettato nei molti passaggi, ripercorso attraverso vie intermedie. Constant applica la teoria dei principi intermedi anche alla formazione delle leggi da parte dei cittadini, tant'è che sarà il principio della rappresentanza politica il legame tra l'universalità della legge e il carattere elitario della formazione. Dando enfasi alla rappresentanza politica, Constant la considera un principio intermedio che altrimenti renderebbe l'universalità delle leggi un vano e vacuo principio. Non che la rappresentanza non fosse tema già noto alla politica né alla filosofia ma in Constant assume una particolare accentazione. Il punto sta nell'individuare il passaggio intermedio sotteso ad ogni principio universale non direttamente applicabile e, ancor prima, nel riconoscere l'inapplicabilità delle massime universali. La prima operazione da compiere, secondo Constant, è quella di definire il principio universale. Il dispositivo si applica a molti casi, fra cui, ovviamente la menzogna.

Avendo definito la verità come un dovere, il passo successivo è quello di definire in maniera relazionale il dovere di qualcuno come il diritto di un altro, perché laddove non ci sono regole non ci sono neppure doveri. Il dispositivo generale si applica dunque a

(28) Ivi, p. 177.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

molti casi, fra cui, ovviamente, la menzogna. Quando si scopre un principio universale, esso non deve mai essere abbandonato ma soltanto adeguato alla realtà concreta attraverso un legame con i meccanismi che ad esso si relazionano (29). Tanto il disconoscimento del principio generale quanto di quello intermedio produce arbitrio, cioè assenza di regole, limiti, definizioni. Il tema è ripreso in maniera ancora più evidente nel capitolo IX, *De l'arbitraire*, in cui le istituzioni politiche vengono definite come contratti in grado di imporre dei vincoli. A questo proposito Costant scrive: « L'arbitraire, en institutions politiques, est de même la parte de toutes institutions politiques. Car les institutions politiques étant l'assemblage des règles sur lesquelles les individus doivent pouvoir computer dans leurs relations comme citoyens, il n'y a plus d'institutions politiques, là où ces règles n'existent pas » (30). Si potrebbe definire questo breve trattato come un'apologia del sistema dei principi che s'identifica con l'unione del benessere pubblico e privato: « Il appartient aux siècles, et les convulsions du moment ne peuvent rien contre lui » (31). Non c'è contingenza del momento che possa contraddire la perennità di una corrispondenza fra istituzioni e regole.

5. *Principi e pregiudizi universali.*

A guidare il ragionamento di Constant è in primo luogo la passione civile. Se ne risente la pregnanza illuministica nella discussione ad essa collegata, della differenza fra principio e pregiudizio. Egli ne dà un esempio quando parla di principio di uguaglianza contrapposto al suo pregiudizio. Emerge quasi una sorta di *understatement* che riduce il grande conflitto sull'uguaglianza a qualcosa di meno coinvolgente. Non vi è svuotamento, ma un contegno ispirato ad una saggezza mondana che conosce la distanza fra l'emancipazione e la sua realizzazione.

Il principio ha bisogno di intermediazione per aderire alla

(29) Cfr. E. RESTA, *L'infanzia ferita,* Roma-Bari, Laterza, 1998, p. 46, a proposito del dialogo platonico tra Clinia e l'Ateniese riguardo l'applicabilità dei principi intermedi in materia di legislazione sull'infanzia.

(30) B. CONSTANT, *Des réactions politiques*, cit., p. 188.

(31) Ivi, p. 203.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

realtà, così come il pregiudizio è troppo soggettivo e contingente per essere minimamente vicino alla realtà.

Secondo il « filosofo francese » (così gli risponde Kant) esistono momenti storici in cui l'universalizzazione del pregiudizio assunto a regola è più facile. L'insidia risiede nel fatto che i pregiudizi, spesso interiorizzati come regola « hanno avuto invece il grande vantaggio di trovarsi adattati alla vita comune grazie alla consuetudine con cui vi si è fatto ricorso: si sono intrecciati a tutti gli aspetti della nostra esistenza, sono divenuti qualcosa di intimo, sono penetrati in ogni nostra relazione, e la natura umana, che sempre tende ad accontentarsi dell'esistente, si è costruita con i pregiudizi una specie di riparo, una sorta di edificio sociale, più o meno vacillante, ma in grado comunque di offrirle asilo » (32).

L'inganno in cui cadono molti è quello di considerare riconosciuto un dato solo perché esistente e più intimamente intrinseco alla relatività. Il pensiero di Constant vola in alto, elevandosi sopra le tendenze di breve periodo, oggi diremmo dei *rumors.* Il pregiudizio può essere certamente esistente, ma ovviamente non riconosciuto. Un principio si riconosce, invece, proprio grazie ai compromessi della vita pubblica e privata, persino grazie all'inattuazione o alla coincidenza con interessi non sempre universali. L'esperimento sui principi, avvalendosi di un metodo induttivo, rende più che mai attuale l'applicabilità all'interesse in concreto.

Principio e diritto in Constant hanno una natura comune; così il diritto alla verità, fondato su un principio e non su un pregiudizio, appartiene a qualcosa di più complesso della politica che, in una dimensione etica, universalizza impulsi persino contraddittori. Al contrario, in Kant l'universalismo è assicurato da un'altra dimensione, che non è affatto d'interiorità. Essa rappresenta l'oggettiva concordanza della libertà di ciascuno con quella di ogni altro, da un lato, e l'esteriorità della legge (il diritto pubblico che l'assicura in nome di una volontà congiunta di tutti sul principio di uguaglianza), dall'altro. Pertanto la verità richiamata, garantita dal diritto pubblico è, indipendentemente dagli impulsi, precetto della ragione, « dovere che va considerato come base di tutti i doveri fondati su contratto,

(32) Ivi, p. 24.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

la cui legge, se si ammettesse la benché minima eccezione, verrebbe resa vacillante » (33).

6. Auctoritas, non veritas.

La misura di quanto sia minato il terreno su cui ci si muove è data dal fatto che il tema della menzogna non poteva non transitare attraverso la verità, da una parte, e il potere, dall'altra. Da sempre la menzogna è stata letta come *ragion di stato*, e prima, come singolo attributo del potere. Il carattere di *arcanum* si era originariamente presentato come forma o di legittimazione o di comunicazione del potere; e che nella menzogna del potere potesse esservi un elemento di nobiltà, ciò non alterava il suo statuto. Un esempio è quello del gioco platonico della « nobile menzogna », quella per cui « Dio stesso ha fatto d'oro quelli che devono governare » (34).

Del resto nobile menzogna è anche quella cui nell'Orestea ricorre Atena, dea della ragione, quando fa intervenire Peithò a intercedere presso le Erinni perché plachino la forza della loro vendetta. Alle Erinni Peithò promette che, se si fossero placate, sarebbero state accolte nel mondo degli dei sotterranei come « straniere residenti » (35). Nel bene e nel male la menzogna racconta di una giustificazione del potere, e di quella infondatezza rimane traccia nella *Selbstbehauptung* del potere moderno, che conserva una matrice importante del potere teologico. In ogni teologia politica la menzogna è, per definizione, nobile. Ed è anche qui, in questo delicatissimo snodo, che emerge il confine spesso labile tra potere e verità. La menzogna l'attraversa in un itinerario che ha da sempre cercato di chiudere il cerchio della giustificazione del potere. Tale consapevolezza viene filtrata dall'Illuminismo nelle forme più disincantate, dopo aver già attraversato la dimensione più visibile del convenzionalismo. Persino il contratto sociale e l'*artificial reason* del moderno Leviatano non sono altro che rappresentazioni di questa lunga ombra. E che essa sia al centro del discorso teorico — politico,

(33) I. Kant-B. Constant, *Il diritto di mentire,* cit., p. 39.

(34) A. Passerin D'Entrèves, *La dottrina dello Stato,* Torino, Giappichelli, 2009, p. 36.

(35) E. Resta, *Il diritto vivente,* Roma-Bari, Laterza, 2008, pp. 162-163.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

magari soltanto trovando altri nomi, è confermato dal neo contrattualismo. « Velo di ignoranza » e « teorema della posizione originaria » possono essere letti in John Rawls come la riproposizione di quel problema (36). Detto in una formula molto semplice, nessun potere può fondarsi su una verità e nello stesso tempo nessun potere può fare a meno di presupporre una menzogna per quanto nobile. Che poi già a partire dal mondo antico, e le fonti sono univoche, i cosiddetti *arcana imperii* comprendessero al loro interno il gioco rivale di *arcana seditionis* e *arcana dominationis* (37), non sposta di molto. Negli *arcana* talvolta segreto e menzogna sono equivalenti. Ma proprio questo sottile legame, visto da angoli di osservazione diversi, dà ragione tanto al normativismo kantiano quanto ad un pragmatismo "à la Constant" (38).

Applicando verità e menzogna al campo giuridico, la differenza sfuma notevolmente poiché sia l'una che l'altra sono campi non sempre congruenti. La menzogna, infatti, non è il contrario della verità, ma poiché significa "dire la falsità", essa è il contrario del "dire la verità". Nel mondo antico il processo era del tutto opposto. La verità non aveva bisogno della voce. Essa aveva un carattere autoevidente. Era la stessa ragione a giustificarsi come verità. Nella Grecia del IV sec. la verità era intimamente legata al significato di *parresia*, intesa come la qualità etica del buon cittadino. Il problema era già allora del tutto interno alle dinamiche del potere: si trattava di verificare a chi fosse consentito di dire la verità all'interno di un sistema apparentemente governato dall'*isonomia* (39). Nel mondo moderno, invece, ciò che cambia radicalmente è l'impostazione teorica, sebbene dettata dalla pratica politica della necessità, dal momento che *auctoritas, non veritas, facit legem.* Il

(36) J. Rawls, *Una teoria della giustizia,* Milano, Feltrinelli, 1982, p. 32 ss. e p. 125 e ss.; cfr. S. Bok, *Lying. Moral Choice in Public and Private Life*, in Vintage Books, A Division of Randon House, New York, 1979, p. 95 ss.

(37) N. Machiavelli, *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio* (I - 35), Torino, Bollati Boringhieri, 1993.

(38) P. Costa, *Il progetto giuridico: ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, Milano, Giuffrè, 1974, vol. I, p. 187 ss.

(39) M. Foucault, *Discorso e verità nella Grecia antica,* Roma, Donzelli, 2006, p. 11 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

potere si rappresenta come ragione, e quindi come verità (40). Ciò è ancora più evidente, quando a parlare "sotto mentite spoglie" sono i pubblici poteri. Ancora una volta si avverte la sensazione che le regole della menzogna si ricavino dalla loro stessa patologia. Ciò paga il fio all'originaria indifferenza morale della menzogna, che diventa invece strategia valida, perdendo il carattere di originaria neutralità, quando viene alla luce. Nella comunicazione interindividuale i limiti e gli effetti della menzogna sono assorbiti dalla ripetizione delle prassi sociali.

Gli esempi non mancano e le regole giuridiche, in fondo, ne sedimentano le forme più disparate.

Si pensi ad esempio al contratto dissimulato che resta in piedi se presenta gli stessi requisiti di sostanza e di forma previsti per il contratto apparente. Persino nell'intimità la menzogna è soggetta a scadenza. L'art. 123 c.c. interdice l'azione di simulazione del matrimonio « nel caso in cui i contraenti abbiano convissuto come coniugi successivamente alla celebrazione medesima". Laddove invece non si agisce nell'ambito di rapporti tra pari, i meccanismi di assorbimento cominciano a vacillare. È, infatti, nelle pieghe fra pubblico e privato che un'"azione restitutoria" della menzogna non suole aver luogo.

7. *La rappresentazione della menzogna in politica. Diversamente da quello che dice il bugiardo…*

La delusione cognitiva derivante dalle conseguenze del mentire poggia su una crepa macroscopica quando essa stessa non viene attratta integralmente all'interno di meccanismi di delega che si muovano dal pubblico al privato. È Hannah Arendt, ad esempio, a proposito dei *Pentagon Papers* che in *Lying in Politics* afferma la necessità della menzogna come base dei fenomeni di massa:

« Senza la libertà mentale di dire sì o no — non solo ad affermazioni o proposizioni nei confronti delle quali possiamo dichiararci in accordo o in disaccordo, ai nostri organi percettivi e

(40) J. DERRIDA, *Il fattore della verità,* Milano, Adelphi, 1978, p. 22 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

cognitivi — nessuna azione sarebbe possibile, e l'azione è per l'appunto la materia di cui è fatta la politica » (41).

La Arendt inoltre spiega il fenomeno dei *problem solvers* nella guerra in Vietnam alla luce del fatto che la menzogna è stata considerata come presupposto dell'azione politica:

« Ciò che questi *problem solvers* hanno in comune con i bugiardi terra terra è il tentativo di liberarsi dei fatti e la convinzione che questo debba essere possibile data l'intrinseca contingenza dei fatti stessi. La verità è che questo risultato non può essere conseguito né per mezzo della teoria né attraverso la manipolazione dell'opinione — come se un fatto potesse venir rimosso dal mondo solo se un numero sufficiente di persone credesse nella sua non-esistenza » (42).

Questo artificio avrebbe potuto essere valido in un paese in cui non vi fosse stato libero accesso all'informazione e in cui il sistema d'informazione pubblica non avesse assicurato nella generalità dei casi ai consociati di conoscere con un apprezzabile margine di certezza la verità dei fatti. La mancata spettacolarizzazione delle notizie contenute nei *Pentagon Papers* è indice non di una condotta etica in tal senso ma dell'inefficacia di un comportamento contrario:

« Nei *Pentagon Papers* ci troviamo di fronte a degli individui che hanno fatto del loro meglio per conquistare la mente della gente, ovvero per manipolarla; ma, dal momento che costoro hanno agito in un paese libero, dove era possibile avere accesso ad ogni tipo di informazione, non hanno avuto successo. A causa della loro posizione relativamente elevata e del posto che occupavano nel governo, questi individui erano meglio protetti — a dispetto del loro accesso privilegiato a informazioni *top secret* — da questa informazione pubblica, la quale diceva a sua volta più o meno la verità dei fatti, rispetto a coloro che essi tentavano di convincere e a cui erano tentati di pensare come semplice pubblico, "maggioranze silenziose", che avrebbero dovuto solo stare a guardare gli allestimenti degli scenografi. Il fatto che i *Pentagon Papers* abbiano solo raramente rivelato delle notizie spettacolari testimonia il fallimento dei

(41) H. Arendt, *La menzogna in politica. Riflessioni sui Pentagon Papers,* a cura di O. Guaraldo, Milano-Genova, Marietti, 2006, p. 11.

(42) Ivi, p. 25.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

bugiardi che intendevano crear un pubblico convinto, a cui poi essi stessi avrebbero potuto unirsi » (43).

Pur senza aggiungere nulla di nuovo ad una delle forme più radicali della critica della menzogna che ritroviamo ne *L'Ideologia tedesca* di Marx, il tema del rapporto tra ideologia e potere ha ricompreso dentro di sé la giustificazione del dominio come menzogna (44). La vecchia affermazione dell'ideologia dominante come ideologia della classe dominante nascondeva in sé il carattere insieme vero e falso della sua "rappresentazione". L'universalismo era soltanto la proiezione di un relativismo egoistico, mentre nello stesso tempo presupponeva "normativamente" la verità dell'affermazione universalistica. La critica di Marx all'ideologia giuridica dell'uguaglianza si ritrova pienamente in questo doppio gioco della menzogna da svelare ma anche da agire (45). Non è casuale che soprattutto l'ultimo Marx pensi all'ideologia come *Widerspruch*, e che proprio nelle maglie di tale contraddizione della menzogna pubblica s'innesti anche il progetto giuridico moderno (46).

---

(43) Ivi, pp. 64-65. Rileggere queste pagine rispetto al dibattito italiano può essere altamente istruttivo.

(44) K. MARX-F. ENGELS, *L'ideologia tedesca,* Roma, Editori Riuniti, 1958, p. 35: « Se un'epoca, per esempio, immagina di essere determinata da motivi puramente "politici" o "religiosi", benché "religione" e "politica" siano soltanto forme dei suoi motivi reali, il suo storico accetta questa opinione. L'"immagine", la "rappresentazione" che questi determinati uomini si fanno della loro prassi reale viene trasformata nell'unica forza dominante e attiva che domina e determina la prassi di questi uomini ». Sul rapporto tra stato, diritto e proprietà, cfr. p. 59.

(45) Ivi, pp. 545-546: « Come in medicina i taumaturghi e le cure miracolose sono possibili per l'ignoranza delle leggi del mondo naturale, così nel campo delle cose sociali i taumaturghi e le cure miracolose sono possibili per l'ignoranza delle leggi del mondo sociale ». Cfr. K. MARX, *Lettere a Kugelman* in *Lettere sul Capitale,* Roma-Bari, Laterza, 1971, n. 51, 28 dicembre 1862, e n. 118, 11 luglio 1868; cfr. P. COSTA, *Il progetto giuridico,* cit., p. 271 e ss.; C. GALLI, *Contingenza e necessità nella ragione politica moderna,* Roma-Bari, Laterza, 2009, p. 170.

(46) K. MARX, *Lineamenti fondamentali di critica dell'economia politica*, Torino, Einaudi, 1983, p. 181: « In quanto soggetti dello scambio, la loro relazione è quindi quella dell'uguaglianza […]. Gli equivalenti sono l'oggettivazione dell'un soggetto per gli altri; ossia essi stessi hanno il medesimo valore e si confermano nell'atto dello scambio come di ugual valore e al tempo stesso come indifferenti gli uni agli altri »; p. 188: « Se dunque la forma economica, lo scambio, pone da tutti i lati l'uguaglianza dei soggetti, il contenuto, la sostanza, sia individuale sia concreta, che spinge allo scambio, pone la

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Dal problema della decisione politica emerge a chiare lettere quanto sia chimerica l'autonomia stessa dei fatti storici, che costituiscono una complessità già ridotta (47). In quest'ottica la menzogna s'inserisce come termine medio di una proporzione in cui il linguaggio sta ad essa come essa sta al fatto. Mettere in relazione la menzogna con il linguaggio significa, cioè, dotarsi di uno strumento categoriale che s'innesca a seconda del contesto di riferimento, e considerare essa stessa come una precondizione.

La narrazione dei *Pentagon Papers* ci fornisce l'immagine di una creazione della politica globale non come eccezione bensì come regola, ma tutto questo è stato reso possibile dal fatto che ad operare un meccanismo di tal fatta fu la potenza dominante, o presunta tale, per il solo ossessivo scopo di preservare dal mondo la « reputazione degli Stati Uniti e del loro Presidente » (48). La Arendt definisce tale processo come « auto-inganno interno » (49):

« Le verità fattuali non sono mai necessariamente vere. Lo storico sa bene quanto vulnerabile sia l'intera trama di eventi in cui quotidianamente viviamo […]. È questa fragilità che rende l'inganno fino ad un certo punto così facile, e così attraente ». Esso non entra mai in conflitto con la ragione, perché le cose sarebbero potute andare diversamente da come dice il bugiardo » (50).

Quella sui *Pentagon Papers* era una menzogna preconfezionata e pronta al pubblico consumo (51).

---

libertà […]. L'uguaglianza e la libertà in tale estensione sono esattamente il contrario della libertà e dell'uguaglianza antiche, le quali appunto non hanno come base il valore di scambio sviluppato, ma vanno anzi in rovina con lo sviluppo di quest'ultimo ». Cfr. K. Marx, *Il Capitale. Critica dell'economia politica*, Torino, Einaudi, 1978, pp. 1141 ss.

(47) G. Gadamer, *Verità e metodo*, a cura di G. Vattimo, Milano, Bompiani, 2001, *passim*.

(48) H. Arendt, *La menzogna in politica,* cit., p. 29.

(49) La Arendt prende in prestito la definizione da D. Ellsberg, *The Quagmire Myth and the Stalemate Machine,* in « Public Policy », 1971, p. 263.

(50) H. Arendt, *La menzogna in politica,* cit., p. 13.

(51) Cfr. N. Ajello, *Lo scrittore e il potere,* Roma-Bari, Laterza, 1974, pp. 226-227, a proposito dell'attività dei recensori durante le epoche avanguardiste da cui derivava la rinuncia del letterato militante: « I recensori, in genere, collaborano all'inganno: un romanziere che si riveli privo di talento e stilisticamente poco dotato si vedrà concessa l'attenuante di aver rifatto il linguaggio dei *naif* o di aver inteso raggiungere le vette del *Kitsch* più molesto o di mimare parodisticamente il *Grand-Guignol*, o di aver

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

La riflessione di Arendt affonda le radici nel dibattito illuministico e nella riflessione di Adorno sulla nascita dell'opinione pubblica (52), seppur con le dovute differenze. Ci si domanda, allora, se l'effettività della menzogna dipenda dal destinatario coinvolto. Dinanzi ad una serie di fatti precostituiti che giocano in netto svantaggio rispetto all'imprevedibilità del reale, l'opinione pubblica ha qualche *chance* di controllo in meno. Questo è il tipico modello della menzogna pubblica che, dovendo concorrere necessariamente con una menzogna intima, segreta, rimane talvolta imbrigliata nella sua stessa immutabile pubblicità (53). Vi è, invece, un altro modello, quello della menzogna privata, che indipendentemente dal suo autore e dal suo destinatario, siano essi individui o comunità, la definisce come prerogativa del soggetto, pertanto esposta a revoca. Ciò che è interessante osservare è il progressivo scollamento nella pratica sociale e politica tra pubblicità e possibilità della revoca.

La consapevolezza del mondo moderno nei riguardi della menzogna ha forse fatto un passo avanti, quando l'ha ridotta ad antropologia. Il meccanismo di comunicazione sotteso serviva a creare legami tra gli individui. Solo quando la menzogna è stata considerata non più *in re ipsa* dal punto di vista morale, soltanto allora il problema ha cominciato a toccare il nervo scoperto della responsabilità. Ancora una volta è Thomas Hobbes che, a proposito dei vizi e delle virtù umane, con straordinaria lucidità osserva:

« Forza e frode sono, in guerra, le due virtù cardinali. Giustizia e ingiustizia non sono facoltà del corpo né della mente: se lo fossero, potrebbero trovarsi anche in un uomo solo nel mondo, come i suoi

---

preso in prestito (a titolo di puro esperimento, sia ben chiaro) gli utensili espressivi di Carolina Invernizio ».

(52) T. ADORNO-M. HORKHEIMER, *Dialettica dell'Illuminismo*, cit., p. 29: « I simboli prendono l'aspetto dei feticci. Il loro contenuto, la ripetizione della natura, si rivela poi sempre, in seguito, come la permanenza — da essi in qualche modo rappresentata — della costruzione sociale ».

(53) Cfr. C. GALLI, *Contingenza e necessità*, cit., p. 171; cfr. H. ARENDT, L*e origini del totalitarismo*, Milano, Edizioni di Comunità, 1967, pp. 188 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

sensi e le sue passioni. Esse sono qualità che si riferiscono agli uomini in società, e non in solitudine » (54).

Nel cuore della politica trovano asilo gli istinti. Ma nello stesso luogo essi nascondono la parte invisibile di sé, quella che è esente da responsabilità. La fenomenologia della menzogna ci mostra in maniera disarmante il suo stesso carattere fattuale. Proprio perché essa non si presta ad alcun meccanismo di controllo di tipo predittivo, nessuna generalizzata aspettativa normativa ha la facoltà di contenerla. Attraverso l'uso della menzogna in politica, la modifica della realtà avviene dal punto di vista puramente empirico, il che ha scarsa attinenza con previsioni di tipo normativo. In altre parole, la menzogna impedisce di giocare sul terreno comune della precomprensione, perché non palesando il suo stesso essere menzogna, contravviene alle premesse comuni sulle quali gli operatori del linguaggio convengono.

Ancora una volta l'intreccio complesso tra linguaggio del potere e menzogna ritorna a quel dibattito illuministico. È esso che segna un passaggio nella complessa teoria dei loro rapporti. È significativo di per sé che sia stato il tempo dell'Illuminismo a sedimentarlo e a farlo emergere, ma, come dicevamo, in esso si ritrova una « continuità discontinua » (55).

8. *Conclusioni: da un modello culturale alla crisi della democrazia.*

Ripartendo dai punti essenziali di quel dibattito, possiamo ricostruire alcune proposizioni che ancora oggi possono aiutarci a decifrare la "teologia della menzogna":

Innanzitutto il diritto di dire la verità e il diritto di conoscere la verità non sono sempre simmetrici.

Quindi il diritto alla verità non è il contrario del diritto alla menzogna; argomentare la menzogna come contrario del diritto alla verità non incide sul problema sostanziale, ma soltanto sulla strategia comunicativa insita nel discorso giuridico.

Pertanto l'opportunità della menzogna dipende dall'oppor-

(54) T. Hobbes, *Leviatano*, *parte I - Lo stato di natura e le leggi naturali,* a cura di T. Magri, Roma, Editori Riuniti, 1976, p. 75.

(55) E. Resta, *Le stelle e le masserizie,* Roma-Bari, Laterza, 1997, p. 11.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

tunità del singolo caso, dato il suo carattere eminentemente contingente; non sono applicabili soltanto principi universali in astratto, ma anche principi intermedi, che possono consistere nella derogabilità del principio universale oltre che nella sua applicazione concreta.

Da questo deriva che il carattere comunicativo della menzogna si è progressivamente spostato sul versante strategico della politica.

Infatti la menzogna, come meccanismo di comunicazione che dal pubblico si rivolge al privato, attiene alla sfera del non dicibile, cui non si applica la logica rimediale del discorso giuridico. Questa, infatti, non verte su una realtà conoscibile seppur nella sua stessa patologia, ma consiste nel suo uso palesemente descrittivo. Attraverso tale uso, infatti, si rende efficace la sua prescrittività, potendo evitarsi il ricorso alle proposizioni normative.

Quindi ciò si rende possibile in quanto non esiste un limite di legittimità entro cui il diritto alla menzogna debba essere circoscritto: in altri termini non esiste una menzogna legittima costruita positivamente.

Solo in parte il caso della menzogna non è omogeneo con quello del segreto dal momento che quest'ultimo ha come referente normativo esplicito il segreto legittimo nei casi tassativamente previsti.

In base alla struttura del discorso giuridico, dunque, "ciò che non è vietato è permesso" si applica soltanto residualmente alle ipotesi non previste di menzogna.

Le ipotesi di menzogna sancite da norme positive vengono considerate legittime per la produzione degli effetti piuttosto che per la loro struttura.

Stabilire se la menzogna debba essere ancorata all'uso dei principi universali o possa invece estendersi ai principi intermedi induce a ripensare il problema della disciplina positiva in una costante dialettica che si orienti dalle *rules* ai *principles*, specie se, come già detto, il problema della menzogna risiede nell'impossibilità di un uso prescrittivo isolato dall'uso delle sanzioni negative.

Se la menzogna debba essere esclusivamente regolata da principi universali o da principi intermedi, presuppone la possibilità di sanzioni negative non tipicamente previste.

Il diritto, dunque, ripropone rispetto alla menzogna un atteg-

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

giamento ambivalente che deriva dalle caratteristiche stesse della menzogna, ma anche dall'incertezza delle sue forme. Se, infatti, la menzogna fuori dalla sfera pubblica rientra nella libertà e nella disponibilità dei parlanti, il carattere "sostanziale" della menzogna resta assorbito dalla sua "natura procedurale". E questo ancora una volta ci riporta alla doppia lettura di Kant e Constant.

Al di là delle proposizioni che si possono ricavare, quel dibattito rimane una grande esperienza interna alla riflessione su pubblico e privato e sulla struttura del linguaggio e della comunicazione, cioè a dire sulla questione della democrazia.

Il dialogo ci dà, inoltre, la possibilità di misurare la differenza tra la chiarezza di un discorso teorico e la difficoltà di una teoria sulla menzogna.

Se si parte dal fondamento del rapporto tra pubblico e privato, non si può non riconoscere la difficoltà di inscrivere la menzogna all'interno del discorso prescrittivo, proprio a causa della sua connessione con una realtà *ficta*, per l'appunto, che diverge dalla realtà su cui insiste la norma. La tesi di Kant, da un lato, a favore della pubblicità *tout court*, non ammette nemmeno la facoltà di tacere per chi ha l'obbligo di dire la verità; quella di Constant, dall'altro, riconosce un diritto di esclusiva a favore di chi ha diritto alla verità rispetto a chi, evidentemente, questo diritto non ha. Mentre, infatti, la menzogna potrebbe ricondursi alla disponibilità dei privati, esistendo nella realtà normativa meccanismi di regolazione che vertono piuttosto sulla rilevanza delle menzogne illecite, nel pubblico, invece, essa è disciplinata alla stregua di una dissimetria informativa che investe i privati come destinatari ultimi e lede proprio il carattere inclusivo della comunicazione pubblica. La menzogna incide dunque in maniera mediata sui suoi stessi meccanismi procedurali, scardinando e nello stesso tempo alimentando un'altra delle promesse mancate della democrazia (56).

Del resto la nota definizione di democrazia come potere della cosa pubblica in pubblico non lascia molti margini se non all'idea kantiana; altro discorso sono le conseguenze della violazione di tale principio. Tuttavia, esistono momenti a più alto tasso di menzogna

(56) Cfr. N. Bobbio, *Il futuro della democrazia,* Torino, Einaudi, 1984, p. 87, a proposito dell'invisibilità del potere come promessa mancata della democrazia.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

in cui "le bugie hanno le gambe lunghe" come nei regimi di massa in cui emerge il carattere palesemente veritiero della sola menzogna assoluta che « ha ancora la possibilità e la libertà di dire in qualche modo la verità » (57), quando vive come *modus* (non *exceptio*) della democrazia.

La riflessione da ultimo ci porta fino al cuore dell'imperativo kantiano sul quale si erge l'intera impalcatura della tesi che prescrive l'impossibilità etica del diritto di piegarsi alla politica.

Il moderno ha richiesto l'autonomia tra diritto e morale; per questo il divieto pubblico della menzogna è diventato massima giuridica. Tuttavia la circostanza che l'impossibilità etica sia stata incorporata normativamente si traduce nell'indifferenza del diritto rispetto all'essere esso stesso disatteso. Ciò spiega perché la menzogna riesce a convivere e con la politica e con il diritto senza troppo imbarazzo, ma non dispensa per questo dall'indignazione rispetto a pratiche *out of joints.*

All'interno di un tale scenario, infatti, non è trascurabile, com'è noto, il rischio di una legittimazione della menzogna politica che allontani lo sguardo dalla critica dei contenuti (58). È in questo punto che il problema della menzogna torna ai fondamenti del dibattito sulla democrazia. La critica del carattere procedurale della democrazia si ritrova — non è casuale — in una di quelle questioni apparentemente di dettaglio, come il paradossale diritto di mentire.

---

(57) Cfr. T. ADORNO-M. HORKHEIMER, *Dialettica dell'Illuminismo*, p. 123, a proposito del fascismo: « […] il fascismo è anche effettivamente meno "ideologico" degli altri regimi politici nella misura in cui professa apertamente il principio del dominio che altrove preferisce nascondere ».

(58) P. RILEY, *Hannah Arendt on Kant, Truth and Politics,* in *Kant's Political Philosophy*, a cura e con l'introduzione di H. L. Williams, Chicago, The University of Chicago Press, 1992, pp. 305-323; per un approccio comparato cfr. D. BURNET and R. THOMAS, *The Commodification of Truth*, in « Journal of Law and Society », vol. 16, n. 2 (Summer 1989), p. 218 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

La dimensione giuridica

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

MAURIZIO FIORAVANTI

PER UNA STORIA DELLO STATO MODERNO IN EUROPA (1)

Si torna a discutere di Stato moderno in Europa. Lo testimoniano molti e diversi studi recenti. Ma forse non si è mai cessato di discutere di Stato moderno in Europa. Si ha oggi probabilmente l'impressione di una discussione più ampia ed accesa, per un motivo molto semplice, che è presto identificato. Si tratta indubbiamente del presunto precario stato di salute dell'ultima forma politica entro cui è stata racchiusa l'esperienza dello Stato moderno in Europa, ovvero lo Stato nazionale, con tutte le sue variazioni che l'hanno condotto fino a noi. In altre parole, la discussione sul piano storico è accesa perché è pressante il problema del presente. Tutti abbiamo dimestichezza con le domande che più frequentemente vengono poste a questo proposito. Siamo davvero alle battute conclusive della attuale forma politica statal-nazionale? E se è così, che cosa rischiamo di perdere del patrimonio accumulato? Si tratta di un patrimonio accumulato più o meno recentemente, o di qualcosa che ha una dimensione plurisecolare? E se una trasformazione di carattere epocale, o comunque radicale, è davvero in atto, quali saranno i suoi esiti? Saranno del tutto inediti, come qualcuno afferma, o riproporranno piuttosto soluzioni che in parte la storia precedente aveva già conosciuto? È evidente che in questo contesto sono molteplici le occasioni d'intreccio tra il discorso propriamente storico e quello direttamente rivolto al nostro immediato presente.

Tale intreccio non è per altro, a sua volta, una novità assoluta.

(1) Il testo riproduce la "Lectio Stoppino" tenuta presso l'Ateneo pavese il 5 novembre 2009. Si è volutamente mantenuto lo stile discorsivo proprio della esposizione orale. Per lo stesso motivo, si sono limitati al minimo indispensabile i riferimenti bibliografici.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Si può dire anzi che proprio questo intreccio ha contrassegnato in modo ricorrente tutte le fasi in cui più intenso si è fatto il discorso sulla crisi dello Stato. È precisamente in quei momenti che si costruiscono, a partire da un presente con particolare evidenza problematico, le grandi narrazioni della vicenda storica dello Stato moderno in Europa. Nelle fasi critiche, e certo non in quelle di tranquillo ed ordinato sviluppo. È così oggi, negli ultimi decenni a cavallo tra ventesimo e ventunesimo secolo, è stato esattamente così un secolo prima, nei decenni a cavallo tra diciannovesimo e ventesimo secolo. Anche allora si discuteva infatti di crisi dello Stato, della emersione di nuove soggettività, come i partiti ed i sindacati, di crisi della sovranità e degli istituti della rappresentanza politica. Ed anche allora, come oggi, si diffondevano quelle che ho chiamato le 'narrazioni' della vicenda storica dello Stato moderno in Europa.

Per noi, quelle narrazioni sono ormai dei classici. Pensiamo, ad esempio, ad *Economia e società* di Max Weber. Tutte insieme, quelle narrazioni formano la nostra tradizione. Da lì bisogna sempre ripartire. Di questa tradizione, ho scelto per semplicità due versioni, due declinazioni. Le espongo sinteticamente. La prima versione, che in senso lato possiamo definire weberiana, pone la radice dello Stato moderno nel mondo della economia. La prima spinta per la costruzione dello Stato moderno, a partire dal tredicesimo secolo, viene dall'intensificarsi degli scambi commerciali, dal loro progredire su vasta scala. Il moderno è qui raffigurato soprattutto nella dimensione della translocalità, contro l'immobilismo del mondo medievale, che è essenzialmente un universo delle terre e dei luoghi. Allo Stato, che inizia ora ad essere un potere concentrato, ovvero collocato al centro di un dato territorio, si chiede quindi essenzialmente l'emanazione di un diritto sempre più uniforme, e per ciò stesso funzionale allo sviluppo dei traffici commerciali, evidentemente ostacolati dall'antico diritto medievale dei luoghi e delle terre. Ma si chiede anche e soprattutto di assumere comportamenti prevedibili. Il requisito più rilevante del nuovo agire politico-amministrativo è anzi proprio quello della prevedibilità. La nuova economia di scala vasta non può dunque più permettersi, non solo un diritto frammentato nei singoli luoghi, ma anche quel diritto che risulta dalla mutevole volontà del principe, da lui sempre revocabile. In una parola, il potere politico inizia ad istituzionalizzarsi, ad esprimersi in forme e modi normati-

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

vamente prefissati, e gli uomini che circondano il principe non sono più semplicemente il suo seguito, secondo l'antico concetto della *Gefolgschaft*, ma iniziano ad essere titolari di uffici, che vengono occupati con il criterio della competenza. Il processo storico che in questo modo si produce, attraverso l'espropriazione progressiva delle amministrazioni di ceto a favore della amministrazione statale, è raffigurato sotto il segno del *progresso*, da una volontà puramente politica, che ad ogni momento può divenire arbitraria, ad una volontà normativamente prefissata, libera solo nello spazio di una discrezionalità regolata, ed ancora: da un diritto dei luoghi, disuguale per sua natura, ad un diritto translocale, che sempre più aspira alla universalità.

Si può qui anticipare una delle nostre conclusioni, che riprenderemo tra un attimo, dopo aver esaminato la seconda versione dello Stato moderno. Come ben si vede, ciò che legittima una lettura in 'positivo', sotto il segno del progresso, di questo processo di costruzione dello Stato moderno è proprio il *diritto*, sotto un doppio profilo, come vincolo al potere politico, e come strumento di uguaglianza attraverso la translocalità, la tendenza alla uniformità, alla fine la pretesa di universalità. A ben guardare, ciò che ancora oggi chiamiamo 'Stato di diritto', per lo meno nella versione europeo-continentale, è non per caso caratterizzato proprio dalla associazione tra questi due ambizioni: la limitazione del potere, la tendenza verso l'uguaglianza.

Connessa, ma distinta, è la seconda versione dello Stato moderno e delle sue origini. In questa seconda versione le radici prime dello Stato moderno sono propriamente politiche. Lo Stato moderno nasce cioè da una *decisione*, ovvero dalla soluzione di un conflitto radicale attraverso la fondazione di un potere neutrale e rappresentativo. L'ambientazione di tali origini non è perciò nei Comuni del tardo medioevo, come nel caso del modello weberiano, ma qualche secolo dopo, nel Cinquecento e nel Seicento, nel contesto delle guerre di religione, come nel caso della Francia, o dei grandi conflitti costituzionali, come nel caso dell'Inghilterra. Le forze trainanti non sono da ricercare più tra i mercanti, o comunque nel mondo della economia, ma tra i decisori politici investiti di potere e di autorità dagli stessi individui, che hobbesianamente

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

aspirano ad uscire dal conflitto, a costruire un saldo ordine politico, capace di proteggere le loro vite ed i loro averi.

Due scenari diversi, come ben si vede, ma che conducono ad un unico esito: la valorizzazione del diritto per la configurazione stessa dello Stato moderno. Anche nel secondo scenario infatti il diritto occupa una posizione centrale. Quando la decisione sovrana s'impone al fine di superare il conflitto, a ben guardare la sua forza è infatti data proprio dal non essere espressione di una volontà puramente politica, e quindi della stessa natura delle molte volontà che popolano la società ed il suo endemico stato di conflitto. Se quella decisione fosse solo questo, se fosse espressione solamente di un'istanza politica particolarmente forte, essa non sarebbe mai capace d' imporsi a tutte le altre volontà, per l'ottima ragione che queste ultime non la riconoscerebbero come diversa da loro. In ultima analisi, essa s'impone proprio perché in essa, e solo in essa, è contenuta costruttivamente l'aspirazione alla neutralità, in una parola il *diritto*. Per questo motivo, il potere che nasce — lo Stato moderno, per noi — non può non essere anch'esso limitato dal diritto. Se non lo fosse, tradirebbe la sua missione, e riporterebbe tutti allo stato di conflitto. Non solo questo. Anche in questa seconda versione dello Stato moderno, come nella prima, all'aspetto del limite si congiunge l'aspirazione alla realizzazione del principio di uguaglianza. Il presupposto per la risoluzione del conflitto è infatti l'uguale sottoposizione di tutti alla medesima sovranità, e dunque alla medesima legge. Se così non fosse, se qualcuno avesse lo spazio per costruire l'eccezione, il diritto proprio, si ricadrebbe di nuovo nello stato di conflitto. Realizzare il principio di uguaglianza significa dunque, in primo luogo, costruire la condizione base necessaria per la conservazione dell'ordine politico.

Si potrebbe procedere ancora nell'analisi di queste due versioni dello Stato moderno. Conviene invece andare oltre. Abbiamo prima osservato che le due versioni sono distinte, ma connesse. Ed abbiamo già individuato nella valorizzazione del diritto il punto decisivo di connessione. Non a caso, se interrogassimo un giurista, ancora oggi, sulla definizione dello Stato di diritto, egli ci darebbe certamente una risposta molto vicina ad una delle due versioni dello Stato moderno, o più probabilmente ci restituirebbe una combinazione, di volta in volta diversamente articolata, tra le due versioni.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

C'è quindi un solido filo conduttore che lega Stato moderno e Stato di diritto, e che pone proprio nel diritto l'asse centrale dello stesso Stato moderno. Si deve ora fare ancora un passo avanti nella esplicitazione di questa valorizzazione del diritto nella costruzione dello Stato moderno. Si potrebbe addirittura forse dire, in via di sintesi, che il processo di costruzione dello Stato moderno non è altro che un processo di *giuridificazione* del politico, ora weberianamente attraverso la costruzione progressiva di un'amministrazione agente secondo moduli normativamente prefissati, ora attraverso una decisione sovrana che crea le condizioni per l'affermazione di un ordine anch'esso normativamente regolato. In altre parole, lo Stato moderno si afferma, in entrambi i casi, affermando il diritto contro l'arbitrio, contro la particolarità delle volontà.

Il discorso sembra chiudersi a questo punto, ma non è così. Il panorama infatti non è ancora completo. Nel corso dell'intera età moderna, da Hobbes in poi, andrà crescendo un altro aspetto nella definizione dello stesso Stato moderno. Qualcosa che era già presente all'inizio, proprio in Hobbes, ma che sarà compiutamente esplicitato solo nel diciannovesimo secolo, per opera proprio, non a caso, dei giuristi. Quell'ordine che si genera attraverso l'affermazione della amministrazione statale, o attraverso la via della decisione sovrana, è ora, tra Otto e Novecento, un ordine chiaramente *personificato*: lo Stato moderno, nella sua configurazione di Stato di diritto, è una *persona*, dotata di organi, che esprimono la sua volontà, su cui tutto il diritto si fonda, e che è, per sua natura, una volontà limitata, e nello stesso tempo sovrana. Non è per risalente consuetudine con la dottrina tedesca, ma indicherei nei capitoli iniziali della *Allgemeine Staatslehre* di Georg Jellinek, non a caso vicino a Weber, la trattazione esemplare a questo proposito, in cui tutto si congiunge: lo Stato moderno, lo Stato di diritto, lo Stato come persona.

Anche la data dell'opera di Jellinek, pubblicata il primo anno del nuovo secolo, è significativa. È il punto più alto della tradizione, e nello stesso tempo il punto d'inizio della svolta. Di lì in poi infatti tutto cambia. La società del primo Novecento si muove, anche convulsamente, e si aprono spazi per la proposizione di domande orientate in senso critico verso la tradizione intellettuale dello Stato moderno. Che cosa contiene davvero la grande e maestosa costru-

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

zione dello Stato come persona, ultima e più ambiziosa raffigurazione dello Stato moderno? E soprattutto, che cosa lascia fuori quella costruzione? Si dice che quello Stato rappresenta la nazione, e che nello stesso tempo esso garantisce con la sua legge, e con la sua amministrazione, i diritti degli individui. Ma dov'è finita la società? Essa è forse tutta davvero rappresentata nella nazione, e per il resto integralmente depoliticizzata? È ormai solo una società d'individui più o meno perfettamente garantiti nei loro diritti? Inizia qui, dalla proposizione di queste domande, la *rivincita della società*. E sta qui, in questa radice, la spiegazione del carattere anche esplicitamente polemico — basterà pensare per l'Italia a Gaetano Mosca — che assumono le trattazioni delle nascenti scienze politiche e sociali nei confronti della tradizione dello Stato moderno, ed in particolare, non a caso e non a torto, nei confronti del diritto e della sua scienza, asse costruttivo essenziale — come abbiamo visto — di quella tradizione.

La nascente scienza politica, in particolare, imputa al diritto, ed alla sua scienza, di aver compiuto un'operazione sostanzialmente riduzionistica, di aver cioè ridotto il fenomeno sostanziale del potere alla dimensione esclusiva del governo, a sua volta ancor più formalizzato in quanto espressione di competenze attribuite allo Stato-persona ed ai suoi organi. A fronte di tutto questo, la scienza politica rivendica la necessità di un atteggiamento realistico, di riscoperta della effettività del potere nella società, nelle sue diverse manifestazioni. Torneremo su tutto questo, anche con riferimento — e certo non per omaggio formale — ad alcune pagine di Mario Stoppino, che di fronte a questi nodi — come presto vedremo — mantenne sempre un atteggiamento equilibrato. Preme ora rilevare come in questo rinnovato contesto si vada rendendo sempre più complessa la visione dello Stato moderno dall'interno della stessa storiografia, proprio in rapporto alla tradizione che abbiamo illustrato.

Un punto in questo senso assolutamente centrale è quello del ruolo giocato dalle realtà locali e particolari, dai ceti, dalle città, dalle corporazioni. Qualcosa che il moderno trionfante, quello che si era espresso nel tragitto che da Hobbes conduce alla volontà generale della Rivoluzione, aveva messo da parte, in quanto ramo secco, che non trovava più posto dentro il bipolarismo tra Stato ed individuo. Qualcosa che le due versioni dello Stato moderno da cui abbiamo

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

preso le mosse avevano condannato in quanto espressione di volontà particolari, dei ceti o dei luoghi, destinate solo a resistere in difesa delle proprie storiche identità e poi fatalmente a soccombere. Qualcosa insomma che faceva parte del vecchio mondo ed era destinato a scomparire nel nuovo. Ebbene, il Novecento, con il suo carico di tensioni sociali, con le presenze nuove dei partiti e dei sindacati, con l'accrescimento complessivo dei compiti dello Stato nella società, e delle presenze della società nello Stato e nella sua amministrazione, rende sempre meno credibile questa versione monolitica dello Stato e della sua genesi, raffigurata come una corsa fatalmente destinata all'esito della esclusività, della conquista totale del campo da parte dello Stato sovrano.

Rendere più complessa la visione dello Stato moderno e della sua genesi — come accade in tutto un filone della ricerca storiografica novecentesca, che giunge fino a noi — significa prima di tutto smontare questo paradigma monistico, presente in entrambe le versioni dello Stato moderno da cui abbiamo preso le mosse. Significa sostituirvi un'ottica per lo meno dualistica, ed in prospettiva comunque pluralistica, che lascia intravedere una genesi diversa dello Stato moderno, non più per abrogazione, per espropriazione, per eliminazione delle possibili volontà concorrenti, ma attraverso la cooperazione tra centro e periferia, tra ciò che si assume come 'generale' e ciò che si assume come 'particolare', attraverso lo strumento dello *scambio*, del *contratto*. Una recente storia del potere in Europa, trattando il problema del territorio agli inizi dell'età moderna, e della formazione di un centro, da cui parte poi un'azione di semplificazione e di uniformazione dei regimi giuridici, associa al concetto di *Widerstand*, di resistenza, quello di *Partnerschaft*, di alleanza. Quei regimi giuridici presenti in quel territorio non hanno svolto quindi solo un'opera negativa di freno, di difesa corporativa della propria esistenza separata e particolare, ma anche un'opera positiva, di collaborazione alla costruzione del nuovo ordine politico e giuridico, entro cui inserire in tal modo, ed in forma nuova, la propria distinta individualità.

Seguendo questa falsariga, ci si accorge anche che i parlamenti — istituzioni fondamentali nella genesi dello Stato moderno — si sono affermati in diversi paesi europei, anche prima della Rivoluzione, proprio quando hanno saputo esprimere questa *duplicità*: da

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

una parte, qualificandosi come il luogo in cui il signore riaffermava la sua autorità nei confronti dei sudditi appartenenti al territorio soggetto alla sua giurisdizione, il suo potere impositivo, il suo potere di chiamare alle armi, il suo potere di ultima istanza, ma dall'altra parte qualificandosi parallelamente come il luogo in cui quel medesimo signore, su un piano apertamente contrattuale, era costretto ad ascoltare le richieste dei ceti e delle città, delle forze che chiameremmo 'particolari', che si traducevano poi in regole, in limiti, in condizioni di esercizio di quei poteri. Dunque, non un potere che cala con la sua livella dall'alto uniformando tutte le particolarità, ma un potere che si costruisce sul territorio attraverso lo scambio, la collaborazione, il contratto. È un potere comunque nuovo, che nutre aspirazioni inconciliabili con il passato medievale, ma che non per questo ricusa, entro il nuovo ordine da costruire, il ruolo delle forze particolari, che a loro volta in quell'ordine cercano d'inserirsi, se non altro per mantenere viva nel tempo una propria distinta identità, per quanto fatalmente trasformata. Più tardi, la Rivoluzione spezzerà, o tenterà di spezzare, questi rapporti di scambio, ma rimane il fatto che proprio quei rapporti hanno per molti versi dominato la scena nei lunghi secoli dell'età moderna precedenti la Rivoluzione, lasciando segni ben difficilmente trascurabili.

Torniamo ora alle nostre scienze sociali, alla scienza giuridica ed alla scienza politica, cui sopra abbiamo accennato. Con gli strumenti classici della scienza giuridica non sono comprensibili quei rapporti di scambio che una certa storiografia pone alla base della genesi dei parlamenti e dello stesso Stato moderno. Quegli strumenti escono infatti dalla fucina del giurista con un marchio preciso, sulla base della grande e ben nota dicotomia, tra pubblico e privato. In una parola, pubblico o privato, e *tertium non datur*. Se un'azione pretende di essere costruttiva di ordine politico, prima o poi deve di necessità assumere la veste della decisione, della espressione del principio di sovranità. Senza principio di sovranità non c'è ordine politico, e dunque non c'è diritto pubblico. Al contrario, se quella azione non compie quello scatto, se essa rimane cioè a livello di contratto, di scambio tra una pluralità di soggetti, essa potrà avere un rilievo politico indiretto, ma sostanzialmente rimane nello spazio e nei confini del diritto privato. Questo è in effetti il limite di comprensione che non si può oltrepassare con gli strumenti tradi-

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

zionali del giurista. È questa la difficoltà d'inquadrare e comprendere una situazione in cui l'obbligazione politica, e lo stesso diritto pubblico, nascono direttamente da una pratica di scambio, dalla consolidazione su base contrattuale del rapporto tra una pluralità di soggettività complesse, assai più che dalla espressione di un principio di sovranità personificato in un soggetto, come vorrebbe la tradizione giuridica dello Stato moderno, che già conosciamo.

Anche la scienza politica ha però i suoi problemi. Sospinta da quella radice polemica cui prima si accennava, diretta contro l'atteggiamento riduzionistico della scienza giuridica verso il fenomeno del potere, la scienza politica può infatti cadere nell'eccesso opposto, e finire per ravvisare il potere un po' ovunque, in ogni piega della società, smarrendo così la specificità dello stesso potere politico. Proprio Mario Stoppino ricordava costantemente che se è vero che da una parte si deve andare alla ricerca del potere oltre il governo, proprio per combattere il riduzionismo delle scienze giuridiche, è vero anche che non si deve neppure correre il rischio dell'eccesso opposto, della dispersione del potere nella società. Per questo motivo, per non perdersi nel grande spazio della società, lo scienziato della politica ha bisogno di un sicuro criterio discretivo, che comunque ricava anch'egli dal grande serbatoio costituito dalla tradizione dello Stato moderno. Lo stesso Stoppino considera quindi politico quel potere, e solo quel potere, che tende alla istituzionalizzazione, in modo da ottenere « conformità generalizzata e garantita », come risposta ad uno « stato permanente e grave d'incertezza e d'insicurezza ». Così, la scienza politica coltiva l'ambizione di conquistare spazi più ampi di quelli occupati dalle scienze giuridiche pubblicistiche, proprio perché ricerca il potere al di là del governo, ma nello stesso tempo mantiene il governo stesso, inteso come prima forma d'istituzionalizzazione del potere, al centro dei suoi interessi. Teme la riduzione del potere, ma anche la sua inflazione, la sua dispersione nella società. Avverte l'integrale giuridificazione del potere come il risultato di un'inaccettabile operazione di stampo riduzionistico, ma conserva l'esigenza della specificità del potere, che può dirsi politico solo quando si pone al centro di un'arena in funzione di governo, per rispondere ad una crisi evidente di sicurezza, per ottenere e garantire conformità.

Dunque, ciò che la scienza politica ricusa, con lo sguardo

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

rivolto alla tradizione intellettuale dello Stato moderno, ed al predominio del giuridico in seno a quella tradizione, è più precisamente un certo esito di quella tradizione, che è poi quello della personificazione, vista come assorbimento della società, in forma di nazione, entro la dominante figura dello Stato-persona. È quella società, altrimenti presente solo come insieme d'individui e come nazione — secondo la polarità propria del modello integralmente giuridico dello Stato moderno — che reclama spazio nelle costruzioni della scienza politica. L'intento non è dunque quello di decostruire lo Stato, ma di arricchire la sua configurazione. L'intento è più precisamente quello di ritradurre lo Stato moderno, quello che la tradizione europea ci ha consegnato, in chiave di governo di un'arena — di un territorio, si direbbe nella linea della tradizione — popolata di attori politici e sociali, direttamente rilevanti per la definizione del potere governante. Quegli attori — anche nella ricostruzione di Stoppino — sono legati nella dimensione dello *scambio politico*. Su quest'ultima dobbiamo ora soffermarci. Proprio questa dimensione rappresenta infatti il punto di più forte divergenza dal modello integralmente giuridico dello Stato moderno europeo. Infatti, cosa dovrebbe essere lo scambio politico per quella tradizione? Se è uno scambio di utilità tra soggetti distinti che tale rimane, si userà per inquadrarlo lo strumento privatistico del contratto, ma allora non avrà senso la qualificazione dello scambio medesimo in senso 'politico'; se invece si uscirà nella realizzazione di quel rapporto dai confini del diritto privato, sarà inevitabile attrarre quella materia nello spazio della sovranità, e conseguentemente se ne occuperà il diritto pubblico. *Tertium non datur*, ancora una volta.

Porre alla base del potere governante lo scambio politico significa proprio uscire fuori da questa secca dicotomia pubblico-privato. Lo scambio politico si realizza infatti sempre su *due lati*, è sempre nello stesso tempo ricerca di autorità pubblica su un lato, e ricerca sull'altro di 'diritti', nel senso di spazi garantiti, entro cui proteggere le proprie risorse e le proprie attività. Torniamo allora alla nostra arena ed al nostro potere governante. Quest'ultimo è visto dalla scienza politica come l'esito di uno scambio politico — che è tale, cioè 'politico', proprio perché costruttivo di un potere governante — che si realizza tra una serie definita di attori politici e sociali: i primi offrono ai secondi 'diritti', nel senso sopra indicato di

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

spazi garantiti, e chiedono in cambio consenso, sostegno alle proprie ambizioni di governo. Tutti questi soggetti sono concatenati, e tutti sono costitutivi del modello in esame, nel senso che il potere governante ha quelle determinate caratteristiche proprio perché insiste su un'arena popolata da quei determinati attori politici e sociali; gli attori politici operano in un certo modo verso il potere governante, per ottenere influenza o quote di potere, perché hanno i loro riferimenti in determinati attori sociali; e questi ultimi, a loro volta, modellano le loro richieste di 'diritti' sul presupposto della presenza di determinati attori politici. Lo scambio che si realizza continuamente tra tutti questi soggetti è il *processo politico* — anche nel linguaggio di Stoppino — che in questa ricostruzione è ciò che in modo effettivo sta alla base dello Stato. Tornando al linguaggio dei giuristi, si potrebbe dire che in questa ottica lo Stato non è una *persona*. È piuttosto un *ordinamento*. Esso comprende anche lo Stato come persona, come apparato, ovvero il potere governante della scienza politica, ma va oltre, proprio in qualità di ordinamento di più soggetti, pubblici e privati, politici e sociali. Lo Stato di cui parliamo è dunque semplicemente la *res publica*, in senso non valutativo, come oggettivo punto di equilibrio conseguito su un determinato spazio da una pluralità data di soggetti politici e sociali.

Torniamo ora alla storiografia dello Stato moderno, da cui abbiamo preso le mosse. Non si può non notare l'evidente coincidenza di prospettive tra l'immagine da ultimo ricostruita dello Stato-ordinamento, cui siamo pervenuti partendo dalla dimensione dello scambio politico, e l'emersione, pure essa novecentesca, in seno alla storiografia, di versioni dello Stato moderno di stampo dualistico, o pluralistico, che pongono alla base dello Stato medesimo proprio lo scambio, il contratto. Ciò che dunque complessivamente sembra configurarsi, nella storiografia come nelle scienze sociali, è un'idea su cui anche noi abbiamo più volte insistito — per esempio a proposito delle vicende costituzionali dell'Europa — che è quella dell'intero stabilmente composto di parti distinte, e che risulta anzi dal contratto tra le parti medesime. Siamo convinti che nella parte prevalente della sua plurisecolare vicenda lo Stato moderno sia stato proprio questo tipo d'intero composito, composto su base strutturalmente pluralistica e pattizia. È stato sicuramente così nei lunghi secoli precedenti la Rivoluzione, è così oggi nell'età della

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

crisi del modello statal-nazionale. Non sono dunque questi, ieri o oggi, secoli privi di ordine. Sono semplicemente secoli in cui l'ordine non è personificato nei termini indicati da Hobbes e realizzati nella volontà generale della Rivoluzione e nello Stato-persona: è in quest'ultima tradizione, ma solo in questa, che le parti di un intero sono per loro natura destinate ad essere assorbite, o all'inverso a divorare l'intero medesimo, per costituirne uno nuovo.

Vorrei però essere chiaro. Il mio non vuole essere un pensiero rassicurante e consolatorio. Si vuole semplicemente dire che nella vicenda storica dello Stato moderno non c'è un solo tipo di ordine politico, e che non è corretto misurare ciò che viene prima dello Stato nazionale sovrano a diritto codificato come sua preparazione, o come mera resistenza all'affermarsi di quella soluzione, e ciò che viene dopo invariabilmente come sua crisi. È in questo senso che vedo nel nostro tempo, non già la condanna ad essere progressivamente privo di ordine, ma la ricerca di un ordine proprio, diverso da quello precedente, a sé storicamente adeguato. Il resto viene dopo, e non è poco. Si pongono anzi problemi grandi, certamente di non facile soluzione. L'ordine del nostro tempo non sarà infatti mai più semplice come quello che è stato dominante in Europa nei due secoli compresi tra la metà del diciottesimo e la metà del ventesimo. Né altrettanto solido. Un ordine fondato sullo scambio, sul contratto, è infatti in sé mobile ed altamente problematico.

Come mostrano però le scienze sociali, e la stessa storiografia, un ordine è tale anche quando non beneficia più di un centro indiscusso, in cui l'intero è univocamente rappresentato. Quell'ordine è tale anche su base esclusivamente pattizia, proprio nella dimensione dello scambio. Ma ad una condizione, che è ben chiara nella storia profonda del costituzionalismo europeo: che quello scambio avvenga secondo le regole ed i criteri della *legge fondamentale*. Un ordine può esistere infatti anche senza l'artificio della personificazione, ma a condizione che il principio di unità si realizzi comunque altrove: se non più nello Stato sovrano, direttamente nella Costituzione, nella legge fondamentale. In quest'ultima le forze concretamente agenti debbono poter ritrovare un senso all'operare comune. È questa l'operazione tentata alla metà del secolo scorso, con l'avvento delle nuove Costituzioni democratiche. Noi storicamente viviamo dentro questo tentativo. Dobbiamo lavorare perché

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

riesca. Se dovesse fallire, il prezzo da pagare sarebbe altissimo. Sarebbe la dimostrazione della impossibilità di un autentico ordine politico e costituzionale su base pluralistica e pattizia. E poiché il ritorno ai modelli monistici pare essere impossibile, la logica dello scambio e della pattuizione finirebbe in questo caso per divorare tutto, compreso il bene amato Stato moderno europeo.

Indicazioni bibliografiche.

Rimanendo fermi alla letteratura italiana, testimoniano il rinnovato recentissimo interesse per la storia dello Stato moderno, cui si fa riferimento nel testo: i saggi contenuti in *Storia Amministrazione Costituzione.* Annale, n. 16, 2008, che si riferisce al dibattito intervenuto su "Fra storia e storiografia. A trent'anni da 'Lo Stato moderno'"; l'incontro organizzato presso l'Università di Venezia, 18-19 settembre 2008 su "Alla ricerca della statualità medievale (secoli XII-XIV)"; e *Lo Stato globale*, a cura di R. Gherardi e M. Ricciardi, Bologna, Clueb, 2009. Le versioni 'classiche' dello Stato moderno indicate nel testo sono riprese da M. Fioravanti, *Stato (storia),* in *Enciclopedia del diritto*, XLIII, 1990, pp. 708 ss., che si trova anche, in forma rivista, e con il titolo *Stato: dottrine generale e storiografia*, in Id., *Stato e Costituzione: materiali per una storia delle dottrine costituzionali,* Torino, Giappichelli, 1993, pp. 9 e ss. La scienza politica dialogante con la tradizione europea dello Stato moderno è quella di Mario Stoppino, di cui si veda: M. Stoppino, *Potere politico e stato,* Milano, Giuffrè, 1968, e Id., *Potere e teoria politica,* terza edizione, Milano, Giuffrè, 2001. La storia del potere in Europa cui si allude nel testo è quella di W. Reinhard, *Geschichte der Staatsgewalt: eine vergleichende Vefassungsgeschichte Europas,* München, Beck, 1999, trad. it., *Storia del potere politico in Europa,* Bologna, Il Mulino, 2001.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

ALEJANDRO MARTÍNEZ DHIER

CONSIDERACIONES JURÍDICAS EN TORNO A LA ETNIA GITANA EN ARAGÓN Y CATALUÑA DURANTE LA ÉPOCA DE LA MONARQUÍA ABSOLUTA

I. Consideraciones generales sobre la etnia gitana en la historia jurídica de Aragón y de Cataluña. — II. La aparición de los gitanos en la Corona de Aragón. — III. El estatus jurídico de los gitanos en el Reino de Aragón. — IV. El estatus jurídico de los gitanos en el Principado de Cataluña. — V. Conclusiones.

I. *Consideraciones generales sobre la etnia gitana en la historia jurídica de Aragón y de Cataluña.*

La población de las dos grandes Coronas peninsulares, Castilla y Aragón, ha sido, a lo largo de nuestra historia jurídica, rica en diversos elementos de orden social (1), añadiéndose, a partir de los primeros años del siglo XV, otro elemento social más, como son los gitanos, pueblo nómada por excelencia, llamados en un primer momento « egipcios » o « egipcianos », por creerse oriundos de este país (2), y que se desenvolverán en las capas más ínfimas y marginadas del substrato social, sin ostentar potencial económico alguno (3).

(1) A. Martínez Dhier, *Los gitanos y el principio de igualdad. Rasgos jurídicos históricos*, en Libro Homenaje al Excmo Sr. D. Luis Portero García, Granada, Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Granada, y otros, Ed. Universidad de Granada, 2001, pp. 575-590, y Id., *Alguns apunts sobre la condició jurídica dels gitanos als regnes de la Corona d'Aragó. Referencia especial a Aragó i Catalunya durant l'epoca de la Monarquía Absoluta*, en « Revista de Dret Històric Català », Vol. 8, 2008, Barcelona, Societat Catalana d'Estudis Jurídics, filial de l'Institut d'Estudis Catalans, 2009, pp. 169-194 (del que es deudor, en gran parte, el presente estudio).

(2) « Egipcianos », en la Pragmática de 1499; pet. 58 de las Cortes de Toledo de 1525; pet. 146 de las Cortes de Madrid de 1528, y la pet. 122 de las de 1534; en la

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Incluso hoy en día existen una serie de elementos integrantes, dentro de lo que Lalinde Abadía denomina « factores de discriminación social » (4), que se pueden atribuir, entre otros, a la minoría gitana. Estos factores han acompañado a la etnia (5) gitana (6) desde su llegada a la Península Ibérica, y hasta nuestros días: factores físicos derivados de su etnia (7), y factores políticos tales, como la religión, profesión, ocupación de cargos, e incluso, violencia en alguna de sus acciones, etc. (8).

En los siglos comprensivos de la denominada época moderna, o de la Monarquía Absoluta, algunos individuos son consideradas personas potencialmente "peligrosas" por sus actuaciones y activi-

---

Pragmática dada en Toledo en 1539, y en la Pragmática de 11 de Septiembre de 1560 (*Novísima Recopilación* 12. 16. 1 y 2). Así también Juan de QUIÑONES en su *Discurso contra los gitanos,* Madrid, 1631 (Biblioteca Nacional, *Sección Raros,* 31.436), p. 2: « En Castilla los llaman Gitanos, ò Egypcianos ».

(3) J. MORENO CASADO, *Los gitanos de España bajo Carlos I*, en « Chronica Nova » », 4-5, Departamento de Historia Moderna, Universidad de Granada, 1969, p. 183.

(4) J. LALINDE ABADÍA, *Derecho Histórico Español*, Barcelona, Ed. Ariel, 3ª ed., junio 1983, pp. 171, 172 y 175.

(5) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española,* vigésima segunda ed., Madrid, Ed. Espasa Calpe, 2001, etnia: « comunidad humana definida por afinidades raciales, lingüísticas, culturales ... ».

(6) En este mismo sentido, el "voto particular" que formula el magistrado Jorge RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ a la STC 69/2007, de 16 de abril de 2007: « ... Los gitanos españoles constituyen un grupo étnico formado por más de medio millón de personas, que se asentaron en España hace 500 años. El legislador español se refería ya a la familia gitana como un mero hecho en la Pragmática de Medina del Campo del año 1499 (Ley 1 del Título XVI, Libro XII de la Novísima Recopilación) ... ».

Así, podemos afirmar que los gitanos no son sino una auténtica etnia, que llevan aparejado un entramado cultural desde su primera aparición entre nosotros, que constituye una auténtica herencia, su herencia, compuesta por un lenguaje, unas costumbres, un modo de vida, una forma de ocio, una forma determinada de vestimenta, e incluso, sus propias normas o reglas de conducta, que tienen para ellos una eficacia social y jurídica, que no siempre encuentran reflejo en nuestro ordenamiento jurídico común y vigente.

(7) Entre otros estudios, cf. L. M. RAMAL FERNÁNDEZ, *Estudio del polimorfismo HLA y del Lupus Eritematoso Sistémico (LES) en dos grupos étnicos de Andalucía Oriental*, Granada, Tesis Doctoral, Departamento de Bioquímica y Biología Molecular, Facultad de Ciencias, Universidad de Granada, 2003.

(8) Cf. R. MORÁN MARTÍN, *Los grupos gitanos en la Historia de España*, en J. M. PÉREZ-PRENDES (Dir.), *La violencia y los enfrentamientos de las culturas*, Madrid, Ed. Iustel, 2004, pp. 223-273.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

dades, socialmente inaceptables, así los adivinos, los vagos, en el más amplio sentido del término (9), o, el caso que nos ocupa, los gita-

(9) La imprecisión del término vago radica en que dentro de su concepto "histórico" se pueda incluir a un numeroso grupo de "personajes": baldíos, vagamundos, holgazanes, bigardos, pobres, ociosos, haraganes, sopistas, tunos, galloferos, capigorros, malentretenidos, tunantes, pícaros, sobejanos, rufianes, bellacos, desarrapados, picaños, galopines, gandayos, arlotes, pedigones, andadores a la brida y tuna, buhoneros, y un largo etc... — M.ª R. PÉREZ ESTÉVEZ, *El problema de los vagos en la España del siglo XVIII,* Madrid, Confederación Española de Cajas de Ahorro, 1976 —, entre los que, además, debemos incluir a los gitanos, equiparados a los vagamundos a partir del reinado de Felipe II como veremos más adelante (nota núm. 29), lo que supondrá un cambio importante, no ya sólo respecto de la penalidad a aplicar, sino, asimismo, respecto de su consideración social y jurídica.

La frontera entre la vagancia y la delincuencia es fácil de traspasar, de tal modo que incluso, en algunas ocasiones, se pueden equiparar, siendo la vagancia, como indica Casabó Ruíz, un problema que siempre ha merecido una especial atención —J. R. CASABÓ RUIZ, *Actualidad del pensamiento histórico sobre la legislación penal preventiva*, en *Peligrosidad social y medidas de seguridad: La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970,* Valencia, Universidad de Valencia, 1974, p. 67 —, y así por ejemplo, podemos indicar los *Dictámenes* que en pleno siglo XVIII darán los Fiscales del Consejo de Castilla, Lope de Sierra Cienfuegos (30.VII.1763) y Pedro Rodríguez de Campomanes (28.XII.1764), respecto de la *Instrucción y Suplemento de las Ordenanzas de 1751 y 1759 sobre recogimiento y aplicación al ejército, marina y obras públicas de los vagos y mal entretenidos* [A.H.N. *Consejos*, Lib. 1535, fol. 213v-228r: *Explicación y Suplemento de las dos Instrucciones publicadas, la primera en 25 de julio de 1751 y la segunda en 17 de noviembre de 1759, para el recogimiento y util aplicación al Egercito, Marina u Obras Públicas, de todos los vagantes y mal entretenidos, en conformidad también de lo que sobre este punto tienen prevenido las leyes del reino*, Madrid, 1765] — para todo ello, cf. respectivamente pp. 314-318 y 319-338, así como pp. 138-142, en S. M. CORONAS GONZÁLEZ, *Ilustración y Derecho. Los fiscales del Consejo de Castilla en el siglo XVIII*, Madrid, Colección "Clásicos e Historia de la Administración", Ministerio para las Administraciones Públicas, 1ª ed., enero de 1992 —.

Tanto Campomanes como Lope de Sierra darán asimismo sendas Respuestas Fiscales al problema del domicilio/vecindad de los gitanos: *Respuesta fiscal del Señor Don Pedro Rodríguez Campomanes, sobre asignación de Vecindario a los Gitanos, de 29 de octubre de 1763* [en *El libro de las Leyes del siglo XVIII, Colección de impresos Legales y otros papeles del Consejo de Castilla (1708-1781),* Tomo Segundo, Libros IV y V (1749-1766), Ed. a cargo de S. M. CORONAS GONZÁLEZ, Madrid, Centro de Estudios Constituciones y B.O.E., 1996, pp. 1162-1183; gitanos que para Campomanes (p. 1179): « ... están tenidos por ladrones incorregibles: nadie los quiere, para servirse de ellos dentro de su casa, porque no le roben; nadie les quiere tomar, para el cultivo del campo, por el mismo rezelo, de que no hurten los ganados: ningun otro criado quiere alternar con ellos, por mirarles como personas sin religion, sin palabra, y como a sujetos viles, e infamados ... »], y *Respuesta fiscal del Señor Don Lope de Sierra Cienfuegos, sobre*

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

nos (10), objeto de expulsión en numerosas disposiciones adoptadas por la Monarquía, aunque sin el éxito esperado, que provocará, incluso, disparidad de opiniones (11).

En la actualidad, aún, es difícil precisar la fecha exacta de la llegada de los gitanos a la Península Ibérica (12); dicha presencia, en tierras peninsulares, se localiza, y documenta, por vez primera en Zaragoza el 12 enero de 1425 (13), durante el reinado de Alfonso V

---

señalamiento de domicilio a los Gitanos, de 10 de febrero de 1764 [en *El Libro de las Leyes del siglo XVIII,* Tomo Segundo, Libros IV y V (1749-1766), cit., pp. 1183-1188; inicia Lope de Sierra su alegato (p. 1184), señalando algo vital, al recalcar que todos los gitanos son españoles: « ... ni ellos, ni sus ascendientes son originarios de País estraño alguno, sino Españoles por naturaleza, y origen »].

Para todo ello, entre otros, A. Martínez Dhier, *La igualdad jurídica de todos los individuos ante la ley: "la vagancia" en la Constitución de Cádiz*, en « Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche », Volumen I, Número Especial Constitución de Cádiz, Julio de 2009, pp. 51-71 (disponible en *Legal, revista digital: http://revistasocialesyjuridicas.umh.es/Revista/NUMERO-ESPECIAL.html*).

(10) En este sentido, J. Deleito Y Piñuela, *La mala vida en la España de Felipe IV*, con Prólogo del Dr. G. Marañón, Madrid, Ed. Espasa-Calpe, 2ª ed., 1951, p. 135: « En el gremio de los pícaros y vagabundos había que anotar a los gitanos, cuya progenie subsiste aún, y que en el siglo XVII eran bastantes peligrosos. Sus tretas, hurtos, fullerías e inadaptabilidad a las normas de convivencia usual, eran los de siempre en este singular grupo humano; pero sus medios de acción estaban aumentados entonces por la indisciplina social de la época... ».

Asimismo, A.G.S., *Gracia y Justicia,* Leg. 1006. Como indica el Conde de Aranda: « Ellos [los gitanos] son unos vagos de la peor especie, y cada día aumentaría si no se les cortase su existencia ».

(11) J. Lalinde Abadía, *Derecho Histórico Español*, *cit.,* p. 370: « desde los siglos XIII a XVII una serie de personas son consideradas como peligrosas en concepto de autores potenciales a causa de sus actividades y temperamentos, destacando los desesperados, adivinos, nigromantes, hechiceros, gitanos, vagos y jugadores ».

(12) A. López De Meneses, *La inmigración gitana en España en el siglo XV*, en *Martínez Ferrando, archivero. Miscelánea de estudios dedicados a su memoria*, Barcelona, Asociación Nacional de Bibliotecarios, Archiveros y Arqueólogos, 1968, pp. 239-263, y *Novedades sobre la immigració gitana a Espanya al segle XV*, en *Estudis d'Història Medieval*, vol. IV, Barcelona, Institut de Estudis Catalans, 1971, pp. 143-161.

Al respecto, M.ª H. Sánchez Ortega, *Los gitanos españoles desde su salida de la India hasta los primeros conflictos en la península*, en « Espacio, Tiempo y Forma, Serie IV, Historia Moderna », volumen 7, U.N.E.D., 1994, pp. 319-354, esp. p. 327: « Los gitanos, por otra parte, irrumpen en Europa en plena baja Edad Media ».

(13) Unos años antes se había producido su llegada a otras localidades europeas, así, por ejemplo, a la ciudad belga de Tournai, en la provincia de Haunait en 1422. Cf.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

el Magnánimo, cuando el monarca aragonés le otorga a un grupo de gitanos, para su peregrinaje a la ciudad de Santiago de Compostela (14),

---

Recueil des chronicles de Flandre, publicadas bajo la dirección de la Real Comisión de Historia, por J. J. Smet, Bruselas, 1856, *Collection des Chroniques belges inédites*, vol. III, p. 372: « Y al año siguiente, que era el mil cuatrocientos veintidós, en el mes de mayo, varias personas de una extraña nación que dijeron venían de Egipto, llegaron por primera vez a la ciudad de Tournai y su comarca y dijeron que sólo se podían alojar durante III días en la ciudad, porque estaban obligados a viajar como peregrinos alrededor del mundo durante VII años antes de que pudieran regresar a su país. Y estos egipcios tenían un rey y señores a los que obedecían y llevaban privilegios para que nadie castigarles ... ».

O, a la ciudad italiana de Bolonia: « Mucha gente fue muy respetuosamente al encuentro de la mujer del duque (Miguel) para hacerse decir la buenaventura por ella; y, si efectivamente pasaron muchas cosas; algunos se enteraron de su futura suerte, pero, en todo caso, ninguno regresó sin que le hubieran robado su bolsa, tal o cual prenda de su vestuario. Las mujeres de este pueblo recorrían la ciudad de seis a ocho de la tarde, exhibían sus talentos en las casas de los burgueses y se apoderaban de todo cuanto quedaba al alcance de sus manos. Otras entraban en las tiendas simulando querer comprar, pero en realidad, era exclusivamente para robar. En toda Bolonia, los latrocinios, se produjeron en gran escala. El resultado fue que se publicó un bando diciendo que se multaría con cincuenta liras y la excomunión a todo aquel que tuviera tratos con aquellos extranjeros ...

Estos vagabundos son los ladrones más hábiles del mundo. Cuando no les quedó nada para robar, se fueron a Roma. Hay que notar que no existen peores engendros que estos salvajes. Delgados y negros comían como cerdos. Las mujeres circulaban en camisa, apenas cubiertas llevaban aros en las orejas y muchos otros adornos. Una de ellas dio a luz a un niño en una plaza pública, pero a los tres días circulaba como las demás ... », en L. A. Muratori, *Crónica di Bologna*, en *Rerum Italicarum scriptores,* Cittá di Castello, 1916, tomo 18 (*Corpus chronicorum Bonenensium*), Parte I, pp. 568-570.

En este sentido, Sancho de Moncada, *Restauración Política de España*. Edición a cargo de J. Vilar, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1974: *Discurso Octavo: Expulsión de los gitanos*, p. 213: « Los Escritores, comúnmente dicen que la primera vez que se vieron Gitanos en Europa fue el año de 1417 que era en tiempo del papa Martino V, y del señor Rey don Juan el Segundo, y otros dicen que los tuvo el Tamerlan en su campo el de 401, siendo su Capitán Cingo, de donde dicen que se llaman Cíngaros. Pero hay infinitas opiniones acerca de su origen ».

(14) J. Aguirre Felipe, *Historia de las itinerancias gitanas. De la India a Andalucía*, Zaragoza, Instituto Fernando el Católico (Csic) y Diputación de Zaragoza, 2006, p. 19: « En enero de 1425, Alfonso V el Magnánimo concedió en Zaragoza un salvoconducto valedero por tres meses a Don Johan de « Egipte Menor » que se dirigía en peregrinación a Santiago de Compostela ». También al respecto, R. J. Pym, *The Gypsies of Early Modern Spain, 1425-1783*, London, Palgrave Macmillan, 2007.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

un salvoconducto (15) o documento acreditativo de carácter personal, destinado a las diversas autoridades del territorio de destino, cuya finalidad será la de servir de garantía de la seguridad y de su libre circulación por un periodo concreto de tiempo, comprensivo de dicho grupo de personas — hombres, mujeres y niños —, encabezado por un tal Juan de Egipto Menor (16), aunque, sin incluir, claro está, su impunidad en el caso de cometer algún ilícito durante el periodo de la garantía (17).

Estos salvoconductos eran habituales en la época, sobre todo, para facilitar la peregrinación a determinadas ciudades (Santiago o Roma, por ejemplo), y cuya constancia la tenemos en la primera de las Recopilaciones castellanas, realizada por el jurisconsulto Alonso Díaz de Montalvo, por encargo de los propios Reyes Católicos (18).

II. *La aparición de los gitanos en la Corona de Aragón.*

En los primeros días de 1425 nos consta la presencia de un grupo de gitanos en la Península Ibérica, concretamente en el reino de Aragón (19).

A este respecto, nos encontramos con un documento en el cual Alfonso V otorga a un grupo de gitanos, encabezado por el autoti-

---

(15) Cf. al respecto, *Hechos del Condestable D. Miguel Lucas de Iranzo.* Edición de J. de Mata Carriazo, Madrid, Ed. Espasa-Calpe, 1940.

(16) Ya M. de CERVANTES describía la situación de los grupos de gitanos en el *Coloquio que pasó entre Cipión y Berganza, perros del Hospital de la Resurrección, que está en la ciudad de Valladolid, fuera de la Puerta del Campo, a quién comúnmente llaman los perros de Mahudes*, en Id., *Obras Completas*, Madrid, Ed. Aguilar, 1956, pp. 997-1026, esp. p. 1020: « Dan la obediencia mejor que a su rey a uno que llaman Conde, al cual, y a todos los que él suceden, tienen el sobrenombre de Maldonado; y no porque vengan del apellido de este noble linaje, sino porque un paje de un caballero de este nombre se enamoró de una gitana, la cual no le quiso conceder su amor si no se hacía gitano y la tomaba por mujer. Hízolo asi el paje y agradó tanto a los demás gitanos, que le alzaron por señor y le dieron la obediencia; y como en señal de vasallaje le acuden con parte de los hurtos que hacen, como sean de importancia ».

(17) I. SZÁSZDI LEÓN-BORJA, *Las Cartas de Seguro a favor de los egipcianos en peregrinación a Santiago de Compostela*, en « Iacobvs, Revista de Estudios Jacobeos y Medievales », Núm. 11-12, 2001, pp. 71-94, esp. pp. 79 y 82.

(18) *Compilación de Leyes del Reino, Ordenamiento de Montalvo,* Huete, 1484, p. 18 v (edición facsímil).

(19) J. AGUIRRE FELIPE, *Historia de las itinerancias gitanas*, cit., p. 19.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

tulado conde Tomás, una Carta de Seguro o salvoconducto, que les amparaba y protegía en su excusada peregrinación por el solar hispánico, obligando a todos sus súbditos a tratarlos con honra en todos sus reinos y señoríos (20).

---

(20) *Traslado notarial hecho por el notario público por el rey, Pedro Caballero, de la carta de seguro de tránsito del rey Alfonso V de Aragón de 1425, mayo 8. Zaragoza, a favor de Tomás del Pequeño Egipto*, en A.H.Pr. de Huesca, Protocolos de Sancho de Arto, Jaca (Ayuntamiento), año 1435, fols., 41r-42v.

Dicha Carta de Seguro estipula lo siguiente:

« Hoc est traslatum fideliter sumptum in villa Montisalbi, die veneris intitulata XXVI de mensis novembris, anno a Nativitate Domini Millesimo Quadringentesimo Tricesimo quarto a quadam papirea ete parenti litera serenissimi et magnifici principis et domini nostri domini Alfonsxsi regis Aragonum, Dei gratia, nunca feliciter regnantis, eiusque sigillo secreto in dorso sigillata ut per aspectum dorsi ipsius litere demostrabatur licet propter dicurrenciam itinerum et viarum cera ipsius sigilli sit remota per maiori parte, non viciata, no cancelata, nec in aliqua sui parte suspecta, sed ovni vicio et suspicione carente, cuius tenor per omnia talis est:

[1425, mayo 8. Zaragoza. Carta de Seguro del rey Alfonso V]

Nos Alffonsus, Dei gratia rex Aragonum, Siciie, Valenciae, Maioricarum, Gardenia, Corsice, Comes Barchinone, Dux Athenarum et Neopatrie ac etiam Comes Rossilionis et Ceritanie.

Dilectis et fidelibus nostris Gerentibus, Vices Gubernatoris, vicariis, baiulis, calmedinis, justiciis, merinis supra juntaris, portariis, ceterisque universis et singulis officialibus regnorum et terrarum nostrarum constitutes ad quem seu quos presentes pervenerint et fuerin presentate, salutem et dilectionem.

Cum inclitus Thomas Comes in Egipto parvo, presencium, ostensor per regna et dicionem nostrum habeat necessario gressus suos dirigere versus suam patriam redeundo, dicimus et mandamus vobis et unicuique vestrum expresse et de certa sciencia sub nostre ire et indignacionis incurso penaque decem milium florinum, queatenus predictum inclitum Thomas Comitem in Egipto arvo cum et quandum contingerit transire, morari et stare in terris dominationis nostre una cum eius onmibus equitaturis, famulis, familiis, auro, argento, peciis jocalibus, malestis, bedadiis ceterisque omnibus eius et suorum rebus et bonis que secum defferant regna et terras nostras, portusque et passus redictas exire et ad propria redire libere permitatis sine quacumque molestacione seu cuiscumque pedagii passagii aut cuiuslibet alterius juris nostril imposicionis peticione. Qui memoratum inclitum Comitem qui cum tota familia sua ab infidelibus propter fidem Christi fuere a proprio territorio et dominio eorum expulsi, cum piis elemosinis eis in quantum potueritis habeatis recomissos ipsos que recipiatis et tractetis honorifice prout decet de securo transitu et conductu eius quotiens opus fuerit ubique providendo, caventes attente ne contrarium attentesis cum nos sic fieri velimus et compleri, in cuius rei testimoniuni presentem fieri jussimus nostro sigillo secreto, munitam.

Datam Cesarauguste VIII die Madii, anno a Nativitate Domini Millesimo CCCC

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Pero muy pronto, la situación varía y comenzará el rechazo a la minoría gitana, tan bien recibida como peregrinos a principios del siglo XV (21), cuando los Reyes Católicos cambian el rumbo de su política favorecedora a la etnia gitana, para iniciar una estrategia que va encaminada a la eliminación de su presencia en toda la Península Ibérica, o, al menos, de su prácticas y costumbres (22), en la que en,

---

vicesimo quinto. Rex Alfonsus — Sig[+]num mei Anthoni Petri, regia auctoritate notarii publici, testis — Sig[+]num Johannis Rourich ville Montes Albi, regia auctoritate notarii publici, testis — Sig[+]num nostri Geraldi Mallol Damielli, vicarii ville et vicarie Montis Albi per illustrisisimo domino regne qui huic traslato ab originali suo fideliter sumpto et cum eodem de verbo ad verbum bene et veridice comprobato ut ubique plenaria fides ad omnibus adhibeatur autoritatem nostram interponimus pereniter et decretamus quam et quod hic poni iussumus per notarium et scriptorem infrascriptum et sigillo officii nobis comissi in pendeti iussimus roborarii.

Ideo ego Petrus Cabaterii publicus regia auctoritate notarius scriptorque Curie dicte vicarie per dicto domino rege in cuius manu et posse dictus honorabilis vicarius predictum translatum auctorizavit, de veneris intitulata XXVI die mensis novembris, anno a Nativitate Domini Millesimo CCCC XXX IIII presentibus testibus venerabilibus Jacobo Tesconensis et Thoma Blanch Consulibus, anno currenti predicte ville Montis Albi dictum decretum et auctorizacionem hic ipsius honorabili vicarii isussu manu mea scripsi et in testimonium premissorum cum appendicionem sigilli meum solitum artis notariae aposui Sig[+]num f — Sig[+]num mei Petri Cabaterii ». Cf. al respecto, L. Vázquez De Parga, J. Mª. Lacarra, y J. Uría Ríu, *Las peregrinaciones a Santiago de Compostela*, Madrid, 1ª ed., 1949, y 2ª ed., facs., Pamplona, Gobierno de Navarra, Fondo de Publicaciones, 1993, doc. núm. 8, pp. 20-22, y A. López De Meneses, *La inmigración gitana en España en el siglo XV*, cit., pp. 239-263.

(21) E. García España y A. Molinié-Bertrand, *Censo de Castilla de 1591. Estudio analítico*, Madrid, Instituto Nacional de Estadística, 1986. pp. 111-112: « llegaron a Barcelona el 11 de junio de 1447 y desde allí se esparcieron por toda España, sin que haya noticias ciertas de sus rumbos y asentamientos. Parece ser que en todas partes se presentaban como peregrinos portadores de cartas de recomendación firmadas por príncipes, emperadores y hasta del Papa, la mayoría de las veces falsas y algunas auténticas obtenidas sorprendiendo la buena fe del firmante ».

(22) J. Quiñones, *Discurso contra los gitanos,* cit., pp. 7-8: « [los gitanos] Andan diuididos por familias, y tropas, y tienen sus cabeças, a quien llaman Condes, eligiêndo para este titulo al mas valiête, brioso, de mayores fuerças, mas astuto, fagaz, y conueniente para gouernallos. Este compone sus diferencias y pleitos, aunque residan en lugar donde aya justicia, les ordenalo, q̃ han de hazer. Sale con ellos de noche a robar los ganados, y saltear en los caminos a los passajeros, por ser acomodada para sus hurtos y robos: y lo que hurtan y roban lo reparten entre ellos, acudiendo con la tercia parte a su Capitan, como si fuera juez de tercias partes ».

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

al menos, alguna ocasión, se intentará la eliminación, incluso, del propio término "gitano" (23).

El inicio de dicha política persecutoria lo representa la conocida Real Pragmática de los Reyes Católicos, dada el 4 de marzo de 1499 (24), que conllevará, entre otras medidas, la anulación automática de todos los salvoconductos concedidos, y, aún en vigor, y que se dictó, muy posiblemente, tal y como señala Moreno Casado, bajo la presión de las innumerables quejas que contra ellos había formulado la Mesta (25) en la Corona de Castilla, y muy pronto imitada en otros reinos peninsulares (26), así como por otras naciones europeas de nuestro entorno, por ser considerados los gitanos, tal y como establece Domínguez Ortiz, como una « minoría muy reacia a identificarse con la sociedad viejocristiana y sus normas » (27).

A partir de esta disposición, toda una plétora de disposicio-

---

(23) Alonso de Santa Cruz, *Crónica de los Reyes Católicos* (hasta ahora inédita). Edición y estudio por J. de Mata Carriazo, Tomo I: 1491-1504, Sevilla, Publicaciones de la Escuela de Estudios Hispano-Americanos de Sevilla, 1951, dentro del Capítulo XLVI: *De las leyes y prehemáticas que hicieron este año de 1499*, pp. 196 y 197: « ...Yten, mandaron Sus Altezas y ordenaron que los egicianos que andaban por su reino tomasen oficios de que vibiesen, o tomasen bivienda con señores a quien sirbiesen y les diesen lo que ubiesen de menester; y que no andubiesen más juntos, vagando por sus reinos. Y si no lo hiciesen, que dentro de sesenta dias saliesen de sus reinos; y si no lo hiciesen, ni tomasen oficios, ni bibiesen con señores, se les diese a cada uno çien açotes y les desterrasen perpetuamente del reino. Y por la segunda les cortasen las orejas y los desterrasen, como dicho (es); y por la tercera fuesen cautibos por todas sus vidas... ».

(24) M.ª H. Sánchez Ortega, *Los gitanos españoles desde su salida de la India hasta los primeros conflictos en la península*, cit., p. 336: « Los Reyes Católicos pretendían que los gitanos se sujetarán a las mismas normas que los demás naturales de Castilla y Aragón, etc., pero el resultado de sus disposiciones será la marginación de la minoría y un largo periodo durante el cual sobre la cabeza de los « egipcianos », tan bien recibidos durante la primera época, gravitará el peligro de la expulsión del país, y otras penas igualmente duras ».

(25) J. Moreno Casado José, *Los gitanos desde su penetración en España. Su condición social y jurídica*, en *Publicaciones de la Escuela Social de Granada*, Granada, Escuela Social de Granada, 1949, p. 8.

(26) R. Gibert Y Sánchez De La Vega, *Historia General del Derecho Español,* Granada, Imprenta de Francisco Román, 1968, p. 248: « La medida estatal (se refiere a la Pragmática de 1499), imitada pronto en Aragón y Navarra, y reiterada para toda la monarquía desde 1539, cedió ante el propósito de asentarles y de que sus tratos constasen en escritura pública (1586) ».

(27) A. Domínguez Ortiz, *La Baja Andalucía.- La sociedad bajo-andaluza. Las*

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

nes (28) destinadas a su expulsión, por su especial forma de vida y su automarginación respecto del Estado, que conllevará a su equiparación a los llamados "vagamundos" (29), durante el reinado de Felipe II, o al menos lograr su integración social, intentando que dejaran, como mínimo, la práctica del nomadismo (30), pues los gitanos se convertirán, así, en un grupo social marginal; en un doble sentido, pues son marginados por el resto de la sociedad y del aparato político estatal, y porque se automarginan, al no aceptar las reglas de

---

clases marginadas, dentro de *Historia de Andalucía*, Tomo IV: *La Andalucía del Renacimiento*, Barcelona, Ed. Cupsa y Planeta, 1980, p. 309.

(28) Más de 250 disposiciones entre 1499 y la disposición dictada en 1783 por Carlos III, persiguiendo en el fondo todas una misma finalidad.

(29) *Pragmática que su Majestad manda que se imprima, sobre los vagamundos, ladrones, blasphemos, rufianes, testigos falsos, inducidores y casados dos vezes y otras cosas*. Impresa en Alcalá de Henares en Casa de Juan de Villanueva. Año MDLXVI, en Biblioteca Nacional, R/14.090 [reproducida asimismo en F. Tomás Y Valiente, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Madrid, Ed. Tecnos, 1969, pp. 455-463].

Pragmática de 3 de mayo de 1566, en N.R. 8.11.11 = Nov.R. 12.31.5: « ... y declaramos ser vagabundos quanto a la dicha pena, los ygicianos y caldeleros estrangeros, que por leyes y Pragmáticas destos reynos están mandados echar dél. Y los pobres mendigantes sanos, que contra la orden y forma dada en la nueva Pragmática que cerca dello se ha hecho, piden y andan vagamundos, guardándose en lo demás, en lo que toca a los dichos gitanos y caldeleros estrageros y pobres, lo contenido en las leys y Pragmáticas que cerca dello están hechas (...) ».

A este respecto, cf. Jerónimo Castillo De Bovadilla, *Política para Corregidores y señores de vasallos, en tiempo de paz, y de guerra. Y para Iuezes eclesiasticos, y seglares, y de Sacas, Aduanas, y de Residencias, y sus Oficiales, y para Regidores, y Abogados, y del valor de los Corregimientos, y Gobiernos Realengos, y de las Ordenes* (1ª ed. Madrid, 1597), Tomo I, Madrid, Imprenta Real, 1649, Libr. II, Cap. XIII, núm. 35, p. 514: « Mucho deuen cuydar los Corregidores de no consentir Gitanos, ni Gitanas en su jurisdicción, que esten sin amos, o sin oficios (que raras vezes tienen otro sino hurtar) ... ».

(30) Sebastián de Cobarrubias Orozco, *Tesoro de la Lengua Castellana o Española*, dirigido a la Magestad Católica del Rey Don Felipe III, nuestro señor, Madrid, 1619 (ed. facsímil, México, Ed. Turner, 1979), pp. 642-643: « En España los castigan severamente y echan a los hombres a galeras, si no se arraygan y avezinan en alguna parte; las mugeres son grandes ladronas y embustidoras, que dizen la buenaventura por las rayas de las manos, y en tanto que ésta tiene embevidas a las necias, con si se han de casar o parir o topar con buen marido, las demás dan buelta a la casa y se llevan lo que pueden. Harto está dicho désta ruin gente ».

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

juego preestablecidas por la Monarquía (31). Contra ellos no existe perjuicio racial alguno, caso de judeoconversos y moriscos, sino, que más bien, se convertirán en un problema de orden público, existiendo de este modo el mutuo rechazo (32).

En este sentido, los territorios de la Corona de Aragón, caso del reino de Aragón y del Principado de Cataluña, no representarán excepción ninguna en la dura política llevada a cabo por parte de la Monarquía contra la etnia gitana, minoría incluida en la sociedad pero nunca asimilada a ella ni por ella (33).

Será, sobre todo, a partir de las Cortes de Monzón de 1508 cuando se inicie una dura persecución contra los gitanos, que se constituirán, realmente, en una minoría étnica mucho más compli-

---

(31) Es necesario aclarar además la diferente consideración que sobre los gitanos hacen las dos grandes Recopilaciones de Castilla, pues, mientras que en la *Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla* de 1567, se incluye la normativa en el Libro VIII (relativo al considerado Derecho Penal), Título XI "De los ladrones, y rufianes y vagabundos, y egipcianos", particularmente las Leyes XII y siguientes; en la *Novísima Recopilación de las Leyes de España* de 1805, se incluye la normativa en el Libro XII (también relativo al Derecho Penal), pero ya en un título independiente respecto de los vagamundos, el Título XVI, "De los gitanos, su vagancia y otros excesos", con un total de 11 leyes.

(32) M. Martínez Martínez, *Los gitanos en el surestes peninsular de los siglos XV y XVI*, en « Boletín del Instituto de Estudios Almerienses », Núm. 14, Almería, 1995, pp. 91-101, esp. pp. 91-92: « El fuerte carácter cristiano y nobiliario que impregnaba la sociedad de la época, permitió a los gitanos mantener su libertad de movimientos, a la vez que obtenían diversos privilegios y beneficios, como la llamada ley Paz del Camino, aplicada a todos los que peregrinaban a Santiago; permitiéndose incluso a algunos condes mantener su jurisdicción sobre su tropa. Esta situación desaparecería ante el cambio de actitud política del nuevo Estado Moderno; el cual acabaría desarrollando una legislación homogenizadora que pretendía integrar a todas las minorías al resto de la población mayoritaria, bajo la amenaza de su expulsión. Aspecto que se concretaría en judíos y moriscos, pero no en gitanos, debido a su poca importancia económica, poblacional y, sobre todo, por su nomadismo, el cual les hacía difíciles de controlar ».

(33) M. Fernández Álvarez, *La sociedad española del siglo XVI*, en *Historia de España, R. Menéndez Pidal,* XIX: *El siglo XVI. Economía. Sociedad. Instituciones*, Madrid, Ed. Espasa-Calpe, 2ª ed., 1990, p. 425: « Pronto este pueblo nómada, celoso defensor de sus libertades, que pone su campamento en cualquier lugar, empieza a ser mirado con recelo. Son vagabundos, lo que hace sospechar de ellos cualquier tipo de delito; el robo, por supuesto, pero también los raptos y los homicidios ».

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

cada de asimilar que la de los judios y la de moros, al fin y al cabo, aunque en momentos distintos, expulsados (34).

III. *El estatus jurídico de los gitanos en el Reino de Aragón.*

Bajo el reinado de Fernando el Católico, II de Aragón —V de Castilla — fallecida la reina Isabel de Castilla, y casado aquél en segundas nupcias con Germana de Foix, se celebraron en la localidad oscense de Monzón unas Cortes el 13 de agosto de 1510, en las cuales se sancionarán sesenta y un fueros (35). En dichas Cortes se dieron unas disposiciones sobre la expulsión de los gitanos vagabundos del citado territorio.

Tal y como señalan Savall y Penen en su Discurso Preliminar a la edición de los Fueros, Observancias y Actos del Corte del Reino de Aragón: « fueron arrojados del Reino los gitanos vagamundos, bajo la pena de cien azotes y perpetuo destierro, si eran habidos en territorio de Aragón pasado el termino de dos meses » (36).

El precepto de los Fueros de Aragón de 1510, en relación a los gitanos, determina lo siguiente:

> « De exilio Boemianorum.
>
> Item statuymos y ordenamos, que los Boemianos, e otras gentes que van en aquel abito, no puedan andar por el Reyno de Aragon, ni en ninguna parte de aquel; antes los dichos Boemianos é gentes semejantes, por el presente Fuero los exilamos, é desterramos perpetuamente del dicho Regno. E si alguno, o algunos de los susodichos se fallaran en el dicho Regno,

---

(34) J. Lalinde Abadía, *Los Fueros de Aragón*, Zaragoza, Librería General, 1976, p. 104: « en toda la Corona de Aragón, comienza la persecución de los gitanos, procedentes en su mayor parte de la Europa balcánica y que constituyen una minoría mucho más díficil de asimilar que la de judios y moros ».

(35) En romance colocados bajo 42 rúbricas en latín.

(36) Pascual Savall y Dronda y Santiago Penen y Debesa, *Discurso Preliminar* en *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón. Nueva y completísima edición, que comprende, además del texto oficial íntegro, las Ordinaciones de la Casa Real de Aragón, conforme á la traducción castellana del Protonotario del Reino D. Miguel Clemente, un Glosario de las voces provinciales y anticuadas, y otro de las latinas bárbaras y exóticas que se encuentran en el cuerpo de la obra: Precedida de un Discurso sobre la legislación foral de Aragón, y seguida de un Apéndice, donde ván insertos la Union y concordia general del Reino, establecida el año de 1594, y algunos otros documentos importantes*, Tomo I, Zaragoza, Establecimiento Tipográfico de Francisco Castro y Bosque, 1866, pp. 79-83, esp. p. 82.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

passados dos meses, contaderos del día de la publicación de los presentes Fueros, pues aquel no esté domiciliado en alguna Ciudad, Villa o Lugar del presente Regno, encorra en pena de cien açotes, la qual dicha pena mande executar el Iuez en cuyo territorio será hallado. E apres de sostenida la dicha pena, sea desterrado perpetuament de todo el dicho Regno » (37).

Señala el Diccionario de la Real Academia Española que por bohemio debemos entender « la persona que lleva una vida apartada de las normas y convenciones sociales » (38); pero antes de dicha definición identifica el término con « gitano » (39); es decir, bohemio, tanto para nuestra legislador histórico, como para nuestros académicos de la lengua, es sinónimo de gitano, como consecuencia de la vida seguida, marginada respecto del resto de la sociedad, que llevaban los individuos de etnia gitana. En múltiples leyes y fueros, nos vamos a encontrar con el término bohemio en lugar de gitano, o incluso, los dos términos juntos (40).

Por tanto el fuero analizado, el único dictado para el reino de Aragón durante el reinado de Fernando el Católico, nos da a entender, siguiendo a Moreno Casado: « que son desterrados del reino los "boemianos" — gitanos — no sedentarios », esto es, los nómadas (41).

Al igual que ocurría en Castilla, la anterior disposición no parece que tuviera el éxito perseguido y deseado, pues más adelante, ya durante el reinado de Felipe II, en los Fueros Nuevos de Aragón de 1564 se endurecerán las penas dictadas contra los bohemios (gitanos), pues junto a la pena de azotes se unirá, ahora, a los contraventores de la disposición, la pena de galeras, determinándose el envío de todos los gitanos a la capital del reino, Zaragoza, para el cumplimiento efectivo de la misma, exponiendo el plazo de cuatro meses para su salida definitiva del territorio aragonés, y dejando en

(37) *Fororum Regni Aragorum,* en P. Savall y Dronda y S. Penen Y Debesa, *Fueros, Observancias y Actos de Corte Rreis de Catalunya*, II. IX, Barcelona, 1956.

(38) *Diccionario de la Lengua Española,* ed. de 1992, acepción 3 y 4.

(39) Ivi, acepción 2: « gitano ».

(40) *Glosario de las voces provinciales y anticuadas que se encuentran en los Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón:* « *Boemiano.* Bohemio, gitano », en *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*, ed. de Savall y Penen, ya cit., p. 192.

(41) J. Moreno Casado, *Los gitanos de España bajo Carlos I*, cit., p. 190.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

todo lo demás, vigente lo establecido en la disposición anterior, de 1510, de la forma siguiente:

> « De los Bohemianos. Por los Fueros hechos so la rubrica DE EXILIO BOHEMIANORUM: no está dada bastante forma de castigo para expellir del Reyno los Bohemianos, que en el hazen muchos robos é insultos. Su Majestad de voluntad de la Corte estatuece y ordena: que allende de la pena de açotes que por Fuero tienen, siendo hallados en el Reyno, se les augmente pena de galeras: proveyendo, que qualquiere Iuez ordinario de la Ciudad, Villa, ó Lugar del Reyno, siendo requerido por qualquiere singular del Reyno, sea obligado á prender los tales Bohemianos, que assi fueren hallados: y aquellos imbiarlos á la Ciudad de Çaragoça debaxo de buena custodia, remitiendolos á los Diputados del Reyno á expensas de las Generalidades de aquel: á fin que los dichos Diputados so las penas de Officiales delinquentes en sus oficios contra Fuero, sean obligados, como por el presente Fuero su Majestad de voluntad de la Corte los obliga, á que llegados á su poder, los hayan de enviar so la misma custodia á las galeras de Aragón, si las hoviere: sino á otras galeras á expensas de las Generalidades del Reyno. Con que después de haverse publicado el presente Fuero se les den quatro meses de tiempo, para que salgan del Reyno: quedando en todo lo demas los dichos Fueros DE EXILIO BOHEMIANORUM, en su fuerça y valor » (42).

Las Cortes de Aragón de 1585, con Felipe I de Aragón (II de Castilla), vuelven a la carga contra los gitanos, de forma incluso más dura (43), al establecer lo siguiente:

> « De exilio Bohemianorum.
>
> Por quanto por los Fueros hechos en las Cortes del Año 1564, y en otros, so titulo DE EXILIO BOHEMIANORUM, no está dada bastante forma de castigo, para echar y desterrar del Reyno los Bohemianos, si quiere Gitanos, que en el hazen muchos robos é insultos. Su Majestad de voluntad de la Corte establece y ordena, que ultra lo dispuesto por dichos Fueros, los Bohemianos, si quiere hombres, de diez y ocho años arriba, que fueren hallados andar por el Reyno en habito, ó habla, ó vida de Gitanos, ó Bohemianos: no obstante que muestren estar avezinados en Ciudades, Villas, ó Lugares del Reyno, tengan la pena de galeras por Fuero estatuyda: y los menores de diez y ocho, y mayores de catorce, y las mugeres, açotados, y açotadas, y desterrados de todo el Reyno perpetuamente: la qual pena tengan obligación de executar todos los Iuezes ordinarios de dicho Reyno, cada uno en su destrictu y jurisdicción, á instancia de qualquier Universidad, ó particular persona, so pena de oficiales delinquentes en sus oficios. Y que si dichos ordinarios fueren negligentes, ó rehusaren de cumplir lo dicho, puedan ser acusados á instancia de qualquier particular persona de dicho Reyno. Y que este Fuero comprehenda á qualesquier de los sobredichos,

(42) *Fueros Nuevos del Reino de Aragón*, en *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón,* cit., pp. 378-407, esp. p. 405.

(43) J. Lalinde Abadía, *Los Fueros de Aragón*, cit., p. 111.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

aunque esten avezinados en qualquier Lugar del Reyno: no obstante qualquiere firma que tuvieren y presentaren, de qualquiere especie que sea, aunque sea privilegiada, y al caso. Y qualquier Iuez en su destrictu los pueda y haya de prender ex officio, y sin instancia de parte » (44).

Un poco más tarde, en 1646, ya durante el reinado de Felipe III de Aragón — IV de Castilla (45) —, se volverá a insistir en lo dispuesto anteriormente, agravándose aún más la penalidad en la legislación "antigitana" (46), donde, una vez más, se incumple de una forma flagrante lo dispuesto por el pactismo Rey-Cortes de la siguiente manera:

« DE LOS GITANOS, Y BOHEMIANOS.

Por quanto el receptarse, ó permitirse los Gitanos, ó Bohemianos en este Reino, es de grande daño, y perjuizio de los naturales dél, por los continuos hurtos y robos que hazen, con que destruyen los labradores. Por tanto, su Majestad, de voluntad de la Corte, y quatro Braços della, estatuye, y ordena, que en ningun Lugar del Reino, aunque sea de dominio temporal, ni de Señor particular puedan receptarse, permitirse, ni acogerse los dichos

(44) *Fueros Nuevos del Reino de Aragón*, en *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón,* cit., pp. 408-424, esp. p. 412.

(45) Cf. A. Martínez Dhier, *Los marginados durante el reinado de Felipe IV: la situación jurídica y social de los gitanos*, en *Poder y Derecho bajo el reinado de Felipe IV. - Actas del Congreso Nacional de Historia del Derecho y de las Instituciones político-administrativas,* Valladolid, Ayuntamiento de Valladolid, 2006, pp. 205-212.

A este respecto, podemos citar dos opúsculos redactados durante el reinado de Felipe IV contrario a los gitanos: el de Juan de Quiñones — alcalde de Casa y Corte —, *Discurso contra los gitanos,* ya cit., confeccionado tras proceder su autor contra unos gitanos acusados de robar unos pliegos oficiales, y a los que se condena a muerte por la comisión de dicho delito; y el de Pedro Villalobos — Catedrático de Leyes de la Universidad de Salamanca —, *Los Discursos jurídico-políticos en razón de que a los gitanos no les valga la Iglesia para su inmunidad*, Salamanca, 1644, que narran las fechorías de un grupo de gitanos, « ... sacrílegos y profanadores de templos y lugares sagrados... », en tierras salmantinas.

Para todo ello, cf. A. Domínguez Ortiz, *Documentos sobre los gitanos españoles en el siglo XVII*, en Id. *Estudios de Historia Económica y Social de España*, Granada, Universidad de Granada, 1987, pp. 191-201 [publicado anteriormente en *Homenaje a Julio Caro Baroja* (Coord. M. Gutiérrez Esteve, J. A. Cid y A. Carreira), Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, 1978, pp. 319-326].

(46) J. Lalinde Abadía, *Los Fueros de Aragón*, cit., p. 125: « Las Cortes de Zaragoza de 1646, que también se inauguran con la presencia del Rey, se caracterizan por un marcado sabor antifrancés y por abundantes promesas de reservas de cargos y reparación de abusos, lógico si se tiene en cuenta la fidelidad de los aragoneses al Rey frente a la secesión de los catalanes. Se recrudece la persecución de los gitanos... ».

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Gitanos, y Bohemianos, que anduvieren en habito, trage, lengua, ó habla de Gitanos, ó trocando, y vendiendo cabalgaduras, y llevándolas, ó hallándoles con ellas, como acostumbran dichos Gitanos, ó Bohemianos, aunque sean avezinados en el presente Reino, y nacidos en él, so las penas contenidas en el Fuero, *tit.* DE EXILIO BOHEMIANORUM, del año 1585. Y que so color de haver nacido, ni estar avezinados en el presente Reino, su Majestad, ni sus Reales Ministros, ni Señor de vasallos algunos, ni ningun Iuez ordinario, ni Iurados, ni Concejo de ninguna Universidad del presente Reino, no les puedan conceder, ni concedan salvaguardia seguro, ni carta de vezindad alguna respectivamente, ni las firmas casuales que por dicha razon obtuvieren, no obsten para poder proceder contra ellos, y qualesquiere Iuezes del presente Reino, ex officio, lo devan, y hayan de hazer, en pena de oficiales delinquentes, prendiéndolos en fragancia de Gitanos, sin otra fragancia, ni apellido, procediendo sumariamente contra ellos, haziendo, y concluyendoles processo dentro de diez dias comunes á las partes, y pronunciandolos dentro de tres inmediate siguientes, sin que pueda impedirse el progresso de dichos tiempos por manifestación de processo, ni otro recurso alguno jurídico, ni foral, executando en todo lo dispuesto por dicho Fuero, quanto á las penas en él contenidas.: Y á mas dellas, puedan los Iuezes imponer cominacion, hasta pena de muerte inclusive, en caso de quebrantamiento de las penas impuestas, constando en qualesquiere manera ser Gitanos, ó Bohemianos, ó usar del oficio de tales de la manera sobredicha, en pena de poder ser acusados dichos Iuezes, ó qualesquiere dellos que no executaren lo sobredicho, á instancia de qualesquiere Universidad, ó singular del Reino » (47).

IV. *El estatus jurídico de los gitanos en el Principado de Cataluña.*

Asimismo en Cataluña nos encontramos con abundantes disposiciones relativas y dictadas específicamente para los gitanos, en las que se decretará, al igual que ocurre en Castilla, su expulsión de tierras catalanas, esto es, tanto del Principado, como de los Condados del Rosellón y de Cerdeña, y en las que se les impondrán una serie de penas ante los "excesos" e ilícitos cometidos por aquellos en dichos territorios (48).

---

(47) *Fueros Nuevos del Reino de Aragón*, en *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón,* cit., pp. 474-500, esp. p. 491.

(48) J. MORENO CASADO, *Los gitanos de España bajo Carlos I*, cit., p. 190: « contra quienes se decreta la expulsión del Principado y Condados de Rosellón y Cerdeña, además de la imposición de diversas penas, acusándoles de análogos delitos y excesos que los que se les inculpa en los otros territorios.

Hay que tener presente que el bandolerismo constituyó, en Cataluña, una gravísima y constante plaga, favorecida, entre otros factores, por la proximidad de la frontera y la topografía del terreno, contra la que vemos luchar sin tregua a los distintos

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Así poco después de la disposición dictada por los Reyes Católicos para Castilla en 1499, y de la dada para Aragón en 1510, se va a dictar una muy similar para Cataluña, esta vez en 1512 (49), por parte de Fernando el Católico y Germana de Foix (50), en unas Cortes celebradas en la villa de Monzón, el 13 de agosto (51), prueba patente de la ofensiva general lanzada en todos los territorios de la Corona de Aragón (al igual que en Castilla), contra las personas de etnia gitana.

Dicha norma establece lo siguiente:

---

virreyes, con varia fortuna, constituyendo siempre, en mayor o menor medida, pero sin llegar a desaparecer nunca, un difícil problema en orden al gobierno del Principado, particularmente en los siglos XVI y XVII, los del « bandolerismo barroco » (siguiendo a A. Borrás, *Contribución a los orígenes del bandolerismo en Cataluña*, en *Estudios de Historia Moderna,* vol. III, Barcelona, CSIC, 1953 [asimismo en *Contribución a los orígenes del bandolerismo en Cataluña*, Barcelona, Ed. Vicens Vives, 1966] y J. Reglá, *Els Virreis de Catalunya*, Barcelona, Ed. Teide, 1956) ».

J. Aguirre Felipe, *Historia de las itinerancias gitanas,* cit., p. 360: « La población gitana, tanto nómada como sedentaria, de Cataluña y el Rosellón, constituía un grupo vinculado con el país, que además ya estaba bien comunicado y en relación con Francia antes de la anexión por ésta del Rosellón. Por lo que parece que a los gitanos que ya residían en el Rosellón y Cataluña antes de *la* guerra « dels segadors » de 1640, que desembocó en el tratado de los Pirineos de 1659, la anexión del Rosellón al reino de Francia no les afectó negativamente ».

(49) R. Gibert y Sánchez De La Vega, *Historia General del Derecho Español,* cit., p. 353, en lo que se refiere al Principado de Cataluña: « De 1512 a 1702 se escalona la legislación persecutoria de los bohemios, gitanos y vagabundos, con su aparato de azotes, galeras y expulsiones. La prohibición de portar armas, dirigida al principio (1510) contra pastores extranjeros y contra vagabundos, y que en 1542 alcanzó una formulación odiosa contra los extranjeros (después derogadas), se concretó en 1585 al "pistolete", ya reprobada en otros reinos, como proditoria, falsa, no útil para la guerra e indigna del nombre de arma ».

(50) Su consorte y lugarteniente general, tal y como se establece incluso en la misma.

(51) J. Lalinde Abadía, *Los Fueros de Aragón*, cit., p. 104: « En las Cortes de Monzón de 1512, celebradas bajo la presidencia de la segunda mujer de Fernando, el Católico, es decir, la francesa Gernana de Foix, aparte de prorrogar numerosos fueros anteriores se permite prescribir los bienes de los herederos por el transcurso de treinta años aún sin título, reflejo del posible expolio a que debieron ser sometidos aquéllos [los gitanos], como en tiempos pasados lo habían sido judíos y moros ».

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

« DE BOMIANS, VAGABUNDOS, Y VALIDOS, MENDICANTS. TIT. XVIII.

Com fie degut al Princep, purgar la Provincia de mals homens, e fien trobadas en lo Principat de Cathalunya, e Comtats de Roffello, y Cerdanya algunas perfonas ques dirian vulgarment Boemians, e fots nom de Boemians grechs, e Egiptians van coadunats, e vagabunts, cometent molts ladronicis, e altres mals, dels quals fe ignoran los malfactors, per effer molts en nombre, e coadjurar, e cobrir los uns als altres lurs malfets, perço volent en aço degudament proveir, ftatuim, y ordenam ab loatio, y approbatio de la prefent Cort, que daquí avant las ditas perfonas anant axi coadunadas, fien expellidas e foragitadas, fegons nos ab la prefent aquellas expellim, e fora gitam dels dits Principat, e Comtats, q. daquí avant no pugá effer admefos, o acullits en aquells, ans fien haguts totalment per bandejats, y foragitats ipso jure, axi que fi dins dos mefos apres de la publicatio de la prefent Confititutio ab veu de publica crìda faedora, las ditas perfonas feran trobadas en los dits Principat, e Comtats, fien, e hajä effer açotats publicamët per aquells a quis pertanga, y altrament proceit contra ells a total expulfio lur, per remeys desguts de juftitia: volents, y manants que la prefent Conftitutio dins vn mes primer vinent fie, e haja effer publicada per los Veguers en quifeun cap de Vegueria dels dits Principat, e Comtats » (52).

Luego vendrá otra pléyade de disposiciones, prueba patente de su reiterado incumplimiento. Así en las Cortes de Monzón de 1542 (Capítulo 19):

« Alustant a la Constitutio parlant de la expulsio dels Bomians estatuim, y ordenam, que no obstant qualsevol guiatges donats o donadors als dits Bomians, o altres qui en nom de Bomians van per la terra, per nos, o Officials nostres, o de Barons Eccesiastic, o seculars; sie prefigit per nos cert termini als dits Bomians per exir del Principat de Cathalunya, e Comtats de Rossello y de Cerdenya, ab comminatio, y pena que si apres hi seran trobats, sien açotats, y no pugan esser remesos, ni composats: e la present Constitutio haja de esser publicada en lo cap de cascuna Vegueria » (53).

Cinco años más tarde, en otras Cortes celebradas en la misma ciudad de Monzón en 1547, un Capítulo de Corte (Capítulo 14) se referirá a los gitanos, aunque sin citarlos de forma expresa, tal y como se determina en otras Cortes de Monzón, esta vez de 1553

(52) *Constitvtions y altres drets de Cathalunya, compilats en virtvt del Capitol de Cort LXXXII, de las Corts per la S.C.Y.R. Majestat del rey Don Philip IV Nostre Senyor celebradas en la ciutat de Barcelona. Any MDCCII*, Vol. I, Barcelona, En Cafa de Joan Pau Marti, y Jofeph Llopis Eftampers, Any 1704, Título XVIII, Capítulo XVII, p. 437 (Aprobado en las Cortes de Monzón de 1512).

(53) Ivi, p. 437.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

(Capítulo 14), al solicitar la prohibición de que ande pidiendo limosna "gent coadunada".

Así el Capítulo 14 de las Cortes de Monzón de 1547:

> « Supplicas a voltra Alteza, que fie prohibit ab prefixio de cert termini que gent coadunada fots color de anar acaptant, no puga anar acaptar per la terra, en qualfevol nom que vajan, exceptats los qui acaptan per catius Chriftians detenguts en terra de Infles. Manafa Altefa, que los Officials conegan dels abufos ques fan de la gent axi coadunada » (54).

Y el Capítulo 14 de las Cortes de 1553:

> « Statuim, y ordenam, que brivons, e belitres sien bandejats, y expellits del Principat de Cathalunya, y Comtats de Rossello, y Cerdanya, y q si seran apres los tals vists, o trobats estar, o revenir mes de vna vegada en dit Principat, e Comtats, o en alguna part de aquells incorregan ipso facto en pena de esser açotats, o de estar en Galera per temps de finc anys: declarant mes avant statuim, que los Officials no pugan composar aquells, sots pena de privatio de lurs officis » (55).

Será en las citadas Cortes de Monzón de 1553 donde se recapitulen todas las normas dictadas para proceder contra los gitanos en territorio catalán, esto es, el Principado, Rosellón y Cerdeña, ordenando su expulsión y estableciendo las penas correspondientes (perdida de bienes, azotes y el consabido destino a galeras, para determinados gitanos, siempre y cuando estén comprendidos en una determinada edad), pero no sólo a aquellos contraventores de la citada disposición, sino también a los que podemos considerar cómplices de los gitanos, sea por acción (aquellos oficiales reales que les den "guías"), sea por omisión (los vegueres que no dieran publicidad a la citada disposición).

Así lo establece el Capítulo 25 de dichas Cortes:

> « Com a la expulsio del Bomians, qui van per Cathalunya, y Comtats de Rossello, y Cerdanya fent molt mal, e latrocinis, sins lo die present noy hajan bastat las provisions fetas per la Serenissima Reyna Dona Germana, en las Cortes de Montso celebradas en lo any M. D. xij. Capitol xvij. ni lo que font proveit per sa Majestad en la Cort de Montso, en lo any M. D. xlij. Capitol xix. ni lo que font proveit per nos en la present Villa en lo Any M. D. xlvij. Capitol de Cort xiv, perço statuim e ordenam, que dins spay de vn mes, apres de la fi de las presents Corts, en cada cap de Vegueria hajan de publicar ab veu de publica crida, que los dits Bomians ab tota sa familia

(54) *Ibidem*.
(55) *Ibidem*.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

hajan, y sien obligats de exir realment, y de fet de tots los sats aquells caygan en pena de perdre tots sos bens, y de esser açotats, y posats en Galera los qui seran de edat de vint anys, fins en sinquanta, y los demes, y menor edat ab las donas sien desterrats, y que los Officials Reyals nols pugan guiar, sots pena de cent livras, la qual pena los puga esser demanada a la taula per lo Sindic de la Vniversitat, de la qual pena la tercera part sie del acusador, laltra dels Jutges de taula, y laltra dels Deputats, y que en la mateixa pena caygan los Veguers, qui en los caps de las Veguerias no faran las ditas cridas, e que la dita pena pugan executar tots altres havents jurisdictions » (56).

En este mismo sentido, se pronunciarán las Cortes de Monzón de 1585 — Capítulo 45 — (57):

« Encara que per diversas Constitucions, assenyaladament per lo Capitol XXV. de les Corts per nos celebrades en la presens Vila de Montso lo Any M.D.Liij. se haja bastantment proveit sobre la expulsio dels Bomians, abdicant tambe als Officials la facultat de poder guiar aquells, ni de aprensión poderlos donar licentia de anar per lo prefent Principat, y Comtats, no res menys se havist per experientia, que los Bomians, ab motiu que ja tenen casa parada en alguna Ciutat, Vila, o Loc del present Principat, o obtenen licentia dels Officials Reyals, per anar negociant per los present Principat, y Comtats, y vendre, y baratar lurs bestiars, y ab ditas licentias van divagant cô de abans, ab lurs mullers, fills, y familia, per tot lo dit Principat,

(56) *Ibidem,* pp. 437-438.

(57) Y las Cortes de Barcelona de 1702 (Capítulo 73). Pedro Nolasco Vives y Cebriá, *Traducción al castellano de los Usages y demas derechos de Cataluña, que no están derogados o no son notoriamente inútiles,* Tomo 3, segunda ed. corregida y aumentada, Madrid, Librería de Emilio Font, y Barcelona, Librería del Plus Ultra, 1862, L-IX.-Título XVIII, *De los Gitanos, Vagos y Mendicantes válidos*, p. 226.

Debemos destacar en este sentido, la *Instrucción* de 1816, que se circuló de orden de la Real Sala del Crimen para la formación de causas criminales, cuyo tenor es el siguiente:

« Art. 37. De ningún modo tolerarán las justicias en sus pueblos hombres ociosos, vagamundos, y de conducta sospechosa, ni abrigarán, ni ocultarán delitos, ni delincuentes, todo bajo la más estrecha responsabilidad; pues ha notado la Sala mucho abandono en este punto de parte de dichas Justicias, á quienes el afecto hacia dichas personas, ó el temor que puedan ocasionarles las mismas, les hacen faltar puniblemente al cumplimiento de sus deberes con grave perjuicio de la sociedad y seguridad pública, que tanto se interesa en la y castigo de los conocidos por criminales y el destino de los que forman el plantel de donde ciertamente salen los malhechores, que infestando después los pueblos y la provincia, no perdonan aún á sus propios favorecedores » [P. Nolasco Vives y Cebriá, *Traducción al castellano de los Usages y demas derechos de Cataluña, que no están derogados o no son notoriamente inútiles,* Tomo 3, cit., p. 182].

Respecto de los gitanos en Cataluña en el siglo XVIII: M. Cuartas Rivero, *Los gitanos catalanes en el último tercio del siglo XVIII*, en « Archivum, Revista de la Facultad de Filología », Tomo 26, 1976, pp. 283-292.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

y Comtats, cometent molts robos, y altres vicis, y delictes enormes, que ni se por saber, si servan los preceptes de Sancta Mare Esglesia, axi en oir missa los Dimmenges, y sestas, ni si se confessan en la Pascha. Per tant statuim, y ordenam ab consentiment, y approbatio de la present Cort, que ningu de dits Bomians, o altres qui tenen nom de Bomians, encara que tingan son assento en alguna Ciutat, Vila o Loc del present Principat, no pugan anar per ell, y los Comtats, ab companya de lurs mullers, germans, fills, y familia, si per lur negocis vorlan anar per algunas siras, y aplecs, vajan sols los homês, y hajan de dexar lur familia, y mullers en las Ciutats, Vilas, o Locs ahon estaran repatriats, altrament sien incidits en la penas en dit Capitol contengudas, y que lo Loctinent General nostre, y Portant veus de Governador, ni altres Officials, axi Reyals com de Barons, no pugan guiar ni disimular aquells, sots las penas contra los viladors d elas Constitutions, y altres leys de la Patria statuidas, y ordenadas » (58).

La serie de disposiciones contra la etnia gitana se cierra y completa en la recopilación del Derecho catalán con la disposición dada por el primer Borbón, Felipe IV de Cataluña (V de Castilla), en las controvertidas Cortes de Barcelona de 1702, dos años después del "cambio" de dinastía que provocará la denominada "guerra de sucesión", y tras, prácticamente, un siglo de silencio legislativo (59).

La Constitución, o mejor dicho el Capítulo de Corte (60), — Capítulo 73 — de las Cortes de Barcelona de 1702 (61), establece, respecto de los gitanos, lo siguiente:

« Com ab sis Constitucions Generals del present Principat, setas ab differents Corts, que son baix lo Titol *de Bomians, y Vagabundos, etc.* se hage donàt tota la immaginable providencia à si de esser expellits del present Principat de Cathalunya, los Bomians, ó Gitanos, per los notables, y enormes delictes, que ells perpetran; y això no obstant no se hage experimentat, ni

(58) *Constitvtions y altres drets de Cathalunya,* cit., p. 438.

(59) En este sentido, es fundamental el estudio de J. Lalinde Abadía, *Las Cortes de Barcelona, de 1702*, en « Anuario de Historia del Derecho Español », 62, 1992, pp. 7-46.

(60) Pues finaliza, al igual que el resto de las Constituciones de estas Cortes, con el "*place* del Rey", y se debe, por tanto, su iniciativa a los estamentos de las propias Cortes.

Al respecto: J. Lalinde Abadía, *Las Cortes de Barcelona, de 1702*, cit., p. 14.

(61) Ivi, p. 33: « Como medida de seguridad puede calificarse la disposición de las Cortes de 1702 que ha tenido al cumplimiento de seis Constituciones generales sobre *gitanos y vagabundos*, sin que las favoreciera el posible uso en contrario. Dentro de los tres meses de la conclusión de las Cortes han debido publicarse las Constituciones en cada cabeza de veguería, incurriendo en pena los que no las cumplieran y siendo posible la querella en la Visita contra Diputados y Oidores ».

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

conseguit alivio algu en lo present Principtat, puix continuament van divagant Gitanos per aquell, cometent totos los dies gravissims excessos de infamias, y de cosas mal setas; y fia molt just, y rahonable se done tot remey: Perço placia á V. Magestat, ab consentiment, lloaciò, y aprobaciò de la present Cort, statuihir, y ordenar, que totas las ditas Constitucions, hagen, y degan esser observadas en tot, y per tot; y que per via directa ni indirecta nos puga saltar al cumpliment de aquellas, à si de que dits Bomians, y Gitanos pugan esser expellits del present Principats, no podentlos asavorir qualsevol pretext de qualsevol especie, que sie per mantenirse, y transitat per lo present Principat, en res no obstant qualsevol vs, ó consuetut, en contrari: Y que perço dins tres mesos compradors del dia de la conclusió de la present Cort, sian las referidas Constitucions, y la present publicadas per los Veguers en quiscun cap de Vegueria del present Principat, y que los que no observaràn, y guardaràn aquellas, incidescan irremissiblement en las penas en las ditas Constitucions disposadas, y ab lo modo, y forma, que en aquellas se contè, injungint perço obligaciò als Deputats, y Oydors del present Principats, lo ser publicat ditas Constitucions en lo modo referit, y que sent le contrari, ne pugan esser querelats en la Visita. Plau á sa Magestat » (62).

Aquí radica una importante novedad, ya que por vez primera se emplea en una disposición catalana-aragonesa el término "gitano" (63), término usual con el que se le conocen en Castilla, debido, probablemente, a una degeneración del término "egipciano" (64), supuesto origen de la etnia (65), que se usa en las primeras disposiciones castellanas (66).

---

(62) *Constitvtions y altres drets de Cathalunya,* cit., pp. 438-439.

(63) Pues como indica J. LALINDE ABADÍA: « el término catalán es el de *Bomians, y Vagabundos* » (nota núm. 111 en p. 33 en *Las Cortes de Barcelona, de 1702*, ya cit.).

(64) S. de COBARRUBIAS OROZCO, *Tesoro de la Lengua Castellana o Española*, cit., p. 642: « GITANO. *Quasi* egitano, de Egypto. Ésta es una gente perdida y vagamunda, inquieta, engañadora, embustidora ».

(65) B. LEBLON, *Los gitanos de España - El precio y el valor de la diferencia*, Barcelona, Ed. GEDISA, 1987, p. 12: « de hecho varias regiones de Grecia y Asia Menor eran designadas con el nombre de *PEQUEÑO EGIPTO MENOR*. Se trataba de la ciudad turca de Izmit (o Isnikmid) — la antigua Nicomedia —, del Epiro y de un lugar situado cerca de Modón, en la costa del Peloponeso. Sin embargo, muy pronto se incurrirá en confusión entre estas comarcas poco conocidas y el Egipto propiamente dicho, y frecuentemente se llamará a los cíngaros « egipcios ». El francés *GITAN*, como el español « gitano » — que proviene de una forma arcaica de la palabra *EGIPCIO*: *EGIPTANO* — y el inglés *GIPSY*, son testimonios de este equívoco original ».

(66) Cf. notas núm. 1 y 2.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

V. *Conclusiones.*

La persecución llevada a cabo contra las personas de etnia gitana, y todo lo que la « secta del gitanismo » conlleva, se inicia en Castilla, por parte de los Reyes Católicos, pero muy pronto es imitada en los territorios de la Corona de Aragón. La Monarquía realiza, en este sentido, una misma política a un lado y a otro de las dos grandes Coronas peninsulares, destinada, al fin y al cabo, a su definitiva desaparición.

Casi toda la legislación dictada contra los gitanos se debe a la iniciativa de las Cortes. Toda la legislación fue ineficaz (67), muy probablemente, por la inclinación que los gitanos tenían hacía las zonas rurales y despobladas, lo que les permitiría sortear la acción de la Justicia. Los gitanos representarán así un tema de orden público al que ni el Derecho, ni el propio Estado, dieron una respuesta adecuada.

El concepto de gitano no es algo que se determine o defina por disposición legal alguna; es más, si encontramos definición alguna de « gitano » hace referencia a sus hábitos externos, pasando de ser un grupo compacto étnico (cultura, lengua, etc...), a un grupo que vive como ellos sin ser gitanos de origen, es decir, se califica a los gitanos simplemente por sus hábitos y forma de vivir y sobrevivir, que representará un peligro para el orden social y político de la propia Monarquía (68).

La persecución a los gitanos no fue una persecución de tipo racial, sino que fue resultado de la visión y modo de vida que llevaban, y que conllevaba el hecho de considerarse gitano, sin sometimiento a las normas y reglas de conducta preestablecidas por el Estado y la Monarquía, y que a pesar de las medidas contra ellos adoptadas, algunas de extraordinaria dureza, puesto que tenían por

---

(67) Como indica A. Domínguez Ortiz, en *Carlos III y la España de la Ilustración*, Madrid, Ed. Alianza, 1988, p. 133, la vida nómada de los gitanos será uno de los principales motivos de la poca eficacia de las disposiciones promulgadas desde los Reyes Católicos contra los gitanos, « porque los hábitos nómadas de muchas familias gitanas las hacía difícilmente aprehensibles ».

(68) Para todo ello, A. Martínez Dhier, *La condición social y jurídica de los gitanos en la legislación histórica española. A partir de la Pragmática de los Reyes Católicos de 1499*, Granada, Ed. Universidad de Granada, 2007.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

finalidad acabar con todo lo que ellos representaban, han permanecido entre nosotros, conservando intacta su personalidad y fisonomía peculiar, curiosamente sin ser un grupo social y racial igual de fuerte e "industrioso" como lo fueron moriscos y judíos, cuya expulsión sí se llevó al efecto. Pudiendo pensarse que, incluso, este inconveniente de carecer de potencial económico ninguno, pudo, sin embargo, ser su salvación.

Sí hubo un rechazo, como norma general, de la sociedad hacia los gitanos, pero también de los gitanos hacía las normas impuestas por el aparato estatal, esto es, por la Monarquía; es decir, lo que hubo fue un muto rechazo (69).

La situación en la política de persecución contra la etnia gitana, variará su rumbo a partir de la disposición de 1783 dada por Carlos III (70), años después de los Decretos unificadores y de Nueva Planta otorgados a los reinos de la Corona de Aragón por su antecesor y primer monarca de la dinastía borbónica en España, Felipe V, iniciando una nueva época en la política legislativa de los territorios de la Monarquía hispánica, tendentes a la españolización del ordenamiento jurídico castellano (71).

---

(69) F. GRANDE, *El Flamenco y los gitanos españoles*, en « I Tchatchipen »-28, octubre-diciembre de 1999, pp. 33-36, esp. p. 33: « La historia de los gitanos españoles es la historia de un testarudo sobresalto que dura cinco siglos, es la historia también de desencuentro entre las características de una cultura secularmente nómada y una cultura sedentaria, generalmente recelosa frecuentemente autoritaria, y a veces inmisericorde ».

(70) Cf. J. RICO GIMÉNEZ, *Legislar y administrar: el despotismo ilustrado y los gitanos*, en *Coloquio Internacional: Carlos III y su Siglo, Actas,* vol. 2: *Poder y sociedad en la época de Carlos III*, Madrid, Departamento de Historia Moderna, Universidad Complutense, 1990, pp. 151-165.

(71) J. A. ESCUDERO, *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e instituciones político-administrativas*, Madrid, 3ª ed. revisada, 2003, esp. p. 682: « La pragmática de 19-IX-1783 se orientó en cambio por la integración de esta minoría [los gitanos], que debía abandonar su "traje, lengua o jerigonza" a fin de recibir acogida en los diversos oficios y gremios... ». Como señala A. VARGAS GONZÁLEZ, *La legislación sobre gitanos en la España de los Borbones*, en « Historia y Vida », núm. 357, año XXX, diciembre de 1997, pp. 36-41, esp. pp. 40-41: « Dicha ley, que fue repetida en 1784, 1787 y 1795, puso fin a la discriminación legal que los gitanos padecían al disponer una amnistía general, libre elección de vecindario y la admisión en cualquier gremio y oficio....

No se trataba de caridad, se pretendía convertir en individuos útiles al Estado y a la Real Hacienda a una minoría peculiar que vivía en los márgenes de la sociedad y de

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

las leyes. He aquí la clave del pensamiento ilustrado en relación a los marginados en general, fuesen o no gitanos. No obstante, los resultados concretos fueron bastantes pobres... ». Algunos autores, como B. LEBLON o M.ª H. SÁNCHEZ ORTEGA, en sus respectivas obras, ponen en duda la « innovación » de la disposición de 1783, sin embargo, A. DOMÍNGUEZ ORTIZ — en *Carlos III y la España de la Ilustración*, Madrid, Alianza Editorial, 1988, esp. p. 135 —, determina que aunque realmente esta disposición supone más de lo mismo, es cierto que representa un progreso notable, sobre todo, si lo comparamos con las disposiciones y medidas « de aniquilamiento » que adoptaron sus inmediatos antecesores [asimismo, A. DOMÍNGUEZ ORTIZ en *La sociedad española en el siglo XVIII*, Madrid, CSIC, 1955, esp. p. 224, señala que esta norma entremezcla medidas de rigor con otras benevolentes y tolerantes « totalmente nuevas »].

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

ANTÓNIO MANUEL HESPANHA

RAZÕES DE DECIDIR NA DOUTRINA PORTUGUESA E BRASILEIRA DO SÉCULO XIX. UM ENSAIO DE ANÁLISE DE CONTEÚDO

Embora indirectamente, o tema enunciado tem sido recorrente em estudos de história do direito do sec. XIX, surgindo a propósito do quadro das fontes de direito (1), das influências dos novos códigos europeus do início do século (2), da influência francesa ou alemã na doutrina jurídica de língua portuguesa (3).

Por via de regra, a abordagem tem sido a de colher dos próprios autores da época a imagem que eles têm acerca das fontes jurídicas que utilizavam; alguns deles são razoavelmente explícitos a

---

(1) V., por todos, NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do direito português*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 200, 392 ss. 429 ss.. Também: ANTÓNIO M. HESPANHA, "Um poder um pouco mais que simbólico. Juristas e legisladores em luta pelo poder de dizer o direito", em RICARDO MARCELO FONSECA e AIRTON C. LEITE SEELAENDER (coords.), *História do direito em perspectiva, Do Antigo Regime à modernidade*, Curitiba, Juruá, 2008, 143-202. Já me referi a este tema em *Guiando a mão invisível. Direitos, Estado e lei no constitucionalismo monárquico português*, Coimbra, Almedina, 1994. Para Espanha, as inovadoras questões levantadas por Carlos Garriga e Marta Lorente, em *Cádiz, 1812. La constitución jurisdicional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2007 (retomando textos antriores); ver aí, também, o "Epílogo", de Bartolomé Clavero. Para o Brasil: além de um texto provisório, recente e meritório, de Marcelo Dalmás Torelly (disponível, sob reserva, na *Internet*), (síntese em *http://www.sbpcnet.org.br/livro/58ra/SENIOR/RESUMOS/resumo-353.html*), Arnoldo Wald,, "A obra de *Teixeira de Freitas* e o Direito Latino-Americano". Brasília: Revista de Informação Legislativa, a. 41 n. 163 jul./set. 2004 (também em *http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/22188/21752*, em 26-08-2009).

(2) V. MÁRIO REIS MARQUES, *Codificação e paradigma da modernidade,* Coimbra, 2003*, maxime,* 413 ss.

(3) MÁRIO REIS MARQUES, "Références françaises et allemandes dans la formation du droit administratif portugais", *Jahrbuch f. europ. Verwaltungsgeschichte* 2(1999).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

este respeito, falando da sua percepção do que acontecia, eventualmente contraposto ao que entendiam dever acontecer (4).

É justamente esta percepção subjectiva que deve ser hoje controlada por processos que, com todos os défices que possam ter, nos informem sobre o que os próprios textos, eles mesmos, nos transmitem. Um destes métodos é o da análise de conteúdo que, tomando o próprio texto e prescindindo das intenções dos autores ou dos enviesamentos da leitura, extrai a informação bruta que o texto nos pode dar (5).

A análise de conteúdo, a par de vantagens evidentes, tem também, limitações, tanto maiores quando mais simples forem os métodos utilizados (6). A simples contagem ou frequência de palavras é, naturalmente, muito menos informativa e muito mais sujeita a equívocos, do que a contextualização de palavras-chave, a análise da co-ocorrência destas ou a análise da ocorrência combinada de uma série de características textuais (*textual clusters*). Nestas modalidades mais sofisticadas da análise de conteúdo podemos aspirar a reconstruir estruturas — semânticas e conceptuais — complexas de textos.

---

(4) Dois exemplos: ROCHA, MANUEL ANTÓNIO COELHO *Instituições de Direito civil portuguez: para uso dos seus discípulos,* Coimbra, Impr. Universidade, 1844 (ed. util. 1852); LOUREIRO, LOURENÇO TRIGO DE, *Instituições de Direito Civil Brasileiro (4ª ed.).* Reimpressão fac-similada em 2002, 2 vols., R. L. Garnier. Rio de Janeiro, 1871; 1ª ed. 1851).

(5) Sobre content analysis; clássicos: KLAUS KRIPPENDORFF, *Content Analysis: An Introduction to Its Methodology*, Sage, Thousand Oaks (CA) 2004, 2ªed.; KLAUS MERTEN, *Inhaltsanalyse: Einführung in Theorie, Methode und Praxis*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1995, 2ª ed.; Cornelia Züll, / Peter.P. Mohler, (Hrsg.), *Textanalyse. Anwendungen der computerunterstützten Inhaltsanalyse*, Westdeutscher Verlag (aplicações computacionais); Ritsert Jürgen, *Inhaltsanalyse und Ideologiekritik. Ein Versuch über kritische Sozialforschung*, Frankfurt am Main 1972. Além dos artigos da Wikipedia (alemão e inglês), que são bons, Mark A. Hal & Ronald F. Wright, "Systematic Content Analysis of Judicial Opinions" (*http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract-id=913336*, *paper* apresentado à *1st Annual Conference on Empirical Legal Studies Paper; sobre esta linha de estudos jurídicos, v. Empirical Legal Studies. www.elsblog.org Bringing Methods to Our Madness - http://www.elsblog.org/the-empirical-legal-studi/*); "Discourse analysis on line (revista *on line*) *http://extra.shu.ac.uk/daol/index.html.* Revisão de software disponível: *http://cmap.ihmc.us/download/dlp-CmapTools.php?myPlat=Win.*; *http://onlineqda.hud.ac.uk/Which-software/what-packages-are-available/index.php*; *http://academic.csuohio.edu/kneuendorf/content/*.

(6) MARK A. HAL & RONALD F. WRIGHT, "Systematic Content Analysis of Judicial Opinions" (*http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract-id=913336*, cit.).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Paradoxalmente, não foram correntes, durante muito tempo, análises deste tipo aplicadas a textos jurídicos. Hoje, em alguns países, estão na moda. Porque progrediram com a necessidade de encontrar algoritmos eficientes de busca da informação relevante em corpos textuais massivos, porque eram adequadas à despistagem do sentido do direito judicial nos países em que este tem uma importância decisiva (como nos EUA) e, finalmente, porque correspondem a uma reacção contra o realismo jurídico norte-americano, centrado na análise dos factores subjectivos que pré-formariam o processo de decisão, descuidando a estrutura da componente textual da decisão (7).

Note-se que os processos dogmáticos tradicionais (nomeadamente, a interpretação) têm um parentesco mais ou menos estreito com a análise de conteúdo, sobretudo se se basearem nos elementos objectivados ou textuais.

No domínio da história do direito, a análise de conteúdo tem sido muito raramente aplicada (8) (9). Neste caso, ela representa uma forma alternativa de, com as limitações adiante indicadas, avaliar duas questões.

A primeira tem sido frequentemente abordada, como se disse: é a questão de saber qual era o direito efectivamente aplicado, em Portugal, depois da promulgação das primeiras constituições, mas antes da promulgação do código que verdadeiramente contou, o Código Civil. Responder a esta primeira questão obrigará a ter em conta diversos níveis de aplicação. Por ora, limitamo-nos a sondar a doutrina; em relação à qual é mais fácil estabelecer um corpo textual de análise, ainda que com limitações.

---

(7) Também a sua estrutura axiológica (que, frequentemente, se pode ler numa análise de conteúdo adequada): RITSERT JÜRGEN, *Inhaltsanalyse und Ideologiekritik. Ein Versuch über kritische Sozialforschung*, Frankfurt am Main 1972.

(8) V. balanço recente em MARK A. HALL & RONALD F. WRIGHT, "Systematic Content Analysis of Judicial Opinions", em *http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract-id=913336* (12.08.2009). Fiz um ensaio, bastante rústico, em ANTÓNIO M. HESPANHA, "Forma e valores nos Estatutos Pombalinos", *Vértice*, 347 (1972): 927-941.

(9) Na história geral, em contrapartida, o seu uso tem-se tornado mais corrente: W. NORMAN GUSTAFSON, "Content Analysis in the History Class", *Social Studies*, Vol. 89 (1998). Ex.: GILBERT SHAPIRO and JOHN MARKOFF, *Revolutionary Demands: A Content Analysis of the Cahiers de Doléances of 1789*, Stanford University Press, 1998.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Fazer o mesmo para a jurisprudência torna-se mais difícil. Haverá, desde logo, que distinguir vários níveis (10), sectores jurisdicionais (11), tipos de acções e temas de litígio. Pois o direito aplicado não tinha, seguramente, uma estrutura uniforme para todas estas categorias. O mesmo se passando, de resto com a doutrina. Mas a principal dificuldade é a de obter corpos textuais adequados. Ou seja, basicamente, constituídos aleatoriamente. Se existem repertórios dos acórdãos do STJpara o período de 1837 a 1868 (12) — que não informam sobre a fundamentação das decisões, não existem publicações sistemáticas dos acórdãos (13). A *Gazeta dos tribunais*, aparecida em 1841 (14), publica alguns acórdãos, de acordo com a escolha dos editores, o que já prejudica o carácter aleatório da amostra. A *Collecção dos accordaos que contêem materia legislativa proferidos pelo Supremo Tribunal de Justiça desde a epocha da sua instalação* (15), 3 vols., deve o seu bizarro título ao facto de ser uma colecção de recursos de revista, que os compiladores, simplificando à maneira francesa, interpretavam como sendo os que julgavam a conformidade ou não com a lei (16). A *A jurisprudência dos tribunais em*

---

(10) Tribunais de 1ª instância (leigos e letrados), tribunais de recurso (Relações) e tribunais de revista (Supremo Tribunal de Justiça).

(11) Tribunais comuns (no cível e/ou no crime), tribunais administrativos, tribunais fiscais, também com as suas instâncias.

(12) Francisco António da Veiga, *Repertorio dos accordãos do Supremo Tribunal de Justiça desde a sua instituição até à publicação do Codigo Civil Portuguez*, 1 vols. (Coimbra, Imprensa Litteraria, 1869). Eventualmente (em menos de 2% dos casos), indica os lugares em que os acórdãos estão publicados nos *Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça* (v. nota seguinte) ou na gazeta oficial (normalmente, *Diario do Governo*). Há também, *Dicionário do Supremo Tribunal de Justiça, acordãos de 1867 a 1933*, por Francisco Mascarenhas Gentil [Lisboa, Tip. Imp. Lucas, [1933] (BN - S.C. 11911/9 V.).

(13) *Collecção dos accordaos que contêem materia legislativa proferidos pelo Supremo Tribunal de Justiça desde a epocha da sua instalação / por A. X. de Barros Corte Real, J. M. Cardoso Castello Branco.Lisboa, Imprensa Nacional*, 1859 (BN - S.C. 1851-3 V.), que deve ser a revista a que se refere o *Dicionário […]*, referido na nota anterior; *Accordãos do Supremo Tribunal de Justiça: 2a serie, que contém os accordãos de 1847 a 1862, inclusivé*.Porto, Impr. Popular de J. L. de Sousa, 1866 (BN - S.C. 11369//7 P; *Colecção oficial dos acordãos doutrinais do Supremo Tribunal de Justiça*, [Lisboa], 1900-1940 [BN - SC 11369-77 (BN - P.P. 18423 V); Sinopse da legislação da Republica portuguesa e dos acordãos doutrinais do Supremo Tribunal de Justiça; com a publicação destes na integra / Gregorio d'Azevedo. Lisboa: Imprensa Lucas. 1928. (C. M. Tondela - Biblioteca Tomás Ribeiro, 34 POR).

(14) António Maria Ribeiro da Costa Holtreman, 1812-1890, ed. lit.; Gil, António, 1802-1879, ed. lit., *Gazeta dos tribunais*, Lisboa, Typ. da Gazeta dos Tribunais, 1841.

(15) Dir. por A. X. de Barros Corte Real, J. M. Cardoso Castello Branco, 3 vols., Lisboa, Imprensa Nacional,, 1859, BN S.C. 1851-3 V..

(16) Não era assim, segundo a legislação portuguesa que criara ou regulamentara o STJ: v. A. M. Hespanha, "Nas origens do STJ em Portugal. Governo da lei ou

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

ultima instância, de João M. Pacheco Teixeira Rebello (17) parece que publica os acórdãos sistematicamente; mas cai fora do período que nos interessa. De resto, como as restantes, omite a data da propositura da acção, da interposição de recurso, o que prejudica a disponibilidade de indicadores importantes.

Mesmo em relação à doutrina tivemos, neste primeiro ensaio, que sondar o tema de estudo de uma forma ainda bastante limitada, cujas linhas são as seguintes:

a) Seleccionámos poucas obras, das que nos pareceram mais adequadas a este tipo de análise. Basicamente, dois manuais civilistas de referência a partir do meado do séc. XIX (18) —, cujo estudo foi complementado com a sondagem de algumas outras obras que podiam constituir, a vários propósitos, bons termos de comparação (19).

b) Escolhemos, de todo o corpo do direito civil, núcleos de questões diversamente significativos. Um — as obrigações —, pelo seu grande fechamento dogmático, que o tornaria muito mais sensível a mudanças internas à prática discursiva (20) do que às alterações da conjuntura, política ou social, extra-discursiva. Outros — primeiro, a personalidade-capacidade-aspectos pessoais das relações familiares; depois, o direito das coisas, na sua parte geral, a propriedade perfeita e a posse. Estes últimos temas, em contrapartida, provavelmente bastante sensíveis à instauração de uma ordem político social fundada em valores e vectores jurídicos muito pouco familiares com o direito do Antigo Regime — a igualdade, a desvinculação do património, a valorização da propriedade absoluta e a desvalorização da posse.

c) Feitas estas opções, seguimos o método mais simples, atendendo a que, não podendo ainda contar com textos num

---

governo dos juízes?", *Themis. Revista da Faculdade Direito da UNL* (a publicar, 2009/2010).

(17) Coimbra, Imp. Académica, 1894-1909, BN S.C. 15151-58 P..

(18) Os do português Manuel António Coelho da Rocha e do (luso-)brasileiro Lourenço Trigo Loureiro (v. detalhes adiante).

(19) As *Institutiones iuris civilis Lusitani*, de Pascoal de Melo, e o *Digesto PortuguezPortuguês,* de José Homem Correia Telles (v. detalhes adiante).

(20) Alteração dos autores de referência, mudanças na língua de escrita (*v.g.*, do latim para o alemão), disponibilidade dos livros, sistema de comunicação "científica" no domínio do direito.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

formato que permita o seu tratamento automático pelos programas de análise de conteúdo, quase todo o trabalho de contagem teve que ser feito manualmente.

d) Contámos as fontes citadas *a propósito* de cada opinião defendida. Isto quer dizer que, em rigor, o resultado não será uma constelação de razões de decidir, pois nem sempre (embora, quase sempre …) as "autoridades" são citadas em abono da solução que se adopta. Por vezes, citam-se autoridades rejeitadas, ou mesmo (tratando-se de leis) revogadas; ou apoios para soluções divergentes igualmente possíveis, na opinião do autor. O resultado, exprimindo bastante aproximadamente o universo dos fundamentos das doutrinas acolhidas, revela mais concretamente o "universo de referência do autor", ou seja, o arquivo textual *tido em conta*.

e) Tratando-se de um processo que se baseia na mera contagem de citações (21), prescindiu-se do contexto destas: se as fontes citadas eram aceites, se não o eram, se eram objecto de alguma cadeia interpretativa ou argumentativa ou se apareciam como puros apoios textuais; se desempenhavam o papel de princípios muito genéricos, capazes de fundamentar todo um capítulo, ou se valiam apenas para uma proposição isolada. Esta é, seguramente, uma limitação grande, embora dependa do estilo dos textos. Se estes, como acontece com os que escolhemos, são pouco "sistemáticos", atomizando as "unidades dogmáticas" e apontando para cada uma os seus fundamentos "locais", o método seguido é menos arriscado do que se se tratasse de obras com uma forte estrutura sistemática (22), organizadas segundo o modelo de árvore de conceitos, em que os de nível inferior herdariam os fundamentos dos de nível superior (23).

f) Também estes fundamentos, ou "autoridades", tiveram que levar algum tratamento, designadamente o de categorização, que

---

(21) A unidade de citação é cada ocorrência de uma citação explícita no texto; ou seja, todas as citações explícitas foram contadas. Em texto ou em notas. Mesmo quando, com alguma proximidade, se reiterava uma citação já feita, a propósito de uma proposição relacionada com a anterior.

(22) Como acontecerá lá para o fim do século, por exemplo com o clássico Guilherme Moreira: GUILHERME ALVES MOREIRA, *Instituições do direito civil português*, 2 vols., Coimbra, Imprensa da Universidade, 1907, S.C. 7467 V..

(23) Existem técnicas de análise de conteúdo que permitem lidar com textos deste tipo, revelando a sua estrutura.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

permitisse agrupá-los em grupos entre si significativamente distintos, do ponto de vista que interessava à pesquisa. Assim, distinguimos:

— Usos: indicado por expressões como "é uso", "está em uso" (24);

— Direito comum: direito romano (esmagadoramente do *Corpus iuris civilis*), direito canónico (esmagadoramente, do *Corpus iuris canonici*; mas, em matéria de casamento, alguns decretos de Trento)

— *Ordenações filipinas* (25);

— Legislação extravagante portuguesa pré-constitucional;

— Assentos portugueses pré-constitucionais;

— Legislação estrangeira de Antigo Regime;

— Jurisprudência ou estilos (mas não assentos) portugueses de Antigo Regime;

— Jurisprudência ou estilos estrangeiros de Antigo Regime;

— Jurisprudência ou estilos portugueses pós-constitucionais;

— Jurisprudência ou estilos brasileiros pós-constitucionais;

— Legislação portuguesa pós-constitucional;

— Legislação brasileira pós-constitucional;

— Legislação estrangeira pós-constitucional: destacando os novos códigos;

— Doutrina portuguesa pré-pombalina;

— Doutrina estrangeira pré-revolucionária;

— Doutrina portuguesa pós-pombalina (i.e., a partir de Melo Freire, inclusive): esta opção permitiu agrupar na mesma categoria textos que continuamente dialogam: as Institutiones iuris civilis, de Pascoal de Melo Freire; as Notas a Melo, de Manuel de Almeida e Sousa (Lobão); as obras de José Joaquim Pereira e Sousa, nomeadamente as suas Primeiras (e Segundas) Linhas de Processo Civil; e algumas outras obras escritas nos finais do sec. XVIII ou nas duas décadas antes da revolução de 1820;

— Doutrina estrangeira de Antigo Regime: realmente, a doutrina estrangeira anterior às grandes codificações, quase toda ela, nos textos analisados, coincidente com os grandes tratadistas e sumistas

(24) Por via de regra, não foram consideradas citações de autoridades descritas como "estando/tendo caído em desuso", bem como "estando revogadas".

(25) Mas não as Afonsinas ou Manuelinas, concordantes, quando apareciam citadas.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

do *usus modernus*, muitos dos quais, como Johannes Voet (1647-1713), Samuel Stryck (1640-1710) ou Justus Henning Boehmer (1674-1749), na Holanda e na Alemanha, ou, em França, Robert-Joseph Pothier (1699-1772) anteciparam — neste último caso quase literalmente — as soluções dos ulteriores códigos da Prússia (ALR: *Allgemeines Landrecht f. den preussischen Staaten*) e da França (*Code Civil des Français, Code Napoléon*).

Resta recapitular as hipóteses a testar.

Em que medida representou o constitucionalismo, em Portugal e no Brasil, uma ruptura da tradição doutrinal do direito, pelo menos naquilo que então era o cerne da dogmática jurídica — a civilística?

Em que medida as autoridades doutrinais pré-constitucionais se mantiveram, senão como fundamentos da decisão doutrinal, pelo menos como elementos do arquivo textual dos civilistas oitocentistas?

Se admitirmos que, nestas autoridades de Antigo Regime, umas representam o direito doutrinal praticado na Península e suas colónias — a chamada "praxística" — e outras a doutrina mais internacionalizada e mais modernizada do *usus modernus* centro-europeu do direito comum, antecipando já as codificações que haveriam de surgir, qual o peso relativo destes dois conjuntos nas obras estudadas?

Há elementos que apontem para uma divergência sensível, quanto aos seus quadros de referências doutrinais, entre os saberes jurídicos português e brasileiro?

Na doutrina portuguesa civilística portuguesa da primeira metade de oitocentos, o estudos das citações pode sugerir a existência de "escolas"?

Seria insensato supor que, com o nível incipiente de análise realizado, estas perguntas pudessem ser cabalmente respondidas. Na melhor das hipóteses, elas fornecerão sugestões. É isso que veremos de seguida.

Como se explicou, neste primeiro ensaio de estudo quantitativo do horizonte normativo dos juristas oitocentistas, utilizámos apenas amostras limitadas, procurando combinar nelas um leque de matérias de direito civil previsivelmente diversas quanto ao arquivo textual de referência. Os temas seleccionados foram:

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

— a capacidade, matéria em que o regime constitucional trouxe alterações, pois este era um dos pontos em que tinham impacto os novos princípios da igualdade perante a lei, mesmo que imperfeitamente aplicados;

— o casamento e relações familiares de natureza pessoal, em que a regulamentação canónica mantinha um grande peso e em que o direito legislado só ganha relevo muito mais tarde;

— as coisas, o domínio (ou propriedade) e a posse ([26]), e a parte geral das obrigações, matéria de genealogia mais compósita: a classificação das coisas era fundamentalmente romanista e doutrinal, embora pontualmente afinada por normas legislativas; a propriedade, permanecendo muito dependente de esquemas doutrinais romanistas, foi afectada pelo constitucionalismo, dado o seu alegado "individualismo possessivo" e consequentes reformas institucionais a que ele conduziria (desamortização, desvinculação, desfavor das formas imperfeitas de propriedade).

— A parte geral das obrigações, quase integralmente dependente de fontes romanistas e doutrinais, embora o liv. IV das *Ord. Fil.*, a propósito de alguns contratos, pudesse aportar um ou outro contributo e as reformas judiciárias do sec. XIX, ou os novos Códigos Comerciais pudessem afectar o regime tradicional.

Escolhidos os temas, escolhemos os textos.

— Um primeiro texto, serve como padrão da literatura jurídica dos fins do Antigo Regime, em ruptura com o discurso jurídico tradicional — agora substituído pelo do *usus modernus pandectarum* ([27]) — foi uma amostra das *Institutiones Juris Civilis Lusi-*

([26]) Bibliografia sobre o ambiente jurídico filosófico do direito privado português do liberalismo: MONCADA (1949), LUÍS CABRAL DE, "Origens do moderno direito português. Época do individualismo filosófico e crítico", *Estudos de história do direito*, 55-178, COIMBRA, Acta Universitatis Conimbrigensis, 1949; GUILHERME BRAGA DA CRUZ, "Formação histórica do moderno direito privado portuguêse brasileiro, BRAGA, *Scientia juridica*, 4(1954), 314-351; MÁRIO J. ALMEIDA e COSTA, "Enquadramento histórico do Código Civil", *Bol. Fac. Dir. Coimbra*, 37(1961), 138-160; FRANCISCO JOSÉ VELOSO, "Na iminência de um novo Código Civil português. Orientações filosóficas do Código de 1867 e do actual projecto", Brotéria, 83(1966), 145-174; MAXIMINO JOSÉ DE MORAIS CORREIA E MANUEL AUGUSTO DOMINGUES DE ANDRADE, "Em Memória do Visconde de Seabra", *Bol. Fac. Dir. Coimbra*, 28, 1952, p. 270-301.

([27]) WIEACKER, FRANZ. *História do Direito Privado Moderno*. Trad. de A.M. HESPANHA. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1980. Helmut Coing, *Europäisches*

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

tani (28), de Pascoal (José) de Melo (Freire dos Reis) (29), um clássico da doutrina jurídica setecentista, tido como exemplar até meados do século seguinte. O trecho analisado foi o comentário às Obrigações (Liv. IV, tits 1-5), contendo 541 citações.

— Um segundo texto, serve como padrão da literatura jurídica dos do primeiro constitucionalismo. É a obra *Digesto portuguez ou Tratado dos direitos e obrigações civis, accommodados às leis e costumes da Nação portuguesa, para servir de subsídio ao novo código civil*, de José Homem Correia Teles (1780-1849) (30), que se diz ter sido

---

Privatrecht: Älteres Gemeines Recht (1500-1800), I, p. 4 ss.; PHILIP J. THOMAS, "Usus modernus pandectarum. A spurious transplant", *Revue internationale des droits de l'Antiquité*, 3ème série XLVII (2000): 483-496. Para os vários juristas, Michael Stolleis (ed.), *Juristen*, München: C. H. Beck, 1995.

(28) *Institutiones Juris Civilis et Criminalis Lusitani*, na Typ. da Academia Real das Sciencias. 1789. 4.° 5 Tomos. - Dividem-se em cinco livros: 1.º *De Jure publico.* - 2.º *De Jure personarum.* - 3.º *De Jure rerum.* - 4.º *De Obligationibus et Actionibus.* - 5.º *De Jure criminali.* Lisboa, na Typ. da Academia Real das Sciencias, 1789. Foram reeditadas até aos meados do séc. XIX (1852).

(29) PASCOAL DE MELO FREIRE (1738-1798), nasceu em Ansião, pequena vila dos arredores de Coimbra e morreu em Lisboa. Doutorou-se na Faculdade de Direito (1757), da qual foi professor, tendo colaborado na reforma pombalina do ensino jurídico e sendo primeiro regente da nova cadeira de Direito Pátrio, para que as *Institutiones* serviam de compêndio. Jubilou-se em 1790. A sua obra foi objecto de um comentário sistemático de um jurista ulterior, mas mais conservador, MANUEL DE ALMEIDA E SOUSA (Lobão): SOUSA, MANUEL DE ALMEIDA e, 1745-1817, *Notas de uso prático e críticas, addições, illustrações, e remissões sobre todos os titulos e todos os do livro primeiro das Instituições do direito civil lusitano do doutor Paschoal José de Mello Freire*, Lisboa, Na Impressão Régia, 1816, 4 vols..

(30) JOSÉ HOMEM CORREIA TELES (1780-1849) nasceu em Santiago de Besteiros, Tondela, na Serra do Caramulo. Licenciou-se em Cânones pela Universidade de Coimbra em 1800 e advogou em Tondela, iniciado pelo seu pai. Desempenhou as funções de Juiz de Fora, na Figueira da Foz. Desembargador da Relação do Porto e sócio honorário da Associação dos Advogados de Lisboa. Foi ainda Superintendente das obras da Barra de Aveiro (1927). Foi Deputado em quatro Legislaturas, a primeira das quais nas CGECNP, em que representou o distrito de Aveiro. Foi autor de um Projecto de Código do Processo Criminal (1840) e, antes, terá participado na elaboração de um projecto de Código Civil (1827/1828). Faleceu em Estarreja e está sepultado em Beduído. Logo em 1824 publica um *Commentario Critico a lei da Boa Razão em data de 8 de agosto de 1769*, Lisboa, Tip. de M.P. de Lacerda, 1824. A sua obra principal, de grande erudita e muito reputada, é o *Digesto portuguez ou tratado dos direitos e obrigações civis, accomodado às leis e costumes da Nação Portugueza para servir de subsidio ao novo codigo civil*, Imp. da Universidade, 1835, embora escrita, provavelmente, na

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

escrita em 1826, mas apenas publicada em 1835 (31). Também se trata de um texto tido como exemplar, cujo objectivo foi o de estabelecer um cânone doutrinal, numa época em que a síntese de Pascoal de Melo (32), se ia tornando obsoleta, pela implantação do constitucionalismo e, sobretudo, pelo aparecimento de prestigiados códigos na Prússia, na França e na Áustria (33), bem pelo o surgir de

segunda metade da década de vinte. Sobre ele, Viriato Sertório de Faria Blanc, Elogio histórico do Doutor José Homem Correia Teles, Lisboa, Typ. da Silva, 1849.

(31) Coimbra, Imprensa da Universidade.

(32) Há ainda uma outra síntese, deixada inacabada pela prisão e ulterior falecimento do autor: a de Manuel Borges Carneiro, Direito civil de Portugal (http://purl.pt/705″ http://purl.pt/705; Biblioteca Digital da Faculdade Direito da UNL: http://www.fd.unl.pt). Por isso não foi, para já utilizada. Manuel Borges Carneiro (1774-1833) nasceu em Resende Alto-Douro, e falecida no forte de Cascais. Matriculou-se na Universidade de Coimbra em 1791, tendo-se formado em Cânones em1800. Foi juiz de fora em Viana do Alentejo (1803-1809). Com as invasões francesas, foi preso por conspirador. Provedor da comarca de Leiria (1812), secretário da Junta do Código Penal militar (1817), desembargador supranumerário da Relação (1820), onde se comprometeu com a revolução de 1820, juntamente com outros juristas ilustres, como Manuel Fernandes Tomás e José Ferreira Borges. Foi deputado às Cortes Gerais e Constituintes por Lisboa, alinhando na ala mais radical do vintismo. Depois do golpe de Estado promovido pelo partido absolutista, Borges Carneiro propôs uma declaração de protesto, aprovada pelo Congresso. Foi demitido do cargo de desembargador da Relação do Porto (1823), que lhe foi, porém, restituído, depois da subida ao trono de D. Pedro IV (1826), e novamente eleito deputado. Em 1827 foi nomeado desembargador ordinário da Casa da Suplicação, começando a publicação do *Direito Civil Português*, de que saíram 3 volumes, de 1826 a 1828. Com o regresso dos absolutistas ao poder, foi de novo preso e demitido do lugar de desembargador (1828). Morreu de *cólera morbus*, cativo, em Cascais, para onde foi transferido da Torre de S. Julião da Barra. Os seus restos mortais encontram-se no cemitério ocidental, desde 1879. V. *Diário de Notícias* de 23 e 24.06.1879; *Occidente*, de 1879, vol. II, diferentes páginas (biografia e retrato de Borges Carneiro); *Gazeta dos Tribunaes*, 24.01. 1842. O *Direito civil de Portugal, contendo tres livros: 1.º das pessoas; 2.º das cousas; 3.º das obrigações e acções*, tomos I, II e III, foi publicado em Lisboa, 1826 a 1828. O tomo IV só se publicou depois da morte do autor, em 1840. A obra ficou, ainda assim, incompleta, faltando-lhe a parte referente às obrigações e às acções. A sua última edição é de 1867.

(33) Além de outros de menor impacto, como o da Holanda (1838), o da Polónia e o da Sardenha (1838). Na Polónia, então dividida, vigorou o *Code civil*, inicialmente, no Principado de Varsóvia, criado por Napoleão e extinto pelo Congresso de Viena (1807-1815). Na parte russa (Reino Polaco), também vigorou o mesmo Código, remodelado levemente em 1810. Em 1825, foi substituído pelo Codigo Civil de Reino Polaco. Deve ser a este que Correia Telles e Coelho da Rocha se referem. Agradeço à Profª Anna Labno (Faculdade de Direito, Katowice) estes esclarecimentos.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

uma doutrina anotativa (ou exegética). O autor era tido justamente como um bom e erudito jurista, embora com orientações de política do direito (e, mesmo, orientações políticas gerais) que não são as mesmas do outro grande jurista da época, Manuel António Coelho da Rocha. Como se verá, isto acaba por se notar na análise do seu universo de referências normativas. O seu caráter exemplar levou-nos a preferi-los a outros civilistas também muito lidos na época, como Manuel de Almeida e Sousa (Lobão) (34) e Manuel Borges

(34) MANUEL DE ALMEIDA e SOUSA (1744 - 1817), nasceu em Vouzela, (Viseu), na Beira, filho de um boticário. Entrou para a Universidade de Coimbra em 1756, Graduando-se em cânones em 1762; antes, portanto, da grande reforma dos estudos jurídicos de 1772. Dedicou a sua vida à advocacia, numa pequena terra do concelho de Tondela (Viseu, Bera Alta), Lobão, topónimo que se incorporou no seu nome e porque veio a ser mais comummente conhecido, estagiando com um prestigiado local, que o apoiou nos seus inícios, Aí casou e chefiou uma família patriarcal, que, na segunda e terceira geração, forneceu dois conselheiros do Supremo Tribunal de Justiça. Ganhou fama como do Mosteiro de Santa Cruz, sobre o seu privilégio de isenção do ordinário, e como autor de uma obra de referência sobre uma matéria da maior importância prática morgadios (*Tratado pratico de morgados*, Lisboa, Imp. Regia, 1814., 1807, 1814 [2ª ed. aumentada]); a que se seguiu uma outra obra de êxito sobre a complexa e quotidiana matéria da enfiteuse (*Tractado pratico, e critico de todo o direito emphyteutico, conforme a legislação, e costumes deste reino e o uso actual das nações*, Lisboa, Impressão Régia, 1814; *Appendice diplomatico-historico ao tractado pratico do direito emphyteutico*.Lisboa, mp. Regia, 1814) e mais de 10000 páginas de outros escritos jurídicos, alguns de grande divulgação no meio forense. Para o público académico, porém, a sua obra prima são os comentários que escreveu, com um sensível pendor crítico, às *Institutiones iuris civilis*, em que, acolhendo embora muitas das soluções do professor de Coimbra, lhe opõe frequentemente as fontes doutrinais tradicionais ou, pelo menos, as cita como antecedentes das doutrinas mais modernas. O seu estilo é tradicionalista, pouco elegante, nem sempre claro e carregado de citações. Mas, como haveria de escrever Coelho da Rocha, "as suas obras para o uso do foro suprem uma livraria". Dele escreveu Alexandre Herculano: "Houve na Beira um letrado de curta inteligência e nenhuma filosofia, chamado por alcunha o Lobão. Tinham-no adivinhado por instinto os bernardos e os cruzios. Era o seu advogado. Este homem escreveu nas primeiras décadas deste século, em ódio da gramática e da língua, uma pilha de volumes refertos de erudições gravíssimas, pesadíssimas, pedantíssimas, onde o pró e o contra das opiniões dos jurisconsultos se acham acumulados por tal arte, que a leitura dessas dezenas de *in quartos* é o meio mais seguro de se não saber qual é o verdadeiro direito na maior parte das matérias jurídicas. São os livros de Lobão tesouro precioso, mina inesgotável de alegações eternas e contraditórias, para advogados medíocres. Como o mestre de meninos de Atenas que emendava Homero, o causídico beirão engenhou três grossos volumes a endireitar as torturas do ilustre Melo Freire. Com que delícias não castiga ele

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Carneiro (35). Do primeiro, a obra que poderia ser aproveitada eram as suas *Notas a Melo* (36), que tinham a desvantagem de, justamente

---

às vezes a ignorância desse pobre homem de génio! Era naqueles volumes que estava escrita a minha sentença condenatória. Sem o saber, eu tinha o Lobão contra mim.", *Estudos sobre o casamento civil*. 1866, 186-187. José Pinto Loureiro, *O jurisconsulto Manuel de Almeida e Sousa*, Coimbra 1942, Separata do Bol. da Faculdade de Direitode Coimbra, 18(1942), sep. 93 pp.; Joaquim de Almeida Novais e Sousa, *Índice geral das obras de Manuel de Almeida e Sousa Lobão*, Lisboa, Impressão Régia, 1829; Luís Guilherme Peres Furtado Galvão, *Directorio para presto se achar nos vinte livros das obras do Jurisconsulto, Sousa de Lobão, a explicação, ilustração, e combinação de todos os títulos e das ordenações do reino*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1836; "Biographia, Manuel de Almeida e Sousa de Lobão", *Panorama*, 1843, pp. 282-383; Inocêncio Francisco da Silva, *Diccionário bibliographico portuguez: estudos de Innocêncio Francisco da Silva aplicáveis a Portugal e ao Brazil*; Imprensa Nacional, 1858 ss.; Albano Chaves, "Descendência do Jurisconsulto Manuel d'Almeida e Sousa (o Lobão)", *Beira Alta*, 13, Fasc. 1 e 2(2004, 1.º e 2.º trim.), 69-111; António Gomes da Rocha Madahil, O privilégio do isento de Santa Cruz de Coimbra, Coimbra Editora, 1940; Arlindo Correia, *Manuel de Almeida e Sousa, de Lobão, e outros Jurisconsultos de antes do Código Civil (1744 - 1817)*, em http://www.arlindo-correia.com/020806.html.

(35) Manuel Borges Carneiro (1774-1833). Nasceu em Resende Alto-Douro, e faleceu, preso pelos absolutistas, no forte de Cascais. Matriculou-se na Universidade de Coimbra em 1791, tendo-se formado em Cânones em1800. Foi juiz de fora em Viana do Alentejo (1803-1809). Com as invasões francesas, foi preso por conspirador. Provedor da comarca de Leiria (1812), secretário da Junta do Código Penal militar (1817), desembargador supranumerário da Relação (1820), onde se comprometeu com a revolução de 1820, juntamente com outros juristas ilustres, como Manuel Fernandes Tomás e José Ferreira Borges. Foi deputado às Cortes Gerais e Constituintes por Lisboa, alinhando na ala mais radical do vintismo. Depois do golpe de Estado promovido pelo partido absolutista, Borges Carneiro propôs uma declaração de protesto, aprovada pelo Congresso. Foi demitido do cargo de desembargador da Relação do Porto (1823), que lhe foi, porém, restituído, depois da subida ao trono de D. Pedro IV (1826), e novamente eleito deputado. Em 1827 foi nomeado desembargador ordinário da Casa da Suplicação, começando a publicação do *Direito Civil Português*, de que saíram 3 volumes, de 1826 a 1828. Com o regresso dos absolutistas ao poder, foi de novo preso e demitido do lugar de desembargador (1828). Morreu de *cólera morbus*, cativo, em Cascais, para onde foi transferido da Torre de S. Julião da Barra. Os seus restos mortais encontram-se no cemitério ocidental, desde 1879. V. *Diário de Notícias* de 23 e 24.06.1879; *Occidente*, de 1879, vol. II, diferentes páginas (biografia e retrato de Borges Carneiro); *Gazeta dos Tribunaes*, 24.01.1842. O *Direito civil de Portugal, contendo tres livros: 1.º das pessoas; 2.º das cousas; 3.º das obrigações e acções*, tomos I, II e III, foi publicado em Lisboa, 1826 a 1828. O tomo IV só se publicou depois da morte do autor, em 1840. A obra ficou, ainda assim, incompleta, faltando-lhe a parte referente às obrigações e às acções. A sua última edição é de 1867.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

por serem um comentário às *Institutiones iuris ciivilis* de Pascoal de Melo, poderem apresentar um corpus textual "dependente", atraído pelo arquivo de autoridades do autor comentado. A obra mais importante do segundo é o seu livro *Direito civil de Portugal,* 1826-1828; mas está incompleto, faltando-lhe precisamente uma parte que tomámos, nos outros textos, como amostra — as obrigações. O corpus textual é constituído por capítulos cobrindo as matérias das obrigações, propriedade e posse, pelas razões já indicadas (37). A amostra contém 2050 referências.

Os terceiro e quarto textos são aqueles em que se irá ensaiar uma comparação entre juristas coetâneos de Portugal e do Brasil. Para Portugal, Manuel António Coelho da Rocha e, para o Brasil, Lourenço Trigo Loureiro. O primeiro, da autoria de um dos professores de direito de Coimbra comprometido com o novo regime, Manuel António Coelho da Rocha (38), foi o manual *Instituições de*

---

(36) *Notas de uso prático e críticas […] Instituições do direito civil lusitano do doutor Paschoal José de Mello Freire*, Lisboa, Na Impressão Régia, 1816, 4 vols..

(37) 01, 001, Dos direitos e obrigações em geral: 01, 003. Dos direitos e obrigações pessoais e reais; 01, 004, Dos direitos e obrigações condicionais; 01, 005, Dos direitos obrigações modais ou causais; 01.006, Dos direitos e obrigações alternativas; 01, 007, Dos direitos e obrigações solidárias; 01, 008, Dos direitos e obrigações indivisíveis; 01, 009, Das obrigações de dar, fazer e não fazer; 01, 010, Direitos e obrigações derivadas dos contratos; 01, 011, Direitos e obrigações acessórias; 01, 013, Direitos e obrigações resultantes da posse; 01, 014, Direitos e obrigações resultantes da propriedade; 01, 15, Das provas dos direitos e obrigações; 01, 016, Cessação dos direitos e obrigações.

(38) Manuel António Coelho da Rocha (1793-1850) nasceu em Covelas, freguesia de S. Miguel do Mato (Arouca, Aveiro), na Beira Litoral. Em Outubro de 1811, matriculou-se nas duas Faculdades de Leis e de Cânones, graduando-se como bacharel canonista em 1815 e legista em 1816. Doutorou-se 1818. Foi ordenado sacerdote em 1820. Em 1822 entra como professor para a Faculdade de Leis. O seu liberalismo leva à sua expulsão da Universidade de Coimbra, juntamente com outros catorze professores e cerca de três dezenas de estudantes, em 1823. Volta a Covelas de 1828 a 1834, onde advogou e exerceu funções sacerdotais. Com a vitória do liberalismo, em 1834, retoma o seu lugar de professor em Coimbra — juntamente com colegas juristas como Basílio Alberto de Sousa Pinto —, leccionando História do Direito (1834-1837) e de Direito Civil Português. Em 1835, um ano após a extinção das Ordens Religiosas, compra a igreja e o convento de Stº António dos Olivais, em Coimbra. Foi deputado na legislatura de 1836. Publicou as *Instituições de Direito Civil*, como manual da cadeira que regia (1844), obra que se tornou numa referência até ao Código Civil de 1867. Com Vicente Ferrer, Pais da Silva e Sousa Magalhães, integrou uma das Comissões de revisão do anteprojecto do Código Civil. Bibl.: Henrique de Brito Câmara, Manuel Augusto Domingues de Andrade e Guilherme Braga

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Direito Civil (1841, com edições até 1867), a obra de referência no ensino universitário, até à promulgação do Código Civil (1867), quando, no ensino do direito civil, este passou a ser utilizado, directamente ou em edições anotadas (39), como livro de texto (40). A amostra escolhida correspondeu aos seus capítulos sobre capacidade, casamento e relações pessoais familiares, coisas, propriedade, posse e obrigações (41), em que se encontraram 1306 referências. O texto brasileiro tomado como base de análise foi Lourenço Trigo Loureiro (42), *Instituições de Direito Civil brasileiro* (1ª ed. 1851), tidas como a primeira exposição sistemática do direito civil brasileiro. Pouco posteriores (1865) são as *Instituições de Direito Civil Brasileiro. Parte geral* (43), de Antônio Joaquim Ribas (44) (1820-?),

---

da Cruz, "Centenário da morte de Manuel António Coelho da Rocha", *Boletim da Fac. Direito da Univ. Coimbra*, 26 (1950), p. 275-301.

(39) Sobretudo a DE JOSÉ DIAS FERREIRA, também professor de Coimbra, *Codigo civil português. Annotado*, Lisboa, Imprensa nacional, 1870-1976, 5 vols.. Tem edições até 1894, pelo menos.

(40) O que acontece até aos inícios do sec. XX.

(41) COELHO DA ROCHA, *Instituições [...]* (Capacidade [§§ 55-75; pp. 34-49] e família, I, §§ 198-230; coisas, modos de adquirir [excepto heranças], posse e domínio [perfeito] §§ 400-423; pp. 317-335; § 433-453; pp. 341-357; actos jurídicos e obrigações em geral, I, 04.

(42) LOURENÇO TRIGO DE LOUREIRO (1793-1870), nasceu em Viseu, iniciou os estudos de Direito em Coimbra; foi para o Brasil aquando das invasões francesas. Retomou os estudos jurídicos em Olinda, onde se graduou em 1832, doutorando-se em 1833 e seguiu a carreira docente na sua escola, onde se tornou catedrático em 1852. As suas Instituições de Direito Civil brasileiro (1ª ed. 1851) são a primeira exposição sistemática do direito civil brasileiro. Segundo as avaliações disponíveis, usa as Ordenações Filipinas (1603), particularmente o seu livro dedicado ao direito civil (Liv IV), legislação extravagantes, assentos da Casa da Suplicação, os usos e costumes, direito romano, a doutrina portuguesa e estrangeira, e as leis das "nações cultas e civilizadas". As Instituições [...], precederam a Consolidação das Leis Civis, de Teixeira de Freitas (1858). Foi Presidente da Assembleia Legislativa de Pernambuco (1864) (*www.alepe.pe.gov.br/paginas/?id=3542*). O seu filho, Ovídio Fernandes Trigo de Loureiro, também jurisconsulto (Faculdade de Direito de São Paulo, 31.12.1848) foi Ministro do Supremo Tribunal de Justiça (1890) e do Supremo Tribunal Federal (1890), Procurador-Geral da República (1894) (v. *http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=363*; 23.08.2009).Fonte principal desta nota: Paulo Távora, "Loureiro, Lourenço Trigo de. Instituições de Direito Civil Brasileiro. Ed. fac-sim. Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2004, 2 vols." em *http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/805/987*; 23.08.2009.

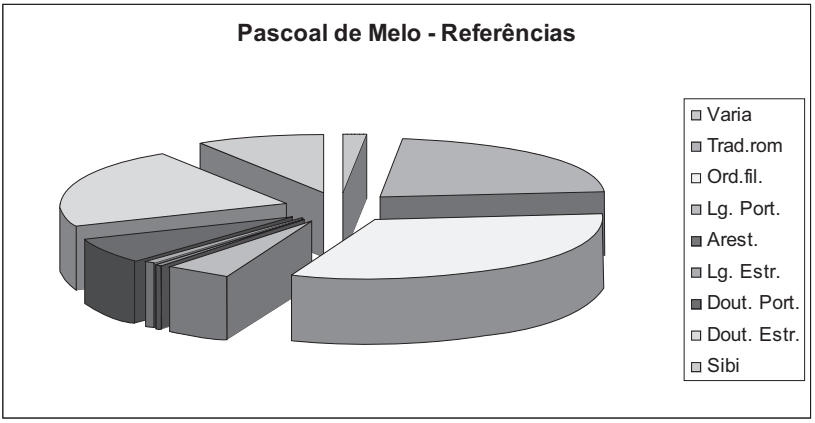
(43) 2 vols., Typ. Universal de Laemmert. Rio de Janeiro, 1865.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

professor da Faculdade de Direito de São Paulo desde 1840; apesar de se tratar de uma obra muito interessante pelo arquivo de referências que mobiliza, obedece a uma organização que dificulta o confronto, para além de que só se publicou aquilo que o autor designou como "Parte geral". Das *Instituições [...]*, de Lourenço Loureiro escolhemos uma amostra cobrindo os temas: capacidade (classes de pessoas), família (excepto regime de bens e *restitutiones in integrum* (45), Lourenço Loureiro, Instituições — Obrigações. 1679 referências.

Em síntese, na amostra textual das *Instituições* de Pascoal de Melo, o quadro de referências de autoridades é o seguinte:

N° Refs.	Varias (46) (%)	*Ius comm.*	Ord. fil.	Legisl. Extravag.	Doutrina port. AR	Doutrina estr. AR	Doutrina moderna. portug.	Doutrina moderna estrang.	Soma %
541	2	22	33	5	7	22	9 (47)	0	100
									(valores em percentagens)



(44) Formado pela Faculdade de Direito de São Paulo (1840), ingressa aí como professor de história, economia política, direito administrativo, direito público, direito civil e direito eclesiástico. Foi deputado provincial em várias legislaturas, desde 1849; mudou-se para o Rio de Janeiro, onde passou a exercer a advocacia.

(45) Que trata a propósito da *restitutio in integrum ob aetatem*.

(46) Obras de literatura clássica, basicamente.

(47) Referências para a sua própria obra, noutros dos seus passos.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Quanto aos equilíbrios entre fontes legais e fontes doutrinais, Pascoal de Melo cita a lei (*Ord. Fil.* ou legislação extravagante) em 38% dos casos, enquanto que se abona em fontes doutrinais em 60% dos casos, se considerarmos que o direito romano ou canónico devem ser consideradas, na tradição jurídica medieval e moderna, como fontes doutrinais. Não por serem ou não doutrina no direito romano originário, mas por estarem integradas numa elaboração doutrinal que valia como a fonte da sua autoridade. Na expressão da época, o direito romano (e o direito canónico nos tribunais civis) valia não *ratione imperii sed imperio rationis*. Ou seja, a amostra das *Institutiones* de Melo confirma o amplo espaço deixado pela Lei da Boa Razão ao direito doutrinal, apesar do "legalismo" que nela aparece como motivo dominante (48).

Vale a pena aprofundar um pouco mais a composição destas referências doutrinais, para se perceber o seu sentido, num outro diapasão.

Apenas 22 % delas correspondem a textos dos *Corpus Júris Civivilis* ou *Canonici*.

Os restante 38% dividem-se entre referências à praxística portuguesa (7%) (49) e a poucos representantes da doutrina estran-

---

(48) Como tenho defendido; cf. António Manuel Hespanha, *Guiando a mão invisível […]*, cit., 32 ss.; *Hércules confundido […]*, cit., 38 ss..

(49) Entre parêntese, número de citações e percentagem em relação ao total das citações deste tipodde literatura): Jorge Cabedo (15?? - ca. 1603), *Praticarum observationum sive Decisionum supremi Lusitaniae Senatus. Pars Prima*, Ulyssipone, apud Georgium Rodrigues, 1602; *Secunda Pars*, apud Petrum Craesbeeck, 1604 (6,17%); Manuel Barbosa 1546-1629), *Remissiones doctorum de officiis publicis, jurisdictione, et ordine judiciario in librum primum, secundum, et tertium Ordinationum Regiarum Lusitanorum, cum concordantijs utriusque juris, legum partitarum, ordinamenti, ac novae recopilationis Hispanorum, Accessere Castigationes et additamenta ad Remissiones libri quarti, & quinti Ordin. Reg. […]*, Ulyssipone, typis Petri Craesbeeck, 1620 (5,14%); Domingos A. Portugal (? - 1677), *Tractatus de [donationibus jurium & honorum regiae coronae,* 2 vols., Ulysipone, 1673-1675. (5,14%); Bento Gil (15??-1623), *Directorium Advocatorum et de Privilegiis eorum Autore Benedicto Aegidio Lusitano Pacensi, in suprema Lusitaniæ Supplicatione causarum Advocato, ad illustrem et generosu, D.D. Vincentium Nogueiram Ecclesia Metropolitana Olysipponensis Caoinicum, Summi Pontificis in utraque signatura Referendarium, Sacra Caesarea Majestatis Consiliarium, apud Catholicum Majestatem Regium in summa ordine, Equitem et Senatorem; Leopoldi Austriæ Archiducis Cubicularium*. Olysippone, Apud Petrum Craesbeeck Regium typographum 1630 (5,14%); Melchior Febo (15??-1632), *[Melchior Phaebus] Decisiones*

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

geira tardo-medieval e e do início da época moderna (c. de 3%) (50). Neste grupo, os textos mais usados são os que, genericamente, recolhem a prática dos altos tribunais portugueses: As *Decisiones* da Casa da Suplicação, compiladas e comentadas por Jorge Cabedo (1602-1604); as *Remisssiones doctorum* às Ordenações, de Manuel Barbosa (1620); o canónico tratado de Domingos A. Portugal sobre as doações de bens da coroa, uma espécie de suma do direito hoje dito público, mas com importância, também, em matéria de doações em geral (*Tractatus de donationibus jurium & honorum regiae coronae* (1673-1675); uma obra de tipo enciclopédico de Bento Gil, o *Directorium Advocatorum* (1630); e as *Decisiones Senatus Regni Lusitaniae*, de Melchior Febo (1619), que tinha a particularidade de incluir uma boa e praticamente única colecção de Arestos da Casa

---

Senatus Regni Lusitaniae: in quibus multa, quae in controversiam quotidie vocantur, gravissimo illustrium senatorum judicio deciduntur, Lisbonæ, 1619 (4,11%); FRANCISCO DE CALDAS PEREIRA (1543-1597), *Tractatus de emptione, et venditione. Tum pragmaticis cum gymnastis admodum utilis, ac necessarius diuque ab utrisque exoptatus nunc primum post auctoris obitum in lucem prodit*, Conimbricae, ex officina Nicolai Carvalho, expensis Michaelis de Sande bibliopolae, 1617, octavo kalendas Junij 1616) (3,9%); ÁLVARO VALASCO (1543-1597), *Quaestionum iuris emphyteutici liber primus seu prima pars; reperientur in initio summa quaestionum capita & in fine materiarum locupletissimus index*. Olisipone, [s.n.], 1569 (ultª 1731); Id., *Consultationum ac rerum iudicatarum in Regno Lusitaniae […] Cum indice consultationum in initio & materiarum locupletissimo indice in fine*. Olyssipone, excudebat Emmanuel de Lira, Sebastiani de Carvalho bibliopolae expensis, 1588-1601 (ultª 1730) (2,6%); MANUEL DA COSTA (1512-1562), *Ambiguitates juris (?)* (1, 3%); MANUEL MENDES DE CASTRO (15??-16??), *Practica lusitana, advocatis, iudicibus, utroque foro quotidie versantibus, admodum utilis et necessaria ... cum ducentis et quadraginta novissimis Senatus decisionibus. Et centum contra cautellis. Item et nonnullis animaduertionibus ad bonu publicum iustitiae concernentibus. Et allijs utilissimis. Ordinationum declarationibus / auctore Emanuele Mendes à Castro*. Olysipone, apud Georgium Rodericum, 1619. (1, 3%); MANUEL ÁLVARES PEGAS (1635-1696), Emmanuelis Alvarez Pegas […] Commentaria ad ordinationes Regni Portugalliae […], Ulyssipone, Ex Typographia Ioannis a Costa, [Ex Typographia Michaelis Deslandes, sumptibus Antonii Leyte Pereyra], 1669-[1759], 12+3 vols. (1,3%); Aires Pinhel (ca. 1512-1562?), *??* (1,3%); MIGUEL REINOSO, *Observationes practicae in quibus multa quae in controversiam in forensibus indiciis adducuntur, faelici stylo pertractantur / Michaele de Reinoso; ed. lit. Ludovici de Reinoso*, Olyssipone, Petri Craesbeeck, 1625 (1,3%).

(50) Sobre a presença e as relações inter-textuais da doutrina portuguesa em bibliotecas de desembargadores do séc. XVIII, v. o inovador artigo de Nuno Camarinhas, "Bibliotecas de magistrados - Portugal, século XVIII", em *http://www.neps.ics.uminho.pt/aphes28/papers/Nuno%20Camarinhas.pdf; 25.08.2009.*

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

da Suplicação. Algo em comum há, como se disse, entre estes autores: são todos eles comentadores do direito reinícola, na interpretação que lhe era dada pelo tribunal supremo de justiça do reino (a Casa da Suplicação). Como esta interpretação era muito apoiada nos textos de direito comum, estes textos faziam, portanto, a ponte entre a tradição textual do direito comum tardo medieval e a prática dos altos tribunais da monarquia no início da época moderna. Na verdade, não fora o seu fechamento ao racionalismo e ao individualismo, quase que se poderia dizer que este corpo de referências realizava, em Portugal (como em Espanha), a mesma função que o *usus modernus pandectarum* estava a realizar, quase contemporaneamente, no centro da Europa.

A doutrina europeia perfaz 30% do total das citações — ou cerca de 80% das referências directas a obras doutrinais. Porém, não é um qualquer conjunto de autoridades da tradição jurídica medieval e moderna. Não. O grosso das citações provêm dos autores mais emblemáticos das várias correntes modernizantes da jurisprudência centro- ou norte-europeia dos sécs. XVII e XVIII (51): desde

(51) Eis a lista dos mais citados (entre parênteses, o número e percentagem das citações, no conjunto de todas as citações de juristas estrangeiros): SAMUEL STRYCK (1640-1710), *Usus modernus pandectarum*, 1690, in 4 (14,12%); CHRISTIAN THOMASIUS (1655-1728), *Dissertationes variae* (14,12%); JUSTUS HENNING BOEHMER (1674-1749), *Ius ecclesiasticum protesttantium*, 1714-1737 (9,7%); HEINRICH VON COCEJI (1644-1719), *Disputatio juridica, de jure seminis,. qvam divini numinis auspicio respondet Autor Johannes Petrus Thiele*, Frankfurt, Zeidler, 1693; *Jus controversum civile. Pars II. Ubi illustriores juris controversiae breviter et succincte deciduntur, difficiliores materiae explicantur, objectiones solide solvuntur, et legum dissensius nova saepe ratione, ubi hactenus satisfactum non videtur, conciliantur,* Frankfurt/Oder, Conrad, 1729 (9,7%); JOHANN SCHILTER (1632-1705), *Exercitationes, sive praxis juris Romani in foro […] Meditationes ad Pandectas, Leipzig und Wolfenbüttel* 1717-1748, 9,7%); SIMON GROENEWEGEN VAN DER MADE (1613-1652), *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus*, 1649 (5,4%); ULRIK 6 (1838-1694), *Praelectiones in Institutionibus*, 1678; *Eunomia Romana*, 1700 (5,4%); SAMUEL PUFFENDORF (1632-1694), *De iure naturae et gentium libri octo*, 1672. (resumo: *De officio hominis et civis iuxta legem naturalem libri duo*, 1673) (5,4%); ARNOLD VINNIO (1558-1657), *Comentaria ad institutiones*, 1642 (5,4%); WOLFGANG ADAM Lauterbach (1618-1678), *Compendium Juris, Brevissimis Verbis, Sed amplissimo sensu & allegationibus, universam fere materiam Juris exhibens*, 1679 (ultª ed. 1744 (5, 4%); ANTONIO PEREZ (1583-1672), *Praelectiones in duodecim libros Codicis Justiniani Imp. Quibus leges omnes & Authenticae perpetua serie explicantur, mores hodierni inferuntur, & quid sit Iuris Antiqui, Novi, & Novissimi, enodatur, ac*

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

a "escola elegante" e "histórico-crítica" dos Países Baixos (52), passando pelos "renovadores" holandeses e alemães do direito romano de acordo com o seu "uso moderno" no foro (53), até aos que propunham uma construção sistemática do direito em vigor, dominada por axiomas extraídos da razão natural (54). Os mais antigos, mesmo os representantes do humanismo francês ou *mos*

---

breviter exponitur. Editio nova, ab Auctore recognita & aucta, Summariis Indicibusque locupletata. Amstelodami, Apud Danielem Elzevirum, 1626, 12 vols., in-4º (4,3%); EVERARD OTTO (1685-1756), *Thesaurus juris romani continens rariora meliorum interpretum opuscula, in quibus jus romanum emendatur, explicatur, illustratur. Itemque classicis aliisque auctoribus haud raro lumen accenditur. Cum praefatione Everardi Ottonis*, Trajecti ad Rhenum, apud Joannem Broaedelet, 1726-1735, 4 vols. (3, 2%); JOHANN GOTTLIEB HEINNECCIUS (1681-1741), *Elementa iuris naturae et gentium*, 1737; *Historia juris civilis Romani ac Germanici*, 1733 (3,2%); GEORG ADAM STRUVE, (1619-1692), *Jurisprudentia romano-germanica forensis*, 1770 (3,2%); JOHANNES BRUNNEMANN (1608-1672), *Commentarius in quinquaginta libros Pandectarum*, 1670 (3,2%); CORNELIS VAN BYNKERSHOEK (1673-1743), *Observationes juris romani,* 1733 (3,2%); LUÍS DE MOLINA (1535-1600), *Tractatus de justitia et de jure*, 6 vols., 1593-1609 (3, 2%); ROBERT JOSEPH POTHIER (1699-1772), *Traité des obligations*, 1761; *Traité des contrats aléatoires, selon les regles, tant du for de la conscience, que du for extérieur,* 1775 (3, 2%). Para dados biográficos de quase todos estes juristas, v. Michael Stolleis (coord.) *Juristen* […], cit..

(52) Como Antonio Perez, um espanhol professor numa Lovaina aberta ao neo-humanismo e ao "espurgo" do direito romano; Arnold Vinnio, o jurista holandês desta corrente mais editado por toda a Europa, editado em Espanha ainda no sec. XIX, e que também é o mais citado na amostra; Cornelis van Bynkershoek e Ulrik Huber, ambos da então famosa universidade holandesa de Franeker, e ambos fundadores do chamado direito romano-holandês, tal como Simon Groenewegen van der Made, professor em Leiden; Everard Otto, um "histórico-crítico", que foi professor em Utrecht.

(53) Como Johann Schilter ou Johannes Brunnemann, que escreveram sobre a prática do direito romano no foro alemão, sendo o último um reputado cultor do direito eclesiástico reformado; tal como Justus Henning Boehmer, o responsável pela última grande edição do *Corpus iuris canonici; ou* Samuel Stryck ou Heinrich von Cocceji, que combinam a ideia de "uso moderno" com a de um sistema racional de direito; ou Georg Adam Struve, autor da *Syntagma juris civilis*, 1658, considerado como a melhor síntese do direito romano praticado na Alemanha Alemanha (*usus iuris romani in foro germanico*).

(54) Como Samuel Pufendorf, cujo jusracionalismo, enquadrado pelas ideias de dever e de solidariedade, facilitava o trânsito de um modelo corporativo para um modelo individualista do sistema doutrinal do direito; Christian Thomasius, filósofo tornado jurista, fundador da jurisprudência iluminista alemã; Johann Gottlieb Heinneccius, autor de dois famosos compêndios de direito natural, particularmente assimiláveis no mundo católico e, por isso, compêndios em Coimbra, a partir de 1772 e cujo manual de *Institutiones* foi editado 150 vezes durante o sec. XVII e início do XVIII; Robert Joseph

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

gallicus — o pioneiro Andrea Alciato (1492-1550), o português António Gouvea (Goveanus, ca. 1505-1565?), o grande Jacques Cujas (Cujacius, 1520-1590) (55), Hugh Doneau (Donellus, 1527-1591), François Duaren (Duarenus, 1509-1559), mesmo Jean Bodin (Bodinus, 1530 — Laon, 1596) — não são citados na amostra, apesar da insistência que, nos documentos da reforma pombalina dos estudos e na literatura reformista contemporânea (56), se faz às orientações humanistas (57).

Para além disto, tem ainda que se ter em conta que os textos romano-canónicos citados são, muito provavelmente, também objecto desta leitura modernizante, proposta pelas correntes do "usus modernus" e da construção jurídica "elegante" ou "sistemática".

Há, portanto, balanços a fazer sob dois eixos.

No eixo do legalismo-doutrinarismo, as referências textuais permitem classificar o texto como acentuadamente apoiado num direito doutrinal.

No eixo tradicionalismo-modernismo, a amostra identifica-se, também muito nitidamente, com uma orientação correspondente à doutrina do "uso moderno" e jus-racionalista, cujo impacto, indiciado pela análise das citações, pode ser considerado esmagador, ainda mais se considerarmos que as próprias fontes romanas citadas são interpretadas de acordo com ela.

Passaram-se 50 anos, fornadas novas de juristas saíam da Universidade de Coimbra, com as cabeças feitas pela leitura de Pascoal de Melo (no direito pátrio), de Heinneccius (no direito das gentes e no direito romano), de Van Espen (no direito canónico) e, seguramente, atentos a obras de Vinnius, de Struvius, de Pudffen-

---

Pothier, juiz e professor em Orléans, e que, para França, levou a cabo e mesma revisão que os alemães e holandeses faziam da tradição romanista

(55) É citado uma vez, tal como Hugh de Groot (Grotius, Grócio), um outro famoso, este holandês um tanto mais antigo (1583-1645), mas cuja obra já tinha sido recebida e reelaborada por juristas ulteriores, esses citados.

(56) Cf. António Barnabé de Elescano Barreto Aragão, *Demetrio moderno* (agora em *http://purl.pt/431/3/*; 26.08.2009), Lisboa, Officina de Lino da Silva Godinho, 1781.

(57) Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, *Humanismo e Direito em Portugal no século XVI*, Lisboa, [s.n.], 1964.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

dorf, de Thomasius, que ainda hoje se encontram com frequência em bibliotecas e alfarrabistas. No estrangeiro, tinham aparecido códigos na Prússia, na França, na Áustria, na Toscana, na Sardenha, na Holanda e na Bélgica.

E, quanto à maneira de escrever direito, muito tinha mudado, como o velho Lobão já tinha notado quando escrevia: "Reconheço que não me conformarei com o gosto do século, qual é serem as obras sumárias, compendiarias, sem montes de citações, um contexto continuado com notas separadas, etc.. Porém, como sou velho, estou aferrado a este sistema porque: 1°. Os sumistas não dão ciência aos principiantes, e só avivam a lembrança dos sábios; 2°. Penso que nem todos têm ou podem ter uma grande biblioteca, nem ainda como a minha, e por isso lhes faço um aparato de muitas doutrinas e transcrições de alguns mais esquisitos, outras vezes em continuado texto, costumo inserir as formais palavras deles, como de autoridade superior à minha [...]." (58).

Foi neste momento, nos meados da década de '30 do sec. XIX, que testámos uma segunda amostra: a do *Digesto* português, de Correia Telles (59). Os resultados, organizados como os da amostra de Pascoal de Melo, com as alterações indispensáveis, foram os seguintes:

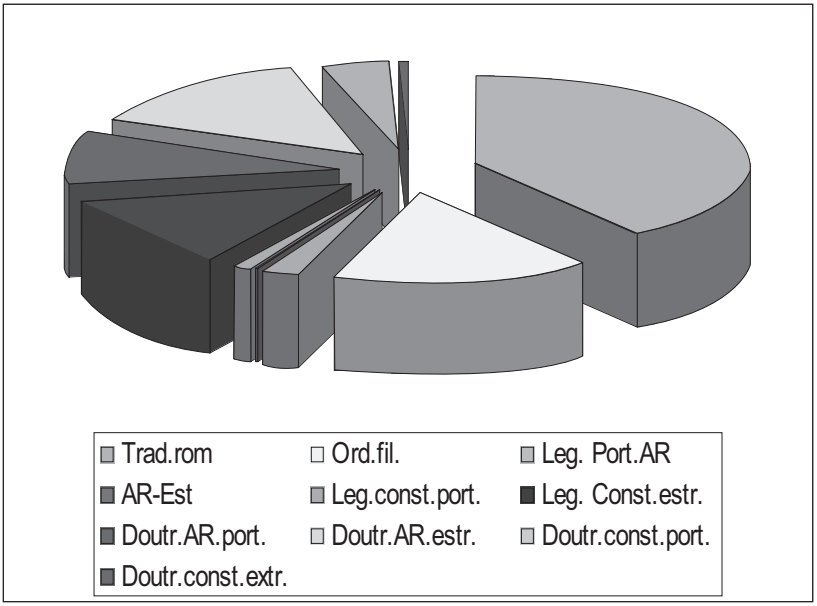
Não jur.	Uso	Trad. rom.	Ord. Fil.	Leg. Port. AR	Leg. Estr. AR	Leg. Const. Port.	Leg. Const. Estr.	Doutr. Port. AR	Doutr. Estr. AR	Doutr. Const. Port.	Doutr. Const. Estr. (60)	Total
0	0	820	308	48	3	28	264	209	283	82	12	2050
0%	**0%**	**40%**	**15%**	**2%**	**0%**	**1%**	**13%**	**10%**	**14%**	**4%**	**1%**	**100%**
Pascoal de Melo (para comparação)												
												541
2%	0%	22%	33%	7%	5%			7%	22%	0%	0%	100%

(58) MANUEL DE ALMEIDA e SOUSA (Lobão), *Tratado sobre as execuções*, "Prefácio", Lisboa, Impr. Regia, 1817.

(59) V., acima, os critérios de construção.

(60) Realmente, francesa.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano



Olhemos para os números.

A componente legislativa dos textos de autoridade é agora de 31%. Mas, se descontarmos a participação da legislação estrangeira — os famosos códigos, sobretudo o Prussiano (1794) e o Francês (1804 —, as autoridades legislativas (aqui só as nacionais) representam apenas 18% do total (contra os 40% anteriores). Quase 15 anos depois da promulgação da primeira constituição portuguesa, a legislação constitucional (incluindo as duas constituições, de 1822 e de 1826) perfaz somente 1% das autoridades. Afinal, um resultado muito pouco legalista, e muito pouco constitucionalista. E, ainda por cima, neste mero plano da legislação, muito tradicionalista. Pois até no equilíbrio entre os dois códigos estrangeiros mais citados, ao mais antigo e tradicional, ao *Allgemeines Landrecht* (ALR), embebido ainda na doutrina dos juristas alemães dos séculos XVII e XVIII, cabiam 70% das citações; enquanto que ao mais moderno e mais permeável às novidades ideológicas e doutrinais da Revolução Francesa, apenas restavam os restantes 30%. É certo que as referências

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

às Ordenações caem 18%, ao passo que as citações dos novos códigos ganham c. de 13%. Seja como for, trata-se de como que de uma transferência, no seio das referências legislativas, com vantagem para a legislação daquilo a que a Lei da Boa Razão chamava as "nações cultas e civilizadas" em desfavor da mais antiquada e desusada legislação reinícola das *Ordenações.*

Em suma, atenuação forte do legalismo, no conjunto. E, dentro do ainda remanescente, franco acolhimento dos novos códigos — em consonância com o que estava permitido pela Lei da Boa Razão —, que passam a constituir uma autoridade com um peso um pouco superior ao das *Ordenações.*

Quanto à doutrina, ela representa agora 29% em referências directas, mais 40% em referências indirectas, pelo viés da invocação da tradição romanista. No total c. de 70%. Em Pascoal de Melo, pelos mesmos critérios, ela chegava aos 51%. Ou seja, cresceu em c. de 20%. Mas o que cresce espectacularmente não é o que talvez se esperasse, a parte da doutrina constitucionalista — que não representa mais do que 5% do conjunto das citações. É a da doutrina embebida na tradição romanista, cuja invocação quase duplica percentualmente (de 22% para 40%), embora a citação directa da doutrina estrangeira desça, em contrapartida, cerca de um terço (de 22% para 14%).

Da doutrina estrangeira, os mais citados são os juristas centrais do *usus modernus*, tal como em Pascoal de Melo. Mas, acima de todos, o grande inspirador do Code civil, Robert-Joseph Pothier; o qual atrai para um lugar honroso na lista o seu predecessor Jean Domat, um dos principais obreiros das exposições sistemáticas do direito francês, precursor, portanto, de Pothier Pothier e do *Code Civil* (61). Há, nesta relação entre a tradição doutrinal e os novos

(61) Autores com 4 ou mais citações na amostra (no final, entre parênteses, o número de citações e a sua percentagem em relação a este grupo de referências): Robert Joseph Pothier (1699-1772) (59,22%); Johannes Voet (1647-1713), um clássico do *usus* modernus e da escola "elegante" holandesa (41,15%); Samuel Stryck (1640-1710) (37,14%); Antonio Perez (1583-1672) (17,6%); Justus Henning Boehmer (1674-1749) (13,5%); Arnold Vinnio (1558-1657) (13,5%); Johannes Brunnemann (1608-1672), 9, 3%; Hermann Wesseling (1586-1671), versado em direito canónico, (9,3%); Ulrik Huber (1636-1694) (8,3%); Jean Domat ou Daumat (1625-1696) (7,3%); Guillaume Durand (c. 1230-1296) (4,1%); Kaspar Manz (1606-1677). Escreveu um *Commentarius*

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

códigos, uma certo homologia de padrões: a continuada referência aos códigos como que atrai para o proscénio a doutrina que lhes estava mais próxima; a força dai confirma a autoridade da prudência jurídica.

A citação da praxística portuguesa sobe um pouco (de 7% para 10%), porque Correia Telles, que era advogado, tem um universo de referências normativas em que o direito praticado no foro estava mais presente. Assim, vêm para o topo as obras mais usadas na prática forense, como os comentários às Ordenações, os repertórios ou as obras sobre temas processuais (62).

---

ratio-regularis: Institutionum Imperialum / Casparo Manzio, Ingolstadii, Haenlinus, 1645, 4 vols., que ainda se reeditava em 1727 (4, 1%).

(62) Obras com mais de cinco referências, ordenadas por frequência decrescente. Entre parênteses, número de citações e percentagem em relação ao total das citações deste tipo de literatura: Manuel Gonçalves da Silva, ?-1748, Ad Pegas, *Commentaria ad Ordinationes Regni Portugalliae […] continuando scilicet ex libro III & tit. XIII ad perficiendum opus commentariorum ab Emmanuele Alvares Pegas*, Ulysipone, Typ. Regalibus Sylvianis, 1732, 35, 20%; Silvestre Gomes de Morais, (??-??), *Tractactus de Executionibus iustrumentorum et sententiarum*, Conimbricae, apud Ludovicum Secco Ferreyra, 1729-1742, 24, 14%; Manuel Álvares Pegas (1635-1696), *Emmanuelis Alvarez Pegas […] Commentaria ad ordinationes Regni Portugalliae […]*, Ulyssipone, Ex Typographia Ioannis a Costa, [Ex Typographia Michaelis Deslandes, sumptibus Antonii Leyte Pereyra], 1669-[1759], 12+3 vols. (1,3%), 19,11%; Id., *Consultationum ac rerum iudicatarum in Regno Lusitaniae […] Cum indice consultationum in initio & materiarum locupletissimo indice in fine*, Olyssipone, excudebat Emmanuel de Lira, Sebastiani de Carvalho bibliopolae expensis, 1588-1601 (ultª 1730) (2,6%), 15,09%; Diogo Guerreiro Camacho de Aboim, 1661-1709, *De munere judicis orphanorum: opus in quinque tractatus divisum, quorum primus est De inventario, in quatuor libros distributus... / authore Didaco Guerreyro Camacho de Aboym […]*, Conimbricae. apud Emmanuelem Rodericum de Almeyda. authoris expensis, 1699; agora em *http://purl.pt/14132* / Id., *Tractatus de recusationibus omnium judicum, officialiumque. Nunc primum in lucem datus. Authore Didaco Guerreyro Camacho de Aboym*. Ex officina Joannis Antunes. authoris expensis, Conimbricae 1699; agora em *http://purl.pt/14266*, 13,08%; Antonio Cordeiro, 1641-1722, *Resoluções theojuridicas dadas pelo P. Antonio Cordeiro*, Na Officina Antonio Pedroso Galram, 1718-, 09,05%; António Cardoso do Amaral (16??-17??), *Liber utilissimus judicibus, et advocatis / compositus ab Antonio Cardoso do Amaral [...]* - Ulysipone. excudebat Antonius Alvarez, 1610. Agora em http://purl.pt/13997, 07, 04%; Pedro Barbosa (15??-1621), *Commentariorum ad interpretationem tituli ff. soluto matrimonio,*. Matriti, apud Ludovicum Sanchez, 1595; Id., *Commentarii ad interpretationem tituli ff. De judicijs / authore Petro Barbosa Lusitano [...]; opera, diligentia, et expensis Petri Barbosae de Luna […]*, Ulyssipone. Ex officina Petri Crasbeeck, 1613; Id, *Commentarii ad rubricam, et legem, codice De praescriptionibus triginta vel quadraginta*

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Quanto à doutrina do período proto-revolucionário ou posterior, a sua invocação é pequena, como se viu (4%). O tradicionalista Lobão reúne mais de metade das citações (51%), dividindo Pascoal de Melo e Pereira e Sousa entre si a outra metade. Dos estrangeiros, raramente citados, são todos comentadores do *Code civil* (Thuiller, Pardessus, Vazeille, Duranton; Dunod, na verdade, é anterior, mas fora *mis à jour* no início do séc. XIX) (63).

Em suma, no plano doutrinal, um claro reforço do impacto da doutrina europeia dos sécs. XVII e XVIII, ainda potenciado pela invocação dos códigos estrangeiros, sobretudo do *Allgemeines Landrecht* prussiano; embora a tradição jurídica francesa, menos o Código do que as suas origens doutrinais, celebradas por Portalis no *Discours préliminaire* (64) e estudadas por André-Jean Arnaud (65). A praxística reinícola é objecto de certa recuperação. Submergem, em contrapartida, os grandes tratadistas, e mesmo praxistas, dos finais do sec. XVI e primeira metade do século XVII, que entretanto, se

---

annorum [...] / authore Petro Barbosa Lusitano […]; opera, et diligentia Petri Barbose de Luna […] cum indice […], Ulyssipone, Apud Gerardum de Vinea. Expensis Melchioris Pereira bibliopolae, 1627, 06,04%; MANUEL MENDES DE CASTRO (15-16-), *Practica lusitana, advocatis, iudicibus, utroque foro quotidie versantibus, admodum utilis et necessaria [...] cum ducentis et quadraginta novissimis Senatus decisionibus. Et centum contra cautellis. Item et nonnullis animaduertionibus ad bonu publicum iustitiae concernentibus. Et allijs utilissimis. Ordinationum declarationibus / auctore Emanuele Mendes à Castro*. Olysipone, apud Georgium Rodericum, 1619 (1,3%), 05, 03%.

(63) JEAN-MARIE PARDESSUS, 1772-1853, *Cours de droit commercial*, 1813-1817; Touiller, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code*, 1820-1828, 14 vols. (v. anúncio de assinatura num jornal luxemburguês, em *http://www.luxemburgensia.bnl.lu/cgi/getPdf1-2.pl?mode=page&id=25392&option=*; 26.08.2009); F. A. VAZEILLE, *Traité du mariage: de la puissance maritale et de la puissance*, 1825(1), Dunod, Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, Paris, 1825-1842; J. B. DE LAPORTE, *Le nouveau Dunod* - Francois Ignace Dunod de Charnage (1679-1752) -, *ou Traité des prescriptions de ce célèbre auteur, mis en concordance avec la législation actuelle, contenant tout ce qui peut être encore utile de cet excellent ouvrage, auquel on a ajouté toutes les prescriptions introduites par les Codes*, Paris, chez Clament Frères, 1810.

(64) Texto magnífico sobre a supremacia da *prudentia* do jurista sobre a *voluntas* do legislador, sobretudo porque escrito como preâmbulo a um texto legislatif que se queria fundador […] (v. *http://classiques.uqac.ca/collection-documents/portalis/discours-1er-code-civil/discours.html*).

(65) LEMBRO: A. J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, LGDJ, 1969.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

tinham desactualizado (66). Do direito contemporâneo, a primazia vai para o mais tradicional, representado por Lobão e Pereira e Sousa, enquanto que Pascoal de Melo é citado apenas no indispensável.

Correia Telles, pelo menos no plano do direito, era um conservador, como mostrara no seu famoso *Commentario critico à lei da boa razão, em data de* 18 de Agosto de 1769 (67). No seu arquivo entra mal, não apenas a legislação pós revolucionária, como a doutrina a que ela dá origem. Em contrapartida, o uso moderno na prática de Antigo Regime é-lhe familiar e palatável, bem como aqueles códigos que, como o *ALR* prussiano ou mesmo o Code civil francês, representam menos um início do que uma ratificação legislativa da tradição. O recurso à praxística do reino, além de corresponder ao perfil forense do autor, como magistrado, contribui para atenuar os exageros e perigos que ele via no sistema de fontes da Lei da Boa razão e, seguramente ainda mais, na transplantação do seu conteúdo "internacionalista" para um período pós-revolucionário.

Nove anos depois, sai o manual de Direito civil de Manuel António Coelho da Rocha, professor em Coimbra, onde fora reintegrado depois da vitória de D. Pedro IV.

As alterações do direito privado, desde o aparecimento do *Digesto português* não tinham sido grandes. É certo que mudara a Constituição, que agora era de novo a *Carta constitucional*, reposta em 1841, depois da restauração da *Constituição de 1822* (1836-1838) e da efémera vigência da *Constituição de 1838* (1838-1841). Havia um novo *Código Administrativo* (1841), que substituíra o Código setembrista de 1836. Tivera uma meteórica vigência um *Código penal* (1837). Porém, nada disto mexia muito com o direito civil. Mais importantes para as matérias analisadas eram a *Reforma Judiciária* (1832) e o *Código Comercial* (1833). De qualquer modo, uma e outro já existia quando Correia editou a sua obra. É certo que, em

(66) Jorge Cabedo, Manuel Barbosa, Domingos A. Portugal, Bento Gil, Melchior Febo, Francisco de Caldas Pereira, Álvaro Valasco, Manuel da Costa, Aires Pinhel ou Miguel Reinoso.

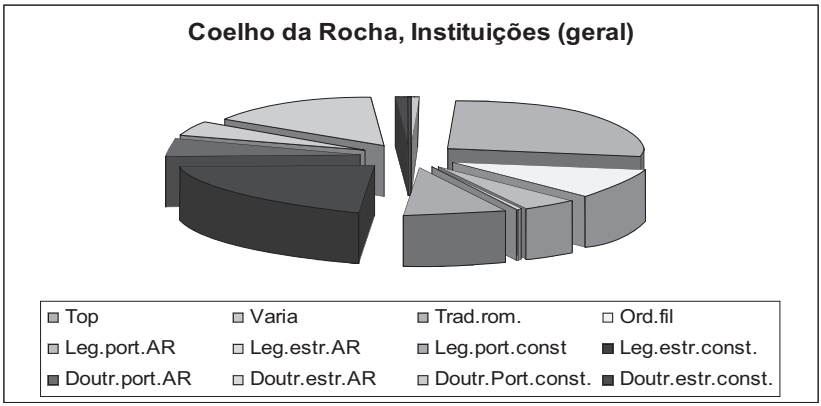
(67) Lisboa, Tip. de M.P. de Lacerda, 1824. Reedita-se até 1865, já nas vésperas da promulgação do Código Civil.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

geral, o regime constitucional se estabilizara, o público se acomodara aos novos conceitos e pontos de vista; e isto teria como efeito que o velho direito parecesse cada vez mais longínquo e obsoleto.

Porém, os autores tinham perfis diversos. No aspecto profissional, um era advogado, o outro lente da Universidade. Um tinha-se acomodado a todos os regimes. O outro fora afastado da Universidade pelos absolutistas e reposto nela pelos liberais. Isto, mais do que uma sensível mudança do contexto jurídico, explicará matrizes de referências substancialmente diferentes

Não jur.	Varia	Trad. rom.	Ord. Fil.	Leg. Port. AR	Leg. Estr. AR	Leg. Const. Port.	Leg. Const. Estr.	Doutr. Port. AR	Doutr. Estr. AR	Doutr. Const. Port.	Doutr. Const. Estr. (68)	Total
0	9	**356**	**136**	**59**	**3**	**112**	**302**	**79**	**56**	**189**	**13**	1314
0%	**1%**	**27%**	**10%**	**4%**	**0%**	**9%**	**23%**	**6%**	**4%**	**14%**	**1%**	100%
Correia Telles (para comparação)												
0	0	820	308	48	3	28	264	209	283	82	12	2050
0%	**0%**	**40%**	**15%**	**2%**	**0%**	**1%**	**13%**	**10%**	**14%**	**4%**	**1%**	**100%**
Pascoal de Melo (para comparação)												
												541
2%	0%	22%	33%	7%	5%			7%	22%	0%	0%	100%



Vejamos.

(68) Realmente, francesa.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

A legislação de Antigo Regime continua a perder impacto. As suas citações perfazem agora apenas 14% do total (17%, em Correia Telles). As *Ordenações* ainda perdem mais — apenas representam 10% do total, descendo um terço em relação ao valor que tinham em Correia Telles (15%). O mesmo acontecendo à tradição romanística (cuja participação passa de 40% para 27%). Em contrapartida — e contrariamente ao que constatámos em Correia Telles, a legislação pós-constitucional dispara — de 1% passa para 9% das citações, quintuplicando em números absolutos (69). Porventura, ao contrário de Correia Telles, Coelho da Rocha crê na legitimidade e bondade desta nova legislação, lamentando que a sua falta o obrigue a basear-se em opiniões, segundo critérios pessoais (v. *infra*). Também sobe muito, quase duplicando a invocação dos novos códigos (de 13% em Correia Telles, para os 23% de agora). E, embora se mantenha o predomínio dos dois principais — o da França e o da Prússia (70) —, agora já se citam, não apenas esses, mas também o austríaco (71), e os Códigos da Holanda (1838), da Sardenha (1838),

(69)

Legislação Constitucional Portuguesa			
	Nº de referências	% "local"	% "global"
Código comercial	46	41%	4%
Reforma Judiciária	35	31%	3%
Carta Constitucional	14	13%	1%
Código Administrativo	3	3%	0%
Outra	14	13%	1%
Total	112	100%	

(70) Que Coelho da Rocha diz ter sido traduzido para francês, como subsídio preparatório do *Code civil*, o que explica a sua acessibilidade aos juristas portugueses. De facto, essa tradução existe: *Code général pour les Etas Prussiens, traduit par les Membres du Bureau de Législation étrangère, et publié par ordre du Ministre de la Justice (1794*, Paris, na IX. Já Mirabeau o considerara — no seu livro *De la Monarchie Prussienne sous Frédéric-le-Grand,* Paris, Le Jay Fils, A Londres 1788 - 4 vol.) — "um meio eternamente digno de ser admirado", por uma razão algo imprevisível: "estes súbditos poderiam, de alguma forma, participar na feitura das leis que os haviam de governar". Mais concretamente, v., do mesmo, Honoré-Gabriel de Riquetti, conde de Mirabeau, "L'analyse raisonnée du projet d'un nouveau Code prussien (1788)", publ. por M. da Passano, em G. Tarello, *Materiali per una storia dela cultura giuridica,* 6 (1976) 93-186.

(71) Que o autor esclarece ser, não os do terceiro quartel do séc. XVIII (Maria

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

da Baviera e, até, da Luisiana) (72). Finalmente, com Coelho da Rocha, o *Code civil* ganha uma primazia clara sobre o ALR prussiano (73). Quando se lê a caracterização que faz de um e outro (Nota B ao §43, p. 283), percebe-se porquê:

"Deixando do parte as infinitas variações, em que todos ou combinam. ou diferem uns dos outros, e atendendo unicamente aos elementos mais pronunciados podemos reduzi-los a dois caracteres, ou tipos: o carácter Alemão, e o carácter Francês. Os Alemães, entre os quais se pode contar o da Holanda, ainda consideram os actos do estado civil, principalmente o matrimónio, nas suas relações eclesiásticas, contém o artigo dos esponsais: e nas doutrinas sobre as coisas afastaram-se menos do direito romano: conservam as mesmas definições, as mesmas divisões gerais, e os mesmos princípios sobre servidões, sobre sucessões, sobre prescrições, e sobre contratos. No Francês, filho da revolução, não se encontra nem a mais leve alusão à intervenção eclesiástica: este *código* não cogitou dos esponsais, empregou um esquecimento afectado das formas e sistema da legislação romana; proscreveu a prescrição nos bens móveis e atribuiu imediatamente aos contratos o efeito da transferência do domínio, que por direito romano resultava da tradição. Os códigos das Duas Sicílias e da Sardenha seguiram o modelo Francês, ainda que dele se separaram em quanto às relações eclesiásticas.

Porém a mais importante nota distintiva entre os dois tipos é o sistema do *registo.* Na Alemanha, a transferência da propriedade, ou aquisição de qualquer direito real sobre bens de raiz, não se efectua, senão pela inscrição no registo público. Na Franca e nas nações do meio-dia somente está introduzido o registo nas hipotecas. Os Franceses não desconhecem a vantagem do sistema Alemão; mas encontram ainda grandes dificuldades para o adoptar" (I, Nota

---

Teresa, José II e Leopoldo II), mas o ABGB (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*) de 1812 (I, Nota B ao § 43, p. 283).

(72) Ainda refere, num passo não tardado, os códigos das Duas Sicílias e dos cantões da Suíça (Vaud, D'Agovie, St. Gallen), como fontes de inspiração (Nota B ao § 43, p. 283).

(73) Códigos citados: *Code civil* francês, (153,51%); *ALR* prussiano, (115,38%); *ABGB* austríaco, (15,5%); Código da Sardenha, (5,2%); Código da Holanda, (3,1%); Código da Baviera, (1,0%); Código da Luisiana, (1,0%); Outros, (8,3%); Total, (301,100 %).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

B ao § 43, p. 283). Ou seja, o que separava, no fundamental, os dois códigos, era o laicismo e consensualismo individualista do *Code civil,* que assim se opunha às vinculações religiosas do prussiano, assim como às suas restrições ao poder performativo da mera declaração de vontade, não acompanhada de actos externos que a consolidassem na ordem das coisas.

A doutrina portuguesa antiga perde peso (de 10% para 6%), sendo sobretudo citados os grandes decisionistas (como Valasco, Cabedo e Gama, prestigiados também por Pascoal de Melo), os principais comentadores às ordenação (como Pegas e Silva), algum praxista (Guerreiro Camacho de Aboim) (74).

Também perde impacto a doutrina estrangeira pré-revolucionária (de 14% para 4%), embora se mantenha um uso muito importante (embora menos — baixa de 40% para 27%) do direito romano, no entendimento que os "modernos" tinham estabelecido (75).

Em contrapartida, sobem em flechas as referências aos autores portugueses mais modernos (de 4% para 14%) (76), embora, neste

---

(74) Lista dos autores mais citados: Morais, Silvestre Gomes de (1644-1723), *Tractatus de executionibus instrumentorum, & setentiarum in sex libros divisus opus tum gymnastics tum foro versantibus* [...], 1729-1742. (15,18%); Valasco, Alvarus (1526-1593), *Decisiones supremi eminentissimique Senatus Portugalliae: ex grauissimorum patrum responsis [...]*, 1609 (12,14%); Guerreiro Camacho de Aboim, Diogo (1661-1709), *Decisiones, seu quaestiones forenses: ab amplissimo, integerrimo que portuensi senatu decisae... cum duplici indice quaestionum scilicet, et earum materiae / Diogo* Guerreiro Camacho de Aboim, Ulyssipone Occidentali: A. de S. Sylva, 1738 (12,14%); Manuel Álvares Pegas (1635-1696), *Emmanuelis Alvarez Pegas [...] Commentaria ad ordinationes Regni Portugalliae [...]*, Ulyssipone, Ex Typographia Ioannis a Costa, [Ex Typographia Michaelis Deslandes, sumptibus Antonii Leyte Pereyra], 1669-[1759], 12+3 vols. (9,11%); Gama, António da (1520-1595), *Decisiones Supremi Senatus Regni Lusitaniae*, 1599. (9,11%); Silva, Manuel Gonçalves da (16??-1748), *Comentaria ad Ordinationes [...]*, 1741, (6,7%); Jorge Cabedo (15??-ca 1603), *Praticarum observationum sive Decisionum supremi Lusitaniae Senatus. Pars Prima*, Ulyssipone, apud Georgium Rodrigues, 1602; *Secunda Pars*, ibi., apud Petrum Craesbeeck, 1604 (5,6%).

(75) Os mais citados são: Pothier (21,38%); Voet (10,18%); Waldeck (4,7%); Riegger (3,5%); Stryck (3,5%); Vattel (3,5%).

(76) Lista dos mais citados: Manuel de A- e Sousa de Lobão, *Obras várias*, (71,38%); Pascoal de Melo, *Instituitonis iuris civilis [..], cit.,* (42,22%); Correia Teles, *Digesto portuguez [...], cit.*, (33,18%); Lobão a Melo, *Notas a Melo [...],* cit., (30,16%); Joaquim J. Pereira e Sousa, (10,5%); Vicente J. F. Cardoso da Costa, (1,1%); Total de citações: 187 (100%).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

texto constitucional quase inaugural, apenas Correia Teles seja, propriamente, um contemporâneo. Os outros (Melo, Lobão e Pereira e Sousa) são, na verdade, os epígonos do proto-liberalismo); mas são justamente estes continuam a obter a maior percentagem de citações dentro do grupo:

As referências à doutrina estrangeira pós-revolucionária não abundam e são pouco sofisticadas (Mackeldey (77) (6, 46%); Savigny (78) (3, 23%); Duranton (79) (2, 15%); Dunot (80) (1, 8%); Delvinvcour (81) (1, 8%). Aparecem exegetas do *Code civil* (Duranton, Delvincourt, Laporte-Dunod) e, provavelmente pela primeira vez, uma referência ao *das Recht des Besitz,* de C.-F. von Savigny, que, na sua edição alemã, já tinha quase quarenta anos; o que confirma aquilo que já tínhamos podido entrever pelos livros de registo das aquisições de livros, neste período, na Universidade de Coimbra — uma cultura que perdera o cosmopolitismo com o desaparecimento do latim como língua veicular do grupo dos juristas, limitando agora as suas leituras internacionais fundamentalmente às obras escritas em francês (82).

Corresponde este resultado ao programa exposto pelo próprio

---

(77) FERDINAND MACKELDEY, *Manuel de droit romani. La théorie des institutes, précedée d'une introduction a l'étude du droit romain*, trad. por Jules Beving, 1837. Original: *Lehrbuch des Institutionen des heutigen römischen Rechts*, 1814. É a este autor que Coelho da Rocha vai buscar o sistema segundo o qual organiza o livro: "Agradou-nos porém, e fizemos por imitar um que encontramos na mui acreditada obra *Manuel de Droit Romani*, de Mackeldey, professor da universidade de Bonn [*] […] *Servimo-nos da tradução francesa de Jules Beving, Bruxelles, 1837[...]".

(78) Traité de la possession en droit romain, par Frédéric Charles de Savigny. Publiée […] par M. Ad. Fr. Rudorff […] traduit de l'allemand par Henri Staedtler; Bruxelles, Société Belge de Librairie. 1840. Ed. Original, Gießen, Heyer, 1803.

(79) ALEXANDRE DURANTON, *Traité des contrats et des obligations suivant le Code civil*, Paris, Chez Néve, 1819, 4 vols..

(80) Provavelmente, LAPORTE, J.B. De, *Le nouveau Dunod* [Francois Ignace Dunod de Charnage (1679-1752)], *ou Traité des prescriptions de ce célèbre auteur […]*, cit., 1810.

(81) Cours de code civil., Paris, Chez Delestre-Boulage, 1824, 3 vols..

(82) António Manuel Hespanha, "Um poder um pouco mais que simbólico. Juristas e legisladores em luta pelo poder de dizer o direito", em Ricardo Marcelo Fonseca e Airton C. Leite Seelaender (coords.), *História do direito em perspectiva, Do Antigo Regime à modernidade*, Curitiba, Juruá, 2008, 143-202.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Coelho da Rocha no "Prefácio" e nos capítulos introdutórios, sobre as fontes de direito?

No "Prefácio", Coelho da Rocha traça uma imagem muito plástica da acerca da situação do direito civil nos últimos 70 anos.

"O Direito pátrio — escreve ele, I, III — deve ao génio reformador e patriota do Marquez de Pombal o sair da obscuridade, em que jazeu ate ao reinado de el Rei D. José. As profundas e luminosas providencias, ditadas por este memorável Ministro na Lei de 18 de *Agosto* de 1769, e nos Estatutos da Universidade de 1772, fizeram que este Direito assumisse, assim no foro, como na academia, a superioridade, de que até aí tinha andado excluído pelo romano e canónico. Para o mesmo fim concorreu sobretudo o sábio Lente da Universidade o Sr. Pascoal José de Mello Freire, ilustre fundador da nossa escola de jurisprudência pátria, publicando nos fins do século passado o seu abalizado escrito das *Institutiones Juris Civilis Lusitani, curn publici*, *tum privati,* no qual pela primeira vez apareceu entre nos a legislação portuguesa reduzida a um sistema regular, e expendida com critica e filosofia. […]. Porém desde a época, em que escreveu o Sr. Pascoal, a legislação tem sido quase inteiramente alterada […]". A consequência fora que: "Privando os textos de direito romano de toda a autoridade externa na nossa jurisprudência, permitindo unicamente invocá-los nos casos omissos, quando as suas disposições *fossem conformes à Boa Razão, isto é, ao direito divino, natural e das gentes*; à excepção das matérias económicas (83), mercantis e marítimas, mas quais declara exclusivamente leis subsidiárias as leis das nações modernas (84). Mas deixando a todos a liberdade de julgar da boa razão das leis romanas, os juízes, para decidirem na maior parte dos negócios da vida civil, ficaram desligados da lei positiva, abandonados aos princípios gerais do direito natural, de que o legislador mesmo não tinha podido dar ideia exacta; e por conseguinte precipitados na arbitrariedade" (I, 281/282).

Face a esta situação, Coelho da Rocha está consciente das dificuldades que ia ter na elaboração do seu manual de direito civil:

---

(83) Com o significa alargado que a palavra então tinha, equivalente a "boa polícia", bom governo da cidade (nota AMH).

(84) Preferindo o *imperium* de um *legislador* estrangeiro à *auctoritas* de um jurisconsulto indígena.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

"Quando o empreendemos, não nos eram desconhecidas as dificuldades. Não se trata de explicar um código (85), porque o não termos; nem de reduzir a síntese, ou desenvolver os princípios fixos e constantes de um sistema coerente, porque o não há na nossa legislação civil. Pelo contrário, no meio do caos, em quo ela se acha, o escritor até certo ponto é obrigado a tomar a vez do legislador: tem de formar o plano: tem de fazer a selecção das doutrinas: e tem de redigir até às últimas ilações [...]" (I, IV).

"A compilação das doutrinas não era sujeita a menos embaraços, do que a escolha do método. Tínhamos de extractar as leis publicadas no longo período de mais de dois séculos (86): tínhamos de combinar as *Ordenações*, a cuja redacção presidiu a influência eclesiástica, ou a supremacia do direito romano (87), com as leis da reforma Josefina, ditadas por um espírito inteiramente oposto; e além disso de pôr em harmonia umas e outras com os princípios da Carta, e com as reformas novíssimas: tínhamos finalmente de suprir as imensas lacunas das leis pátrias, mendigando os materiais pelos escritos dos praxistas, pelas colecções de direito romano e canónico, e pelos códigos modernos das nações civilizadas. Esta tarefa complicada colocava-nos em um estado de perplexidade; ou (porque o não havemos de confessar?) dava-nos uma arbitrariedade, que sendo vantagem em outro género de escritos, é um verdadeiro embaraço nos do direito positivo, em que a razão se deve ocupar antes de coligir, concordar e filiar os princípios já fixados pelas leis, do quo do os escolher e discutir" (I, VI/VII).

Daí que esboce uma linha de orientação a seguir na escolha das fontes:

"Ainda que estejamos convencidos de que muito errará aquele, que na execução das *Ordenações* e leis antigas atender ao espírito, que as ditou, sem modificar a sua aplicação conforme as circunstâncias, e tendência da época presente: contudo, em desempenho do nosso dever de professor, pusemos especial cuidado em as sustentar e seguir, e somente as abandonámos por antiquadas, quando nem no sentido literal, nem no lógico, as podemos concordar com as reformas posteriores.

---

(85) Como se tornara obrigatório em França, depois do *Code civil*.

(86) Desde 1603, data das *Ordenações*.

(87) Este era o diagnóstico típico da época; hoje, complexificar-se-ia mais a coisa.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Nos casos omissos ordinariamente adoptámos as decisões do direito romano: muitas vezes porém recorremos aos códigos modernos, principalmente ao Civil Francês e ao da Prússia. As razões, que a isso nos impeliram, acham-se desenvolvidas na Nota B do Tom. 1.°, para onde remetemos os leitores" (II, VII).

Estava encontrado o caminho: "Fundados pois nos Estatutos, que são lei, como todos sabem, e na prática dos nossos escritores, enumeramos entre os subsídios da nossa jurisprudência civil as leis ou códigos das nações modernas (88). Sendo elas o contraste legal para se julgar do uso das leis romanas, não sabemos decidir se aquelas, se estas, têm maior autoridade entre nós: limitamo-nos aqui somente a expor o nosso sistema e o uso, que delas fazemos nesta obra" (I, 284).

O que escreve a seguir adapta-se bastante bem ao que a nossa análise documentou, para além de mostrar com a própria matriz das autoridades varia de tema para tema (89):

"Um tratado de jurisprudência entre nós é um composto de muitos e variados elementos, para o qual as leis pátrias hoje por desgraça ministram o menor contingente; todos os mais são subsídios. A dificuldade de obter o elemento, que se nota no todo do quadro, encontra-se depois na dedução de cada um dos artigos. Em toda a parte o primeiro subsídio ser o dos e escritos los nossos praxistas, porque neles se acham indicados os estilos a pratica de julgar, ou direito consuetudinário, e até nos modernos o uso actual do direito romano. E ainda que na sua selecção se deva marchar com muita cautela, porque muitos escreveram sem critica, outros são contraditórias, e as opiniões do alguns estão em parte revogadas ou em desarmonia com as reformas posteriores, contudo em certos

(88) Uma colega — Teresa Violante — sugeriu-me generosamente o paralelismo que esta atitude podia ter com o judicial cosmopolitanism, recentemente proposto por Cass Sunstein (A Constitution of many minds. Why the founding document doesn't mean what it meant before, Princeton University Press, 2009). Descontada a diversidade dos contextos, as semelhanças de estratégia são grandes. Como no período a que nos referimos, a ideia de um limite constitucional era mais fraca (embora existisse, formulada noutros termos), o projecto oitocentista é mais radicalmente criativo, sobrepondo a lição do direito estrangeiro à própria tradição jurídico-"constitucional" nativa. Em contrapartida, tinha a expressa caução da lei, tanto na Lei da Boa razão, como nos Estatutos Pombalinos; pois estes tinham como que nacionalizado o direito estrangeiro.

(89) O que dificulta a construção de amostras para a análise de conteúdo.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

artigos são eles o único recurso, como no da comunicação dos bens entre os cônjuges, nos morgados na enfiteuse, e nos mais, que têm por fonte os antigos costumes, ou leis da meia idade. Os outros subsídios não podem aqui ser chamados, senão par analogia.

Alguns artigos têm já por fontes subsidiariam os códigos modernos. Assim o artigo das tutelas na *Reforma [Judicial]*, e o dos princípios gerais sobre contratos no *Código Comercial* são tirados directamente do Civil Francês: e nós fomos extractar do da Prússia as doutrinas *sobre obrigações que resultam dos actos ilícitos, sobre esponsais, sobre testamentos de mão comum, e sobre as obrigações dos criados,* e outras muitas, cujos elementos achamos introduzidos entre nós pelas leis, ou pelos praxistas, talvez pela frequente leitura dos jurisconsultos alemães.

Finalmente grande número de artigos apresentam ainda a sua origem romana, uns patente e bem conservada, como o *das obrigações*, sua extinção*o e provas*, *das diferentes espécies de contratos, dotes, modos de adquirir, prescrições,* etc.; outros já mui desfigurada, como o artigo do *pátrio poder*, *e o dos testamentos.* Em todos estes é que nos pareceu indispensável usar da faculdade dos Estatutos colocando os códigos ao lado do Digesto. Todos sabem quanto na jurisprudência romana é difícil e arriscado deduzir da decisão especial de um fragmento a ilação geral necessária para a coordenar pelo método sintético assim como decidir entre os diferentes sentidos, que os intérpretes dão a alguns textos. Ora nós não temos o desvanecimento de nos julgar hoje capazes de ser juízes entre Acúrsio e Cujácio, ou entre Vinnio e Heinneccio: nestas dificuldades decidimo-nos pela opinião, eu antes pela formula enunciada (90) cm um código, o qual, além da autoridade dos seus redactores, tem em seu abono o ascenso do uma nação civilizada. Não queremos encobrir, que muitas vezes vamos encontrar entre um código e outro código estas mesmas diversidades de opiniões; a então é necessário confessá-lo) como não temos regra, decidimo-nos per aquela disposição, que nos parece mais análoga ao nosso sistema de legislação, aos nossos costumes e estilos, e talvez a alguma autoridade, que nos deva melhor conceito" (I, 284-285).

E, basicamente, foi isto que fez. Expurgou da sua obra as

(90) Não é uma mera *opinião* (nota AMH).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

fontes que, pela incerteza da interpretação e arbitrariedade da interpretação dominante (baseada na contagem das opiniões — *opinio communis doctorum*), eram um factor de incerteza do direito. Isso acontecia tanto com as *Ordenações* como com o direito romano. Salvo nos casos — pouco frequentes — em que estas fontes fossem claras e claramente compatíveis com os tempos constitucionais, em que as utilizou com fundamentos das suas decisões doutrinais. De resto, encostou-se a fontes que, para além da razoabilidade, tinham a caução da autoridade. Esta era a vantagem dos códigos modernos, cujas soluções serviam de "contraste legal", pois apareciam caucionadas com a autoridade de um legislador que, se não estava ainda legitimado elo voto, já o estava pela sua sapiência e pela autoridade do monarca, que a doutrina jurídica do pós-iluminismo pressupunha. O que, como pondera o punha a salvo "da nota de inovador; indica ao leitor o logar aonde deve recorrer para se esclarecer, ou entender o verdadeiro sentido das nossas expressões; e além disto comunica a esta obra algum tanto de jurisprudência comparada, que nos parece não será sem utilidade" (*Instituições […],* cit., I, 284-285)

Dez anos depois do aparecimento das Instituições de M. A. Coelho da Rocha, e do outro lado do Atlântico, aparece uma obra formalmente quase gémea, no seu nome e na sua estrutura básica — as *Instituições de direito civil brasileiro,* de Lourenço Trigo de Loureiro (1851) (91).

Como para os outros textos, apresenta-se um quadro-súmula da análise das referências por ele feitas na amostra elaborada a partir das suas *Instituições.*

Não jur.	Varia	Trad. rom.	Ord. Fil.	Leg. Port. AR	Leg. Estr. AR	Leg. Const. Port./Br	Leg. Const. Estr.	Doutr. Port. AR	Doutr. Estr. AR	Doutr. Const. Port.	Doutr. Const. Estr. (92)	Total
4	**2 (uso)**	**677**	**461**	**136**	**0**	**114 (93)**	**89**	**47**	**102**	**37**	**1**	1678
0%	0%	**40%**	**27%**	**8%**	**0%**	**7%**	**5%**	**3%**	**6%**	**2%**	**0%**	**100%**

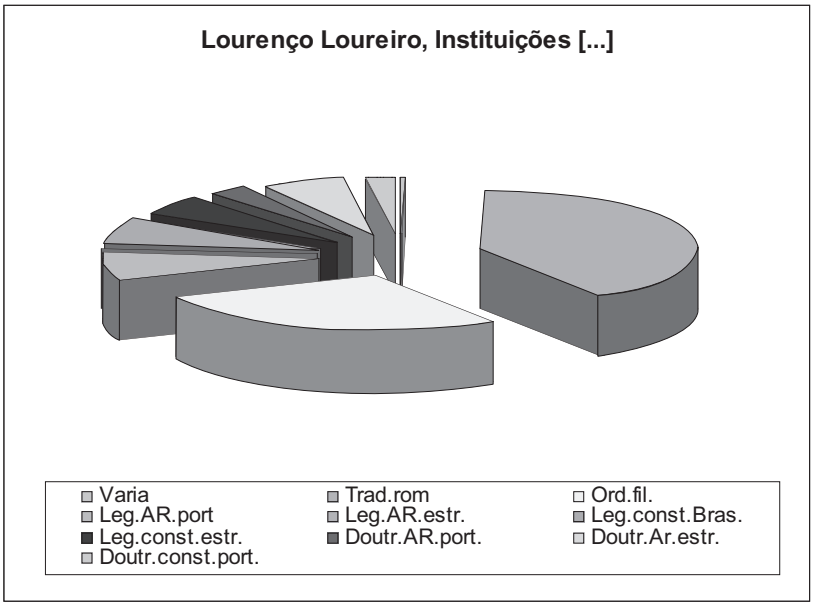
(91) Disponíveis *on line*, com outros textos importantes da civilística brasilera, em *http://www.civilistica.com.br/link0201.html.*

(92) Realmente, francesa.

(93) Só brasileira.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Não jur.	Varia	Trad. rom.	Ord. Fil.	Leg. Port. AR	Leg. Estr. AR	Leg. Const. Port./Br	Leg. Const. Estr.	Doutr. Port. AR	Doutr. Estr. AR	Doutr. Const. Port.	Doutr. Const. Estr. (92)	Total
Coelho da Rocha (para comparação)												
0	**9**	**356**	**136**	**59**	**3**	**112**	**302**	**79**	**56**	**189**	**13**	**1314**
0%	1%	27%	10%	4%	0%	9%	23%	6%	4%	14%	1%	100%
Correia Telles (para comparação)												
0	0	820	308	48	3	28	264	209	283	82	12	2050
0%	**0%**	**40%**	**15%**	**2%**	**0%**	**1%**	**13%**	**10%**	**14%**	**4%**	**1%**	**100%**
Pascoal de Melo (para comparação)												
												541
2%	0%	22%	33%	7%	5%			7%	22%	0%	0%	100%



Embora isso não transpareça muito das citações, é claro que tanto Correia Telles, como sobretudo Coelho da Rocha, foram fontes inspiradoras.

Mas há diferenças importantes na matriz das referências.

A primeira é que a tradição romanística e as *Ordenações* (as

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

fontes, formalmente, "legais") ganham um impacto muito maior, superando mesmo os valores encontrados em Correia Teles. A explicação pode ser outra, evidentemente, mas o que dá ideia é que, num novo país, se procura começar tudo desde o princípio, suspendendo tradições literárias, e apontando ao chão firme da autoridade das leis — ou das "universais", como o direito romano, ou das brasileiras coloniais, como as *Ordenações*. O argumento poderia ainda ser estendido, em vista da importância que é dada à legislação extravagante portuguesa-brasileira de Antigo Regime (8%, o valor mais alto encontrado, apenas semelhante ao das *Institutiones* de Melo Freire); mas ainda mais à nova legislação do Brasil, à semelhança do que já acontecera, em Portugal, com Coelho da Rocha. Neste último aspecto, ambos juristas estariam convencidos de que o constitucionalismo deveria reflectir-se também no direito privado. O que era patente, por exemplo, no domínio do direito das pessoas (94), em que se colocavam questões como a da escravidão, da capacidade civil e das relações pessoais na família (95).

À moderna legislação estrangeira — aos códigos — recorre-se pouco (5%; em Correi Telles, 23%; em Coelho da Rocha, 13%), possivelmente pela mesma pré-compreensão acerca das especificidades do Brasil e dos costumes e génio das gentes de um outro hemisfério. Mas, tal como em Coelho da Rocha, a preferência vai para o *Code civil* (96).

A doutrina tem um pequeno impacto. A portuguesa de Antigo Regime é minimamente usada (3%) (97), um outro sinal de distanciamento com um mundo doutrinal — e, sobretudo, "praxístico" — não brasileiro. Como que reconhecendo que a prática do foro português não tinha que ser norma para o direito brasileiro. Prefere-

(94) Discriminando o valor global das referências à legislação pós-constitucional, incluindo a própria Constituição Imperial — pelos temas considerados: Direito das pessoas: 50%; direito das coisas: 28%; Direito das obrigações: 27%.

(95) Em que o constitucionalismo fora, no entanto, pouco inovador.

(96) *Code civil* (62,70%), *Código da Prússia* (25,28%), *Código da Áustria* (2,2%).

(97) Com 3 citações ou mais: Bento Gil, *Directorium advocatorum* (7,15%); Agotinho Barbnosa (5,11%); Manuel Barbosa *Remissiones doctorum […]* (5,11%); Jorge de Cabedo, *Decisiones […],* (5,11%); Caldas Pereira, *Tracatus de emptione venditione* (3,6%); Cardoso da Costa, *Liber utilissimus […]* (3,6%).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

se-lhe a doutrina europeia do *usus modernus* — mais do que no "inovador" Coelho da Rocha, menos do que no "conservador" Correia Teles; o seu impacto duplica o da doutrina portuguesa da mesma época, cujo impacto é duplo (6%), citando-se quase mesmos autores presentes nas obras de Coelho da Rocha e de Melo Freire (98). A doutrina constitucional portuguesa é conhecida, mas pouco usada (2%). A doutrina brasileira ainda é desconhecida.

Em suma, Lourenço Trigo Loureiro, para além de porventura menos elaborado, é mais claramente legalista (99). E, embora realce, justamente, a diminuta contribuição das Ordenações para o direito civil (100), na verdade usa-as mais intensamente do que Coelho da Rocha. O mesmo acontece com o direito romano, que usa mais abundantemente do que os seus contemporâneos portugueses e que considera que "constitui entre nós a mais copiosa fonte subsidiária da nossa jurisprudência civil, já porque as Ordenações expressamente o mandam observar em muitos casos, já porque a citada Lei de 18 de Agosto de 1769 o declarou subsidiário do direito pátrio nos casos omissos nele, ou incompletamente providenciados, uma vez que, na espécie sujeita, ele seja conforme a boa razão, ou direito natural, e não se baseie em motivos supersticiosos, e peculiares ao povo romano, ou em costumes, máximas, ou princípios rejeitados

(98) POTHIER, *Traité des obligations*, 22,21%; STRYK, *Usus Modernus*, 11,11%; VINNIUS *Quaestiones selectae*, 7,7%; RIEGGER, Jurisprudentia ecclesiastica, 6,6%; THOMASIUS, *Dissertationes variae*, 5,5%; VOET, *Commentarius ad Pandectas*, 5,5%; BOEHMER, *Exercitationes ad pandectas […],* 1745-51, 4,4%; HUBER, *De verborum obligationibus*, 4,4%; Compendium iuris, 11679, 4,4%; COCCEJI, *Jus civile controversum*, 1740 3,3%; Schilter Exercitationes ad 50 libros Pandecxtarum, 1674, 3,3%.

(99) "Odireito positivo de uma nação, considerado em relação ao modo da sua introdução, e as fontes próximas, donde deriva, repousa, parte sobre as leis expressas do poder soberano do estado, e estas constituem o *direito escrito,* e parte sobre os usos e costumes, os quais, dadas certas circunstâncias, formam o direito não escrito, chamado *consuetudinário,* ou *costumeiro* (*Introd.* I, 18). O resto era direito "sem força de lei", subsidiário (*Ibid.*, I, 24). A que, todavia, se tinha que lançar mão, "que o Brasil ainda se rege, seja, além da desordenada, sem sistema, e sem nexo, e omissa, ou defeituosa em uma infinidade de assuntos da ciência legislativa", convindo, por isso, "indicar as fontes a que devemos recorrer, enquanto não tivermos um Código Civil, que nos dispense da necessidade de recorrermos a fontes estranhas" (*Ibid.*, I, 24).

(100) "A parte delas, respectiva ao direito civil, acha-se quase toda no Livro 4.°, ainda que sem sistema, sem ordem, sem nexo, e muito incompletamente" (*Instituições […], I,* I, 14).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

pela civilização moderna. […]" (*Ibid.*, I, 27-28). Relativamente aos códigos modernos, as suas intenções expressa vão muito mais além do que a sua prática de citar. Embora lhes dê relevo, como fontes de direito subsidiário ([101]), remete muito pouco para eles.

Lançando mão de uma oposição que vem fazendo curso, Lourenço Trigo de Abreu — tal como, mais tarde, Augusto Teixeira de Freitas — arruma-se melhor no grupo dos juristas que, tendo como ponte o Código da Prússia e o *usus modernus* alemão, reatavam com a tradição da praxística portuguesa dos sécs, XVII e XVIII, do que no dos que, assumindo o programa de ruptura da Lei da Boa Razão, mas, sobretudo, da reforma pombalina e a inovação do *Code civil* e, depois, da legislação constitucional, estavam abertos a uma reforma mais radical da ordem jurídica, de que as pedras de toque eram o individualismo ([102]) e o consensualismo.

Como vemos, o confronto entre as intenções expressas destes últimos autores quanto ao uso que vão fazer das várias fontes jurídicas, numa situação de extrema indecisão sobre o corpo normativo do direito, e os resultados de uma análise de frequência das citações não revela grandes disparidades.

No entanto, isto é algo que só se sabe depois de construir uma meta-fonte (o corpo das referências) e, sobre ela, realizar alguma análise estatística. Antes, apenas se podia acreditar na intenção expressa dos autores que, de resto, nem sempre aparecem.

Nestes casos em que dispomos de uma declaração de intenções, esta serve também para testar a fiabilidade de métodos de

---

([101]) "§ XLII. Das Leis das nações modernas. XI. Finalmente as leis, e Códigos mais acreditados das Nações modernas, que também nos servem de fontes subsidiárias do Direito Civil, já como objecto, ou termos de comparação entre elas, e o Direito Romano, para escolhermos os melhor, já como meios subsidiários, e supletórios das lacunas das leis pátrias, em que elas merecem a preferência sobre o Direito Romano" (Instituições, I, 27-28). Mas não refere que, tal como o direito romano, também eles colhiam a sua força da própria lei pátria — a Lei da Boa Razão — que justamente lhes atribuía uma função de pedra de contraste da bondade do direito romano.

([102]) Que tocava matérias como a das relações entre o pai de família e os seus dependentes — escravos, criados (menos, esposas e filhos); ou a dos efeitos dos contratos, incluindo o de transmissão da propriedade; ou das desvinculação da propriedade e desvalorização da posse.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

análise do discurso para aproximações à teoria do direito — explícita ou não — que presidia à elaboração dos textos.

Há planos, em todo o caso, que esta abordagem não permite detectar, já que não se exprimem ao nível da pura materialidade dos textos. Por exemplo, o das razões de uma certa matriz de distribuição das referências. Pode ser que seja uma subjacente teoria das fontes do direito. Mas podem ser pré-compreensões ainda mais profundas, como, por exemplo, a do carácter "legislativo" ou "natural" (103) do direito romano" (104); a da "arbitrariedade" do direito legislado"; a da natureza não inovadora da jurisprudência (105). Ou questões meramente empíricas, como a inacessibilidade da doutrina estrangeira ou as competências linguísticas dos autores (106).

Seja como for, este ensaio, limitado nas suas ambições e nos meios técnicos usados, tornou manifesto que o quadro efectivo das fontes de direito pode variar muito sensivelmente ainda quando os dados legislativos que lhe dizem respeito sem mantêm inalterados. Durante o arco de tempo considerado, o quadro das fontes de direito — e, portanto, o elenco "oficial" das razões de decidir, manteve-se inalterado: a Lei da Boa Razão, de 19.9.1769, que nada revogou, nem a constituições imperial brasileira, nem as portuguesas (1822, 1826, 1838). Não obstante, os quatro autores estudados mantiveram — sobre as mesmas matérias — quadros de referências normativas bastante diferentes, como se pôde ver. Não sendo estas diferenças imputáveis ao quadro legislativo formalmente obrigatório, teremos que buscar a explicação das variações, ou em factores subjectivos dos autores, ou em características objectivas das respectivas práticas discursivas (auditórios esperados, inserção nas redes de comunicação literária, capacidades linguísticas do autor e do público alvo, representações socioprofissionais sobre o direito, a sua

(103) Uma espécie de paleo-legislação, produto de "órgãos representativos" (como os comícios ou o Senado", ratificados por uma diuturna aceitação da "nação".

(104) Uma e outra coisa eram elementos míticos, mas muito consistentes com o casamento, típico dos meados do século, entre a ideia representativa e a ideia organicista de "nação".

(105) Que, nos casos analisados, nunca é utilizada, a não ser a provida de autoridade quase-legal, como os assentos da Casa da Suplicação.

(106) Como aqui é patente, na invocação dos autores alemães, que desaparecem quando deixam de escrever em latim.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

adequação, a sua certeza, a sua verificabilidade). Incapaz, com a pequena sofisticação usada, de dilucidar estas questões, a análise do discurso foi, no entanto, suficiente para as tornar visíveis, fazendo surgir novas questões, porventura o mais importante da pesquisa histórica.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

LUIGI LACCHÈ

IL *CANONE ECLETTICO*. ALLA RICERCA DI UNO *STRATO PROFONDO* DELLA CULTURA GIURIDICA ITALIANA DELL'OTTOCENTO

« L'eclettico è un filosofo che, calpestando il pregiudizio, la tradizione, l'antichità, il consenso universale, l'autorità, insomma tutto ciò che soggioga l'animo del volgo, osa pensare con la propria testa, risalire ai principi generali più chiari, esaminarli, discuterli, astenendosi dall'ammettere alcunché, senza la prova dell'esperienza e della ragione [...]. L'eclettico non raccoglie a caso delle verità, non le lascia isolate; e meno ancora si ostina a sistemarle in un qualche piano determinato [...] »
Eclectisme, in *Encyclopédie où Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, t. V, Paris, p. 270, tr. it. ed. Bari, Laterza, 1968, pp. 399-400

« Nous pensons qu'il est surtout nécessaire de ne pas perdre de vue les trois diverses écoles de jurisprudence qui règnent actuellement en Europe, c'est-à-dire l'école *exégètique*, l'école *historique*, et l'école *philosophique*. Leur réunion seule peut amener la fusion du véritable esprit philosophique avec le positif du droit, moyennant la théorie des principes dirigéans [...] Ces écoles restant séparées, l'une perd de vue les choses et les principes pour ne s'occuper que de mots; la seconde prend pour la vie réelle les hommes et les choses qui ne sont plus; la troisième ressemble à une jeunesse sans expérience, qui au milieu de ses riantes illusions, prend ses désirs pour de ses règles et méprise ce qu'elle ne connaît pas. C'est un malheur très-réel que l'éloignement actuel de ces diverses écoles »
P. Rossi, *Sur les principes dirigeans*, in *Annales de législation et de jurisprudence*, t. II, 1821, pp. 188-189

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

« La nostra intima convinzione è che in questi problemi sta un grande avvenire nella scienza della civiltà; che in breve ne sarà forse tentata la soluzione, e che il loro scioglimento sarà il punto di convergenza delle due versioni necessarie ai sistemi di Vico e Romagnosi, del precursore del secolo XIX, e dell'ordinatore del secolo XVIII »
G. Ferrari, *La mente di G. D. Romagnosi. Saggio*, Prato, Tipografia Guasti, 1839, p. 108

« [...] rinnegammo Vico e Romagnosi, tacemmo se uno storico li bandiva dal mondo, c'arruolammo nelle scuole straniere che non sono le loro, non sono le nostre, non sono quella poco fa rammentata, che novellamente sorta fra noi, intende la filosofia per il suo verso, accoppia la morale ed il diritto romano, la religione e la civiltà, Vico e Romagnosi, il passato e il futuro, l'idea ed il fatto [...] »
F.C. Buonamici, *Di una ingiuria fatta a Giovan Battista Vico ed a Giovan Domenico Romagnosi. Discorso e prova*, Pisa, Tip. Citi, s.d.

« Tutt'al più, si può osservare che due cose non si spiegano: come mai, con tanta e tanto buona conoscenza del Vico, l'Amari potesse mostrarsi l'ammiratore incondizionato del Romagnosi che s'è visto altrove, e come mai, per converso, potesse scrivere, del sistema di quel più ammodernato Vico che fu lo Hegel, che esso è senza prove, arbitrario, incomprensibile, mutilante la storia nel tempo e nello spazio, e così di seguito »
B. Croce, *Bibliografia vichiana. Accresciuta e rielaborata* da Fausto Nicolini, Napoli, Ricciardi, 1947, vol. II, p. 624

« L'eclettismo comunque abbonda di pericoli nascosti: in pratica, spesso è poco più che un eufemismo per nascondere la confusione, l'accettazione di teorie contraddittorie, la bancarotta del pensiero creativo, la maschera della mediocrità; esso dà a coloro che lo praticano un falso senso di sicurezza e una reputazione non meritata di acume scientifico. Scienza significa molto di più che un senso di responsabilità verso la documentazione; quest'ultima deve diventare responsabile verso la teoria »
M. Harris, *L'evoluzione del pensiero antropologico. Una storia della teoria della cultura*, Bologna, Il Mulino, 1971, pp. 381-382

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

« La più profonda verità circa la formazione laica del Canone consiste nel fatto che a compierla non sono né critici né accademie, e tanto meno politici. Sono scrittori, artisti, compositori a stabilire canoni, gettando ponti tra forti precursori e forti successori »
H. BLOOM, *Il canone occidentale. I libri e la scuola delle ere*, Milano, Bompiani, 1996, p. 463

1. Strati profondi, scarti, rovine, saperi compositi. — 2. Un'idea di crisi. — 3. Paradigmi interpretativi e correzioni di rotta. — 4. Il *canone eclettico* per la nazione dei giuristi: Vico e Romagnosi. — 5. La storia e la ragione, per riannodare la « catena dei tempi ». — 6. Eclettismi e principî. — 7. « Sacrificare i cavoli senza sfamare la capra ».

1. *Strati profondi, scarti, rovine, saperi compositi.*

Questo saggio nasce da riflessioni e suggestioni che si sono andate sedimentando poco a poco. Potrei quasi parlare di un lavoro di *scarto*, ovvero di quello che alla fine resta dopo aver setacciato nel tempo, per le più diverse ragioni, una lunga teoria di autori, opere, contributi critici. Ma di *scarto* inteso come *rovina* produttiva, come evento nuovo che acquista autonomia e una precisa capacità di esistenza (1). È ciò che sembra stare ai *margini*, percepito certo, ma mai del tutto riconosciuto, presenza evidente eppure sempre sottotraccia. Ho seguito, in questo percorso, un approccio che richiama la straordinaria attenzione di Walter Benjamin per ciò che è meno visibile o non lo è affatto, che appare irrimediabilmente incompiuto, che abbandona le cose all'oblio o alla distruzione di ciò che è spurio o superato (2). È avvicinando le tessere disperse di un mosaico, come nella tecnica benjaminiana dell'*assemblage*, che il collezionista cerca di dare un *altro senso* alla sua collezione di *oggetti desueti* (3).

(1) È il senso della riflessione di Georg SIMMEL in *Die Ruine* (1911), tr. it. *La rovina*, in *Rivista di estetica*, XXI, 8, 1981, p. 122.

(2) Cfr. B. MORONCINI, *Benjamin: allegoria e rovina*, ivi, pp. 108-120; ID., *Le rovine di Benjamin*, in *Kainós*, 1, 2006, *Rifiuti*. Sul risultato "incompiuto" del montaggio surrealista di Benjamin è d'obbligo il rinvio a *Parigi, capitale del XIX secolo. I « passages » di Parigi*, a cura di R. Tiedemann, Opere di Walter Benjamin, ed. it. a cura di G. Agamben, XI, Torino, Einaudi, 1986.

(3) F. ORLANDO, *Gli oggetti desueti nelle immagini della letteratura. Rovine, reliquie, rarità, robaccia, luoghi inabitati e tesori nascosti*, Torino, Einaudi, 1994.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

In questa *mia* collezione inserisco senz'altro le tracce, i detriti di quel complesso fenomeno culturale che va sotto il nome di eclettismo. Le sue *rovine* hanno un fascino sottile. E, come dice Chateaubriand nel suo *Génie du christianisme*, « Tutti gli uomini hanno una segreta attrazione per le rovine ». Ma — ed è quello che cercherò di dire qui — questo scarto fenomenico ha radici profonde, quasi il contrario di quello che di solito si pensa. Credo infatti che il *canone eclettico* che cercherò qui di rappresentare e ricostruire è uno *strato profondo* della cultura giuridica italiana dell'Ottocento. Un *oggetto desueto* che rivela molto di più di quanto appare.

In questa ideale *collezione* ci sono alcuni pezzi mancanti. L'analisi che quindi propongo è difficile e probabilmente non disponiamo ancora di uno strumentario idoneo a tracciare con sicurezza un quadro organico del *problema* che vorrei prendere in considerazione: l'eclettismo, tra politica e cultura giuridica, visto come problema significativo per comprendere alcuni complessi percorsi di emersione e di sviluppo della cultura giuridica italiana della Restaurazione, con non poche propaggini nella seconda metà del secolo. È una riflessione — dai confini e dai contenuti incerti — che appare utile per ricostruire i tratti emblematici dell'antropologia del giurista che attraverserà gran parte dell'Ottocento. Ho usato il termine eclettismo per richiamare una categoria consueta ma, come si vedrà, la mia proposta tende a sostituirla o almeno ad arricchirne i contenuti con il riferimento a quello che chiamo *canone eclettico*.

La tentazione, invero più abituale, sarebbe quella di *rifiutare* l'eclettismo come sinonimo di metodologie disinvolte, di confusione intellettuale, di approssimazione, di sterile sincretismo e via dicendo, con il rischio però di ripetere un giudizio scontato che liquida agevolmente fenomeni diversi senza però fare i conti con una realtà che merita un altro approccio. Il mio contributo, per certi versi, vuole "prendere sul serio" lo *scarto* dell'eclettismo (giuridico).

Vorrei considerare il giurista della Restaurazione come complessa figura di intellettuale alla ricerca di un diritto adeguato « alla *teoria della politica e del governo*, modellata sulla società postrivoluzionaria, da mettere insieme con l'impiego di saperi compositi ». Credo che questo spunto, che traggo da un felice saggio di Mario

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Sbriccoli (4), possa servire come primo elemento contenutistico di carattere generale.

Paolo Ungari intitolava un capitolo del suo volume del 1967, *L'età del codice civile. Lotta per la codificazione e scuole di giurisprudenza nel Risorgimento* (5), « La crisi della cultura giuridica nella Restaurazione ». L'autore muoveva, come vedremo, da una *idée reçue* da gran parte della storiografia e soprattutto dalla scienza giuridica del Novecento, ma le sue analisi, alcune delle quali pioneristiche, andavano nella direzione opposta, intendendo invece mostrare i caratteri di identità e di forza (pur cosciente anche dei tanti profili di fragilità) delle culture giuridiche della Restaurazione negli antichi Stati italiani (uso il plurale anche se più avanti cercherò di porre il problema nella prospettiva di una *cultura giuridica*) (6).

Sono trascorsi quaranta anni, ma il tempo non è passato invano. Si potrebbe fare un lungo elenco di saggi, atti di convegno, sintesi dedicati a quella che Ungari, dal suo punto di vista, aveva chiamato « L'età del codice civile ». Un lavoro collettivo che ha prodotto risultati apprezzabili: pensiamo proprio alla conoscenza dell'universo codicistico (nei suoi vari e vasti domini), delle scuole e in generale degli orientamenti scientifici, della circolazione delle idee e dei viaggi degli uomini, dei giuristi e delle loro dottrine, delle riviste, dei circoli e delle accademie.

Tuttavia, malgrado ciò, non sono sicuro che l'immagine della crisi della cultura giuridica della Restaurazione sia stata del tutto allontanata dal nostro immaginario. Pierre Rosanvallon, nel classico *Le moment Guizot*, ha cercato di dare *senso* a quell'atteggiamento storiografico verso il pensiero politico (ma *amplius* giuridico) della prima metà del XIX secolo, in particolare del periodo racchiuso fra il 1815 e il 1848, parlandone come di un « Temps faible de l'histoire, et de la pensée simultanément, voué à un statut secondaire, mis sans dom-

(4) M. Sbriccoli, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia Unita*, in *Storia e cultura giuridica in Italia dalla Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Bari, Laterza, 1990, p. 150.

(5) Napoli, ESI, 1967.

(6) Per un esame recente delle prospettive metodologiche e contenutistiche del concetto di "cultura giuridica" v. R. Ferrante, *Cultura e codificazione*, in *Clio@Themis*, n. 2 (http://www.cliothemis.com).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

mage entre parenthèses » (7), insomma età "debole" schiacciata tra periodi "forti", età di mera "transizione" dopo l'enorme evento rivoluzionario e l'epopea napoleonica e prima del '48 "democratico". *Idéologues*, sansimoniani, industrialisti, dottrinari — per fare qualche esempio di singole "tribù" intellettuali — sono stati apprezzati perlopiù come preludio a qualcos'altro, con la conseguenza di fissarne un'immagine spesso riduttiva (8).

Adolfo Omodeo aveva già notato, negli anni Quaranta del secolo scorso, come quest'epoca non fosse particolarmente cara ai francesi, epoca di "decadenza", appunto, dopo la *grandeur* napoleonica (9); e lo storico italiano aveva anche còlto come, almeno per l'esperienza francese, la Restaurazione si fosse rivelata una grande fucina di idee, con la elaborazione di parole-chiave che avrebbero contribuito a formare l'intelligenza dell'uomo contemporaneo.

Dire che cosa caratterizzi la Restaurazione, del resto, non è affatto semplice e la risposta, alla fine, non potrà che essere parziale (10). La fisionomia generale del periodo certo dipenderà anche dal punto di osservazione e dal contesto territoriale. Il caso italiano è (stato) a sua volta disseminato di "trappole" interpretative: terreno di mera transizione tra rivoluzioni (la storia procede per azioni più che per reazioni, sulla linea di Godechot); momento di blocco delle istituzioni in senso liberale e quindi poi fase contrastata di trasformazione nel senso di marcia del movimento liberale protorisorgimentale (Croce: e basterebbe vedere l'influenza delle sue due *Storie* (d'Europa e d'Italia) sulla formazione degli storiografi della Restaurazione); o ancora la Restaurazione italiana come "terza edizione" del dispotismo illuminato seppur indebolito moralmente, intellet-

(7) P. Rosanvallon, *Le moment Guizot*, Paris, Gallimard, 1985, p. 11. Per un utile « dizionario » dei linguaggi politici della Restaurazione, v. M. Ferrari, *La « Restauration ». Ideologia e linguaggio (1814-1830)*, Firenze, Centro Editoriale Toscano, 2000. Cfr. anche C. Cassina, *Parole vecchie, parole nuove. Ottocento francese e modernità politica*, Roma, Carocci, 2007.

(8) M. Barberis, *Benjamin Constant. Rivoluzione, costituzione, progresso*, Bologna, Il Mulino, 1988, p. 9.

(9) Cfr. A. Omodeo, *Studi sull'età della Restaurazione. La cultura francese nell'età della Restaurazione. Aspetti del cattolicesimo della Restaurazione*, con prefazione di A. Galante Garrone, Torino, Einaudi, 1974, 2 ed., p. 9.

(10) G. Santoncini, *Appunti per una bibliografia critica sulla seconda Restaurazione pontificia*, in « Proposte e ricerche », 32, 1994, p. 156.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

tualmemte e praticamente (Walter Maturi) (11). Per l'età a noi più vicina è possibile richiamare, tra gli altri, i lavori di Marco Meriggi, di Alberto Banti e di Luca Mannori per comprendere come e in quali direzioni la ricerca storica e i paradigmi interpretativi si siano strutturalmente diversificati e arricchiti: penso per es. al dilemma della libertà liberale e della libertà dei ceti; al linguaggio politico-giuridico delle istituzioni; all'immaginario e ai simboli della nazione.

2. *Un'idea di crisi.*

Intendo qui il concetto di crisi non molto diversamente da come fa Pellegrino Rossi (e con lui vedremo altri autori) in uno scritto del 1820 (sul quale avrò modo di ritornare). Viviamo in un'epoca di crisi, riconosce l'intellettuale toscano, *blessé politique*, esule a Ginevra dal 1815 (12). « Ici de récentes institutions demandent à être affermies par des moyens légaux; là il faut mettre d'accord les productions nouvelles avec les parties conservées de l'ancien ordre social [...] » (13). Dappertutto questo conflitto rischia di contrapporre posizioni estreme, tra chi vorrebbe radicalmente sopravanzare i tempi e la storia e chi invece resta fermo e non comprende le ragioni del mutamento. Bisogna « mettre d'accord » il nuovo con il vecchio guardando anzitutto alle nuove generazioni che lasciate a se stesse rischiano di smarrirsi in un labirinto di idee sbagliate e perniciose.

Ma la crisi, di cui parla Rossi, è in realtà una crisi di "crescita", è l'effetto necessario « des progrès de la civilisation » (14), una crisi che serve a prendere atto della complessità dell'organizzazione politica e sociale e di un sentimento di libertà affermato come disciplina morale. La crisi, insomma, discende dalla complicazione dei nuovi elementi morali della società. « C'est parce que nos droits

(11) Ivi, pp. 158-159.

(12) Sulle ragioni dell'esilio rinvio a L. Lacché, *Un italiano a Ginevra, alla ricerca della patria comune*, introduzione a P. Rossi, *Per la Patria comune. Rapporto della Commissione della Dieta ai ventidue Cantoni sul progetto d'Atto federale da essa deliberato a Lucerna il 15 dicembre 1832*, Manduria, Piero Lacaita, 1997, pp. IX-LVIII.

(13) P. Rossi, *De l'étude du droit dans ses rapports avec la civilisation et l'état actuel de la science*, in *Annales de législation et de jurisprudence*, I, 1820, p. 358.

(14) Ivi, p. 67.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

politiques sont mieux connus, les pouvoirs de l'Etat mieux divisés, nos sentimens d'humanité plus exquis, nos rapports sociaux plus déliés, les idées de justice et de vérité mieux définies, notre commerce et nos transactions plus compliquées, nos connaissances plus élevées et plus répandus [...] » (15) che non vogliamo più — scrive sempre Rossi — un'organizzazione giuridica e politica difettosa, frutto di un'amalgama incoerente di usi definitivamente tramontati e di resti informi di attitudini politiche e morali troppo diverse dalle nostre. In tal senso, l'età della Restaurazione, non potendo essere un mero ritorno al passato, appare anche una opportunità per elaborare una visione più realistica che cerchi di valorizzare il *presente*, non rinviando né a storie mitizzate (del medioevo soprattuto) né appellandosi ad un futuro di "rinascita" incerto e imprevedibile.

Lo sbocco di questa riflessione è politico, come vedremo alla fine. Per il momento vorrei sottolineare tre espressioni rossiane: « mettere d'accordo »; « progressi della civiltà », « nuovi elementi morali della società ». È un lessico che ritroveremo.

3. *Paradigmi interpretativi e correzioni di rotta.*

L'immagine della crisi (e quindi della intrinseca debolezza) della cultura giuridica della Restaurazione non è però completamente superata. Di solito il paradigma della transizione "mette tra parentesi" i fenomeni, li depriva dei caratteri e dei contenuti specifici. Le immagini, le rappresentazioni della crisi e della transizione hanno, per l'esperienza giuridica italiana, due principali momenti fondativi, ovvero due momenti che, meglio e con più forza di altri, riescono a offrire la raffigurazione più convincente di una intrinseca condizione di debolezza facendone un vero e proprio *topos* argomentativo. Si tratta di due momenti notissimi.

Il primo, vera e propria *origo*, coincide col celebre resoconto di viaggio, alla metà degli anni Venti, col quale Savigny giudica (16),

(15) Ivi.

(16) F.C. von Savigny, *Über den juristischen Unterricht in Italien*, in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 6, 1828, pp. 201-228, p. 205 (la tr. it., quasi integrale e con non piccole mende, sulla ed. del 1850, è opera di A. Turchiarulo, *Sull'insegnamento del dritto in Italia*, in *Ragionamenti storici di dritto del prof. F.C.*

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

attraverso le proprie lenti informate al concetto di *Rechtswissenschaft* (17), lo stato dell'insegnamento e degli studi giuridici in Italia.

Savigny, tradotti dall'originale tedesco e preceduti da un discorso […], Napoli, Tipografia all'insegna del Diogene, 1852, parte IV, in part. p. 215). Sul giudizio riservato allora dal Savigny alle Facoltà giuridiche visitate, cfr. F. Ranieri, *Savignys Einfluß auf die zeitgenössische italienische Rechtswissenschaft*, in « Ius Commune », 8, 1979, p. 199; D. Maffei, K.W. Nörr, *Lettere di Savigny a Capei e Conticini*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 97, 1980, pp. 184-185; L. Moscati, *Insegnamento e scienza giuridica nelle esperienze italiane preunitarie*, in *Studi di storia del diritto medioevale e moderno*, a cura di F. Liotta, Bologna, Monduzzi, 1999, pp. 310 ss.; E. Spagnesi, *Giovanni Carmignani e il problema dell'insegnamento del diritto*, in *Giovanni Carmignani (1768-1847). Maestro di scienze criminali e pratico del foro, sulle soglie del Diritto Penale contemporaneo*, a cura di M. Montorzi, Pisa, Edizioni ETS, 2003, pp. 487 ss.; M. G. Di Renzo Villata, *La formazione del giurista in Italia e l'influenza culturale europea tra Sette e Ottocento. Il caso della Lombardia*, Introduzione a *Formare il giurista. Esperienze nell'area lombarda tra Sette e Ottocento*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 77 ss.; S. Parini Vincenti, *L'educazione del giurista: l'abbandono di un'*arte *per la conquista di una* scienza, ovvero l'*Introduzione enciclopedica alla Facoltà politica legale*, Ivi, pp. 365 ss.

Del resto sono ben noti alcuni giudizi di insoddisfazione verso gli studi giuridici: si pensi al Giusti, al Guerrazzi (F. D. Guerrazzi, *Memorie legali e scritti giuridici preceduti da uno studio di Adolfo Mangini sulla vita forense di F. D. Guerrazzi*, Livorno, Tip. R. Giusti, 1923, p. 8), a Leopoldo Galeotti attraverso le osservazioni di Francesco Forti (*Discorso intorno alli scritti editi e inediti di Francesco Forti*, in F. Forti, *Trattati inediti di giurisprudenza preceduti da un discorso dell'avvocato Leopoldo Galeotti*, Firenze, Cammelli, 1864, pp. IX-XI). Cfr. P. Grossi, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana, 1859-1950*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 9; E. Spagnesi, *La formazione d'un vero giureconsulto*, in *Il Risorgimento nazionale di Vincenzo Salvagnoli. Politica, cultura giuridica ed economica nella Toscana dell'Ottocento*, Pisa, Pacini, 2004, p. 227. Che le cose iniziano a cambiare però nel corso degli anni Trenta lo vediamo dai sostanziosi *Cenni per un nuovo programma di completo e sistematico insegnamento del diritto*, discorso letto nel 1841 da Carmignani dinanzi alla prestigiosa platea dell'Accademia delle Scienze di Torino. Enrico Spagnesi ha ricordato come proprio l'*incipit* ad effetto, nel discorso del professore pisano, fosse rivolto a "censurare" il « grave ed indecoroso rimprovero » ricevuto dai dotti tedeschi tanto verso gli antiquati professori che gli oscuri pratici (E. Spagnesi, *Giovanni Carmignani e il problema dell'insegnamento del diritto*, cit., pp. 462 e 487).

Sulla lettura savignyana e sulla difficoltà (anche di altri giuristi) a comprendere il contesto napoletano degli studi giuridici v. A. Mazzacane, *Università e scuole private di diritto a Napoli nella prima metà dell'Ottocento*, in *Università in Europa. Le istituzioni universitarie dal Medio Evo ai nostri giorni: strutture, organizzazione, funzionamento*, a cura di A. Romano, Messina, Rubbettino, 1995, p. 555.

(17) « *Rechtswissenschaft* è l'affermazione — voluta e cosciente — di una 'conoscenza del diritto organizzata su un modello « scientifico »', in tutta la pregnanza

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Il grande giurista tedesco si chiedeva allora come mai in un paese pieno di ingegno e con un così grande numero di giuristi (come a Napoli), « non sieno sorti almeno alcuni individui che si distinguessero come scrittori e professori, e partecipassero o avanzassero in tal modo le glorie delle altre città ». L'analisi di *sistema* non impedì a Savigny di stringere rapporti con molti giuristi italiani con giudizi lusinghieri verso taluni ma è indubbio che il professore tedesco guardasse loro con gli occhi di un eminente studioso della Germania humboldtiana che considerava la scienza come appannaggio esclusivo di Università impegnate nell'alta formazione del *Bildungsbürgertum* (18). Sin dalle lezioni di "metodologia" il giurista tedesco risolveva la pratica — all'interno di un progetto precocemente abbozzato e poi realizzato sino al *System* — negli orizzonti scientifici (19). Humboldt aveva parlato della necessità della solitudine, dell'"isolamento" (20) dell'uomo di scienza dalla « confusione degli

---

del termine » (R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, Il Mulino, 1987, p. 238). Sul dibattito in Germania tra XVIII e XIX secolo v. J. SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der "praktischen Jurisprudenz" auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1979.

(18) Penso in particolare a P. SCHIERA, *Il laboratorio borghese. Scienza e politica nella Germania dell'Ottocento*, Bologna, Il Mulino, 1987.

(19) Su questi profili v. in particolare A. MAZZACANE, *Jurisprudenz als Wissenschaft*, in Friedrich Carl von SAVIGNY, *Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1993, pp. 1-55. Cfr. inoltre G. MARINI, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1966; W. WILHELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Milano, Giuffrè, 1974 (1958); A. MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*, Napoli, Liguori, 1976, p. 14; A. MAZZACANE, *Prospettive savignyane vecchie e nuove: i corsi inediti di metodologia*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 9, 1980, pp. 217-244; J. RÜCKERT, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Edelsbach, Gremer, 1984; A. MAZZACANE, *I corsi inediti di « Metodologia giuridica » di Friedrich Carl von Savigny*, in « Index », 19, 1991, pp. 109-120; H. H. JAKOBS, *Die Begründung der geschichtlichen Rechtswissenschaft*, Paderbon, Schöning, 1992; J. RÜCKERT, *Savignys Konzeption von Jurisprudenz und Recht, ihre Folge und ihre Bedeutung bis heute,* in « Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis », 61, 1993, pp. 65-95; P. CARONI, *Recensione* a Friedrich Carl von Savigny, Vorlesungen über juristische Methodologie, 1802-1842, heraus. und eingeleitet von A. MAZZACANE, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 24, 1995, pp. 410-416.

(20) Sul binomio solitudine/libertà nel progetto humboldtiano v. F. TESSITORE, *L'Università di Humboldt e l'unità del sapere*, in *Università e professioni giuridiche in Europa nell'età liberale*, a cura di A. Mazzacane e C. Vano, Napoli, Jovene, 1994, pp.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

affari » e dalla « tempesta dei sensi ». Nel 1820 Pellegrino Rossi, citando proprio il *Beruf* savignyano, rimarcherà la netta separazione tra i teorici eruditi e i pratici. « En Allemagne la séparation était complète. Un Professeur n'avait jamais vu un tribunal [...] » (21).

In realtà Savigny scattava una fotografia sostanzialmente esatta della situazione alla metà degli anni Venti: professori distolti dalla pratica forense e dall'attività politico-amministrativa; Università infiacchite, economicamente e culturalmente povere (anche per via di un forte quietismo politico, programmi sottoposti al vaglio della censura, il controllo poliziesco nelle aule universitarie considerate luoghi particolarmente propizi alla circolazione di idee e quindi fucine naturali di "dissidenza"); studi condotti — come a Napoli — principalmente nelle scuole private (non tutte certo di buon livello); il foro e il diritto forense come ambiti privilegiati dell'esperienza giuridica. Non mancavano eccezioni lodevoli e figure di scienziati, ma ciò non determinava ancora la *struttura* della cultura giuridica. I germi positivi (per es. nel Lombardo-Veneto) (22) avrebbero potuto modificare in futuro la situazione e lo studioso tedesco non mancò di rilevarlo, anni dopo, per gli studi in Toscana. Del resto negli stessi anni Savigny rifletteva, lungo una linea di interesse che risaliva indietro negli anni, sulla situazione tedesca fissando anche le sue insoddisfazioni nello scritto *Wesen und Werth der Deutschen Universitäten* (23).

Ma come ha ben mostrato Laura Moscati, non bisogna dimenticare che il giudizio savignyano, tra luci e ombre, era stato diffuso, in misura parziale e con dannose semplificazioni, attraverso la mediazione francese: in Toscana dal foglio *L'Universel* (1829); nel

---

13-29. Dello stesso autore cfr. *I fondamenti della filosofia politica di Humboldt*, Napoli, Morano, 1965.

(21) P. Rossi, *De l'étude du droit*, cit., t. I, p. 4.

(22) S. Parini Vincenti, *L'educazione del giurista*, cit., anche per il rapporto tra studi universitari e formazione dei funzionari statali. Cfr. anche E. Dezza, *Dalle 'scienze utili' alle 'scientifiche professioni': la formazione universitaria di Giacomo Giovannetti*, in *Saggi di storia del diritto penale moderno*, Milano, Led, 1992, pp. 367-389.

(23) In F. K. von Savigny, *Vermischte Schriften*, IV, rist. Aalen, Scientia Verlag, 1981 (1850), pp. 270-308. Sulla traduzione di Conticini e sulle edizioni italiane del saggio savignyano cfr. E. Spagnesi, *Giovanni Carmignani e il problema dell'insegnamento del diritto*, cit., p. 493, nt. 82.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Regno delle Due Sicilie dall'*Introduction générale à l'histoire du droit* di Lerminier (tradotta in italiano nel 1833) (24). Il problema dunque non risiede tanto nel giudizio di Savigny in quanto tale, ma piuttosto nella formazione di un *discorso* più ampio che tocca nel profondo, si potrebbe dire, le differenti antropologie giuridiche nell'Europa della Restaurazione. Se la lente per guardare la cultura giuridica italiana era quella "humboldtiana", la difformità dal "modello" poteva contribuire a enfatizzare i profili della crisi e del "ritardo". D'altra parte, molto qui ci sarebbe da discutere sulla reale recezione e soprattuto sulla comprensione della proposta complessiva di Savigny in quei decenni, apprezzata più per la valenza simbolica che per la concreta possibilità di applicazione nel contesto italiano, al di là della sua dimensione storicista e antivolontaristica espressa soprattutto nel *Beruf*.

Come è noto anche la diagnosi di Mittermaier (25), che risale

(24) L. Moscati, *Un'inedita lettera di Savigny a Poerio*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico », 21, 1992, pp. 663-669; e soprattutto l'ampia ricostruzione in Id., *Italienische Reise. Savigny e la scienza giuridica della Restaurazione*, Roma, Viella, 2000, pp.163 ss. Su Lerminier v. G. Navet, *Eugène Lerminier (1803-1857): la science du droit comme synthèse de l'histoire et de la philosophie*, in « Revue d'Histoire des Sciences Humaines », 4, 2001, pp. 33-56.

(25) *Delle condizioni d'Italia* del cav. Carlo Dr. Mittermaier ... con un capitolo inedito dell'autore e con note del traduttore versione dell'Ab. Pietro Mugna, Lipsia, Stamperia di G.B. Hirschfeld, Milano e Vienna, Presso Tendler e Schäfer, 1845. Nel 1842 era stato tradotto e pubblicato il saggio di Mittermaier *Ueber die Fortschritte des Rechtsstudiums in Italien in Bezug auf die Rechtgeschichte Italiens*, in « Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes », 14, 1842: *Intorno ai progressi della letteratura giuridica, e sullo stato dello studio del diritto in Italia. Memoria del professore Mittermayer*, in « Annali Universali di statistica, economia pubblica, storia, viaggi e commercio », vol. LXXI, gennaio-febbraio-marzo 1842, pp. 291-308, vol LXXII, aprile-maggio-giugno 1842, pp. 20-29, 145-156, 254-271. Sullo scritto del 1851, tradotto in italiano, *Sullo stato attuale della giurisprudenza in Italia con esame dei libri e giornali di giurisprudenza più importanti pubblicati in Italia da tre anni*, in *L'Eco dei Tribunali* v. M. Sbriccoli, *La penalistica civile*, cit., p. 147, nt. 1. Sulle opere di Mittermaier v. l'utilissimo L. Nuzzo, *Bibliographie der Werke Karl Josef Anton Mittermaiers. Juristische Briefwechsel des 19. Jahrhunderts*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2004. Sul giudizio di Mittermaier v. anche L. Moscati, *Insegnamento e scienza giuridica*, cit., pp. 311-313. Per le multiformi relazioni di Mittermaier con l'Italia v. P. Balestreri, *Mittermaier e l'Italia. Orientamenti politici e dottrine processualistiche in un carteggio di metà Ottocento*, in « Ius commune », X, 1983, pp. 97-140; E. Jayme, *Mittermaier und Italien*, in *Carl Joseph Anton Mittermaier. Symposium 1987 in Heidelberg, Vorträge und*

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

agli anni '40, non è troppo diversa da quella di Savigny (perché la *fotografia* della realtà è quella). Scarso senso critico, salari che non invogliano i migliori. « Il sistema degli studii anche non abbraccia la scienza in tutta la sua estensione, e ne' varii suoi rami. In nessuna università d'Italia sono così pienamente insegnate tutte le varie materie, come nelle università di Germania. In alcune università italiane manca, per esempio la cattedra della filosofia del diritto; in altre quella di diritto pubblico, e generalmente poi quella della storia del diritto. Ad una buona storica trattazione del diritto nemmeno si pensa » (26). Tuttavia il grande giurista di Heidelberg non manca di cogliere le *ragioni* profonde e talune conseguenze positive.

« Così i professori di diritto sono per la massima parte anche avvocati; e questa unione della vita d'affari alla scientifica fa che in Italia non occorre quell'aspra divisione fra teoretici e pratici, come in Germania. Quivi i professori, troppo alla vita estranei, accampano le loro teorie in maniera che urta il pratico; e quindi da costui si sente ad ogni occasione il teoretico messo in ridicolo. I più distinti professori di legge a Roma, a Napoli, a Pisa e a Bologna sono in pari tempo distinti avvocati. Anche quel senso aperto che ha l'italiano per l'arte e la poesia, esercita un influsso salutare sulle opere scientifiche degli eruditi e sull'attività degli uomini di stato. Non rado incontra di vedere in personaggi d'alto affare chiari poeti, e peregrine cognizioni d'arte. Egli è ben difficile di trovare un uomo, il quale, in un posto sì elevato come il ministro di stato Niccolini, unisca, in un'età già provetta, tanta profondità di dottrina legale, tanta pratica abilità ad una distinta coltura poetica e alle più squisite cognizioni dell'arte.

Potessero queglino che s'interessano della pubblica procedura verbale assistere in Napoli alle sessioni giudiziarie! Quale maschia, dignitosa e chiara eloquenza, che non consiste puramente in vuote frasi, dispiegano molti avvocati napoletani! È un piacere seguir l'abile oratore, che rapido sa rilevare il vero punto della questione, intorno il quale la cosa si aggira, e analiticamente sviluppare tutti gli

---

Materialen, a cura di W. Küper, Heidelberg, R. v. Decker & C. F. Müller, 1988, pp. 7-20, p. 18.

(26) *Delle condizioni d'Italia*, cit., p. 216. Sulla traduzione e il successo dell'opera v. P. Balestreri, *Mittermaier e l'Italia*, cit., pp. 98-101.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

indizii con mirabile sagacità. A conferma del pratico ingegno e del fine tatto degli italiani, citiamo ancora i congressi scientifici che si tennero a Pisa, a Firenze, a Torino, a Padova, a Lucca e a Milano » (27).

Pratici sì, ma « guidés par la science » (28) era la formula che Mittermaier privilegiava, ricercando un positivo equilibrio nell'ambito dell'insegnamento e dello studio.

Il paradigma savignyano ha avuto senza dubbio un peso ben più rilevante e duraturo nella costruzione dell'immagine del giurista della Restaurazione. « La critica più insistente — è stato osservato con precisione — che la storiografia moderna rivolge ai giuristi dell'Ottocento riguarda il pragmatismo che caratterizza l'operato degli interpreti del diritto (magistrati, avvocati e professori universitari). Le finalità eminentemente pratiche perseguite dalla dottrina ottocentesca e il conseguente predominio dell'attività forense sulla speculazione scientifica sarebbero, quindi, le cause principali della scarsa qualità degli studi accademici e dell'involuzione dell'insegnamento universitario verso uno sterile enciclopedismo legale » (29).

---

(27) *Delle condizioni d'Italia*, cit., pp. 27-28. Sulla necessità di un'alleanza tra la letteratura e il diritto (« Perciò, o Giovani, difendete la letteratura nelle scuole della giurisprudenza, e la giurisprudenza nei circoli letterarii. L'unione nelle idee come nella vita è il bisogno della umanità, il bisogno d'Italia »), v. la prolusione universitaria di Giuseppe Montanelli docente pisano di diritto patrio: *Dell'associazione fra la letteratura e il diritto*, Pisa, Pieraccini, s.d. (1843), pp. 23-24. Su questa « miscela tra saperi » auspicata da Montanelli e sugli effetti prodotti v. A. CHIAVISTELLI, *Dall'aula all'arengo, dalle lettere alla politica. L'emersione di una sfera pubblica nell'Italia del primo Ottocento*, in V. Piergiovanni (a cura di), *Sapere accademico e pratica legale fra Antico regime e unificazione nazionale*, Genova, Accademia Ligure di Scienze e Lettere, 2009, p. 438. Il tema del buon giurista tra letteratura ed eloquenza è stato ampiamente sviluppato da P. BENEDUCE, *Il corpo eloquente. Identificazione del giurista nell'Italia liberale*, Bologna, Il Mulino, 1996, pp. 205 ss.

(28) Lo ricorda M. G. DI RENZO VILLATA, *La formazione del giurista in Italia*, cit., pp. 94-95. « Si intese bene che ogni scienza doveva ridursi alla pratica, ma altresì si conobbe non esservi pratica buona che non sia sapiente » (F. FORTI, *Libri Due delle istituzioni di diritto civile accomodata all'uso del Foro*, I, Firenze, Cammelli, 1863, p. 549, cit. da F. COLAO, Pratica sapiente *e codificazione dalla Toscana di Francesco Forti all'Italia di Francesco Carrara*, in *Sapere accademico e pratica legale*, cit., p. 89).

(29) P. RONDINI, *La scienza criminale nel Regno lombardo-veneto e nel Granducato di Toscana (1815-1848): tra cultura giuridica e pratica legale*, in *Giovanni Carmignani (1768-1847),* cit., p. 419.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

La "confusione" di ruoli e di funzioni e il pragmatismo sarebbero dunque le cause della *decadenza* e della *crisi*. Sappiamo che lo stato di salute delle Università italiane della Restaurazione è malfermo: ci sono anche professori di vaglia, ma nell'insieme la cultura giuridica negli Atenei è esangue, ha troppo del vecchio per poter affrontare con ottimismo la "modernità" e troppo poco del "nuovo" per guardare con efficacia al futuro. Non è casuale che il problema della riforma dell'insegnamento universitario nel campo giuridico cominci ad assumere in Italia una valenza significativa, sul piano dei contenuti, del metodo e dello spirito complessivo, soprattutto tra gli anni Trenta e Quaranta. Ma la speculazione scientifica è debole (30) non solo perché lo è il corredo metodologico-scientifico dei professori universitari e quindi l'apparato concettuale della *scientia iuris*, ma perché l'Università, da tempo, anzitutto a seguito di imponenti trasformazioni politico-strutturali, tali da incidere sulla forma e sulla dimensione del potere politico negli Stati moderni, ha smarrito la sua vocazione "costituzionale" (31) (quella vocazione che è stata invece trovata in Germania). Quella critica (che fotografa un dato di fatto) rischia, a mio avviso, di essere parziale scambiando la causa con gli effetti.

Tale vocazione, se posso dire, è invece professata proprio all'interno della dimensione "pragmatica" e metodologicamente eclettica: una cultura condivisa (anche se con tensioni crescenti) dal ceto forense degli avvocati e dei magistrati, entrambi investiti, più tardi, da un processo di crescente "burocratizzazione". Si tratta di una vera e propria *struttura costituzionale* che, pur con differenze importanti fra gli Stati preunitari, sembra tuttavia potere indicare alcuni elementi comuni (32) in quel crocevia fondamentale che

(30) Ma più si studia, con idee nuove e strumenti aggiornati, il "giuridico" della Restaurazione, più se ne coglie le intrinseche specificità e la reale consistenza.

(31) Mi riferisco in particolare al significato del costrutto « storico-costituzionale » còlto, nella sua dimensione europea, da Pierangelo SCHIERA: *Università e società come nodo strutturale della storia moderna*, in *Università e professioni giuridiche*, cit., pp. 31-49; *Modelli di Università nell'Ottocento europeo: problemi di scienza e di potere*, in *L'Università tra Otto e Novecento: i modelli europei e il caso italiano*, a cura di I. Porciani, Napoli, Jovene, 1994, pp. 5-34.

(32) Per il caso napoletano, ma con valenze più generali, il profilo "eclettico" dell'avvocato-professore-politico è stato ben segnalato da A. MAZZACANE, *Università e*

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

collega il tema della garanzia giuridica della difesa tecnica con la questione cruciale della garanzia politico-costituzionale. Così il passaggio e l'osmosi tra avvocatura e magistratura (che assume certo articolazioni diverse a seconda del tipo di ordinamento giudiziario) (33) non solo conferma la sua dimensione di lunga durata, ma rappresenta il presupposto stesso per la costruzione di una cultura giurisprudenziale che rispecchia i valori, gli interessi, le ragioni di un notabilato civile e "distinto" (34) o di strutture ancora a dominanza cetuale (35). « Preparare in ogni modo alla pratica » (36) — come si

---

scuole private di diritto a Napoli nella prima metà dell'Ottocento, cit., pp. 574-575; ID., *Secolo dell'Università — secolo delle professioni: le ragioni di un incontro*, in *Università e professioni giuridiche in Europa nell'Italia liberale*, cit., p. 9. Molto utili anche le riflessioni di sintesi che si possono leggere in G. CIANFEROTTI, *Emanuele Gianturco giurista pratico*, in *L'esperienza giuridica di Emanuele Gianturco*, a cura di A. Mazzacane, Genova, Liguori, 1987, pp. 157 ss.; ID., *L'Università di Siena e la "vertenza Scialoja". Concettualismo giuridico, giurisprudenza pratica e insegnamento del diritto in Italia alla fine dell'Ottocento*, in « Studi senesi », XXXVII, 1988, pp. 725-750; ID., *Università e scienza giuridica nell'Italia unita*, in *Università e scienza nazionale*, a cura di I. Porciani, Napoli, Jovene, 2001, pp. 19 ss.

(33) Gino Gorla ha sottolineato la lunga durata di questo fenomeno in *Gli avvocati nella "fabbrica del diritto" in Italia fra i secoli XVI e XVIII (con un epilogo nei secoli XIX e XX)*, in *L'Avvocatura nei principali ordinamenti giuridici*, Atti del Convegno internazionale, Roma-Napoli, 21-23 maggio 1987, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1990 (pubblicato anche in « Foro italiano », 1991, V, coll. 461-465); con F. ROSELLI, *Per la storia del potere dei giudici in Italia fra il secolo XVI e i secoli XIX-XX fino alla cessazione dello Statuto Albertino: alcune tracce*, in « Foro italiano », 1986, V, coll. 93-105. Gorla ha avuto anche il merito di cogliere la forte rilevanza costituzionale del ruolo dei grandi giudici e dei grandi avvocati visti come "eroi" della fabbrica giurisprudenziale del diritto (forense-comune) negli Stati della prima età moderna. Il fenomeno ottocentesco viene invece relativizzato nel presupposto che la perdita di rilievo delle *auctoritates* intese come tipiche attività di consulenza poste in essere dai giuristi, a seguito dell'affermazione ideologica della legge statuale come unica ed esclusiva fonte del diritto, segnerebbe un elemento di forte discontinuità. Gorla accenna al fenomeno in questione come sostanzialmente "risolto", ma analisi e ricerche mirate, nei diversi contesti preunitari, sembrano mostrare un quadro più complesso e articolato, meritevole di più ampi approfondimenti.

(34) « Una delle più onorate occupazioni per l'uomo civile di bene ordinata sociale convivenza, e forse la prima, convengono tutti, che sia quella del Foro » (C. BORGOGNONI, *Polizia del Foro ossia delle considerazioni pratiche nel trattare la Facoltà legale negli usi forensi*, Bologna, Tipografia dell'Istituto delle Scienze, 1847, p. 6).

(35) Su questi profili, in sintesi, v. M. MERIGGI, *Gli Stati italiani prima dell'Unità. Una storia istituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2002; L. MANNORI, *La crisi dell'ordine*

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

dirà nel 1860 *Ai lettori* del primo numero del *Monitore dei Tribunali* — è dunque una divisa *costituzionale*.

Una parte cospicua teorico-pratica e soprattutto "civile" della formazione avviene altrove, nelle scuole private, come nell'accennata importante esperienza regnicola, e più in generale negli studi degli avvocati, nelle aule di giustizia, nelle Accademie e nei circoli culturali, nei retrobottega delle Riviste "letterarie" (37), nell'ambito più vasto della sociabilità borghese (38).

Un ceto "civile" che deve la sua posizione sociale e pubblica anzitutto alla sua capacità di mediare tra il mondo dell'avvocatura e il mondo della giurisdizione, in una dinamica aperta di professionalizzazione. Il "mestiere del giudice" non ha ancora acquisito una completa dimensione burocratica e rende quindi possibile una dinamica di integrazione. Nonostante i forti vincoli di carattere politico e la relativa ristrettezza numerica, questi professori-avvocati-magistrati-pubblicisti esercitano una funzione che definisco "costituzionale" perché intesa a migliorare e "incivilire" — nei casi migliori — il diritto e la giustizia.

Nell'esperienza italiana la cultura della Restaurazione quindi non può essere riguardata solo dall'osservatorio universitario. Si possono individuare alcuni cantieri principali che connotano il figurino del giurista dopo la Restaurazione. Un terreno, sempre più

---

plurale. Nazione e costituzione in Italia tra Sette e Ottocento, in AA.VV., *Ordo Iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 137-180.

(36) C. Storti Storchi, *'Preparare in ogni modo alla pratica'. Il programma dei periodici giuridici milanesi dal decennio di resistenza all'unificazione legislativa (1850-1865)*, in *Formare il giurista*, cit., pp. 459 e 475 ss.

(37) I casi più significativi sono il toscano e il napoletano. Sul primo, per osservazioni sintetiche, v. L. Lacché, *« All'antica sua patria ». Pellegrino Rossi e Simonde de Sismondi: relazioni intellettuali fra Ginevra e la Toscana*, in *Sismondi e la civiltà toscana*, a cura di F. Sofia, Firenze, Olschki, 2001, pp. 85-91 e, ora, soprattutto F. Colao, *Avvocati del Risorgimento nella Toscana della Restaurazione*, Bologna, Il Mulino, 2006, *passim*; Id., Pratica sapiente *e codificazione*, cit., pp. 89 ss. Per il secondo, oltre ai testi già citati, v. G. Oldrini, *L'Ottocento filosofico napoletano nella letteratura dell'ultimo decennio*, Napoli, Bibliopolis, 1986, pp. 36 ss., con ampia bibliografia; F. Mastroberti, *Tra scienza e arbitrio. Il problema giudiziario e penale nelle Sicilie dal 1821 al 1848*, Bari, Cacucci, 2005, pp. 302 ss.

(38) Su questo snodo v. A. Chiavistelli, *Dall'aula all'arengo, dalle lettere alla politica*, cit., pp. 425 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

dissodato, è quello che interessa il giurista in quanto *pratico*, ovvero professionista del diritto nel contesto sociale e forense (39). Nel foro si conciliano la teoria e la prassi e si dà forma alla figura del giureconsulto (40). L'avvocatura e la magistratura restano, per una buona parte dell'Ottocento, la nervatura essenziale del *sapere giuridico*. Stili, culture, letteratura, riviste hanno quale punto di riferimento principale quel binomio. Le scuole private hanno spesso un

(39) Tra gli studi a carattere generale, oltre a quelli già citati, ricordo, per l'avvocatura, H. SIEGRIEST, *Advokat, Bürger und Staat. Sozialgeschichte der Rechtsanwälte in Deutschland, Italien und Schweiz (18-20 Jh.)*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1996; M. SANTORO, *Le trasformazioni nel campo giuridico. Avvocati, procuratori e notai dall'Unità alla Repubblica*, in *Storia d'Italia*, Annali 10, *I professionisti*, a cura di M. Malatesta, Torino, Einaudi, 1996; N. ANTONACCI, *Avvocati tra borghesia e libera professione*, in « Rivista storica italiana », CXI, 1999, 1, pp. 265-279; F. TREGGIARI, *Il ruolo degli avvocati nella formazione del giurista (secoli XVIII-XIX)*, in « Rassegna forense », 1, 1999, pp. 99-117; L. MAYALI, A. PADOA SCHIOPPA, D. SIMON (a cura di), *Officium advocati*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2000; F. TACCHI, *Gli avvocati italiani dall'Unità alla Repubblica*, Bologna, Il Mulino, 2002; G. ALPA, R. DANOVI, *Un progetto di ricerca sulla storia dell'avvocatura*, Bologna, Il Mulino, 2003; G. ALPA, *La biblioteca dell'avvocato civilista nell'Ottocento*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », 31, 2001, pp. 233-262; M. MALATESTA (a cura di), *Corpi e professioni tra passato e futuro*, Milano, Giuffrè, 2002; ID., *L'avvocatura europea tra autonomia e regolazione statale (XIX-XX secolo)*, in « Rassegna forense », 3-4, 2004, pp. 1161-1210; A. MENICONI, *La storia degli avvocati: primi bilanci e prospettive di ricerca*, in « Le carte e la storia », 2, 2004, pp. 57-70; V. PIERGIOVANNI, *Sapere accademico e pratica legale*, cit.; A. PADOA SCHIOPPA (a cura di), *Avvocati e avvocatura nell'Italia dell'Ottocento*, Bologna, Il Mulino, 2009. Per la magistratura, v. P. SARACENO, *Storia della magistratura italiana. Le origini. La Magistratura del Regno di Sardegna*, Roma, Scuola speciale per Archivisti e Bibliotecari, 1993; *Magistrati e potere nella storia europea*, a cura di R. Romanelli, Bologna, Il Mulino, 1997; G. S. PENE VIDARI, *Magistratura e codici*, in *Il Piemonte alle soglie del 1848*, a cura di U. Levra, Roma, Carocci, 2000; C. CASTELLANO, *Il mestiere del giudice. Magistrati e sistema giuridico tra i francesi e i Borboni (1799-1848)*, Bologna, Il Mulino, 2004.

(40) Come si può cogliere nel saggio del giovane Manna, in una delle riflessioni più lucide: G. MANNA, *Della giurisprudenza e del foro napoletano: dalla sua origine fino alla pubblicazione delle nuove leggi*, Napoli, Off. Tipografica, 1839. Questo saggio venne subito ripreso e discusso da M. DE AUGUSTINIS, *Della origine e natura della giurisprudenza napoletana e di un libro su tal subbietto dell'avvocato Giovanni Manna*, in « Il Progresso delle scienze, delle lettere e delle arti », n. 25, 1840. Sui caratteri dello scritto di Manna v. O. ABBAMONTE, *Potere pubblico e privata autonomia. Giovanni Manna e la scienza amministrativa nel Mezzogiorno*, Napoli, Jovene, 1991, pp. 72 ss.

Sul primato della dimensione forense e sulle allegazioni v. E. CENNI, *Sulla importanza delle allegazioni degli avvocati napoletani massime nel secolo XVIII*, in *Studi di diritto pubblico*, Napoli, De Angelis, 1870.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

collegamento significativo con gli studi professionali. La grande cultura napoletana della Restaurazione non sarebbe neppure concepibile senza tenere conto del ruolo svolto dalle scuole private (41), da Poerio a Savarese, da Pisanelli a Mancini, da Liberatore a De Augustinis, da Correra a Manna, da A. Scialoja a Pessina: giovani brillanti che diventano precocemente maestri, educano innumerevoli giovani, in un clima che, malgrado le difficoltà, è culturalmente più aperto e "libero" dell'Università imbalsamata e "sorvegliata", e mette a frutto saperi compositi: il binomio costitutivo storia/filosofia; il linguaggio economico; il diritto pubblico; la legislazione comparata per contribuire a dare sostanza *civile* alla scienza giuridica. L'esperienza napoletana ha senza dubbio un valore primario, ma come non ricordare, per esempio, anche le esperienze siciliane (42) o l'insegnamento privato di Romagnosi che "produce" allievi come Cattaneo (43), Ferrari o Giuseppe Sacchi (44)?

Un altro cantiere — strettamente collegato ai primi due — è animato dalle riviste e dallo stimolo a seguire percorsi "europei". Per molti versi la Restaurazione è anche la prima grande età delle riviste giuridiche (45). Nel "programma" premesso al primo fascicolo delle *Annales de législation et de jurisprudence* (46), Rossi mette in rilievo

---

(41) Sul punto rinvio a P. Ungari, *L'età del codice civile*, cit., pp. 104 ss.

(42) Cfr. V. Calabrò, *Università e scuole private di diritto nella Sicilia dell'Ottocento. In margine ad una documentazione archivistica*, in « Annali di storia delle Università italiane », 5, 2001, pp. 193-212.

(43) Sulla lettura dell'opera romagnosiana da parte di Cattaneo cfr., per alcuni aspetti, P. Bagnoli, *L'idea dell'Italia, 1815-1861*, Reggio Emilia, Diabasis, 2007, pp. 133 ss. Sui rapporti tra Romagnosi e Cattaneo v. N. Bobbio, *Una filosofia militante. Studi su Carlo Cattaneo*, Torino, Einaudi, 1971, pp. 92 ss.

(44) L. Mannori, *Una Stato per Romagnosi. I. Il progetto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 79.

(45) Cfr. P. Grossi (a cura di), *La « cultura » delle riviste giuridiche*, Milano, Giuffrè, 1984; A.-J. Arnaud (a cura di), *La culture des revues juridiques françaises*, Milano, Giuffrè, 1988; P. Grossi, B. Clavero, V. Tau Anzoategui (a cura di), *La revista juridica en la cultura contemporanea*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997; M. Stolleis, Th. Simon (a cura di), *Juristische Zeitschriften in Europa*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2006.

(46) Sulla genesi, sulle trasformazioni e sui caratteri delle *Annales de législation et de jurisprudence* di Rossi, Dumont, Sismondi e Meynier ho scritto in L. Lacché, *« All'antica sua patria ». Pellegrino Rossi e Simonde de Sismondi*, cit. Cfr. anche A. Dufour, *Hommage à Pellegrino Rossi (1787-1848). Genevois et Suisse à vocation eu-*

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

la specificità e l'efficacia di *medium* della forma-rivista: gli uomini e le cose camminano così in fretta, l'evoluzione del pensiero è così rapida che chi, specie nell'ambito della « littérature politique », dedicasse vent'anni a scrivere un libro eccellente per prevenire i pericoli della conservazione fine a stessa e della precipitazione insensata rischierebbe d'arrivare con vent'anni di ritardo. « Pour les sciences politiques plus que pour les autres, il faut que, dans le nombre des écrivains qui s'en occupent, il y en ait qui se dévouent, s'il est permis de le dire, au rôle d'éclaireurs et de troupes légères » (47). In un'Italia che il Confalonieri giudica, anche alla luce dell'esperienza bruciante del *Conciliatore*, apatica, priva di vere energie intellettuali, e dove « [...] la libertà del pensiero è od oppressa, od esagerata dalla diuturna sensazione del malessere in cui viviamo, e dell'obbrobrio nazionale a cui siamo esposti [...] », primo dovere per un giornale è quello di rendere più europea la Penisola. « Farà sempre più vantaggio in un paese un buon gabinetto di lettura europea, che una stentata accademia di produzioni originali. Sia lo stesso il vostro giornale; più un copioso magazzino di buone cose, che un mediocre produttore di parti indigeni. Acciò riescire in questo, molto carteggio, ottimi e veloci corrispondenti, denaro, relazioni, amicizie; poi *criterio*, *criterio*, *criterio* nel saper scegliere, dirigere, ordinare » (48).

Anche l'intellettuale-giurista della Restaurazione non si sottrae

---

ropéenne, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1998, pp. 13-14 e in particolare ID., *Genève et la science juridique européenne du début du XIXème siècle: la fonction mediatrice des Annales de Législation (1820-1823)*, in *Influences et réceptions mutuelles du droit et de la philosophie en France et en Allemagne*, a cura di J.-F. Kervégan e H. Mohnhaupt, Frankfurt am Main, V. Klostermann, 2001.

(47) P. ROSSI, *Avant-propos*, in *Annales de législation et de jurisprudence*, I, 1820, p. IV.

(48) « Pochi giudizj, e molti estratti di buone opere straniere, che faccian queste conoscere, anche a' ritrosi, ed economi lettori. Lodi ed incoraggiamento ad ogni cosa buona estera, e principalmente nazionale. Notizie il più che si può fresche ed esatte di tutto ciò che si passa da un fondo all'altro della Penisola, onde rendere gli abitatori della medesima terra parlante la medesima favella meno stranieri fra loro » (Lettera di F. Confalonieri a G. Capponi, Milano 15 novembre 1820, in *Carteggio del conte Federico Confalonieri ed altri documenti spettanti alla sua biografia* pubblicato con annotazioni storiche a cura di G. Gallavresi, Milano, Tipo-Litografia Ripalta, 1911, parte II, pp. 361-362).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

al grave problema dell'isolamento, morale e materiale, fatto di censura, di dazi, di pirateria editoriale, di scarsi guadagni (49), a quell'isolamento, anzitutto politico, che Lodovico di Breme denunciava con sarcasmo: « [...] le défaut des communications commerciales et littéraires en Italie, depuis les *restaurateurs*, ne se fait jamais sentir si douloureusement que lorsqu' on s'essaye à monter une correspondance littéraire, et une entreprise de librairie. Passe pour les frais; mais c'est qu' il n'y a rien d'organisé, et que l'intention de ces Princes, d'isoler leurs sujets et d'entourer les rapports dans la presqu' île, se manifeste en toutes choses. Voilà un sujet à traiter sous le titre *Du danger des communications sociales au 19e siècle. Par un ami de l'ordre* » (50). Ancora una volta la testimonianza di Mittermaier è illuminante: « Le più forti querele levano gli eruditi e spezialmente gli scrittori. In nissun paese ha lo scritto a combattere con tanti ostacoli con quanti in Italia [...]. I librai non sono tra loro in corrispondenza come in Germania [...]. Fanno eccezione solamente i libri spirituali, i romanzi e le poesie, che più facilmente son reperibili presso tutti i librai » (51).

---

(49) Il problema della sfera pubblica dei lettori e della « comunità degli scrittori » è approfondito da A. CHIAVISTELLI, *Dallo Stato alla nazione. Costituzione e sfera pubblica in Toscana dal 1814 al 1849*, Roma, Carocci, 2006, pp. 119 ss. Cfr. anche M. I. PALAZZOLO, *I libri, il trono, l'altare. La censura nell'Italia della Restaurazione*, Milano, Angeli, 2003.

(50) Lettera di di Breme a Sismondi, Milan 15 août 1818, in *Lettere*, raccolte e annotate da P. CAMPORESI, Torino, Einaudi, 1966, p. 532. In una lettera a von Mohl (22.7.1845), Pasquale Stanislao Mancini si rammaricava di dover vivere in una « nazione che in fatto di commercio librario sembra circondata dalla muraglia della Cina » (cit. da C. VANO, *« Edifizio della scienza nazionale ». La nascita dell'Enciclopedia giuridica italiana*, in *Enciclopedia e sapere scientifico. Il diritto e le scienze sociali nell'Enciclopedia giuridica italiana*, a cura di A. Mazzacane e P. Schiera, Bologna, Il Mulino, 1990, p. 41).

Il tema dell'isolamento dell'intellettuale negli Stati italiani della Restaurazione è còlto efficamente da L. MANNORI, *La crisi dell'ordine plurale*, cit. Marino Berengo ha ricostruito le dinamiche della formazione, nel primo Ottocento, di un ceto di intellettuali che, esclusi dagli uffici governativi, operano all'interno di una vivace imprenditoria editoriale di tipo moderno. Cfr. M. BERENGO, *Intellettuali e organizzazione della cultura nell'età della Restaurazione*, in *La Restaurazione in Italia: strutture e ideologie*, Roma, Istituto per la Storia del Risorgimento, 1976, pp. 297-307 e in particolare il classico *Intellettuali e librari nella Milano della Restaurazione*, Torino, Einaudi, 1980.

(51) *Delle condizioni d'Italia*, cit., pp. 35 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Le riviste sono vettori di "progresso" (52), strumenti naturali di "comunicazione sociale", collegano gli studiosi ai pratici e nei casi migliori si rivelano palestre straordinarie, essendo insieme un « copioso magazzino di buone cose » — e alcune riviste giuridiche italiane dimostrano un notevole fiuto per cogliere le novità e aprire a mondi apparentemente lontani — e stimolo per formare quelle "truppe leggere" di cui parlava Rossi. Il giurista-funzionario — che proviene prevalentemente dall'avvocatura e dalla magistratura — non manca certo di ricoprire cariche e uffici importanti, di prendere parte a commissioni legislative, ma è soprattutto il *côté* scientifico dell'autore a risentire di più i vincoli, anche se mitigati, posti da regimi comunque assoluti.

Prima ancora, si dovrebbe dire della « repubblica delle lettere » (53), di quegli straordinari *network* epistolari che si dipanano, spesso per decenni, lungo la linea che intreccia il "privato" al "pubblico", i sistemi specialistici al sistema sociale, la dimensione locale alla scena internazionale. Il *Grand Tour* epistolare è una esperienza di straordinario rilievo per comprendere le ragioni profonde della comunicazione scientifica (54).

La circolazione culturale e scientifica attraverso le traduzioni dà vita ad un altro capitolo primario che, per il caso italiano, si colora di caratteri speciali e assume un particolare interesse. La traduzione è spesso *reinvenzione* dell'opera originale, adattamento al contesto, capacità di "trapianti" per la cui singolare riuscita il traduttore deve ricorrere ad "anticoagulanti" che fanno parte del *suo*

---

(52) Su questo profilo si vedano soprattutto le osservazioni di C. STORTI STORCHI, *'Preparare in ogni modo alla pratica'*, cit., pp. 459 ss.

(53) Così C. VANO, *« Il nostro autentico Gaio ». Strategie della Scuola storia alle origini della romanistica moderna*, Napoli, Editoriale scientifica, 2000, pp. 57 ss.

(54) Per es., con riguardo a Mittermaier, ma con valenza generale, A. MAZZACANE, *Epistolari giuridici del secolo XIX. Progetto di edizione. Lettere a Carl Joseph Anton Mittermaier*, in « Rechtshistorisches Journal », 14, 1995, pp. 437-443; B. DÖLEMEYER, *Wissenschaftliche Kommunikation im 19. Jahrhundert: Karl Joseph Mittermaiers juristisch-politische Korrespondenz*, in « Ius Commune », 24, 1997, pp. 285-298; A. MAZZACANE, *Alle origini della comparazione giuridica moderna: i carteggi di C.J.A. Mittermaier*, in *La comparazione giuridica tra Otto e Novecento*, Milano, Istituto Lombardo di Scienze e Lettere, 2001, pp. 15-38.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

universo intellettuale. Il rapporto tra il testo e l'ipertesto non ha nulla di *oggettivo* e sa ben poco di mera *influenza* (55).

Un altro cantiere, che meriterebbe ulteriori e specifici approfondimenti, è quello che contiene le esperienze variegatissime delle accademie, dei circoli (56), dei congressi scientifici (57). Questo capitolo importante della sociabilità borghese individua — così come il solito Mittermaier sa vedere — ancora una volta le questioni generali messe in luce dai cantieri precedenti: il legame inscindibile tra scienza e pratica, il carattere "artistico", l'ingegno pratico e oratorio degli Italiani, un impegno per l'*incivilimento*, per « attuare un migliore stato sociale [...] » (58). Sarebbe anche qui da verificare quanto il difetto italiano — denunciato da Giacomo Leopardi nel suo *Discorso sopra lo stato presente dei costumi degl'Italiani*, ovvero di « quel genere più particolare di società che suole essere chiamato con questo medesimo nome ridotto a significazione più stretta, e consiste in un commercio più intimo degl'individui fra loro [...] » — abbia una portata generale e riguardi l'universo della sociabilità dei giuristi.

È quindi mettendo assieme questi "contesti" — tra loro inestricabilmente intrecciati — che si potrà ricostruire il quadro più

---

(55) Per i dati cfr. F. Ranieri, *Le traduzioni e le annotazioni di opere giuridiche straniere nel sec. XIX come mezzo di penetrazione e di influenza delle dottrine*, in *Atti del III Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del diritto*, III, Firenze, Olschki, 1977, pp. 1487-1504; M. T. Napoli, *La cultura giuridica europea in Italia. Repertorio delle opere tradotte nel secolo XIX*, Napoli, Jovene, 1987. Per gli esiti v. P. Beneduce, *"Traduttore-traditore". Das franzosisches Zivilrecht in Italien in den Handbuchern der Rechtswissenschaft und -praxis*, in *Französisches Zivilrecht in Europa während des 19. Jahrhunderts*, a cura di R. Schulze, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, pp. 215 ss.

(56) Per un esempio di ricerca che sa intrecciare i diversi piani della "civiltà associativa" v. M. Meriggi, *Milano borghese. Circoli ed élites nell'Ottocento*, Padova, Marsilio, 1992.

(57) F. Bartoccini, S. Verdini, *Sui congressi degli scienziati*, Roma, Edizioni dell'Ateneo, 1952; G. C. Marino, *La formazione dello spirito borghese*, Firenze, La Nuova Italia, 1974; G. Pancaldi (a cura di), *I congressi degli scienziati italiani nell'età del positivismo*, Bologna, Clueb, 1983; Id., *Cosmopolitismo e formazione della comunità scientifica italiana (1828-1839)*, in « Intersezioni », II, 1982, 2, pp. 331-343; C. Fumian, *Il senno delle nazioni. I congressi degli scienziati italiani dell'Ottocento: una prospettiva comparata*, in « Meridiana », 24, 1995, pp. 95-124, in part. p. 98.

(58) C.J.A. Mittermaier, *Delle condizioni d'Italia*, cit., p. 29.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

esaustivo della cultura giuridica della Restaurazione. Bisogna quindi mettere meglio a tema le questioni fondamentali, saper riconoscere e apprezzare la *diversità*, non farsi schiacciare da una lettura *forte* e integralmente *scientificizzante*. È anche un problema di mappatura e di allocazione dei temi.

Se si guarda al problema, ricercandone però questa volta il *finis*, è probabilmente la celebre prolusione orlandiana del 1889 a "chiudere", almeno concettualmente, la stagione della *longue durée* della cultura giuridica plasmata nei decenni della Restaurazione.

I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico (59) addensa questioni che travalicano indubbiamente lo specifico oggetto di studio. Gli eccessi di ordine esegetico e filosofico e la negazione di ogni criterio sistematico hanno reso il paradigma scientifico disordinato, incoerente, eclettico. La ricerca di un complesso di « principi giuridici sistematicamente coordinati » (60) pretende di segnalare antitesi nette col "metodo" dei giuristi ("preorlandiani" nel caso di specie), ma il discorso coinvolge più in generale il *tipo* stesso del giurista della Restaurazione. Se questo pare aver privilegiato appunto il *pragmatismo*, l'esegesi (61), l'eclettismo, il giusnaturalismo privatistico, un « proprio tipo ideale », astratto, di istituzioni positive, l'opera di revisione deve invece fondarsi sul sistema, sullo specialismo e sul formalismo scientifico, sulle raffinate categorie pandettistiche e sull'ordine concettuale del diritto privato, oltreché sulla dimensione dello « Stato esistente » (ma a sua volta

(59) Su questi aspetti rinvio, per più ampie considerazioni e i relativi riferimenti bibliografici, a L. LACCHÉ, *Argumente, Klischees und Ideologien: Das „französische Verwaltungsmodell" und die italienische Rechtskultur im 19. Jahrhundert*, in *Rheinisches Recht und Europäische Rechtsgeschichte*, a cura di R. Schulze, Berlin, Duncker & Humblot, 1998, pp. 295-313.

(60) V. E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, in « Archivio giuridico », 62, 1889, p. 122.

(61) Per una rilettura critica del fenomeno dell'"esegesi" in Italia, dal primo Ottocento agli anni Ottanta, v. soprattutto R. FERRANTE, *Dans l'ordre établi par le code civil. La scienza del diritto al tramonto dell'Illuminismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 2002; G. CAZZETTA, *Civilistica e "assolutismo giuridico" nell'Italia post-unitaria: gli anni dell'esegesi (1865-1881)*, in *De la ilustración al liberalismo. Symposium en honor al profesor Paolo Grossi*, Madrid, Centro de Estudios constitucionales, 1995, pp. 399-418.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

non meno "immaginario" (62), fondato sulla « sovranità di poteri costituiti » (63).

In realtà, la svolta orlandiana è un momento significativo di un processo che inizia negli anni '60, come ben registrato dall'*Archivio giuridico* fondato da Ellero nel 1868 ma sviluppato soprattutto, a partire dal 1869-1871, da Filippo Serafini (64). Emerge con più forza la nuova figura del giurista nazionale, professore universitario, la cui vocazione scientifica rivolgerà lo sguardo sempre più, dagli ultimi decenni del secolo (65), al *Modell Deutschland*. È tempo di riorganizzazioni, di nuove disposizioni concettuali, di paradigmi atti a fondare criteri metodologici, statuti epistemologici, processi di autonomizzazione. Pur senza riuscire pienamente nell'intento, le Università cominceranno a proporsi come luoghi monopolistici della cultura giuridica. Questo processo di costruzione egemonica attraverso il germanesimo, la pandettistica e i suoi metodi sistematici e logici — come testimoniato anche dal dibattito degli anni '70 sull'ordinamento universitario in Italia — si proietta sul sessantennio precedente e ne diventa soprattutto il principale criterio per dispensare giudizi di valore (66). Il giurista nazionale, professore, scienziato,

---

(62) Per una originale ricostruzione degli schemi argomentativi utilizzati dalla giuspubblicistica italiana, v. P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986.

(63) V. E. ORLANDO, *I criteri tecnici*, cit., p. 123.

(64) Per l'analisi più compiuta di questo profilo v. P. BENEDUCE, *Il corpo eloquente*, cit.

(65) Su questo difficile processo v. G. CIANFEROTTI, *Università e scienza giuridica nell'Italia unita*, cit., pp. 32 ss.

(66) « V'era un corollario evidente in una simile circolarità fra rappresentazioni di passato e presente: il monopolio della scienza da parte dell'Università. Esse infatti implicavano due presupposti strettamente connessi tra loro. Il primo è la pretesa separazione e l'opposizione tra elaborazione teorica del diritto ed applicazione pratica; il secondo è l'identificazione di scienza e università, da un lato, di incultura e foro dall'altro. Tali convincimenti erano stati argomentati dalla scuola storica e dai suoi successori e divennero una persuasione indiscussa nel pensiero giuridico tra Otto e Novecento. Nella fase in cui il "germanesimo" si apprestava a trionfare nelle università italiane, alcuni giuristi vi reagirono invano, richiamandosi a tradizioni differenti: l'eclettismo e il vichismo, la legislazione comparata, il metodo casistico » (A. MAZZACANE, *Pratica e insegnamento: l'istruzione giuridica a Napoli nel primo Ottocento*, in *Università e professioni giuridiche*, cit., pp. 89-90; con modifiche e ampliamenti *A Jurist for united Italy: the training and culture of Neapolitan lawyers in the nineteenth century*, in *Society*

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

funzionario pubblico comincia, passo dopo passo, a lasciarsi alle spalle, non senza contraddizioni e anacronismi, il giurista municipale, forense, prevalentemente *pratico* e meno "burocratizzato". Lo Stato nazionale istituisce uno spazio pubblico che *attrae* i giuristi verso i suoi crescenti apparati e sancisce l'inizio di una trasformazione antropologica che tocca nel profondo la struttura costituzionale, i *corpi* dello Stato e il rapporto con la società (67).

Questa "naturale" rappresentazione del giurista scienziato/universitario/nazionale si costruisce attorno ad alcune dicotomie destinate a radicarsi profondamente: nazionale/locale; teorico/pratico; scientifico/eclettico; sistematico/disorganico; puro/impuro. Il progetto scientifico non riuscì tuttavia a tracciare un solo, esclusivo, cammino. Non sappiamo fino a che punto, nell'ultima parte del secolo, la dimensione costruttiva, autopoietica, autonoma, del sistema riuscì realmente a sgombrare il campo dalle "incrostazioni" della cultura giuridica che aveva preso forma nei primi decenni. La ricerca di un "giusto" metodo nella civilistica, a partire dagli anni

---

and the Professions in Italy 1860-1914, ed. by M. Malatesta, Cambridge, University Press, 1995, pp. 80-110). I riferimenti principali sono per le sintesi retrospettive — ma *ri-costruttive* — di B. Brugi, *Giurisprudenza e codici*, in *Cinquanta anni di storia italiana (1860-1910)*, pubblicazione fatta sotto gli auspicii del governo per cura della R. Accademia dei Lincei, Milano, Hoepli, 1911, pp. 1-42; A. Rocco, *La scienza del diritto privato in Italia negli ultimi cinquant'anni*, in « Rivista del diritto commerciale », IX, parte I, pp. 285-302 (poi in *Studi di diritto commerciale ed altri scritti giuridici*, Roma, Soc. ed. Foro italiano, 1933, pp. 5-33; F. Ferrara, *Un secolo di vita del diritto civile (1839-1939)*, in « Rivista del diritto commerciale », XXXVIII, 1939, pp. 429-444 (poi in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1954, III, pp. 273-293); S. Riccobono, *Introduzione*, in *Un secolo di progresso scientifico italiano 1839-1939*, a cura di L. Silla, VI, Roma, Società Italiana per il progresso delle scienze, 1939, pp. 297-300. Per un giudizio più sfumato cfr. V. Scialoja, *Diritto e giuristi nel Risorgimento italiano* (1911), poi in *Studi giuridici*, V, *Diritto pubblico*, Roma, Anonima Romana Editoriale, 1936, p. 11: « Ma tuttavia a me pare errato il severo giudizio, che si vuole pronunziare contro questo periodo della scienza giuridica italiana ». Questi contributi sono richiamati da A. Mazzacane, *Introduzione* a *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, a cura di Id., Napoli, Liguori, 1986, pp. 18-19; G. Cianferotti, *Emanuele Gianturco giurista pratico*, cit., p. 158, e, per una rilettura del fenomeno della circolazione delle opere francesi a commento del *Code civil*, A. Cavanna, *Influenze francesi e continuità di aperture europee nella cultura giuridica dell'Italia dell'Ottocento*, ora in *Scritti (1968-2002)*, II, Napoli, Jovene, 2007, pp. 1197 ss.

(67) Cfr. P. Beneduce, *Il corpo eloquente*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Ottanta, rivelò la necessità di un riavvicinamento tra teoria e pratica che non escludeva affatto transazioni tra esegesi e sistema (68). Anche per questo la ricordata rappresentazione *antagonista*, che contrapponeva tempi forti a tempi deboli, appare insufficiente (da sola) a cogliere non solo la fisionomia e i caratteri più profondi della Restaurazione, ma anche la stessa fase dello *specialismo* (69). Si potrà certo convenire, come giuristi, circa gli aspetti positivi del paradigma scientifico-universitario che si afferma tra Otto e Novecento, ma come storici non lo possiamo utilizzare *tout court* per *comprendere* e *interpretare* la *struttura costituzionale* e *antropologica* del giurista della Restaurazione. È una questione di occhiali e di lenti con cui osservare un fenomeno.

4. *Il* canone eclettico *per la nazione dei giuristi: Vico e Romagnosi.*

In questa sede cercherò di enucleare alcune questioni generali. Solo gli studi dedicati a singole esperienze possono ricondurre i modelli euristici e le concettualizzazioni ai contesti effettivi.

Appare inevitabile un approccio alla vicenda giuridica (italiana ed europea) della Restaurazione avendo come parametri e punti di riferimento quegli 'orientamenti' dottrinali consolidati — dell'esegesi e dello storicismo soprattutto — che attraversano e segmentano l'« età del codice civile ». Proprio la vicenda della codificazione, e del codice civile in particolare occupa, come sappiamo, un vero e proprio *spazio costituzionale*; ed è indubbio che l'Italia della Restau-

(68) P. Beneduce, *Il "giusto" metodo di Emanuele Gianturco. Manuali e generi letterari alle origini della "scienza italiana"*, in *L'esperienza giuridica di Emanuele Gianturco*, cit., pp. 295-364. Si tratta di una prospettiva, come ricordato dallo stesso Beneduce, che pone interrogativi aventi carattere generale. « Uno di essi, crediamo, può esprimersi nella questione di come *coniugare* da un lato il fenomeno generale e decisivo della costituzione degli specialismi, dall'altro la problematicità di materiali, interventi e tematiche di natura "eclettica" e di fonti comuni che penetrarono negli specialismi, non senza allargare i loro confini e mettere in comunicazione, spesso contraddittoriamente, i rispettivi ordini concettuali » (*Culture dei giuristi e "revisione" orlandiana: le immagini della crisi*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale*, cit., pp. 104-105).

(69) Per alcune puntuali osservazioni cfr. C. Vano, *Codificare, comparare, costruire la nazione. Una nota introduttiva*, in *Giuseppe Pisanelli. Scienza del processo, cultura delle leggi e avvocatura tra periferia e nazione*, a cura di Id., Napoli, Jovene, 2005, pp. XIX-XX.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

razione offra uno dei più interessanti scenari, su scala europea, della *lotta per la codificazione* nei suoi diversi significati ed accezioni (70).

L'effetto-codice — come manifestazione organica forte, anche nella sua cifra *politica*, del primato legislativo dei sovrani restaurati — sta al centro di ogni riflessione, orienta i dibattiti, è, a seconda dei casi, *pietra di paragone* o *pietra di inciampo*, ma comunque *pietra, fondamento*. La *modernità* non può prescindere dal formante codice e dall'effetto-codice. Codice come simbolo, mito, strumento in grado di riconciliare ordine sociale e ordine politico, società civile e strutture costituzionali, nonché idea che si rinnova profondamente.

Se questi profili sono centrali, c'è da chiedersi se essi esauriscono il contesto giuridico-filosofico coevo. Nonostante le diversità che sussistono tra gli Stati italiani, mi domando se esista e sia possibile tracciare i confini di un *canone* politico-culturale della Restaurazione. Richiamando l'idea del canone risorgimentale proposta da A. M. Banti (71), mi chiedo, in particolare, se sia possibile individuare un insieme di autori, di testi e di temi che abbiano contribuito a formare una parte significativa del lessico, delle questioni, direi della "parentela" tra i giuristi italiani. Esiste una *nazione dei giuristi*, che, al di là delle plurisecolari tradizioni che si sono costruite attorno alla prevalente dialettica *ius commune/iura propria*, sia in grado di usare codici linguistici *nazionali* che rinviano a sentimenti, a percezioni, a impressioni affioranti in superficie più come *spie* che come *discorsi*?

Credo che questo *nucleo* fondante esista e che il *perno centrale del canone* sia rappresentato da un binomio, solo all'apparenza

(70) F. Colao, *Progetti di codificazione civile nella Toscana della Restaurazione*, Bologna, Monduzzi, 1999; Id., *Pratica sapiente*, cit.; M. Montorzi, *Il caso della Toscana: una terra di diritto giurisprudenziale e forense di fronte alla cultura ed alle tensioni dell'omologazione codicistica*, ora in *Crepuscoli granducali. Incontri di esperienza e di cultura giuridica in Toscana sulle soglie dell'età contemporanea*, Pisa, Edizioni ETS, 2006, pp. 147-188; C. Amodio, *Il code civil nella giurisprudenza toscana della Restaurazione*, in B. Dölemeyer, H. Mohnhaupt, A. Somma (a cura di), *Richterliche Anwendung des Code civil in seinen europäischen Geltungsbereichen außerhalb Frankreichs*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2006, pp. 359-369.

(71) A. M. Banti, *La nazione del Risorgimento. Parentela, santità e onore alle origini dell'Italia unita*, Torino, Einaudi, 2000.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

sorprendente, formato da due autori diversi, per caratteri e orizzonti intellettuali, come Giambattista Vico e Giandomenico Romagnosi (72).

Scrive Vincenzo Gioberti nel *Primato* che « La Scienza Nuova si può paragonare a una terra feconda, che Iddio campò nell'oceano e tenne lungo tempo incognita e disabitata, riserbandola alla curiosa industria di futuri nocchieri e coloni; così quell'opera stupenda, sepolta nella polvere delle biblioteche, ebbe un secolo dopo da che fu scritta il pregio di una scoperta » (73). Vico è il simbolo stesso del precursore, del genio che cammina troppo avanti per essere inteso dagli uomini del suo tempo, secondo uno stilema destinato a orientare — a partire da Cuoco (ma in chiave di rivalutazione della tradizione nazionale) e passando poi per Bertrando Spaventa — la

(72) In questo contributo ho cercato di interrogarmi soprattutto su quello che ritengo solo il *punto centrale del canone* della cultura giuridica italiana della prima metà dell'Ottocento. Sarebbe credo interessante e utile allargare gli orizzonti focalizzando l'attenzione sull'intero insieme degli autori, appunto, "canonici", ovvero autorevoli e centrali in un immaginario, certo opinabile, catalogo di personalità e di opere. Non fa meraviglia che il più grande e controverso studioso del *canone occidentale* in ambito letterario, Harold Bloom, ricorra ai *Principi della scienza nuova* di Giambattista Vico per recuperare la sequenza storica delle tre fasi (teocratica, aristocratica, democratica) seguite dall'età del caos (*Il canone occidentale. I libri e la scuola delle ere*, Milano, Bompiani, 1996). In questo saggio parziale di storia della cultura giuridica sarebbe stimolante — in una prospettiva futura — mettere a frutto o almeno provare un altro approccio innovativo della critica letteraria (mi riferisco soprattutto a F. MORETTI, *Atlante del romanzo europeo, 1800-1900*, Torino, Einaudi, 1997) incentrato sullo spazio come elemento centrale della costruzione del discorso giuridico, ovvero come altro modo di leggere in profondità una sorta di *cartografia letteraria della cultura giuridica*.

(73) In precedenza Gioberti sottolinea che « La vena speculativa si risvegliò in Italia col Vico: il quale per instaurare il realismo platonico e cristiano, ebbe l'idea stupenda di risalire alle sue prime origini, non greche, ma italiche, ripescando gli elementi della prisca sapienza pelasgica fra gli avanzi della lingua latina […]. Ma il Vico non fu inteso a' suoi tempi, e anche ai dì nostri lo è da pochissimi; non tanto per l'espressiva difficile e gli errori parziali, che annebbiano una parte delle sue dottrine, quanto perché il suo pensare e sentire profondamente italiano richieggono per essere apprezzati maggior finezza e gagliardia di spiriti, che oggi non si rinviene » (*Del primato morale e civile degli italiani*, prima ed. napolitana fatta sulla seconda belga, Napoli, Matarazzo, 1848, t. II, pp. 49-50). Sullo sforzo di Gioberti per recuperare i caratteri del *primato* nazionale v. S. MASTELLONE, *Victor Cousin e il Risorgimento italiano (dalle Carte dell'archivio Cousin)*, Firenze, Le Monnier, 1955, pp. 60 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

lettura neo-idealistica del filosofo meridionale (74). Per il napoletano Turchiarulo, uno dei traduttori italiani di Savigny,

« Vico è la protesta dell'originalità del pensiero italiano, è la sola individualità del suo tempo, che si rivela anticipando d'un secolo il ritrovato d'una Scienza Novella. Quando i suoi concittadini non vollero né seppero pensare che colle formole d'una filosofia straniera, si ripiegò anch'egli nel segreto della propria coscienza [...]. Così il primo fra tutti formolò a sistema la storia dei popoli, divinò le leggi e dei luoghi la natura comune delle nazioni, seguì le tracce per le quali queste cominciano, grandiscono e decadono. Il primo fra tutti non lasciossi abbagliare dalla gloria delle grandi personalità storiche, svelò il segreto della loro grandezza, considerolle come altrettante creazioni del loro tempo, come espressione delle idee del secolo. Ma per quanto forte e vasta fosse in Vico la potenza del suo ingegno, non fu né poté essere per se sola bastante a compiere un lavoro non ancora cominciato ai suoi tempi, ad accumulare i materiali ed a formarli a sistema, ad elevare intero il grandioso e bene

(74) Su questo tema v. la bella analisi di G. COSPITO, *« Il gran Vico ». Presenza, immagini e suggestioni vichiane nei testi della cultura italiana pre-risorgimentale (1799-1839)*, Genova, Name, 2002 « Ora la memoria di Vico è riabilitata da Michelet, Ballanche […]; il suo genio è riconosciuto da tutti gli scrittori: che rimane a fare? Resta un'alta curiosità a soddisfare, resta a sapere qual via appartata si è aperto il genio di Vico per sorprenderci; per quali sforzi egli ha potuto elevarsi si alto in mezzo a' suoi contemporanei e respingere tanti pregiudizj […] » (G. FERRARI, *La mente di Giambattista Vico*, *aggiuntovi il primo scritto istorico di Vico*, Milano, Società tipografica de' classici italiani, 1854, seconda ed., p. 3). Cousin, come è noto, aveva incoraggiato la disinvolta, frammentaria, traduzione vichiana di MICHELET: *Principes de la philosophie de l'histoire, traduits de la Scienza Nuova de J.B. Vico, et precedés d'un discours sur le système et la vie de l'auteur*, par Jules Michelet, Paris, Jules Renouard, 1827. Paolo Becchi ha sottolineato il ruolo di Cousin nell'orientare Michelet verso l'opera di Vico (*Vico e Filangieri in Germania*, Napoli, Jovene, 1986, pp. 58 ss., anche per il ruolo avuto in Francia dagli esuli napoletani, noti e meno noti, nell'opera di divulgazione). Nella biografia intellettuale scritta da Viallaneix, Michelet sembra giungere a Vico autonomamente, pur nel rapporto costante con Cousin (P. VIALLANEIX, *Michelet, les travaux et les jours, 1798-1874*, Paris, Gallimard, 1998, pp. 72 ss.). Sull'interesse giovanile di Michelet per Vico v. B. CROCE, *Bibliografia vichiana. Accresciuta e rielaborata* da Fausto Nicolini, Napoli, Ricciardi, 1947, vol. II, pp 525 ss.

Sulla interpretazione e sull'"uso" di Vico da parte di Michelet cfr. G. FASSÒ, *Un presunto discepolo del Vico: Giulio Michelet*, in AA.VV., *Omaggio a Vico*, Napoli, Morano, 1968, pp. 483-550. Sull'insegnamento e lo studio vichiani di Cousin v. P. PIOVANI, *Vico senza Hegel*, Ivi.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

ordinato edificio della storia dell'umanità [...]. Ma il lavoro del Vico è straordinario abbastanza per dar ragione perché i suoi contemporanei non lo intendessero, ed a noi posteri ed Italiani il suo nome suoni così caro e glorioso. Che passi inonorato per gli stranieri, mentre fondarono sul pensiero di lui una scienza, che stanca i più forti pensatori di questi tempi, è questo un antico destino per noi Italiani, e vieto pur troppo, perché ne avessimo a meravigliare » (75).

Il richiamo a Vico non è soltanto al pensatore storicamente vissuto, lo è forse di più al vichismo (o meglio ai "vichismi") (76) e alle sue molteplici, spesso inautentiche, rappresentazioni, in ultima istanza all'"uso" intellettuale che se ne può fare. In questa singolare topografia l'idea centrale è naturalmente quella di una nazione antica

---

(75) A. Turchiarulo, *Discorso preliminare del traduttore*, in *Ragionamenti storici di dritto del prof. F.C. Savigny*, cit., parte I, pp. XVII-XVIII. Turchiarulo fu prefatore, annotatore e traduttore di Hegel, Gans, Thibaut, Puchta. Cfr. M. T. Napoli, *La cultura giuridica europea in Italia. Repertorio delle opere tradotte nel secolo XIX*, cit., *ad vocem* e vol. I, pp. 49-50 per il profilo biografico, 77-79, 100-101. Sulla disposizione "eclettica" di Turchiarulo nella lettura degli opposti metodi codificatori e storico-consuetudinari in Thibaut e in Savigny (con la presenza di Bentham), v. G. Cazzetta, *Codice nazionale e "vocabolario mentale" dei giuristi*, in *Per il 70° compleanno di P. Zamorani*, a cura di L. Desanti, P. Ferretti, A.D. Manfredini, Milano, Giuffrè, 2009, p. 121.

(76) Cfr. le osservazioni di G. Oldrini, *L'Ottocento filosofico napoletano nella letteratura dell'ultimo decennio*, cit., pp. 75 ss. Puntuali osservazioni in F. Mastroberti, *Tra scienza e arbitrio*, cit., p. 311. « In tal senso, Vico diventava una sorta di emblema del pensiero giuridico nazionale: per gli eclettici, il cui metodo consisteva nell'individuare nella storia dei vari sistemi filosofici gli elementi di verità che si trovano in ciascuno di essi e nel comporli in un unico sistema superandone il preteso esclusivismo, per quanti denunciavano le intrinseche aporie del movimento eclettico e riuscivano a non separare l'elemento razionale da quello storico del diritto richiamandosi alla correlazione tra *verum* e *certum*, per coloro che, muovendo da premesse razionalistiche consideravano la storia uno strumento per elaborare i principi giuridici su basi concrete e non astrattamente *a priori* e da quelli infine che trovavano chiara connessione tra le due categorie vichiane e la formula hegeliana "il razionale è reale, il reale è razionale" » (M. T. Napoli, *La cultura giuridica europea in Italia. Repertorio delle opere tradotte nel secolo XIX*, I, cit., pp. 80-81). Fulvio Tessitore ha richiamato un'acuta riflessione di Capograssi in ordine alla lettura dei giuristi napoletani che « credevano di ricavare dal Vico o prestavano a Vico » talune dottrine e « letteralmente non si può dire che quelle dottrine ci fossero in Vico, ma nel profondo esse costituiscono interpretazioni veramente geniali delle più secrete e vive esigenze di quel pensiero » (F. Tessitore, *Da Cuoco a De Sanctis. Studi sulla filosofia napoletana nel primo Ottocento*, Napoli, ESI, 1998, p. 42. V. anche Id., *Dimensioni dello storicismo*, Napoli, Morano, 1971, pp. 13 ss.). Cfr. P. Piovani, *Capograssi e Vico*, in « Bollettino del Centro di studi vichiani », VI, 1976, pp. 193-202.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

intesa come comunità etnica e storica, idea che tanto deve alla riscoperta di Vico « le cui opere, tra gli anni '10 e gli anni '40 dell'ottocento, diventano una sorta di inevitabile *must* negli ambienti dei colti e dei letterati » (77). Invogliati anzitutto da Vincenzo Cuoco (78), i Foscolo, i Manzoni, i Berchet, i Tommaseo, i Gioberti si mettono sulle tracce di uno scrittore oscuro e misterioso, probabilmente più citato che letto (79).

Che l'idea di nazione stia al centro di questo interesse è confermato anche dall'influenza vichiana in territorio subalpino. « Le vicende del Vico in Piemonte possono fornire la dimostrazione che il vichianesimo costituì una mediazione e un superamento del dissidio suaccennato sì da contribuire, attraverso il graduale concretizzarsi della visione storica alla luce della tradizione, alla formazione del sentimento di nazione e di nazionalità come di un rinnovamento morale, intellettuale, economico e politico » (80).

Il vichismo non è solo un modo di *pensare la nazione*, ma è anche una pratica e un segno distintivo della grande cultura filoso-

---

(77) A. M. Banti, *La nazione del Risorgimento*, cit., p. 112. Il lavoro di Banti, focalizzato attorno all'immaginazione ed alla costruzione risorgimentale dell'idea e del mito della nazione italiana in ambito letterario e artistico, non prende in considerazione la cultura giuridico-istituzionale. Se Sismondi, soprattutto (ampiamente citato dai militanti del movimento nazionale), e Cattaneo possono rappresentare una via diversa nel processo di identificazione nazionale, non sembra questo il caso di Romagnosi (richiamato a p. 49, nt. 127, p. 77) la cui *filosofia civile* ha avuto un ruolo tutt'altro che secondario. Probabilmente bisogna ricercare più nel profondo l'apporto dei "giuristi", a cominciare dal *canone eclettico* qui richiamato.

(78) Ma su talune incomprensioni vichiane di Cuoco v. N. Piovani, *Il Vico di Gentile*, in *La filosofia nuova di Vico*, a cura di F. Tessitore, Napoli, Morano, 1990, p. 311. Per il collegamento tra Vico e Cuoco nella cultura politica italiana rinvio a S. Moravia, *Vichismo e « idéologie » nella cultura italiana del primo Ottocento*, in AA.VV., *Omaggio a Vico*, cit., pp. 428 ss. e soprattutto al denso saggio introduttivo di A. de Francesco, *Il Saggio storico e la cultura politica italiana fra Otto e Novecento*, in V. Cuoco, *Saggio storico sulla Rivoluzione di Napoli*, ed. critica a cura di A. de Francesco, Manduria-Bari-Roma, Lacaita, 1998. Su vichismo e *idéologie* nella cultura giuridica toscana v. M. Montorzi, *Giovanni Carmignani: vichismo e idéologie nella cultura giuridica toscana*, ora in *Crepuscoli granducali*, cit., pp. 189 ss.

(79) In tal senso, si veda, nella *Biblioteca italiana*, una recensione degli *Opuscoli* di Vico ad opera di Giovanni Battista Brocchi: R. Bizzocchi, *La "Biblioteca italiana" e la cultura della Restaurazione. 1816-1825*, Milano, F. Angeli, 1979, p. 77.

(80) M. A. Benedetto, *Vico in Piemonte. Contributo alla storiografia filosofica e giuridica nell'età del Risorgimento*, Torino, Accademia delle scienze, 1952, p. 2.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

fico-giuridica napoletana. La storia, nel suo corso di *individualità* (81), appare la strada maestra per tracciare le vie della giurisprudenza nazionale. Le leggi nuove hanno radici antiche e uno dei compiti precipui del giurista "moderno" è quello di riannodare la catena dei tempi. La rilettura vichiana è pervasiva nella cultura regnicola, da Poerio a Savarese, da Blanch a Manna, da Emerico Amari a Capitelli, da Liberatore a Nicola Nicolini, da Mancini a Pisanelli, per accennare appena al *Panthéon* della cultura giuridica e filosofica della prima metà dell'Ottocento (82). Come è ben noto, nel 1845, in occasione del VII Congresso degli Scienziati, Vico è presentato come il nume tutelare della cultura meridionale (83): nella moneta coniata per l'occasione su di un lato si scorge l'Italia e sull'altro l'effigie del filosofo napoletano (84).

Il neo-vichismo, che si richiamava certo al filosofo napoletano, diventava però una sorta di *luogo* argomentativo per stabilire un *primato*, per temperare e per certi versi completare le dottrine della scuola tedesca: proprio il richiamo all'inascoltato Vico permetteva di ritro-

---

(81) Cfr. N. Piovani, *Il pensiero filosofico meridionale tra la nuova scienza e la « Scienza Nuova »*, in *La filosofia nuova di Vico*, cit., p. 43. Sulla posizione di Vico rispetto alla dimensione critica e scettica del pensiero moderno v. in particolare R. Ajello, *La nuova scienza contro 'La Scienza Nuova'. La critica del sapere nella Napoli preilluministica*, in « Frontiera d'Europa », IV, 1998, n. 2, pp. 47-149; D. Luongo, *Consensus gentium. Criteri di legittimazione dell'ordine giuridico moderno. II. Verso il fondamento sociale del diritto*, Napoli, Arte tipografica editrice, 2008, pp. 956 ss.

(82) Per una sintesi v. P. Ungari, *L'età del codice civile*, cit., pp. 89 ss. Ampiamente F. Tessitore, *Momenti del vichismo giuridico-politico nella cultura meridionale*, cit., pp. 105 ss.; A. Mazzacane, *Pratica e insegnamento: l'istruzione giuridica a Napoli nel primo Ottocento*, cit.

(83) Per il tema della "fortuna" e per il superamento della « leggenda storiografica » dell'isolamento di Vico si rinvia a F. Tessitore, *Momenti del vichismo giuridico-politico nella cultura meridionale*, in « Bollettino del Centro di studi vichiani », VI, 1976, pp. 76-111. Tessitore metteva in guardia: « In questo ambito i riferimenti a Vico sono stati tanto frequenti, insistenti, così premurosamente solleciti di trovare in Vico il « nume tutelare » delle tesi più diverse e disparate, da indurre lo storico alla massima cautela, invitandolo a dissolvere quella che probabilmente è la diversa « leggenda » dell'effettiva conoscenza di Vico negli studi giuridici italiani a lui successivi » (p. 77). Cfr. inoltre F. Tessitore, *Vico e la tradizione giuridica italiana*, in *L'educazione giuridica*, II, *Profili storici*, a cura di A. Giuliani e N. Picardi, Perugia, 1979, pp. 387-429.

(84) F. Mastroberti, *Tra scienza e arbitrio*, cit., pp. 310-311, nt. 28.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

vare un filo ininterrotto in quell'idea di progresso razionale che la giurisprudenza *nazionale* doveva ora perseguire e rendere vera ed utile.

E passando per Bertrando Spaventa, il Vico dei giuristi diveniva in Piemonte anzitutto quello degli esuli (85) Mancini, Pisanelli, Scialoja, Vito D'Ondes Reggio. Emerico Amari, nella *Critica di una scienza delle legislazioni comparate* (1857), definisce Vico il "Giano della Scienza Nuova", "l'Archimede della storia" e intende in qualche modo superare e completare il Vico, collegandosi al Romagnosi e "correggendo" la scuola storica (86). Nella celebre prolusione torinese del 1851 Mancini afferma che il secolo XIX è segnato dalle idee di Vico che « hanno invaso in tutta Europa il dominio della filosofia e della storia [...] » (87). E nella seconda metà dell'Ottocento, Enrico Pessina, dentro la "eclettica" vicenda dell'enciclopedismo giuridico, evocherà il nome di Vico come di un « nuovo Prometeo » (88).

Giandomenico Romagnosi è, a sua volta, l'altra faccia della nostra medaglia. Giurista di maggior spicco del primo Ottocento

---

(85) Cfr. E. Caballo, R. Rossini, *Esuli meridionali a Torino nel Decennio*, Torino, Rattero, 1961; G. Oldrini, *La cultura filosofica napoletana dell'Ottocento*, Bari, Laterza, 1973, pp. 334 ss.; R. Giannandrè, *Mancini e l'ambiente degli esuli napoletani a Torino*, in *P.S. Mancini. L'uomo lo studioso il politico*, a cura di O. Zecchino, Napoli, Guida, 1991, pp. 157-176; G. S. Pene Vidari, *Un secolo e mezzo fa (22 gennaio 1851): la lezione torinese di Pasquale Stanislao Mancini sulla nazionalità*, in *Studi piemontesi*, 2, 2002, pp. 273-285; Id., *Considerazioni sul contributo degli esuli risorgimentali al rinnovamento della Facoltà giuridica torinese*, in « Rivista di storia del diritto italiano », LXXVI, 2003, pp. 1-26.

(86) M. A. Benedetto, *Vico in Piemonte*, cit., pp. 213-214, 218. Cfr. E. Amari, *Critica di una scienza delle legislazioni comparate*, introduzione di V. Frosini, Palermo, Edizioni della Regione siciliana, 1969, t. II, cap. IX, pp. 21, 55. Si veda anche F. Treggiari, *Enciclopedia e 'ricerca positiva'*, in *Enciclopedia e sapere scientifico*, cit., pp. 181 ss.

(87) P.S. Mancini, *Della Nazionalità come fondamento del diritto delle genti. Prelezione al corso di diritto internazionale e marittimo*, 22 gennaio 1851, Torino, Botta, 1851, in *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti di Pasquale Stanislao Mancini*, Torino, Giappichelli, 1994, p. 32.

(88) E. Pessina, *Della nuova enciclopedia*, discorso inaugurale agli studi pronunziato il dì 16 novembre 1863, Napoli, Stamperia della R. Università, 1863, poi in *Discorsi varii*, Napoli, Casa Ed. Napoletana, 1915, VI, p. 96, cit. da P. Beneduce, *L'ordine dell'esposizione. Introduzioni alla giurisprudenza e regole dell'enciclopedismo in Italia nel secondo Ottocento*, in *Enciclopedia e sapere scientifico*, cit., p. 161. Non diversamente faceva Giovanni De Gioannis Gianquinto, *Prolusione al corso di Enciclopedia giuristica nella R. Università di Pisa*, Firenze, Barbèra, 1875.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

italiano (89), autore complesso e di non facile lettura, è, come Vico, un *point de repère* (90). Che cosa ne fa un autore-canone? Gli interessi enciclopedici (basti solo considerare la sua influenza nell'ambito delle filosofie del penale) (91), il suo essere « una delle più

(89) A. Padoa Schioppa, *Storia del diritto in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 488.

(90) « Qualunque sia l'argomento che tratti un libro del Romagnosi merita sempre gravissima attenzione. Distinto fra i più potenti pensatori d'Italia sì per l'altezza de' concetti, che per l'esattezza dell'espressione e del metodo ... » (F. Forti, articolo su *Che cosa è la mente sana? Indovinello massimo che potrebbe valere poco, o niente*. Discorso di G.D. Romagnosi, Milano 1827, coi tipi di Felice Rusconi, in *Scritti varii di Francesco Forti*, vol. unico, Firenze, Cammelli, 1865, p. 621. Lo scritto, pubblicato nell'« Antologia », risale al 1828). Sul pensiero e sulla presenza culturale di Forti v. L. Mannori, *Introduzione* a *Tra due patrie. Un'antologia degli scritti di Francesco Forti (1806-1838)*, con un'appendice di lettere inedite pubblicate da A. Chiavistelli, Firenze, Fondazione Spadolini-Nuova Antologia, Le Monnier, 2003 e il volume *Lettere, diritto, storia. Francesco Forti nell'Italia dell'Ottocento. Con un'appendice di lettere inedite*, a cura di A. Chiavistelli, Firenze, Olsckhi, 2009. Mannori ricorda come già Celso Marzucchi, nel suo elogio (*Elogio dell'Auditor Francesco Forti, letto dall'Avvocato Celso Marzucchi socio ordinario nella solenne adunanza del 30 settembre 1838*, in *Continuazione degli atti dell'I.R. Accademia economico-agraria dei Georgofili di Firenze*, vol. XVI, 1838, p. 348), avesse notato come l'approccio "storicista" dell'intellettuale pesciatino « sia maturato attraverso il contatto con un Vico variamente filtrato attraverso la lezione di Romagnosi, o forse anche di Cuoco. La tendenza a rifuggire le astrazioni per fondare i propri concetti su un'esperienza continuamente verificata 'sul campo' è un tratto comune, in effetti, di tanta cultura italiana coeva » (nel caso di Forti un tratto che molto deve alla lezione dello zio Sismondi) (*Introduzione*, cit., p. 23). Sulla storicità e sulla cultura del diritto comune in Forti v. P. Grossi, *Stile fiorentino*, cit., p. 26; A. Landi, *Tra diritto comune e codice civile. Francesco Forti e il problema dell'interpretatio nella Toscana della Restaurazione*, in *Scritti in onore di A. Cristiani*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 321-349. Per la piena comprensione da parte di Forti del pericolo connesso alla separazione tra teoria e prassi nella giurisprudenza toscana, cfr. F. Colao, *Avvocati del Risorgimento*, cit., pp. 71-75.

Il "romagnosiano" Marzucchi, nello stesso anno, aveva pronunciato dinanzi ai Georgofili *Dei principi di filosofia della vita sociale di Gio. Domenico Romagnosi. Memoria letta dall'Avv. Celso Marzucchi socio ordinario nell'adunanza del 10 Giugno 1838*, in *Continuazione degli atti dell'I.R. Accademia economico-agraria dei Georgofili di Firenze*, vol. XVI, 1838, pp. 208-241. Su Marzucchi v. soprattutto F. Colao, *Avvocati del Risorgimento*, cit., pp. 137 ss.; Id., *Le Lezioni di Celso Marzucchi, docente di istituzioni civili, dagli applausi degli studenti alla destituzione da parte del governo (1829-1832)*, in « Annali di storia delle Università italiane », X, 2006, pp. 139-166 e il profilo biografico in S. Solimano, "*Il letto di Procuste'. Diritto e politica nella formazione del codice civile unitario. I progetti Cassinis (1860-1861)*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 166 ss.

(91) Di un pensiero « sostanzialmente eclettico » ha parlato G. Fassò, *Sto-*

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

multiformi personalità del nostro primo Ottocento, in cui si concreta obbiettivamente un modello culturale ed umano di straordinario significato — comunque lo si voglia giudicare — nella sua capacità di condensare in sé una enorme panoplia di interessi, e di dar prova di una profonda varietà intellettuale, che feconderà tutto il clima della Lombardia dell'inizio del secolo » (92). Romagnosi fu sempre attento al ruolo del giureconsulto-filosofo, più "costruttore" che mero "esegeta", arricchendo e via via temperando, anche attraverso l'insegnamento, il suo originario giusnaturalismo sensista con il sentimento della vita del diritto intesa come *socialità* e come intuizione storica, concreta, organica (93). Anche per questo non mancò mai di guardare con sguardo attento alle varie forme della pratica del diritto (94). Passando attraverso l'*art social* cara agli *Idéologues* francesi (95), Romagnosi sviluppa il tema cruciale della filosofia civile e dell'*incivilimento* italiano in rapporto alla giurisprudenza (96): nella trama storica, positiva, della vita dell'organismo

---

ria della filosofia del diritto, III, *Ottocento e Novecento*, Bologna, Il Mulino, 1970, p. 122.

(92) L. Mannori, *Una Stato per Romagnosi. I. Il progetto costituzionale*, cit., pp. 2-4. Cfr. anche l'efficace giudizio sintetico di E. A. Albertoni, *La vita degli Stati e l'incivilimento dei popoli nel pensiero politico di Gian Domenico Romagnosi*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 14.

(93) P. Ungari, *L'età del codice civile*, cit., pp. 31 ss. La "genealogia" è còlta da N. Piovani, *Il pensiero filosofico meridionale*, cit., p. 49.

(94) Sul Romagnosi "pratico", magistrato, avvocato consulente e riformatore nel campo della pratica giuridica, v. M. G. Di Renzo Villata, *Gian Domenico Romagnosi e la pratica del diritto. Riflessioni sparse*, in *Sapere accademico e pratica legale*, cit., pp. 289-351; S. Parini Vincenti, *Studi sul « praticantato » in età moderna. Romagnosi e la Scuola di eloquenza pratica legale (1808-1817)*, estr. da *Avvocati e avvocatura nell'Italia dell'Ottocento*, cit.

(95) Sulle relative suggestioni rinvio a L. Mannori, *Una Stato per Romagnosi. I. Il progetto costituzionale*, cit., pp. 83 ss. Sul Romagnosi lettore di Condillac, Bonnet e Destutt de Tracy v. i lavori di S. Moravia, *Il tramonto dell'illuminismo. Filosofia e politica nella società francese (1770-1810)*, Bari, Laterza, 1968, p. 23; Id., *Il pensiero degli idéologues. Scienza e filosofia in Francia (1780-1815)*, Firenze, La Nuova Italia, 1974, p. 325.

(96) Sulla dottrina dell'*incivilimento* in Romagnosi cfr. E. A. Albertoni, *La vita degli Stati*, cit. « L'incivilimento considerato come un'arte, la storia della civiltà, l'economia politica, la statistica e in fine la metafisica; ecco gli argomenti che più specialmente abbracciò la mente del Romagnosi nell'ultimo periodo in cui la sua vita intellettuale fu accelerata […] » (G. Ferrari, *La mente di G. D. Romagnosi. Saggio*, Prato, Tipografia Guasti, 1839, pp. 30-31, anche per il superamento dell'impostazione vichiana: « Questi

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

sociale prende corpo la « ragion pubblica economica » che intreccia saperi e pratiche.

L'isolamento della Restaurazione — come è stato giustamente osservato — modifica anche l'atteggiamento intellettuale del giurista piacentino. Le riviste, la collaborazione all'*Antologia* del Vieusseux (97) dapprima, agli *Annali Universali di Statistica* poi, gli offrono una tribuna che lo collega al resto d'Italia e così « raccoglie attorno a sé un consistente gruppo di giovani intellettuali, e si afferma come un vero *opinion maker ante litteram* di fronte ad un vasto pubblico medio-borghese dell'epoca » (98). Da Ferrari a Cantù, da Cattaneo a Giuseppe e Defendente Sacchi (99), da Libri a Giovanetti, Romagnosi diventa il padre spirituale di una parte considerevole della generazione "risorgimentale". La stessa critica romagnosiana al sansimonismo e alla "religione" dell'*industrie* svela i principî della società moderna e la necessità di superare le prospettive più limitate del *code Napoléon* (100).

Anche la topografia "romagnosiana" — come pure quella vichiana — ha una indubbia valenza *nazionale*. I toscani Poggi, Forti, Marzucchi potevano seguire, anche attraverso i percorsi aperti dall'*Antologia* (101), le linee del modello romagnosiano del risorgi-

---

fatti costringevano il Romagnosi a proclamare la *naturale vocazione* delle genti italiane alla civiltà, e mettevano le sue teorie come quelle di Vico sotto l'influenza della civiltà romana. Ma egli fu più felice di Vico. La mente di quest'ultimo aggiravasi abitualmente tra le memorie dell'antichità; costruiva colle rovine del tempo il tipo ideale rappresentante il corso di tutte le nazioni […] », p. 34).

(97) Cfr. P. Bagnoli, *A proposito di G. D. Romagnosi e dell'Antologia. Quattro lettere inedite di G. P. Vieusseux*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 21, 1992, pp. 605-610.

(98) L. Mannori, *Uno Stato per Romagnosi. I. Il progetto costituzionale*, cit., p. 3, nt. 1. Sul cambiamento di rotta del Romagnosi più maturo rispetto al problema della formazione dell'opinione pubblica v. Id., *L'itinerario di un moderato. Libertà e pubblica opinione nel pensiero romagnosiano del decennio rivoluzionario*, in *Giacobini e pubblica opinione nel Ducato di Piacenza*, a cura di C. Capra, Piacenza, TIP.LE.CO, 1998, p. 190.

(99) Sugli scritti dedicati da alcuni di questi "allievi" a Romagnosi negli anni '30 e '40 v. E. A. Albertoni, *La vita degli Stati*, cit., p. 5.

(100) Cfr. P. Ungari, *L'età del codice civile*, cit., p. 78. Cfr. G. Maggioni, *Le riviste lombarde e il sansimonismo: elementi per un dibattito su proprietà e successione tra il 1825 e il 1848*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », IV, 1974, pp. 125 ss.

(101) « Fermi alcuni principii di filosofia civile che governassero il pensiero dell'*Antologia*, Vieusseux lasciò ai collaboratori di quella largo spazio alla libertà delle

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

mento civile conciliando su base sperimentale, grazie alle ragioni della storia, le leggi nuove con l'antica giurisprudenza (102). Ed anche in Piemonte la fortuna di Romagnosi fu certamente significativa in campo politico-giuridico (103).

Ritengo che questa forte presenza negli Stati italiani di Vico e di Romagnosi e delle relative tradizioni culturali e *discorsive* rappresenta, per una buona parte dell'Ottocento, una *piattaforma culturale* che viene prima delle *scuole* (per poi *confondersi* spesso con i dibattiti metodologici attorno alle *scuole* e agli *orientamenti*) e che possiede quindi *radicazioni nazionali profonde*. Si tratta soprattutto di *spie* (104), di *parentele*, di segnali che non producono sistemazioni organiche, ma che devono aver pesato non poco sugli atteggiamenti del giurista della Restaurazione. Ciò che conta non è la verosimiglianza filologico-critica dei richiami e delle citazioni quanto piuttosto la valenza *immaginativa* (105), cioè la capacità di generare *senso* e il tentativo, invero arduo, di dare fondamento giuridico-filosofico a idee nazionali. Ciò che davvero conta non è se Romagnosi sia stato un "buon" lettore di Vico o se il binomio abbia avuto davvero una valenza critico-scientifica. Ciò che acquista rilievo per noi è proprio

---

opinioni; cosicché vi furono articoli di Carmignani e di Romagnosi, capi-scuola opposti; di Forti, contrario alla scuola storica alemanna, e di Pietro Capei a quella aderente; di Montani, seguace del sensualismo francese, e di Tommaseo devoto allo spiritualismo cattolico di Manzoni e di Rosmini. Con buon senso squisito, Vieusseux seppe mantenere fra queste differenze l'unità dei principi generali » (G. MONTANELLI, *Memorie sull'Italia e specialmente sulla Toscana dal 1814 al 1850*, Torino, Società editrice italiana, 1853, vol.1, p. 30).

(102) P. UNGARI, *L'età del codice civile*, cit., pp. 64 ss. Sulla circolazione dell'opera di Romagnosi in Toscana cfr. E. A. ALBERTONI, *La vita degli Stati*, cit., pp. 53 ss. Sul legame strettissimo tra il problema della formazione universitaria (da riformare), la conciliazione tra la pratica e la vocazione "razionalistica" del giureconsulto toscano e il "modello" proposto da Romagnosi, v. F. COLAO, *Avvocati del Risorgimento*, cit., *passim*.

(103) M. A. BENEDETTO, *Vico in Piemonte*, cit., p. 76.

(104) Nel senso di C. GINZBURG, *Spie. Radici di un paradigma indiziario*, in *Miti emblemi spie. Morfologia e storia*, Torino, Einaudi, 1986, pp. 158-209 e con le osservazioni di M. SBRICCOLI, *Storia del diritto e storia della società. Questioni di metodo e problemi di ricerca*, in *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro*, a cura di P. Grossi, Milano, Giuffrè, 1986, p. 143.

(105) Al riguardo v. le osservazioni di P. COSTA, *Discorso giuridico e immaginazione. Ipotesi per una antropologia del giurista*, in « Diritto pubblico », 1, 1995, in part. pp. 31-34.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

il suo essere *canone*, è il momento e lo sviluppo dell'*assemblage* di frammenti, scarti, assonanze operata dagli scrittori che vogliono gettare un ponte « tra forti precursori e forti successori ».

Anche in tal senso, il *canone eclettico* può essere visto, nel campo della cultura giuridica, come una struttura discorsiva che genera una « costellazione narrativa » destinata a creare una associazione tra la dimensione giuridica e quella letteraria (106) generando alcune « figure profonde » (107) quali la genealogia, la ricostruzione della catena dei tempi, l'incivilimento, il carattere mediano del genio nazionale secondo la ricostruzione giobertiana.

In una lettera a Savigny, nel 1830, Pietro Capei, parlando della *Römische Geschichte* del Niebuhr, recensita dall'*Antologia*, confessa di aver patito una grandissima pena nel vedere come non pochi passi « coincidono quasi a parola con quelli del Vico, onde non so darmi pace che il Niebuhr non lo abbia mai citato [...] » (108).

Vico e Romagnosi sono il punto di partenza e il punto di arrivo nel processo di definizione di una incerta genealogia dell'identità

---

(106) Sulla necessità di un'alleanza tra la letteratura e il diritto (« Perciò, o Giovani, difendete la letteratura nelle scuole della giurisprudenza, e la giurisprudenza nei circoli letterarii. L'unione nelle idee come nella vita è il bisogno della umanità, il bisogno d'Italia »), v. la prolusione universitaria di Giuseppe MONTANELLI: *Dell'associazione fra la letteratura e il diritto*, cit., pp. 23-24. Sulla categoria degli « avvocati letterati » — che deve far riflettere sulla effettiva dimensione del giurista pratico in questa fase — v. G. ROSADI, *Di Giovanni Carmignani e degli avvocati letterati del suo tempo*, in *La Toscana alla fine del Granducato. Conferenze*, Firenze, Barbera, 1909; C. PAZZAGLI, *Vincenzo Salvagnoli e l'economia politica*, in *Il Risorgimento nazionale di Vincenzo Salvagnoli*, cit., pp. 151 ss.; L. MELOSI, *Letteratura e civiltà negli scritti di Vincenzo Salvagnoli. Berchet, Leopardi, Alfieri*, Ivi, pp. 133-149; F. COLAO, *Avvocati del Risorgimento*, cit., pp. 60 ss.

(107) Su questo stimolante concetto v. A. M. BANTI e P. GINSBORG, *Per una nuova storia del Risorgimento*, in *Il Risorgimento*, Storia d'Italia, Annali 22, Torino, Einaudi, 2007, pp. XXVIII ss.

(108) Cit. da L. MOSCATI, *Italienische Reise*, cit., p. 96, nt. 143. Nel 1816 il filologo zurighese Johann Kaspar von Orelli, in un articolo su Vico e Niebuhr, aveva rilevato la presenza, nell'opera dello studioso tedesco, di non pochi principî vichiani, arrivando alla conclusione, poi suffragata da Savigny, che Niebuhr non conoscesse l'opera di Vico al momento della stesura della *Römische Geschichte*. Sul punto P. BECCHI, *Vico e Filangieri*, cit., pp. 40 ss.

Sul vichismo e la cultura tedesca, nell'ambito dello sviluppo dello storicismo, v. anche F. TESSITORE, *Contributi alla storia e alla teoria dello storicismo*, Roma, Edizioni di storia e letteratura, 1995.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

italiana che non sfugge, per esempio, ai curatori del *Giornale per le scienze politico legali* (109). Non è certo un caso che allo studio e all'interpretazione dell'opera vichiana siano particolarmente vocati i "romagnosiani" e tra questi il toscano Girolamo Poggi e il lombardo Giuseppe Ferrari che offrono il tentativo più elaborato di ricostruzione critica del *canone eclettico*.

Nel suo saggio sul sistema livellare, Poggi individua nei due sommi italiani Vico e Romagnosi — il primo inventore della filosofia della storia, il secondo creatore delle scienze del metodo applicato alle scienze morali e politiche — gli autori centrali del *canone*. Vico nel *De Universi juris principio et fine unico*, che ha ispirato Hegel, Niebuhr e Savigny, è stato il primo a distinguere l'elemento storico, dottrinale e razionale (110). « Queste idee fondamentali del più gran Filosofo Italiano del XVIII Secolo furono felicemente fecondate e sviluppate dall'altissimo ingegno del celebre Professor Romagnosi, il Vico del Secolo XIX, che nel suo aureo *Saggio filosofico politico sull'istruzione pubblica legale* somministrò all'Italia un metodo di studj atti a formare un perfetto Giureconsulto [...] » (111). Appena dopo la morte del maestro, nel 1835 Ferrari pubblicò *La mente di Gian Domenico Romagnosi*, nella quale proponeva una articolata comparazione (112) tra la "mente" di Vico (113), geniale precursore

(109) M. CONETTI, *Filosofia del diritto e formazione del giurista nel « Giornale per le scienze politico legali »*, in *Formare il giurista*, cit., pp. 502 ss., anche per i differenti "vichismi" rintracciabili nell'analisi di Giovanni Carcano (lettore di Romagnosi, critico di Zeiller e non estraneo allo spiritualismo cousiniano: cfr. S. SOLIMANO, *'Il letto di Procuste'*, cit. p. 45, nt. 120) e di Alessandro de Giorgi (l'editore principale di Romagnosi, ma non senza mende: cfr. E. A. ALBERTONI, *La vita degli Stati*, cit., pp. 9 e 116), pp. 506 ss. e 537 ss. Sul punto v. *I tempi e le opere di Gian Domenico Romagnosi*, a cura e con introduzione di E.A. Albertoni, Milano, Giuffrè, 1990.

(110) Se Savigny era stato un fervido ammiratore di Vico, nondimeno Enrico Cenni ne coglieva la differenza: « quale infinito abisso intellettuale non separa la dottrina della Teoria civile del Vico dal sistema del Savigny […]? » (*Sulla importanza delle allegazioni degli avvocati napoletani massime nel secolo XVIII*, cit., p. 237).

(111) *Saggio di un trattato teorico-pratico sul sistema livellare secondo la legislazione e giurisprudenza toscana*, Firenze, Tipografia Bonducciana, 1832, II, pp. 30-31.

(112) G. FERRARI, *La mente di G. D. Romagnosi*, cit., pp. 10-11, 14-15, 17, 22, 33, e soprattutto pp. 66-75. Sul rapporto intellettuale tra Romagnosi e Ferrari v. S. ROTA GHIBAUDI, *Giuseppe Ferrari. L'evoluzione del suo pensiero (1838-1860)*, Firenze, Olschki, 1969, pp. 20 ss.

(113) Il confronto/analisi prosegue poi nell'opera dello stesso FERRARI, *La mente*

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

("senza popolo") procedente sempre per intuizioni ed associazioni di idee (non scevre certo da "errori" (114) e indebolite, a suo avviso, da uno sterile platonismo contemplativo) e la "mente" di Romagnosi, ordinante, sistematica ma, per certi versi, più "rigida" (115).

---

di Giambattista Vico, *aggiuntovi il primo scritto istorico di Vico*, Milano, Società tipografica de' classici italiani, 1837 (seconda ed. 1854), p. 238. Lo scritto, con alcuni adattamenti, avrà ampia diffusione in Francia: *Vico et l'Italie*, Paris, Eveillard, 1839 (sulle critiche e sul dibattito che ne seguirono a Parigi e in Italia v. M. A. Benedetto, *Vico in Piemonte*, cit., p. 95, nt. 3). Cfr. A. Pons, *Vico and French Thought*, in *Giambattista Vico: an International Symposium*, ed. by G. Tagliacozzo e H. V. White, Baltimore, The John Hopkins Press, 1966, pp. 165-186; C. D'Amato, *Il mito di Vico e la filosofia della storia in Francia nella prima metà dell'Ottocento*, Napoli, Morano, 1977; A. Verri, *Vico e Herder nella Francia della restaurazione*, Ravenna, Longo, 1984; M. Sanna, A. Stile (a cura di), *Vico tra l'Italia e la Francia*, Napoli, Guida, 2000; A. Pons, *Da Vico a Michelet: saggi 1968-1995*, Pisa, ETS, 2004. Su Vico e Ferrari v. C. D'Amato, *Le basi ideologiche della filosofia della storia di Giuseppe Ferrari*, in *Ricerche sulla cultura dell'Italia moderna*, a cura di P. Zambelli, Bari, Laterza, 1973. Sul rapporto stretto tra l'opera di Romagnosi e lo sviluppo del pensiero di Ferrari v. Id., *La formazione di Giuseppe Ferrari e la cultura italiana della prima metà dell'800*, in « Studi storici », XII, 1971, 1, pp. 693-717, anche per la più generale influenza romagnosiana sulle correnti democratiche in Italia.

(114) Cfr. anche G. Ferrari, *La mente di Giambattista Vico*, cit., pp. 6-7, 164: « […] ormai Vico è morto; le sue verità non ispettano più a lui, i suoi errori non sono più dell'epoca […] ». Cfr. anche ivi, pp. 238-239.

(115) Secondo Ferrari sono le esperienze di Romagnosi nell'amministrazione giudiziaria trentina ad avergli fatto acquistare « quel profondo senso pratico che manca quasi sempre alle menti speculative, gli porsero occasione di conoscere la forza de' suoi principj nelle più minute applicazioni della pratica, gli fecero sentire la necessità […] di avvicinare la teoria alla pratica, e radicarono in lui la profonda convinzione di quel principio metodico di attenersi alle *vedute medie* lontane dallo sgranato dei casisti e delle astrazioni pericolose dei filosofi » (*La mente di G. D. Romagnosi*, cit., p. 8). « Si confrontino le due posizioni e si troverà che Vico ha considerato sempre di preferenza la *perfettibilità*, le *attitudini*, gl'*istinti* innati delle nazioni: e che Romagnosi ha concentrata l'attenzione sull'*arte*, sull'*educazione*. Il Vico collega intimamente la perfettibilità al perfezionamento, le attitudini all'atto; il Romagnosi divide la perfettibilità dal perfezionamento, e riduce l'attitudine ad una semplice possibilità […] » (Ivi, p. 107). La comparazione tra il pensiero di Romagnosi e l'opera di Vico è indotta anche dalla costante lettura, implicita o meno, che il giurista di Salsomaggiore compie dell'opera vichiana. Cfr. G. D. Romagnosi, *Osservazioni sulla Scienza Nuova di Vico*, in *Opuscoli su vari argomenti di diritto filosofico*, Milano, Silvestri, 1837, pp. 156-174. L'articolo (probabilmente sopravvalutato dalla storiografia romagnosiana: cfr. S. Moravia, *Vichismo e « idéologie »*, cit., pp. 456 ss.) fu pubblicato per la prima volta nel 1822 ne *L'Ape Italiana* (il saggio su Vico denota « i segni tangibili del cambiamento avvenuto nel suo pensiero e dei « nuovi » oggetti della sua ricerca », R. Ghiringhelli, *Apparato bio-*

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Due anni dopo, nel 1837, pubblicò, come in uno specchio, *La mente di Giambattista Vico* della cui opera fu, come è noto, l'editore italiano (116).

Gli studi vichiani accompagneranno egualmente Carlo Cattaneo per gran parte della sua vita (117). In Cattaneo si ritrova ancora il *canone*: se Vico era stato il fondatore dell'ideologia sociale facendo vedere, oltre Cartesio e Locke, lo sviluppo della mente umana non astrattamente intesa ma attiva nella società e nella storia, Romagnosi aveva assunto *l'umano perfezionamento* quale principio che rompeva « la ruota fatale di Machiavello e Vico [...] » (118).

Del 1838 è lo scritto di Michele Parma *Sopra Giambattista Vico. Studii Quattro* (119). Filosofo cattolico "rosminiano", Parma — a differenza di Romagnosi — considera il sansimonismo, in chiave conservatrice, come critica all'individualismo e ritorno ad una società organica (120).

Questa complessa *presenza* di Vico e di Romagnosi, dello

---

bibliografico, in *I tempi e le opere di Gian Domenico Romagnosi*, cit., p. 22). Sul significato, per Romagnosi, dell'opera vichiana v. E. A. ALBERTONI, *La vita degli Stati*, cit., pp. 50-51 e soprattutto G. COSPITO, *« Il gran Vico »*, cit.; ID., *Romagnosi e Cattaneo tra istanze illuministiche ed eredità vichiane*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », XXXII, 2, 2002, pp. 411-425. Su Romagnosi lettore, sin dalla prima giovinezza, di Vico, cfr. S. MORAVIA, *Vichismo e « idéologie »*, cit., pp. 423 ss., con particolare riguardo al rapporto tra intellettuali meridionali e l'ambiente culturale lombardo tra Sette e Ottocento. « Per Romagnosi come per tanti altri intellettuali italiani della prima metà dell'Ottocento la lettura della *Scienza Nuova* non è un'esperienza rivoluzionaria, alternativa o addirittura contrastante rispetto alla loro preesistente, formazione illuministica » (Ivi, p. 480).

(116) M. MARTIRANO, *Giuseppe Ferrari editore ed interprete di Giambattista Vico: una linea di ricerca*, in *Atti dell'Accademia di Scienze Morali e Politiche*, vol. CVII, 1996, pp. 6-34. Richiama l'interpretazione dell'opera di Vico, « non sempre controllata », in FERRARI, F. DELLA PERUTA, *Giuseppe Ferrari*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, 46, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1996, p. 609.

Sull'altro, più sfortunato editore degli anni Trenta, Francesco Predari, e sulle polemiche con Ferrari, v. M. A. BENEDETTO, *Vico in Piemonte*, cit., pp. 87 ss.

(117) C. CATTANEO, *La scienza nuova dell'umanità: scritti vichiani 1836-1861*, a cura di G. Cospito, Genova, Name, 2002.

(118) C. CATTANEO, *Epistolario*, a cura di R. Caddeo, Firenze, Barbèra, 1949-1954, IV, p. 151. Cfr. N. BOBBIO, *Una filosofia militante*, cit., pp. 87 e 93.

(119) Milano, Stella, 1838.

(120) G. MAGGIONI, *Le riviste lombarde e il sansimonismo*, cit., p. 140. Su Parma e il vichismo cfr. M. A. BENEDETTO, *Vico in Piemonte*, cit., pp. 96 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

storicismo (121) *fantastico* (122) vichiano e della concezione romagnosiana, *sistematica*, dell'incivilimento, appare una *presenza contemporanea* volta a favorire uno spirito pratico di equilibrio e di conciliazione.

5. *La storia e la ragione, per riannodare la « catena dei tempi ».*

Al fondo del *canone* che ho sommariamente richiamato c'è forte la volontà di riconnettere assieme la storia e la ragione al fine di riannodare la « catena dei tempi », per usare il lessico di Benjamin Constant. « Le temps, dit Bacon, est le grand réformateur. Ne refusez pas son assistance. Laissez-le marcher devant vous, pour qu'il aplanisse la route. Si ce que vous instituez n'a pas été préparé par lui, vous commanderez vainement... » (123). Al principio della Restaurazione Constant tenderà a equilibrare il dato razionale (la volontà) con quello delle « deux puissances réformatrices » (124), il tempo e l'esperienza. La ragione appare dunque la misura progressiva di una società che non può solo conservare se stessa, la storia è lo scenario del tempo che educa alla pazienza e all'umiltà della durata temperando le fughe in avanti della ragione. Dopo che gli esiti politici degli eventi rivoluzionari hanno ridimensionato il sensismo e la cultura giusnaturalistica, i giuristi si trovano di fronte uno scenario fatto — per usare un *calembour* — di *transizione* (125) e di

(121) Giustamente notava S. MASTELLONE, *Victor Cousin*, cit., p. 12, che « poiché metodo eclettico significava *metodo storico*, ogni indagine fu impostata storicamente, la tradizione divenne elemento di progresso, e fu ristudiato con novello amore Vico, che aveva elevato la storia a oggetto di meditazione filosofica » (p. 12).

(122) Sul concetto di fantasia/*imagination* in Vico cfr. D. Ph. VERENE, *Vico. La Scienza della fantasia*, Roma, Armando, 1984 (1981).

(123) B. CONSTANT, *Principes de politique*, ed. E. Hofmann, *Les "Principes de politique" de Benjamin Constant. La genèse d'une oeuvre et l'évolution de la pensée de leur auteur (1789-1806)*, tome I, Genève, Droz, 1980, p. 412.

(124) B. CONSTANT, *Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle*, Paris, H. Nicolle, 1814. Su questi aspetti rinvio a L. LACCHÉ, *Coppet et la percée de l'Etat libéral constitutionnel*, in *Coppet, creuset de l'ésprit libéral. Les idées politiques et constitutionnelles du Groupe de Madame de Staël*, a cura di L. Jaume, Paris, Economica, Aix-Marseille, Presses Universitaires, 1999, pp. 135-155.

(125) « Finalmente conviene — scrive col solito acume Francesco Forti — che

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

transazioni tra il nuovo e il vecchio e cercano di ritrovare un ideale di scienza giuridica e di legislazione.

Ancora una volta può essere utile il richiamo a Pellegrino Rossi e al suo importante contributo del 1820. Per Rossi l'uomo non esiste al di fuori della storia, « [...] l'homme est déjà un vieux habitant de la terre. Il a parcouru différens degrés de civilisation, et il a fait des expériences et des essais de toute espèce. Il faut donc considérer l'homme en lui-même, l'homme actuel et l'homme historique » (126). Rossi accoglie il principio dell'eguaglianza civile che fa discendere dalla Rivoluzione intesa prevalentemente come rivoluzione sociale ma rifiuta l'idea di un catalogo "astratto" di diritti naturali e innati. Non è un principio giusnaturalistico a fondare i diritti bensì la società istituendo e regolando le diverse condizioni "concrete" dei soggetti. Bisogna dunque mettere da parte le « ténébreuses discussions » che fanno dell'uomo una statua, una chimera, che gli attribuiscono diritti senza connetterli a garanzie, doveri, obblighi, sanzioni, usando astrazioni e frasi vaghe. Il giurista, chiamato a regolare i problemi reali della vita, non ne trae alcuna utilità. Per lui l'uomo al di fuori della società, l'uomo essere astratto, non è niente. « Nous ne pouvons connaître l'homme qu' à la manière du physicien, par l'observation. Et il ne se prête à nos observations qu' en sa qualité d'homme sociable, et social » (127).

Rossi passa in rassegna gli orientamenti scientifici e culturali ormai al centro del dibattito, destinati poi a marcare in profondità il panorama giuridico ottocentesco. La scuola analitica o filosofica fissa il suo sguardo sui legislatori e per non ricadere nella « longue et triste expérience » dell'*arbitrario* non vuole lasciare ai magistrati « l'appréciation des résultats du développement national; elle exige

---

la critica prenda animo dal riflettere che noi siamo *in età di transizione* nella quale si vedon molte rovine dell'antico, pochissimo di edifizio moderno. Sulle rovine potrebbe per avventura venir rifabbricato; il moderno potrebbe esser distrutto. A questi due possibili mali convien riparare […] » (*Osservazioni intorno agli uffizi civili della critica letteraria*, in *Scritti varii di Francesco Forti*, vol. unico, cit., p. 621. Lo scritto, pubblicato nell'*Antologia*, risale al 1831).

(126) « Ceux qui n'étudient que l'homme abstrait, deviennent facilement des hommes à utopies, toutes les fois qu' ils veulent se mêler de gouverner le monde » (P. Rossi, *De l'étude du droit*, cit., t. I, pp. 32-33).

(127) Ivi, pp. 400-401.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

que ces résultats soient constatés et définis par la loi. Tous les matérieux informes de la jurisprudence doivent être fondus dans le creuset du législateur: les principes hétérogènes étant séparés, c'est de la main du législateur que la masse restante doit recevoir son poli et son arrangement symétrique » (128). Una vera giurisprudenza nazionale potrà nascere quindi da un delicato intervento ordinatore reso possibile dal ricorso allo strumento-codice.

Sull'altro versante, il riferimento obbligato è per l'opera di Savigny, ovvero, in quella fase, al *Beruf* e all'introduzione-manifesto (129) della *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (130).

---

(128) Ivi, p. 54.

(129) F.C. von Savigny, *Über den Zweck dieser Zeitschrift*, in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, I, 1815, pp. 1-17 (v. ora l'analisi in *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, *L'esprit de l'Ecole historique du droit*, textes réunis par O. Jouanjan, 7, 2004, pp. 25-32).

(130) Rossi rende però merito al più ampio e variegato movimento culturale tedesco citando Möser, Hugo, Niebuhr, Eichhorn, Humboldt, Göschen. Che Rossi fosse in relazione personale con Savigny lo sappiamo dalla prima lettera a noi nota indirizzata al professore tedesco a Berlino (25 maggio 1822). In essa Rossi dice di essere uno "de vos plus sincères admirateurs" (Marburg, Universitätsbibliothek, *Nachlaß Savigny*, Ms. 925/1516). Nel 1821 Friedrich Bluhme aveva riferito a Savigny (30.V.1821 e 3.XI.1822) dell'influenza che la "mediazione" rossiana stava avendo a Milano e in Veneto (cfr. F. C. von Savigny, *Briefwechsel mit Friedrich Bluhme, 1820-1860*, a cura di D. Strauch, Bonn, Bouvier, 1962, p. 24). Anche attraverso la corrispondenza con Meynier (cfr. il carteggio pubblicato da O. Motte, *Lettres inédites de juristes français du XIXe siècle conservées dans les archives et bibliothèques allemandes*, Bonn, Bouvier, 1990, t. 2, pp. 1264-1269), Savigny aveva saputo dell'impegno di Rossi e delle « Annales ». Negli anni successivi Rossi scrive, con deferenza, al « maestro » e al « consigliere di Stato » diverse lettere nelle quali perlopiù raccomanda e presenta studiosi e allievi. Una lunga lettera del 27 settembre 1828 (Marburg, Universitätsbibliothek, *Nachlaß Savigny*, Ms. 925/1519) ci dà molte informazioni utili, per esempio sull'intenzione di Rossi di scrivere una storia del diritto romano, sul ruolo che il ginevrino svolge come "mediatore" culturale verso il pubblico di lingua francese e della possibilità che l'indirizzo storico possa affermarsi con ulteriore vigore, su un accenno ad una fugace « apparizione » di Savigny a Ginevra e di un incontro a casa Rossi (« Ma femme a été très sensible à votre obligeant souvenir. Mais elle dit, et elle a raison, que votre apparition ne peut pas compter pour une visite. C'est une semaine dans l'hermitage de Genollier qu' il nous faudrait »), sull'invito che Savigny ha rivolto a Rossi affinché soggiorni a Berlino. A mio avviso l'anno 1828 deve essere visto come il momento culminante del rapporto tra Rossi e Savigny. È notissimo il giudizio di quell'anno, giudizio assolutamente lusinghiero, che il maestro tedesco diede su Rossi, professore prima a Bologna, poi a Ginevra (F. C. von Savigny, *Über den juristischen Unterricht in Italien*, cit., p. 205. Non sembra esatta, quindi, l'affermazione secondo cui

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

La scuola storica ritiene che non sia ancora possibile fare un buon codice, nella sostanza e nella forma. Mancano proprio i "materiali da costruzione" e i legislatori si trovano in realtà sotto il peso immenso di una materia informe: « au lieu d'être les maîtres — ci ammonisce —, nous sommes des esclaves courbés sous le joug d'un pouvoir aveugle et déréglé » (131). Il rilassamento dello studio scientifico del diritto nel XVIII secolo sarebbe la principale causa di questo disorientamento. E così il legislatore anziché scegliere i materiali secondo « les vraies principes dirigeants » si trova a individuare regole subalterne, dettagli inutili o pericolosi e spesso contradditorî. Senza la guida della scienza storica « Il met ses inventions arbitraires à la place de la véritable jurisprudence dont la nation a besoin, et dont elle porte les germes dans son sein: il croit son code complet, et il ne l'est pas: enfin dans les parties où il se flatte d'avoir réduit à un système régulier la jurisprudence existante, il n'a fait que mettre à la place où de vagues principes, où des décisions partielles qui ne peuvent pas suppléer à l'ensemble » (132). Insomma, una volta che il codice è apparso, tutto il lavoro resta da fare. Bisogna studiare, lavorare, preparare la stoffa prima di pensare all'uso che se ne farà, occorre individuare i *principes dirigeants*, elaborare teorie complete, stabilire un legame stretto tra i giureconsulti e i magistrati. Allora potrà nascere una giurisprudenza espressione vera e metodica dei bisogni e delle credenze nazionali in fatto di diritto, « alors nous parviendrons à avoir une langue du droit, riche, hardie, exacte, populaire, langue trop imparfaite actuellement [...] » (133).

Di fronte alla questione del giorno, al pomo della discordia, la

---

Rossi avrebbe incontrato personalmente Savigny per la prima volta a Zurigo solo nel 1833, così come si evince dalla lettera del 20 agosto 1833 (O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes*, cit., p. 1546) e dal "racconto" fatto da Savigny al figlio Franz (A. STOLL, *Friedrich Karl v. Savigny. Ein Bild seines Lebens mit einer Sammlung seiner Briefe*, Berlin, Heimann, 1929, t. II, *Professorenjahre in Berlin 1810-1842*, p. 466: « Dagegen sprach ich Rossi; liebenswürdig, geistreich, in politischem Urtheil kalt, ruhig, gemessen, aber sehr decidiert, wird bald die Schweiz verlassen und in Paris Professor werden », Varenna, 12. Aug. 1833; O. MOTTE, *Lettres inédites de juristes*, cit., p. 1543; P. CARONI, *Pellegrino Rossi et Savigny. L'Ecole historique du droit a Genève*, in *Des libertés et des peines*, Actes du Colloque Pellegrino Rossi, Genève, Droz, 1980, p. 17).

(131) P. ROSSI, *De l'étude du droit*, cit., t. I, p. 55.

(132) Ivi, pp. 56-57.

(133) Ivi, pp. 58-59.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

codification (134), per impiegare l'espressione benthamiana, che tiene il centro del dibattito e della polemica, Rossi si chiede: ma qual è il metodo migliore « pour bien saisir les résultats de l'état physique, moral et politique de la nation? Est-ce la méthode historique, ou celle d'un analyse qui parte du principe de la balances des plaisirs et des peines? » (135). Rossi non ritiene di poter risolvere la questione in questa sua memoria e in nota osserva come la soluzione la avanzerà in un saggio in italiano di prossima pubblicazione (mai avvenuta) dal titolo « Esame e paragone di parecchi codici civili presentemente osservati in Europa ». Per il momento il quadro è ancora incerto, fatto perlopiù di esagerazioni. In Francia sia la scuola storica che la scuola analitica sono poco conosciute e prevale la scuola dell'esegesi: « il faut avouer que le plus grand nombre des jurisconsultes français se bornent à faire des gloses et des commentaires sur leur nouvelle législation [...]. ». E « Dans une partie de l'Italie la science du droit, comme production nationale, n'est plus rien. Il n'y a, et ne peut y avoir, que des opinions flottantes entre plusieurs systèmes importés de l'étranger » (136).

Che cosa si vede allora in Europa?

« Pour la théorie, des sectes diverses et multipliées. Dans la pratique, les uns voudraient précéder le siècle et dévancer le temps; les autres croyent le suivre et demeurent stationnaires; les uns se flattent de pouvoir arrêter le cours des événemens, les autres se vantent de pouvoir le diriger et ne le connaissent pas; les uns demandent un code, les autres le repoussent; les uns se sont hâtés de le faire, les autres après l'avoir fait, demandent déjà la révision d'un ouvrage enfanté par la légèreté et la précipitation. Ici les jurisconsultes luttent contre les législateurs; là les jurisconsultes inventeurs luttent contre les jurisconsultes conservateurs [...]. En un mot le vieux système législatif se trouve partout plus ou moins profondément miné; miné par le temps, miné par les évènemens, miné par le travail continu et irrésistible des idées et des besoins des nouvelles générations [...]. A Vienne et à Paris, à Londres et à Turin, à

(134) Per i profili più strettamente connessi alla posizione di Rossi, si rinvia a P. CARONI, *Pellegrino Rossi et Savigny*, cit. e a L. MOSCATI, *Savigny in Italien*, cit., pp. 24 ss.

(135) P. ROSSI, *De l'étude du droit*, t. I, cit., p. 61.

(136) Ivi, p. 63.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Pétersbourg et à Naples, en Suisse, en Allemagne, à Varsovie, en Amérique, on s'est occupé, ou l'on s'occupe de nouvelles lois, des nouveaux codes, de révision, d'organisation judiciaire, de procédure, d'écoles, de droits, de la création de nouvelles chaires! Les projets se succèdent, les discussions se multiplient; il y a partout entre le vieux et le nouveau et entre les différentes nouveautés ce même contraste qui a signalé et qui signale les grandes réformations sociales [...]. Nous sommes dans le moment d'une grande crise pour tout ce qui concerne les lois et la jurisprudence. C'est la troisième réformation législative, moins dangeureuse dans ses élans, et plus immédiatement utile par ses effets que la réformation politique. Mais elle suit la même marche, elle est au fond le produit des mêmes causes [...] (137) ».

Se la crisi, come si è già osservato, è l'effetto necessario dei progressi della civiltà, il legislatore e i giuristi della Restaurazione dovrebbero fare come il saggio agricoltore — il cui terreno è attraversato da un fiume — che non sta con le mani in mano riflettendo su come poter respingere verso la loro fonte le onde irresistibili. Egli si preoccupa di dirigere il corso, scavare un letto profondo e profittare delle sue acque fecondatrici grazie a canali ben distribuiti: non ignora che una folle resistenza darebbe al corso d'acqua l'impetuosità di un torrente (138). Nella lotta tra il vecchio e il nuovo, gli strumenti per uscire dalla crisi non possono che essere numerosi. Di certo occorre una visione integrale e integrata del diritto. Così Rossi scorge nelle due scuole non pochi elementi comuni. « De ce rapprochement, il résulte aussi que ces deux écoles, l'historique et l'analytique, sont peut-être les seules qui n'osent pas raisonner *a priori*. Si elles ne suivent pas la même méthode pour examiner et coordonner les faits, du moins elles partent d'une base commune, l'observation. Elles sont également ennemies des principes vagues et abstraits, et de l'érudition pédantesque et routinière; les deux grands écueils à eviter dans l'étude du droit » (139). Condividono anche un obiettivo comune, sebbene impieghino mezzi differenti per raggiungerlo; aspirano entrambe a introdurre nella

(137) Ivi, pp. 64-66.
(138) Ivi, p. 68.
(139) Ivi, pp. 41-42.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

giurisprudenza una unità non soltanto apparente e materiale ma organica, interna, ricercando anzitutto i principî per mostrare i collegamenti con l'essenza stessa delle cose. L'odio comune per il potere arbitrario le conducono a risultati simili sull'organizzazione del potere giudiziario. Malgrado le due scuole appaiono *toto caelo distantes*, quasi nemiche, « elles veulent également lui rendre un principe de vie et d'unité; en faire un ouvrage national; et, je dirais presque, en amalgamer les principes avec les sentiments du peuple, et avec tous les autres élémens de la chose publique » (140).

Rossi teorizza il suo eclettismo metodologico anzitutto sul piano dell'insegnamento e dell'educazione delle giovani generazioni. Dopo aver escluso, non senza sarcasmo, ogni prospettiva giusnaturalistica (141) che pretenda di "separare" l'uomo dalla società, il giurista italiano "mescola le carte" e cerca di mostrare come sia possibile utilizzare al meglio, specie nell'insegnamento, la storia (non necessariamente nel senso della scuola storica ma *à la manière de Montesquieu*), il metodo esegetico combinato a quello dogmatico, l'analisi più che la sintesi, lo studio storico-dogmatico per cogliere i

(140) Ivi, p. 43.

(141) Severe sono le pagine che Rossi dedica a von Zeiller, alla sua opera e al concetto di diritti innati e naturali che informa l'ABGB (ivi, pp. 394 ss.). « Nous acceptons cette explication, mais nous n'en concluons pas moins que l'expression de *droits innés et naturels* n'a point de sens, et qu' il faut laisser tomber dans l'oubli la doctrine du droit naturel » (p. 402). Sugli equivoci presenti nella lettura rossiana di Zeiller v. B. Schmidlin, *L'éclectisme philosophique de Rossi dans sa conception d'une nouvelle étude du droit*, in *Des libertés et des peines*, cit., pp. 69-72 e soprattutto A. Dufour, *Droits de l'homme, droit naturel et droit public dans la pensée de Pellegrino Rossi*, in *Aux confins du droit. Essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand*, a cura di A. Auer, J.-D. Delley, M. Hottelier, G. Malinverni, Bale-Genève-Munich, Helbing & Lichtenhahn, 2001, pp. 193-206. Cfr. anche le osservazioni di E. Gilardeau, *Une affiliation européenne à l'Ecole doctrinaire: Le Svod et les Annales genevoises*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 32, 2003, pp. 315 ss. Per la presenza di von Zeiller nella cultura giusfilosofica del Lombardo-Veneto (e la critica di Giovanni Carcano) cfr. M. Conetti, *Filosofia del diritto e formazione del giurista nel Giornale per le scienze politico legali*, cit., pp. 500 ss., 510 ss., 522 ss. (cui si rinvia anche per gli ampi riferimenti bibliografici, nota 45). Per alcuni utili percorsi interpretativi v. R. Ferrante, *Codificazione e cultura giuridica*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 132 ss.; M. R. Di Simone, *Percorsi del diritto tra Austria e Italia (secoli XVII-XX)*, Milano, Giuffrè, 2006; P. Caroni, E. Dezza (a cura di), *L'ABGB e la codificazione asburgica in Italia e in Europa*, Padova, Cedam, 2006.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

principî sino alle ultime radici e per comprendere le istituzioni e le leggi esistenti. Ciò che occorre è un metodo *composito*. Prese a sé stanti le singole scuole non vanno certo esenti da vizi e limiti (seppur in forma e con gradazioni diverse), *combinate* riuscirebbero a garantire migliori risultati.

In un saggio del 1821 Rossi spiega:

« Nous pensons qu' il est surtout nécessaire de ne pas perdre de vue les trois diverses écoles de jurisprudence qui règnent actuellement en Europe, c'est-à-dire l'école *exégetique*, l'école *historique*, et l'école *philosophique*. Leur réunion seule peut amener la fusion du véritable esprit philosophique avec le positif du droit, moyennant la théorie des principes dirigéans [...]. Ces écoles restant séparées, l'une perd de vue les choses et les principes pour ne s'occuper que de mots; la seconde prend pour la vie réelle les hommes et les choses qui ne sont plus; la troisième ressemble à une jeunesse sans expérience, qui au milieu de ses riantes illusions, prend ses désirs pour de ses règles et méprise ce qu' elle ne connaît pas. C'est un malheur très-réel que l'éloignement actuel de ces diverses écoles. Chaque pays se trouve ainsi privé des avantages qui résulteraient de leur réunion et exposé aux exagérations qui sont le résultat nécessaire de l'influence presque exclusive de l'une de ces sectes [...]. Ici l'influence prédominante des érudits stationnaires a enfanté un code long, minutieux, fastidieux, et pourtant incomplet, parce que là où il n'y a ni plan ni principes, il ne saurait y avoir ni unité, ni ensemble, ni terme: là, cette même influence a donné naissance a des travaux législatifs qu' on pourrait comparer à l'édit de Théodoric. Ailleurs, les sectateurs de l'école historique se persuadent de pouvoir satisfaire aux besoins des hommes du dix-neuvième siècle en réparant de vieilles machines du moyen âge. Enfin, des philosophies ont cru avoir à faire à un peuple de philosophes, et pouvoir lui donner des principes méthaphysiques au lieu de véritables lois: le peuple ne s'est pas tenu tranquille sur les bancs de cette école. Au lieu d'abstractions, il a voulu des faits. Et quels faits! » (142).

La gioventù, attraverso una sapiente e ragionevole combina-

(142) P. Rossi, *Sur les principes dirigeans*, in *Annales de législation et de jurisprudence*, t. II, 1821, pp. 188-190. Già nel saggio del 1820, *De l'étude du droit*, cit., t. I, Rossi aveva sviluppato ampiamente la sua prospettiva eclettica (pp. 424-425).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

zione metodica, potrà conoscere anzitutto il diritto in vigore e come esso si sia formato, per cogliere in un secondo tempo i veri bisogni nazionali. Si formeranno così uomini capaci di *conservare* e di *riformare*, dotati di una salutare avversione per i rivolgimenti fine a sé stessi (143).

« Ces trois écoles qui réunies sont amies, n'ont qu' à s'éloigner l'une de l'autre pour devenir ennemies. Heureux les pays dont les administrateurs auront le courage d'appeler autour d'eux les trois différentes écoles de jurisprudence, pour le régler et les tempérer l'une par l'autre. Ce qui peut y avoir de vénéneux dans l'une, ne peut trouver son antidote que dans les autres. Telle est l'importante vérité que je voudrais avoir réussi à démontrer, pour en tirer une conséquence non moins importante, c'est que ce n'est pas une simple affaire de convenance, mais un devoir, une obligation stricte et positive de les accueillir, et de les co-ordonner ensemble dans l'enseignement public du droit. C'est dans ces heureux pays qu' on aura un jour des lois dans lesquelles se trouvera résolu le problème le plus difficile de la législation, savoir: quel est le point de contact de l'expérience du passé et des créations nouvelles; — des lois qui n'auront pas besoin d'apologie parce qu' elles la trouveront toute entière dans les sentimens des citoyens, jusqu' à ce que la marche progressive de la civilisation amène par degrés une nouvelle phase sociale et avec elle un nouvel ordre d'idées » (144).

Coordinare le esperienze, trovare il punto di contatto tra passato e presente sviluppando un graduale processo di *incivilimento* del diritto. La prospettiva rossiana, incentrata su uno spregiudicato gioco di accostamenti e di possibili incastri tra orientamenti scientifici apparentemente "nemici" (da Savigny a Bentham) (145) cerca di conciliare la concezione storicista della giuri-

(143) P. Rossi, *De l'étude du droit*, cit., t. I, p. 422.

(144) Ivi, pp. 425-426.

(145) Sul punto v. P. Caroni, *Pellegrino Rossi et Savigny*, cit., p. 32; B. Schmidlin, *L'éclectisme philosophique de Rossi*, cit., pp. 72-73; L. Marco, *Un économiste éclectique: Pellegrino Rossi (1787-1848)*, in *Revue d'économie politique*, 2, 1988, pp. 293-302. Nella Toscana degli anni Venti — attraverso Vieusseux e Sismondi — la proposta rossiana del 1820-21 dovette essere ben conosciuta (cfr. L. Lacché, *« All'antica sua patria ». Pellegrino Rossi e Simonde de Sismondi*, cit. Le teoriche rossiane in campo penalistico, dopo la pubblicazione del suo *Traité*, saranno oggetto di vive critiche da

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

sprudenza nazionale (a cui resterà in parte legato anche negl'anni successivi) con l'esigenza di un sistema giuridico capace di assicurare garanzie e certezza. Il giurista toscano è in realtà alla ricerca di una sintesi personale capace di assicurare continuità storica alla giurisprudenza nazionale (146) ricusando però gli aspetti meno accettabili

---

parte di Carmignani, e non solo. Cfr. M. P. GERI, *L'epistolario di Carmignani tra letture e incontri professionali e culturali*, in *Giovanni Carmignani (1768-1847)*, cit., pp. 283 ss.). Negli anni immediatamente successivi non mancarono proposte e suggestioni che riproducono lo stesso schema. Si pensi a un fervente seguace toscano del Romagnosi, il grossetano Giovanni Valeri, che in una lettera al Vieusseux traccia nel 1825 una sorta di rassegna delle questioni allora più dibattute, cercando di trovare — come aveva fatto Rossi nel 1820 — punti di contatto tra la scuola storica savignyana e quella teoretica di ascendenza benthamiana, BNCF, Fondo Vieusseux, 117, 84, *Lettera di Giovanni Valeri a G.P. Vieusseux*, ottobre 1825. Ben note sono le cinque "lettere" di Romagnosi al Valeri pubblicate nel 1826 nell'*Antologia* (poi in *Scritti giuridici*, scelti da F. Ercole, Roma, Formiggini, 1937, pp. 255-332 e soprattutto in *I tempi e le opere di Gian Domenico Romagnosi*, cit., pp. 141-204. Su tutto ciò v. E. A. ALBERTONI, *La vita degli Stati*, cit., pp. 21 ss.). Su Valeri v. L. MOSCATI, *Italienische Reise*, cit., pp. 83-84.

Alla fine degli anni Venti, un altro avvocato e magistrato toscano di grande ingegno come Girolamo Poggi respingeva la visione isolata delle singole scuole. Se prese singolarmente non erano certo prive di difetti, intrecciate potevano contribuire a disegnare un « modello ideale d'un Trattato perfetto di giurisprudenza » in una logica di miglioramento e di civile progresso, sulla linea tracciata da Romagnosi (*Saggio di un trattato teorico-pratico*, cit., p. 11). Poggi si richiamava alle tre scuole: storica, prammatica o testuale, razionale o benthamiana. « Da questi rapidi cenni sull'indole delle tre diverse Scuole che si disputano il regno della Giurisprudenza, evidente risulta l'insufficienza, di ciascuna di esse isolatamente presa ed esclusivamente considerata a somministrare un modello completo e perfetto da seguitarsi per lo studio e l'esposizione dottrinale del gius costituito[…]. La riunione e la fusione di questi tre vantaggi non potrebbe adunque somministrare un metodo perfetto e completo per studiare in generale la civile Giurisprudenza, e conseguentemente per esporne una parte speciale? È prezzo dell'opera esaminarlo » (pp. 16-17). L'opera di Girolamo Poggi sul sistema livellare è, a mio avviso, il tentativo più organico di applicazione del *canone eclettico* nell'età della Restaurazione. Cfr. E. SPAGNESI, *La formazione d'un vero giureconsulto*, cit., pp. 232 ss.; F. COLAO, *Avvocati del Risorgimento*, cit., pp. 78-79; E. SPAGNESI, *Girolamo Poggi e il modello ideale d'un trattato di giurisprudenza*, in *Sapere accademico e pratica legale*, cit., pp. 196-198. 217.

(146) « Par jurisprudence nationale, nous n'entendons ici ni des compilations nouvelles, ni des législations inventées *a priori*; nous entendons un système de droit indigène, qui soit la fidèle expression des besoins nationaux, qui se forme peu à peu, qui vive dans la conscience des citoyens, s'aide de tous leurs sentiments, et ne se trouve jamais en guerre avec eux » (P. ROSSI, *De l'étude du droit*, cit., p. 380).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

del "quietismo" (147). Il tema della Restaurazione del diritto è proprio questo: non si può ritornare al passato, mettendo tra parentesi la Rivoluzione, come vorrebbero i "retrogradi", ma non si può neppure accogliere il costruttivismo rivoluzionario; bisogna rendere conforme il diritto ai bisogni dei popoli e ai lumi del secolo, saper riannodare la catena dei tempi senza però restare prigionieri del passato. L'eclettismo europeo di Rossi, del quale è un pioniere (quando ancora l'eclettismo filosofico muove i primi passi), intende far emergere provocatoriamente il dilemma politico-giuridico che accompagna la Restaurazione: i « nuovi elementi morali della società » che discendono dai « progressi della civiltà » chiedono alle classi dirigenti di « mettere d'accordo », di combinare *conservazione* e *riforma*. L'idea del fenomeno legislativo che registra e manifesta lo stato attuale della *civilisation*, che traduce in "scienza" la "naturalità" sociale delle norme non solo diffonde il messaggio dello storicismo, ma ben interpreta, in chiave eclettica, quel diffuso *esprit* liberale che vuole reagire al concetto più marcatamente volontaristico della legge e all'immagine di una società costruita su fondamenta artificiali (148).

6. *Eclettismi e principî.*

Le analisi e le proposte che Rossi prospetta nei primi anni Venti possono essere considerate la prima e più organica espressione dell'eclettismo giuridico. Nel principale e originale contributo critico dedicato al rapporto tra eclettismo e cultura giuridica nel contesto italiano, Enrico Genta si poneva, alla fine degli anni Ottanta, il problema di come « costruire una "teoria" del sistema giuridico eclettico della Restaurazione ». « L'elaborazione di una teoria strutturata sull'eclettismo giuridico, inteso come momento di

(147) « Mais l'école historique, quand son enseignement n'est pas dirigé par une philosophie judicieuse, tend à inspirer une espèce de fanatisme qui, pour être scientifique, n'en est pas moins pernicieux lorsqu' il s'applique aux intèrêts réels de la vie. L'homme qui veut à toute force métamorphoser ses compatriotes en Romains, en Germains ou en Gaulois, n'est qu' un révolutionnaire érudit » (Ivi, pp. 424-425). Su taluni profili del "quietismo" sotteso al programma scientifico savignyano, v. soprattutto W. Wilhelm, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, cit.

(148) Cfr. P. Rosanvallon, *Le moment Guizot*, cit., pp. 44-45.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

saldatura tra l'eclettismo teoretico e quello pratico, è un'ipotesi di lavoro, che mira a rappresentare la realtà riducendola a unità e spiegandola » (149). Il "modello" eclettico non appariva solo nella prospettiva di un mero schema sintetico, ma poteva essere strumentalmente efficace o scientificamente utile e idoneo a « generare una figura dotata di forte potenzialità allusiva, integrabile e correlabile con altri problemi e prospettive della vasta realtà culturale della Restaurazione » (150).

Lo studio della prospettiva eclettica lascia intravedere in effetti un terreno vastissimo e "informe". Mentre l'organizzazione della cultura giuridica per "scuole" offre una più netta fisionomia (con il pericolo però di assolutizzare, irrigidire, parcellizzare, isolare, allontanare), l'eclettismo appare anzitutto come un *atteggiamento*, una *postura* del giurista della Restaurazione. Vorrei qui riflettere sul problema individuando i livelli, o forse le stratificazioni, che si rischia di confondere e di sovrapporre: mi riferisco al cd. eclettismo filosofico e all'eclettismo giuridico.

Per il primo viene inevitabile di pensare a Victor Cousin. Come è noto, il filosofo francese aveva seguito le orme dello spiritualismo di Royer-Collard, reagendo quindi al sensismo di Condillac e all'*idéologie* dei suoi seguaci. I suoi viaggi in Germania avevano contribuito ad accrescere l'attenzione verso le opere di Schelling, Fichte, Kant, molto prendendo da Hegel (151). Traduttore di Platone, Proclo, delle storie della filosofia di Tennemann (152), riuscì a valorizzare le teorie di Thomas Reid (153) (tradotto da

(149) E. GENTA, *Eclettismo giuridico della Restaurazione*, in « Rivista di storia del diritto italiano », LX, 1987, p. 307.

(150) Ivi, p. 309.

(151) Sui rapporti con Hegel v. P. BECCHI, *Vico e Filangieri*, cit., pp. 63 ss.

(152) È forse da ricordare che Romagnosi, assieme a Baldassarre Poli, annotò l'edizione italiana: *Manuale della Storia della Filosofia* di Guglielmo Tennemann, con introduzione di Victor Cousin, Milano, Fontana, 1832-1836, 3 voll. (del 1833 è l'edizione napoletana; poi Milano 1855-1857). Su questa edizione e sui rapporti del Poli, professore a Padova, con Cousin, v. S. MASTELLONE, *Victor Cousin*, cit., p. 143. Per un richiamo S. SOLIMANO, '*Il letto di Procuste*', cit., p. 46, nt. 121.

(153) Le opere filosofiche di Royer-Collard furono pubblicate nel 1828 in appendice all'edizione francese delle opere di REID (*Oeuvres complètes de Thomas Reid, chef de l'école écossaise, publiées par M. Th. Jouffroy; avec des fragments de M. Royer-Collard, et une introduction de l'éditeur* [...], Paris, A. Sautelet, V. Masson, 1828-1836).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Jouffroy). Se l'impianto eclettico è percepibile dalla fine degli anni Dieci (dal *Cours* del 1818), è però nel corso degli anni Venti, dalla prima edizione dei *Fragments de philosophie contemporaine* del 1826, che lo scrittore francese definisce una teoria e un vero e proprio metodo eclettico. Nei *Fragments philosophiques* Cousin denuncia il "difetto" della filosofia moderna: affermare principi "assoluti" senza mettere realmente a confronto le dottrine. La nuova "scuola" lo ha fatto — scrive un seguace italiano — perché « il fondamento dell'ecletismo è la perfetta cognizione di tutte le filosofie [...] »; non abbracciare una sistema solo, ad esclusione degli altri, « ma di andar da tutti scegliendo ciò che vi ha in essi di vero, e così tutti insieme accordarli [...] » (154).

Nell'analisi cousiniana, quello che nello studio di Rossi era il "posto" delle scuole di giurisprudenza, viene occupato dai "sistemi".

« Un sistema veramente completo si applica, dunque, con una meravigliosa facilità alla storia. Esso, per giustificarsi, non ha bisogno di proscrivere tutti i sistemi; gli è sufficiente separare la parte inevitabile di errori mescolata alla parte di verità, che è la forza e la vita di ciascuno di essi; e, operando allo stesso modo su tutti, da nemici quali erano per i loro errori contrari, li fa amici e fratelli a motivo delle verità che racchiudono e così epurati e riconciliati egli ne compone un vasto insieme, adeguato a tutta quanta la verità. Ora questo metodo, nello stesso tempo filosofico e storico, il quale, in possesso della verità, sa ritrovarne frammenti qua e là in tutti i sistemi, è eclettismo. Bisogna distinguere tre cose nell'eclettismo: il suo punto di partenza, i suoi procedimenti e il suo fine; il suo

---

Lo ricorda Giuseppe Devincenzi, *Dell'Ecletismo in Francia, ovvero della nuova scuola filosofica del Royer-Collard e del Cousin. Discorso primo*, in *Il Progresso delle scienze, delle lettere e delle arti*, n. 21, maggio-giugno, 1835. Su questo articolo e sul ruolo de *Il Progresso*, fondato nel 1832 e diretto da Giuseppe Ricciardi, v. S. Mastellone, *Victor Cousin*, cit., pp. 189-190. Sull'eclettismo nella cultura meridionale cfr. F. Zerella, *L'eclettismo francese e la cultura filosofica meridionale nella prima metà del secolo XIX*, Roma, Opere Nuove, 1952 e soprattutto G. Oldrini, *La cultura filosofica napoletana*, cit., pp. 138 ss.

(154) G. Devincenzi, *Dell'Ecletismo in Francia*, cit., pp. 9-10. Sul Devincenzi eclettico v. O. Abbamonte, *Potere pubblico e privata autonomia*, cit. Cfr. gli atti dei Convegni *Giuseppe Devincenzi nel Risorgimento e nella politica post-unitaria*, Teramo, Centro di ricerche storiche Abruzzo Teramano, 1974 e *Giuseppe Devincenzi: la figura e l'opera*, a cura di C. Felice, S. Atto, Edigrafital, 1997.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

principio, i suoi strumenti e i suoi risultati. L'eclettismo presuppone un sistema, che gli serva da punto di partenza e da principio per orientarsi nella storia; ha bisogno come strumento di una critica severa, poggiata su di un'erudizione estesa e solida; ha per risultato preliminare la scomposizione di tutti i sistemi attraverso il ferro e il fuoco della critica e come risultato definitivo la loro ricomposizione in unico sistema che è la rappresentazione completa della coscienza nella storia. L'eclettismo parte da una filosofia e tende, per mezzo della storia, alla dimostrazione vivente di questa filosofia » (155).

Anche in questo caso sentiamo riecheggiare il tema rossiano delle scuole: possibili amiche se si riavvicinano, nemiche se si isolano l'una dall'altra (156). De Vincenzi osservava nel 1835 come la scuola eclettica francese fosse in forte espansione: « Chè essa ha già un gran numero d'illustri seguaci per ogni dove, e non piccol mutamento si vede che viene ingenerando in tutte le dottrine ». Il metodo sembra « il meglio accomodato al presente stato della filosofia ed ai tempi in che viviamo » (157). Nella terza edizione dei *Fragments* (1838) (158), Cousin risponde alle obiezioni ricevute e traccia anche una mappa

(155) *Cousin. Eclettismo come metodo*, a cura di F. Fiorentino, Paris-Lecce, iusEAed., 1993, pp. 111-112, dalla prefazione alla seconda edizione dei *Fragments philosophiques* (Paris, Ladrange, 1833). Sull'eclettismo cousiniano e le sue ampie ramificazioni, v. J. Billard, *L'éclectisme*, Paris, Puf, 1997.

(156) Pellegrino Rossi conobbe Victor Cousin attraverso le sue relazioni ginevrine (e poi parigine) con Victor de Broglie e François Guizot. È Jules Barthelemy Saint-Hilaire a ricordare, citando una lettera del filosofo francese ad Alphonse Pictet de Rochemont (Paris 8 août 1826), l'incontro di Rossi con Cousin nel 1826: *M. Victor Cousin, sa vie et sa correspondance,* Paris, Alcan et Hachette, 1895, t. II, pp. 476 ss. In una lettera del 1831, Rossi si rivolge a Cousin come a « le grand philosophe » (*Lettera a Cousin*, Genève 31 juillet 1831, in *Bibliothèque Victor Cousin*, *Sorbonne*, ms. 246, t. XXXIII, n.4357). Sul rapporto tra Pellegrino Rossi, Cousin e i dottrinari francesi rinvio a L. Lacché, *Pellegrino Rossi e la Monarchia di Luglio,* in *Un liberale europeo: Pellegrino Rossi (1787-1848)*, a cura di Id., Milano, Giuffrè, 2001, pp. 69-108.

(157) G. Devincenzi, *Dell'Ecletismo in Francia,* cit., p. 7.

(158) Le risposte di Cousin furono commentate su *Il Progresso delle scienze, delle lettere e delle arti*, XXI, 1838, da Stanislao Gatti che citava l'immancabile Vico nella sua qualità di autore *canonico*: « Ho voluto nominare Giambattista Vico non perché io creda che le verità sien più da abbracciare quando sono state la prima volta nel proprio paese bandite, ma perché tutti sappiamo come quest'eclettismo non è straniero all'Italia, ma insegnato per la prima volta da un uomo del cui nome e della cui sapienza più debbano i napoletani andar gloriosi, e ne' cui scritti i migliori ingegni d'Italia, e d'oltremonte non

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

della "recezione" del suo metodo, dalla Germania all'Italia agli Stati Uniti. Nell'edizione del 1833 aveva cercato di respingere le critiche e i distinguo che, per il contesto italiano, non erano invero da meno dei giudizi entusiastici verso « quella modesta filosofia cioè che nulla non dispregia e deride, ma che sottilmente disaminando tutte le dottrine, prende il vero dovunque il rinviene » (159). Di fronte alle critiche di deismo, panteismo, psicologismo, fragile sincretismo, scarsa originalità mossegli da Gioberti (160), Rosmini, Cattaneo (161) o da Galluppi (che pure ne fu il massimo "intermediario" nell'Italia meridionale) (162), Cousin reagisce osservando che « Si può pensare che, dopo di ciò, non si è visto nell'eclettismo che un cieco sincretismo, che mescola insieme tutti i sistemi, approva tutto, confonde il vero e falso, il bene e il male; un nuovo fatalismo; il sogno di uno spirito malato, che chiede un sistema alla storia, non potendone produrre uno? Tutte queste obiezioni svaniscono da sole, dopo un rapido esame » (163). In Francia, Lerminier (164) e soprattutto Pierre Leroux respingono negli anni Trenta il metodo cousiniano taccian-

---

cessano d'incessantemente studiare, quasi facendo a gara di meglio intenderlo e meglio applicarne i principî alle varie parti del sapere ».

(159) G. Devincenzi, *Dell'Ecletismo in Francia,* cit., p. 12.

(160) Cfr. S. Mastellone, *Victor Cousin*, cit., pp. 44 ss., anche per i risvolti biografici. « Il sistema del signor Cousin è campato in aria; anzi non è sistema; l'eclettismo da lui concepito non può esser altro che una raccolta empirica, disorganica di filosofemi, letti e cuciti insieme alla meglio con l'aiuto del buon senso, inettissimo, lo ripeto, a costruire da sé solo la scienza » (V. Gioberti, *Prolegomeni del Primato morale e civile degli Italiani scritti dall'autore*, introduzione e note di G. Balsamo-Crivelli, Torino, Utet, 1926, t. II, p. 156).

(161) Sulla critica costante di Cattaneo verso l'eclettismo, ovvero a « coloro che hanno una presa di zucchero per ogni sorta di bocche », v. N. Bobbio, *Una filosofia militante*, cit., p. 96.

(162) Cfr. S. Mastellone, *Victor Cousin*, cit., pp. 181 ss. Su Galluppi e Cousin v. anche F. Tessitore, *Da Cuoco a De Sanctis*, cit., p. 55: « […] Galluppi definì (anche qui riassumendo un atteggiamento che era proprio della cultura napoletana) il tipo di approccio a Cousin e all'eclettismo: accettazione del metodo (fondato storicamente e assimilabile allo « storicismo » vichiano mai spento tra Sette-Ottocento) e rifugio del sistema […] ». Sul rapporto tra metodo e sistema nella riflessione napoletana di quegl'anni v. ivi, pp. 56 ss.

(163) Prefazione alla seconda ed. dei *Fragments philosophiques*, Paris, Ladrange, 1833, in *Cousin. Eclettismo come metodo*, cit., p. 112.

(164) J.-L.-E. Lerminier, *Lettres philosophiques adressées à un Berlinois*, Paris, Paulin, 1832.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

dolo di essere il contrario della "vera filosofia", anzi una "filosofia di Stato" (e dell'Università), « [...] mot d'ordre philosophique de cette école doctrinaire si obstinément attachée à la légitimité, non par goût, non par séduction, mais par impuissance [...] » (165).

La forte presenza dell'eclettismo francese (166) in alcuni Stati italiani ha favorito, credo, un naturale processo di giustapposizione con l'eclettismo giuridico. È indubbio che tale filosofia abbia funzionato da catalizzatore intercettando e assorbendo — con i limiti che sappiamo (167) — la dimensione giuridica, finendo così per "nascondere" le radici più profonde di un atteggiamento diffuso, metodico, che riposa su una "piattaforma" culturale che rinvia al ricordato canone del Risorgimento. Non è casuale che il programma dell'*Osservatore*, un giornale palermitano, fosse di rifarsi a Vico e a Romagnosi contro l'eclettismo francese (168). Il corto circuito con

---

(165) P. LEROUX, *Réfutation de l'Eclectisme*, Paris, Gosselin, 1839, rist. Genève, Slatkine, 1979, présentation de J.-P. Lacassagne, p. 69. La *Réfutation* consiste nella ristampa dell'articolo *Eclectisme* pubblicato nell'*Encyclopédie nouvelle* (Paris, Gosselin, 1838, t. IV, pp. 462-538) e di due articoli, riguardanti soprattutto Jouffroy, pubblicati nel 1833 nella « Revue encyclopédique ». Per la traduzione v. *Il filosofo e l'umanità: l'eclettismo*, a cura di F. Fiorentino, Lecce, Milella, 1990. Sulle critiche di Leroux e di Ferrari cfr. J. BILLARD, *L'éclectisme*, cit., pp. 107 ss. Sulla "filosofia dello Stato" e sulla politica della filosofia cfr. J.-P. COTTEN, *Autour de Victor Cousin. Une politique de la philosophie*, Paris, Diffusion les Belles Lettres, 1992; P. VERMEREN, *Victor Cousin: le jeu de la philosophie et de l'Etat*, Paris, L'Harmattan, 1995; J. BILLARD, *De l'Ecole à la République: Guizot et Victor Cousin*, Paris, Puf, 1998; R. RAGGHIANTI, *Fra etica e politica:la storiografia filosofica di Victor Cousin*, in *Le patologie della politica. Crisi e critica della democrazia tra Otto e Novecento*, a cura di M. Donzelli e R. Pozzi, Roma, Carocci, 2003, pp. 219-233.

(166) « In questo senso va forse ridimensionata la funzione dell'eclettismo cousiniano, giacché esso non contribuì ad operare in Italia una svolta risolutiva, ed anche nelle situazioni in cui venne accolto con i maggiori entusiasmi, esso fu riguardato con grande interesse soprattutto pe l'insostituibile opera svolta nella diffusione del pensioro tedesco» (S. LA SALVIA, *Il moderatismo in Italia,* in *Istituzioni e ideologie in Italia e in Germania tra le rivoluzioni*, a cura di U. Corsini, R. Lill, Bologna, Il Mulino, 1987, p. 279).

(167) « È tuttavia difficile precisare quanto di importato e quanto di indigeno ci sia in molte dichiarazioni eclettiche, poiché la cultura di questo periodo con la sua avversione per le soluzioni radicali e coll'amore per la conciliazione fu, nello spirito, eclettica […] » (S. MASTELLONE, *Victor Cousin,* cit., pp. 14-15). Cfr. A. SAVORELLI, *'Eclettismo' e 'terza via' nella filosofia italiana tra il 1860 e il 1890*, in *Enciclopedia e sapere scientifico*, cit., pp. 205 ss.

(168) S. MASTELLONE, *Victor Cousin*, cit., pp. 232 ss. ricostruisce, in un panorama sostanzialmente adesivo verso l'eclettismo cousiniano, la posizione critica di Benedetto

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

l'eclettismo cousiniano nasce dalla sua forte capacità, tra gli anni Trenta e Quaranta dell'Ottocento, di fornire "legittimazione", anche sul piano della concezione moderata della libertà. Su questa linea l'eclettismo giuridico può apparire una "scuola", una prospettiva teorica, ma in realtà, nel contesto italiano, ha una dimensione *empirica*, radici e motivazioni peculiari. Non è una "quarta" scuola, è piuttosto uno *strato* profondo delle culture giuridiche. Proprio nella profondità delle antiche culture statali della penisola è possibile scorgere quel canone — straordinariamente produttivo di immagini e di sincretismi — che è parte radicale, direi *architettonica*, dell'edificio e sopra di esso scorre l'età del codice, delle "scuole", dei "metodi", degli ordinamenti. Ma quel canone, tipicamente "nazionale", incide non poco sul modo di interpretare e di vivere quell'età, sulle sue prospettive scientifiche e ordinamentali, segnando, a ben vedere, tutto il XIX secolo.

L'eclettismo assume la dimensione di "superficie" del fenomeno, ma a me pare che quel canone sia il vero strato profondo della cultura della Restaurazione e dei suoi giuristi. Chi ha ben approfondito i legami tra le idee di Vico e la cultura napoletana e nazionale non ha mancato di cogliere i presupposti per « l'incontro tra Vico e gli ideologi, in una combinazione che, tramite, Romagnosi, prende tono di nuova, non effimera sintesi rispettivamente in Cattaneo e Ferrari » (169). Questa "combinazione" è stata certamente avvertita ma poco valorizzata nell'ambito degli studi sulla cultura giuridica dopo la Restaurazione. Si tratta di uno *strato* nel quale possono trovare posto la storia e la ragione, la catena dei tempi e la filosofia civile dell'incivilimento, l'idea di progresso e lo spirito di moderazione, la nazione e le tradizioni legislative degli Stati, la prassi e la dottrina. Questa pluralità di orizzonti bene rappresenta un'età di contrasti e di continue interazioni e sovrapposizioni culturali.

È interessante, non a caso, la lettura che Romagnosi, e gli

Castiglia, prima nel periodo de *La Ruota*, poi dell'*Osservatore*. « Il Vico quale è conosciuto e inteso in Sicilia è […] generalmente un Vico visto in rapporto al sensismo e al razionalismo del Romagnosi » (F. Brancato, *Vico nel Risorgimento*, Palermo, Flaccovio, 1969, pp. 139 ss.). Sull'eclettismo in Sicilia v. S. Mastellone, *Victor Cousin*, cit., pp. 214 ss.

(169) N. Piovani, *Della apoliticità e politicità di Vico*, in *La filosofia nuova*, cit., p. 153. Ivi, p. 165.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

allievi Cattaneo e Ferrari, fanno di Vico (170). Non mancano certo giudizi severi, ma non regge la dura critica di Croce rivolta a Romagnosi perché si sarebbe abbeverato più « di vichismo annacquato, cioè di stellinismo, che non di vichismo schietto » (171). La prospettiva crociana è manichea e vuole creare un fossato invalicabile tra razionalismo e storicismo, empirismo e idee. Ma la realtà è assai più complessa. La convinzione di Romagnosi è che la specificità del "primato italiano" riposi invece su un felice equilibrio, su « un genere misto, cioè di razionale e di positivo, di speculativo e di pratico, d'immaginario e di effettivo [...]. La dottrina dell'incivilimento [...] è figlia della ragione e della esperienza » (172).

Gli "ismi", le "scuole", certo, condensano questi orizzonti plurali ma la *lettura* del canone costruito attorno a Vico e Romagnosi sembra poter offrire elementi ulteriori per un'analisi più complessa. Il diritto resta parte integrante della scienza della società. È intrecciato "ecletticamente" con i saperi che governano la società (dalla storia alla filosofia, dall'economia alla politica): il giurista è pertanto un "tecnico" dell'arte sociale del diritto in grado di offrire pragmaticamente strumenti di interpretazione. È un giurista, poi, straordinariamente aperto agli sviluppi del pensiero europeo. L'eclettismo è, per molti versi, sinonimo di inquietudine, di insoddisfazione verso soluzioni che sembrano chiudere più che aprire gli orizzonti plurali delle società. L'eredità del "progetto" giusnaturalista e di un moderato sensismo viene proposta da Romagnosi in una prospettiva che si lega al recupero della genealogia vichiana della scienza della legislazione (173).

Ancora una volta la riflessione di Pellegrino Rossi, senza

---

(170) Cfr. *supra*, nt. 115.

(171) Cfr. B. Croce-F. Nicolini, *Bibliografia vichiana. Accresciuta e rielaborata*, cit., vol. I, pp. 243-244; 435-445. Sull'incomprensione crociana e sul percorso Vico-Romagnosi v. S. La Salvia, *Il moderatismo in Italia*, cit., pp. 294-295.

(172) G. D. Romagnoli, *Dell'indole e dei fattori dell'incivilimento*, in *Scritti filosofici*, a cura di S. Moravia, Milano, Meschina, 1974, vol. II, pp. 107-108.

(173) « Cresciuto alla scuola della filosofia sensista e del nuovo diritto naturale, sensibile alla varietà di tutti i problemi della realtà sociale, cultore della storia e della "statistica civile", esperto di economia politica e così via, proprio allontanandosi definitivamente dall'angusto orizzonte del pratico e presentandosi come uomo completo, come scienziato della socialità più che come applicatore di norme, esso appare ora come l'ultima e più raffinata proiezione di una cultura classicista dura a morire, che lo candida automaticamente, all'interno del nuovo stato burocratico, ad un ruolo assorbente

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

dubbio il giurista europeo più attento alla dimensione "teorica" del problema affrontato, viene in nostro aiuto. Non è un caso che il giurista "ginevrino" pubblichi nel 1821 un saggio sui "principi dirigenti" che rivela punti di contatto con la riflessione romagnosiana sui « principj fondamentali » come "principi direttori della legge" illustrati nel *Saggio filosofico-politico sopra l'istruzione pubblica legale* del 1807 (174). Ed è proprio il terreno dei *principî* quello che sta a cuore ai giuristi più avvertiti della Restaurazione. Il giusto timore verso l'arbitrio rischia di trasformare i giudici in « machines à sentences » (175). La scienza della legislazione è diventata scienza delle disposizioni minuziose « pour enchaîner, dit-on, les praticiens et les juges » (176). L'arbitrio della legge rischia però di essere

---

nell'ambito della pubblica organizzazione decisionale » (L. MANNORI, *Uno Stato per Romagnosi. I. Il progetto costituzionale*, cit., p. 21).

(174) « Da questo punto eminente in cui si unificavano la politica e la giurisprudenza, ed in cui la ragion di Stato ordina la giustizia dei privati, si scoprono quelle vedute di *alta legislazione* con cui il giureconsulto può giovare ai progressi della nazione, trasportare nell'*arte* sua quella prudenza legislativa che sfugge alla lettera dei codici, e con lui la turba forense in vece di essere condannata all'esecuzione materiale di un mandato; alle questioni dei casisti […] » (G. FERRARI, *La mente di G. D. Romagnosi*, cit., pp. 21-22). Risale al 1807, come detto, il *Saggio filosofico-politico sopra l'istruzione pubblica legale*, in *Opere* di G.D. Romagnosi riordinate e illustrate da A. de Giorgi, vol. II, parte II, Milano, Presso Perelli e Mariani editori, 1846, pp. 1139-1187. Nel 1807-1808 il giureconsulto piacentino elaborò il celebre *Progetto di regolamento degli studj politico-legali pe' l Regno d'Italia*, ivi, pp. 1189-1233. Su questo progetto cfr. F. GENTILE, *Il progetto di regolamento degli studi politico-legali di G.D. Romagnosi*, in *L'educazione giuridica*, t. II, cit., pp. 430-453; S. TORRE, *L'« Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche »: parabola di un insegnamento*, in *Università e professioni giuridiche in Europa nell'età liberale*, cit., pp. 153-160; S. PARINI VINCENTI, *Studi sul « praticantato » in età moderna. Romagnosi e la scuola di eloquenza pratica legale (1808-1817)*, cit. Del 1812 è il *Discorso sul soggetto e l'importanza dello studio dell'alta legislazione*, in *Opuscoli su vari argomenti di diritto filosofico*, cit., pp. 1-21.

Mi sembra che la nozione rossiana di principi dirigenti sia da accostare, nella sostanza, più alla riflessione romagnosiana di inizio secolo che ai *leitende Grundsätze* savignyani (così E. GILARDEAU, *Une affiliation européenne à l'Ecole doctrinaire*, cit., p. 308, sulla scia di A. DUFOUR, *Genève et la science juridique européenne*, cit., p. 319).

(175) P. ROSSI, *Sur les principes dirigeans*, cit., p. 171.

(176) Ivi, p. 172. « On s'occupe aujourd'hui trop ou trop peu de jurisprudence et de droit. Trop, si l'on regarde aux lois, aux règlemens, aux détails et aux changemens aussi multipliés qu' inconsidérés dont on accable les jurisconsultes et les citoyens. Trop peu, en tant qu' on néglige de s'élever à la hauteur des circonstances, d'apprécier les

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

peggiore dell'arbitrio degli uomini. È in questo clima culturale che il legislatore dovrebbe ricercare anzitutto la strada dei "principi direttivi" per contrastare la tendenza delle "scuole" ad assolutizzare: si tratti della esasperata esegesi del testo, del tentativo di "aggiustare" le vecchie "macchine" del medioevo per gli uomini del XIX secolo, dell'utopia di scorgere nei popoli uomini-filosofi ai quali far godere leggi metafisiche.

La ricerca dei "principi dirigenti" richiama la necessità di vagliare le differenti proposte del pensiero giuridico contemporaneo e di esaminare criticamente il diritto positivo muovendo da una visione articolata e complessa della cultura giuridica. Per "governare la Restaurazione" bisogna « riannodare la catena dei tempi », lungo il confine sottile che unisce e al tempo stesso separa la storia e la ragione. Occorre dunque vincere i pregiudizi per far emergere ciò che di "vero" c'è in ogni principio, ricercare sintesi e compromessi.

Storico-filosofico-dogmatico: è questo il sintagma (177) che sostanzia il *canone* giuridico della Restaurazione. Il neo-vichismo e la stagione più matura della riflessione romagnosiana ne sono i due principali *formanti* (178). La vena speculativa è fragile, la *presenza culturale* è forte.

Nell'immaginaria galleria dei ritratti di questa cultura italiana del primo Ottocento campeggiano, come detto, i busti di Vico e di

---

difficultés qui nous entourent, de calculer les conséquences qu' on prépare, et de saisir des vérités simples mais essentielles qui pourraient épargner aux administrateurs beaucoup de peine et de travail, et aux administrateurs la plus grande partie de leurs véritables souffrances » (p. 193). « Pertanto il maestro — osservava Romagnosi — deve astenersi da quelle subalterne e minute particolarità, le quali da ogni studente erudito dalle buone istruzioni elementari possono essere dedotte e scoperte senza il soccorso di alcun maestro […] » (*Saggio filosofico-politico sopra l'istruzione pubblica legale*, cit., p. 1159. Tali prescrizioni ritroviamo alla lettera nel *Progetto di regolamento degli studj politico-legali*, cit., p. 1194).

(177) Già còlto, nell'essenziale, da P. Ungari, *L'età del codice civile*, cit. Ne dà conto anche M. T. Napoli, *La cultura giuridica europea in Italia. Repertorio delle opere tradotte nel secolo XIX*, cit., pp. 89 ss. e lo ricorda F. Masciari, *La codificazione civile napoletana. Elaborazione e revisione delle leggi civili borboniche (1815-1850)*, Napoli, ESI, 2006, pp. 326 ss.

(178) Su questo concetto della comparazione giuridica v. R. Sacco, *Formante*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civile, Torino, Utet, 1992, VIII, pp. 438-442; *Introduzione al diritto comparato*, Torino, Utet, 2001.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Romagnosi. Per superare i "contrasti", la storia e la filosofia sono chiamate a fecondare la dogmatica, dandole respiro attraverso l'individuazione dei veri "principi dirigenti" (179). È questo, per esempio, il quadro che sembra emergere negli anni dell'insegnamento privato del giovane Pasquale Stanislao Mancini e del suo "programma" (180). Per Luigi Blanch è Vico il « fondatore della scuola moderna Eclettica » (181). Il vichiano Giuseppe Ferrigni nel 1832,

(179) « A Napoli, infatti, la diffusione delle opere giuridiche d'oltralpe fu accompagnata dalla elaborazione di un metodo di studio dei materiali giuridici che individuava proprio nella integrazione fra la ricerca storica, l'indagine filosofica e lo studio dogmatico il tratto suo più originale. Riallacciandosi alle posizioni teoretiche della filosofia di Victor Cousin, la giurisprudenza napoletana, contrassegnata da una tradizionale poliedricità di interessi — ampiamente dimostrata dalla naturale tendenza a coniugare l'impegno professionale con alti studi scientifici — reinterpretò il messaggio di Vico facendone l'emblema di una tradizione tutta italiana alla quale essa voleva ricollegarsi. Mediante il ricorso ad alcuni strumenti, quali la comparazione delle esperienze, la conciliazione, la sintesi, essa potè porsi al cospetto dei progressi della scienza europea animata dall'intento di mutuare dai modelli stranieri solo gli elementi che esaltavano il "genio" nazionale. Le costruzioni enciclopediche erano naturalmente idonee a concretizzare queste aspirazioni scientifiche » (S. Torre, *L'« Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche »: parabola di un insegnamento*, cit., pp. 175-176). Non bisogna dimenticare l'importanza della proposta di Cuoco, nel 1809, che prevedeva un piano di studio delle Facoltà legali destinato a incidere sullo sviluppo delle scuole di diritto del primo Ottocento. Cfr. F. Tessitore, *Momenti del vichismo giuridico-politico nella cultura meridionale*, cit., pp. 95-96.

(180) Sull'eclettismo manciniano cfr. F. Gentile, *Il posto della filosofia del diritto negli studi legali secondo Mancini*, in *P.S. Mancini. L'uomo lo studioso il politico*, cit., pp. 335-371, dove si discute la critica di Bobbio alla prospettiva eclettica manifestata nel « modo di ragionare per successive accumulazioni di parti eterogenee, in cui consiste propriamente la tecnica dell'eclettismo » (N. Bobbio, *La filosofia del diritto in Italia nella seconda metà del secolo XIX*, in « Bollettino dell'Istituto di Filosofia del diritto della Regia Università di Roma », III, 1942, p. 77); S. Mastellone, *Mancini e l'eclettismo di Cousin*, in *P.S. Mancini. L'uomo lo studioso il politico*, cit., pp. 367-371; G. Oldrini, *La missione filosofica del diritto nella Napoli del giovane Mancini*, in ivi, pp. 387-410. Oldrini sottolinea con precisione la presenza del *canone eclettico* Vico-Romagnosi in Mancini e nella generazione coeva degli studiosi napoletani: « Non a caso i giuristi del suo gruppo, ricalcando tesi del libro su Romagnosi di Giuseppe Ferrari, insistono a lungo sulla linea che conduce o deve condurre da Vico a Romagnosi, in quanto, al di là del contrasto — ben presente anche a Ferrari — « tra la scienza puramente contemplativa dell'uno e l'arte pratica dell'altro », le loro rispettive posizioni vanno portate all'incontro, vanno strette in un rapporto unitario » (p. 402). Cfr. anche Id., *La cultura filosofica napoletana*, cit., pp. 149-150.

(181) L. Blanch, *Miscellanea di Economia pubblica di Legislazione e di Filosofia*

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

dalle pagine del *Progresso*, aveva ricordato la proposta di Pellegrino Rossi per conciliare tra loro i diversi orientamenti filosofici (182). La prolusione, nel 1842, di Matteo de Augustinis riconduce le parole-chiave *incivilimento* e *progresso* (183) al nume tutelare Vico e agli *idéologues*, in un paese, come l'Italia, che « tennesi nel mezzo tra il cieco impeto de' francesi, e l'astratto accontentamento de' tedeschi » (184). È questa, infine, l'attitudine, negli stessi anni, del "sansimoniano" Montanelli (185).

In uno scritto degli anni Cinquanta Francesco Buonamici (186), allievo di Federigo Del Rosso (187), muove dalla storia della filosofia

---

estratta dal Progresso delle Scienze e delle Lettere e delle Arti. Discorsi tredici, Napoli, Tip. Trani, 1836, pp. 478 ss. Su Luigi Blanch interprete e divulgatore di Cousin si veda S. MASTELLONE, *Victor Cousin*, cit., pp. 199 ss. Per il suo contributo al dibattito economico-amministrativo v. O. ABBAMONTE, *Potere pubblico e privata autonomia*, cit., pp. 58 ss.

(182) *Dello studio del dritto in Italia nel XIX secolo* in « Il Progresso delle scienze, delle lettere e delle arti », II, 1832, pp. 92-139, 241-248. È indicativo il fatto che ne *Il giurista* del 1839, n. 2, venissero tradotte alcuni parti dell'articolo di ROSSI, *De l'étude de droit*, cit.

(183) Cfr. soprattuto F. RIGOTTI, *L'umana perfezione. Saggio sulla circolazione e diffusione dell'idea di progresso nell'Italia del primo Ottocento*, Napoli, Bibliopolis, 1980. Sugli interventi di De Augustinis v. M. T. NAPOLI, *La cultura giuridica europea in Italia. Repertorio delle opere tradotte nel secolo XIX*, cit., p. 73; D. IVONE (a cura di), *Matteo De Augustinis economista, educatore e giurista dell'Ottocento meridionale*, Napoli, Edizioni scientifiche, 2000.

(184) *Prolusione nell'apertura dello studio di dritto de' professori Matteo de Augustinis, Raffaele Tecci e Pasquale Stanislao Mancini*, in « Continuazione delle Ore solitarie ovvero Giornale di scienze morali legislative ed economiche », 1842, fasc. II, pp. 19-30, cit. da A. MAZZACANE, *Pratica e insegnamento: l'istruzione giuridica a Napoli nel primo Ottocento*, cit., p. 111. Cfr. anche F. GENTILE, *Il posto della filosofia del diritto*, cit., pp. 360 ss. Su Mancini e il periodico romantico « Ore solitarie », cfr. C. VANO, *« Edifizio della scienza nazionale »*, cit., pp. 24 ss.

Il tema dell'ingegno italiano come naturalmemte *mediano* tra le applicazioni dei francesi e le speculazioni dei tedeschi è sviluppato anche da G.B. TABARRINI, *Frammenti di storia della giurisprudenza in Italia. Tendenza allo studio degli scrittori tedeschi e francesi*, in « La Temi. Giornale di legislazione e di giurisprudenza », I, 1847, pp. 344-348.

(185) Cfr. P. UNGARI, *L'età del codice civile*, cit., pp. 75 ss.

(186) Si veda C. SPADA, s.v., in *Dizionario biografico degli Italiani*, 15, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1996, pp. 128-129.

(187) Su Del Rosso v. F. ALUNNO, *Federigo del Rosso, un giurista leopoldino tra Antico Regime ed età della Restaurazione*, in « Bollettino storico pisano », LXIV, 1995, pp. 193-223; E. SPAGNESI, *Tra Pandette e pedagogia. Federigo del Rosso*, in *Panta Rei*.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

del diritto dello Stahl (188) per denunciare l'"ingiuria" commessa da questo autore contro Vico e Romagnosi (189). « Tanto diciamo noi al signore Stahl: se per Voi non vissero G.B. Vico o G.D. Romagnosi, a qual fine sudare d'annaspare (si perdoni l'ardita ma propria parola) una Storia della filosofia del diritto? Se il primo non fondò l'ontologismo giuridico, ed il secondo la pratica della vita civile, perché narrate i tempi moderni della scienza » (190).

Questa attitudine culturale è stata già vagliata a vari livelli e le ricerche svolte sembrano confermare la *presenza* davvero imponente dello spirito "eclettico" (ma nel senso detto) sui diversi *strati* della cultura italiana. Qui mi limito solo a richiamare brevemente due profili: la formazione del giurista e l'enciclopedismo; il moderatismo politico-ideologico.

Non meraviglia che buona parte dei discorsi rossiani del 1820-21 avessero come principale molla il problema dello studio/insegnamento del diritto e quindi della delicata formazione dei giovani. È questa una preoccupazione forte e diffusa, e, ancora una volta, il precursore italiano è il Romagnosi del primo decennio del secolo (191). Le scuole napoletane degli anni '30 e '40 sono, anche in

---

Studi dedicati a M. Bellomo, Roma, Il Cigno, 2004, V, pp. 301-324; Id., *Girolamo Poggi e il modello ideale d'un trattato di giurisprudenza*, cit., pp. 189-196.

(188) F. G. Stahl, *Storia della filosofia del diritto*, trad. da P. Torre e annotata da R. Conforti, Torino, Favale, 1853.

(189) F. C. Buonamici, *Di una ingiuria fatta a Giovan Battista Vico ed a Giovan Domenico Romagnosi. Discorso e prova*, Pisa, Tip. Citi, s.d. (1858). Su questo raro opuscolo v. la critica di B. Croce-F. Nicolini, *Bibliografia vichiana. Accresciuta e rielaborata*, cit., vol. I, pp. 442-443.

(190) F. C. Buonamici, *Di una ingiuria*, cit., p. 5. Ulteriori esemplificazioni di questo continuo gioco di conciliazioni tra storia e filosofia, tra richiami incrociati e stratificati a Vico e Romagnosi, si possono leggere nei siciliani Benedetto Castiglia e Vito D'Ondes Reggio, negli scrittori napoletani, in Federigo Del Rosso, in Celso Marzucchi, in Alessandro de Giorgi ecc. Cfr. M. T. Napoli, *La cultura giuridica europea in Italia. Repertorio delle opere tradotte nel secolo XIX*, cit., pp. 83 ss.

(191) *Progetto di regolamento degli studi politico-legali*, cit. La riflessione e le proposte romagnosiane di inizio secolo nel contesto politico del Regno d'Italia sono da ricollegare anche all'avvio, poi istituzionalizzato nelle Università del Lombardo-Veneto sin dal 1818, dell'insegnamento dell'introduzione enciclopedica allo studio del diritto. Sul punto v. S. Parini Vincenti, *L'educazione del giurista*, cit.; A. A. Cassi, *« Spiegare alle giovani intelligenze ». Giuseppe Zanardelli e l'insegnamento giuridico*, Brescia, Promodis Italia, 2008, pp. 63 ss.; L. Maione, *Le riflessioni inedite e l'orizzonte culturale di un*

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

questo senso, laboratori in piena attività, che vedono tra l'altro un grande sviluppo dell'economia politica (192); le riforme toscane avviate alla fine degli anni Trenta aprono alle "nuove" materie, economia, storia e filosofia del diritto; la riorganizzazione degli studi giuridici in Piemonte dal 1846, ad opera di Sclopis e dell'Alfieri (193), rivela quella tendenza all'enciclopedismo (tanto come "introduzione" che come "scienza delle scienze") che è anche, per diversi tratti, un altro modo di leggere la lunga vicenda della cultura giuridica "eclettica" dell'Ottocento (194). Non doveva suonare come

---

avvocato di metà Ottocento: il guardasigilli Giuseppe Zanardelli, in « Rivista di storia del diritto italiano », LXXXI, 2008, p. 298.

(192) L'allargamento degli orizzonti dopo gli anni Trenta era stato còlto da E. Pessina, *La scuola storica napoletana nella scienza del diritto*, Napoli, R. Marghieri, 1882. Cfr. F. Di Battista, *L'emergenza ottocentesca dell'economia politica a Napoli*, Bari, Facoltà di economia e commercio, 1983; G. Oldrini, *La cultura filosofica napoletana*, cit., pp. 118 ss.; Id., *L'Ottocento filosofico napoletano nella letteratura dell'ultimo decennio*, cit., pp. 30 ss.; M. T. Napoli, *La cultura giuridica europea in Italia. Repertorio delle opere tradotte nel secolo XIX*, cit., pp. 95 ss.; F. Mastroberti, *Tra scienza e arbitrio*, cit., pp. 304 ss.

(193) Sulle riforme piemontesi degli anni '40 v. L. Moscati, *Da Savigny al Piemonte. Cultura storico-giuridica subalpina tra la Restaurazione e l'Unità*, Roma, Arti grafiche moderne, 1984, pp. 231 ss.; Id., *Insegnamento e scienza giuridica*, cit., pp. 317 ss.

Pietro Luigi Albini fu il primo a insegnare a Torino Enciclopedia e storia del diritto dal 1846 (*Enciclopedia del diritto, ossia Introduzione generale alla scienza del diritto*, Torino, Mussano, 1846). Cfr. M. A. Benedetto, *Vico in Piemonte*, cit., pp. 149-150; S. Torre, *L'« Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche »*, cit., pp. 162 ss.; M. G. Di Renzo Villata, *La formazione del giurista in Italia*, cit., p. 83; I. Birocchi, *Francesco Filomusi Guelfi enciclopedista convinto (con considerazioni sull'inedita "Enciclopedia giuridica")*, in *Manoscritti, editoria e biblioteche dal medioevo all'età contemporanea*, Roma, Roma nel Rinascimento, 2006, p. 123. Sulla riflessione storicista di Pietro Luigi Albini e le influenze di Vico e Romagnosi (oltreché di Rosmini) cfr. L. Moscati, *Da Savigny al Piemonte*, cit., p. 176. Sull'importante esperienza pavese, anche con riguardo al ruolo di Romagnosi, v. S. Parini Vincenti, *L'educazione del giurista*, cit., pp. 378 ss.

(194) « L'eclettismo prendeva le forme dell'enciclopedia e l'enciclopedia, a sua volta, amplificava le istanze proprie di quella cultura » (F. Treggiari, *Enciclopedia e 'ricerca positiva'*, cit., p. 166). Non è un caso se in Francia nel 1840, nella Facoltà giuridica di Parigi, su sollecitazione di Victor Cousin, venne introdotto un *cours d'introduction générale à l'étude du droit* (A.-J. Arnaud, *Les juristes face à la société du XIXe siècle à nos jours*, Paris, Puf, 1975, p. 61; I. Birocchi, *Francesco Filomusi Guelfi enciclopedista convinto*, cit., p. 111). Sul tema disponiamo per l'Italia di un utile corredo di analisi alle quali, in questa sede, non posso che rinviare: S. Torre, *L'« Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche »: parabola di un insegnamento*, cit.; il volume *Enciclopedia e sapere scientifico*, cit., in particolare i contributi di C. Vano, *« Edifizio della*

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

una *boutade* l'osservazione, nel 1842, di Victor Molinier che dava credito all'evoluzione della "scuola" italiana: « L'Italie, cette terre toujours féconde en hautes intelligences, qui cultive la science avec amour, nuous offrira des hommes trop peu connus en France, et dont les travaux peuvent etre placés en face de ceux qu'a produits l'Allemagne. Pendant que l'école de Paris vulgarise les docrines toujours exactes mais souvent sèches et nébuleuses de la Germanie, il nous conviendrait, à nous hommes du midi, d'importer en France celle de l'Italie » (195).

Infine, il problema del *moderatismo* come categoria centrale per leggere la teoria e la pratica politica del liberalismo ottocentesco, di quello "dottrinario" (196) in particolare, che innerva le classi

---

scienza nazionale », cit.; P. Beneduce, *L'ordine dell'esposizione*, cit.; F. Treggiari, ult. cit.; A. Savorelli, *'Eclettismo' e 'terza via' nella filosofia italiana tra il 1860 e il 1890*, cit.; il cit. Birocchi, *supra*.

(195) *Cours d'introduction générale à l'étude du droit. Discours d'ouverture*, in « Revue de législation ed de jurisprudence », 15, 1842, pp. 365-386.

(196) Ancora non disponiamo di un lavoro aggiornato e complessivo sulla lettura e sull'interpretazione italiana dei "dottrinari" francesi nella parte centrale del XIX secolo. Più in generale sul *milieu* politico e intellettuale dei dottrinari v., da diverse prospettive, Ch. Pouthas, *Guizot pendant la Restauration. Préparation de l'homme d'Etat (1814-1830)*, thèse pour le doctorat ès lettres à la Faculté des Lettres de l'Université de Paris, Paris, Plon-Nourrit, 1923; G. Remond, *Royer-Collard. Son essai d'un système politique*, Paris, Sirey, 1933; L. Diez del Corral, *El liberalismo doctrinario*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984 (1945); V. E. Starzinger, *The Politics of the Center. The « Juste Milieu » in Theory and Practice, France and England, 1815-1848*, New Brunswick, Transaction Publishers, 1991 (1965); P. Rosanvallon, *Le moment Guizot*, cit.; L. Girard, *Les libéraux français, 1814-1875*, Paris, Aubier, 1985; *François Guizot et la culture politique de son temps*, a cura di M. Valensise, Paris, Gallimard, Seuil, 1991; P. Cella Restaino, *Il termine « doctrinaire » nella pubblicistica dell'Ottocento*, in « Il pensiero politico », 2, 1992, pp. 287-297; L. Jaume, *Guizot et la philosophie de la représentation*, in « Droits », 15, 1992, pp. 141-152; Id., *La raison politique chez Victor Cousin et Guizot*, in « La pensée politique », 2, 1994, pp. 242-253; J.-P. Cotten, *Autour de Victor* Cousin, cit.; B. Yvert, *Aux origines de l'orléanisme. Les doctrinaires, « Le Globe » et les Bourbons*, in *Colloque Guizot, les doctrinaires et la presse (1820-1830)*, a cura di D. Roldán, Paris, Fondation Guizot-Val Richer, 1994, pp. 39-55; E. de Waresquiel, B. Yvert, *Histoire de la Restauration. 1814-1830. Naissance de la France moderne*, Paris, Perrin, 1996; L. Jaume, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1997; D. Roldán, *Charles de Rémusat. Certitudes et impasses du libéralisme doctrinaire*, prefazione di P. Rosanvallon, Paris, L'Harmattan, 1999; M. Ferrari, *La « Restauration ». Ideologia e linguaggio*, cit.; L. Lacché, *Pellegrino Rossi e la Monarchia di Luglio,* cit.; Id., *La Libertà che guida il Popolo. Le Tre Gloriose Giornate del*

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

dirigenti nel progetto di unificazione. Anche in questo caso l'"effetto Cousin" rischia forse di far passare in secondo piano quello *strato profondo* che fa dell'eclettismo un elemento anzitutto culturale della politica dei liberali (197). La prospettiva cousiniana del *juste-milieu* e del modello politico-costituzionale orleanista (198), solitamente additati come *points de repère* del moderatismo dottrinario, incide relativamente tardi, tra gli anni Trenta e Quaranta.

« Io ho avuto il vantaggio — scrive Cousin nel 1833 — di tenere unite contro di me, per parecchi anni, e la scuola sensista e la scuola teologica. Nel 1830 l'una e l'altra scuola sono scese sul terreno politico. La scuola sensista ha prodotto del tutto naturalmente il partito demagogico e la scuola teologica è diventata in modo del tutto naturale l'assolutismo [...]. Nel 1828 ho dato del governo rappresentativo e della *Charte* una teoria nella quale continuo a credere [...]. Un governo misto è il solo che conviene a una grande nazione come la Francia. La rivoluzione di Luglio non è altro che la rivoluzione inglese del 1688, ma in Francia, cioè con molta meno aristocrazia, e con un po' più di democrazia e di monarchia » (199). La monarchia in Francia sta in mezzo alla decrepitezza (l'Asia) e l'infanzia (l'America). È anche questa la ragione per la quale, ancor prima del crollo del 1848, il "conservatorismo" orleanista farà gridare, in Francia, al "tradimento" (200), nonostante la capacità

---

luglio 1830 e le « Chartes » nel costituzionalismo francese, Bologna, Il Mulino, 2002; A. Craiutu, *Liberalism under siège: The Political Thought of the French Doctrinaires*, Lanham, Lexington Books, 2003; Id., *The method of the French Doctrinaires*, in *History of European Ideas*, 1, 2004, pp. 39-59.

(197) Nel 1922 Nino Cortese, nel suo saggio su *Luigi Blanch e il partito liberale moderato napoletano*, comprese che l'eclettismo fu un elemento importante del moderatismo italiano (V. Mastellone, *Victor Cousin*, cit., p. 9). Una bella analisi della struttura concettuale del moderatismo si trova in S. La Salvia, *Il moderatismo in Italia*, cit. Per una prospettiva di lettura della politica liberale e della costruzione dei paradigmi di una scienza nazionale, cfr. R. Gherardi, *L'arte del compromesso. La politica della mediazione nell'Italia liberale*, Bologna, Il Mulino, 1993.

(198) Ma non va dimenticato che le riflessioni di Cousin sul "primato" della monarchia costituzionale come forma complessa di governo risale al 1818-1820.

(199) *Cousin. Eclettismo come metodo*, cit., pp. 115-117.

(200) Cfr. L. Lacché, *La libertà che guida il Popolo*, cit., pp. 125 ss. Giuseppe Ferrari nel 1849 diresse soprattuto contro Cousin (suo antico protettore che però nel 1848 lo aveva bocciato al *concours d'agrégation*) una critica senza quartiere: *Les philo-*

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

legittimante che queste dottrine poterono avere invece in Italia come presa di coscienza (ideologica) della "naturale" vocazione del "genio italico" (201) per il "giusto mezzo" (202). Presa di coscienza, non *fondazione*. Questo "genio" nazionale — che proprio in quei decenni si stava costruendo nel cantiere del "canone risorgimentale" — molto doveva all'impegno dei giuristi "neo-vichiani" e "romagnosiani" che sentivano in maniera crescente, attraverso l'itinerario storico-filosofico-dogmatico e gli strumenti nuovi dell'analisi giuridica (comparazione, economia, enciclopedia ecc.), un più forte legame di *parentela*. Giuseppe Pisanelli dirà in Parlamento che in Italia — e in specie a Napoli — vi era una scuola diversa da quella meramente storica, savignyana. « Vi era un'altra Scuola [...] che comprendeva ad un tempo l'elemento razionale e l'elemento fenomenale, che abbraccia la storia e la filosofia; era la scuola che nacque in Italia con la gran mente di Vico! È questa la vera scuola giuridica [...] » (203).

---

sophes salariés, a cura di M. Vuilleumier, Paris, Sandré, 1849 (Genève, Slatkine, 1980; per la trad. it. v. edizione a cura di L. La Puma, Lecce, Milella, 1988). Ferrari restò in Francia ad insegnare dopo il 1838 proprio grazie all'intervento degli eclettici Cousin, allora ministro dell'Istruzione Pubblica, e Jouffroy. Sulle vicende S. MASTELLONE, *Victor Cousin*, cit., pp. 65 ss.

(201) Sul mito dell'antica sapienza italica v., da diverse prospettive, P. CASINI, *L'antica sapienza italica. Cronistoria di un mito*, Bologna, Il Mulino, 1998; I. TOLOMIO, *Italorum sapientia. L'idea di esperienza nella storiografia filosofica italiana dell'età moderna*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1999; E. IRACE, *Itale glorie*, Bologna, Il Mulino, 2003.

(202) « Si manifestava così la persuasione ideologica di un "giusto mezzo" come caratteristica propria del "genio" italiano, destinato a straordinarie fortune dopo l'unità e fondata su un eclettismo teorico tanto fragile quanto efficace. La scuola di Mancini fu tra le prime a propagandarla in maniera convincente ed organizzata » (A. MAZZACANE, *Pratica e insegnamento: l'istruzione giuridica a Napoli nel primo Ottocento*, cit., p. 111). Cesare Balbo, parlando dell'eclettismo cousiniano, sottolineava come, a suo dire, la "povertà" filosofica italiana fosse una ricchezza. « Né abbiam qui vergogna di nostra povertà; la quale ne' vani tentativi della ragione umana si deve dir anzi ricchezza, ricchezza, concordanza, ed equilibrio di facoltà diverse, le quali equilibrandosi impediscono il lussureggiare, la concitazione quasi morbosa d'una sola » (C. BALBO, *Pensieri sulla storia d'Italia. Studi*, Firenze, Le Monnier, 1858, p. 401).

(203) Cit. da G. VALLONE, *Teoria e pratica del diritto in Giuseppe Pisanelli*, in *Giuseppe Pisanelli*, cit., pp. 324-325, con riferimenti anche a Mancini e Cenni. Sul punto v. F. TESSITORE, *Da Cuoco a De Sanctis*, cit., pp. 103 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Che ancora una volta l'"influenza" cousiniana (204) agisse più da catalizzatore che da "formante" lo conferma la precoce lettura rossiana del fenomeno, considerato *sub specie iuris*. Nel programma delle *Annales*, Rossi postulava la necessità di « ramener les uns et les autres au centre où se trouvent la véritable lumière et l'énergie réunie à la sagesse » (205), rifiutando sia la legittimità teologico-politica sia ogni forma di "deriva" democratica, entrambe tendenti a omologhe forme di dispotismo. In Pellegrino Rossi è ben chiaro l'obiettivo politico-giuridico dell'eclettismo: allontanare i pericoli degli *assolutismi* scientifici e politici.

La nazione doveva diventare il luogo di nuovi sentimenti e di principî d'ordine e di giustizia (206). E il diritto non poteva non essere in armonia con i sentimenti e i bisogni della nazione. Il progresso era strategico perché funzionale all'ordine politico e sociale. « Faisons des économistes pour ne pas avoir des nivelateurs, faisons des constitutionnels pour ne pas avoir des jacobins, formons enfin une génération de citoyens éclairés, sous peine d'avoir dans les mêmes hommes des sujets inquiets, et plus tard des rebelles » (207). La cultura liberale pensava di poter "prevenire" le pericolose infatuazioni offrendo strumenti critici, aggiornati, adeguati allo stato della più moderna civilizzazione (208). Come Rossi nel 1821, Cesare Balbo avrebbe tradotto,

---

(204) S. MASTELLONE, *Victor Cousin*, cit., pp. 239-240, ha osservato: « Si può però affermare che come ideologia della tendenza liberale moderata, come dottrina costituzionale, come filosofia del regime orleanista ebbero tale diffusione che quasi tutti gli uomini del Risorgimento, sia per adesione, sia per avversione, ebbero contatti coll'eclettismo e col suo maggiore rappresentante. Per tale motivo l'eclettismo è un mezzo per interpretare ed approfondire sistemi ed atteggiamenti della frammentaria combinazione risorgimentale ».

(205) P. ROSSI, *Avant-propos*, cit., p. V.

(206) « Il ne reste donc que la force morale; et puisqu' il n'y a point d'édifice social qui puisse se soutenir s'il ne s'appuye sur des sentimens nationaux, c'est sur le terrain de la nation qu' il faut nécessairement se placer. On affecte de s'en éloigner et cependant c'est au milieu de la nation qu' il faut bâtir [...]. Quelle que soit la nature des nouveaux sentimens d'une nation, l'observateur impartial et éclairé y trouvera toujours des principes d'ordre et de justice suffisans pour en faire la base de son organisation sociale » (P. ROSSI, *De l'étude de droit*, cit., pp. 368-369).

(207) Ivi, p. 428.

(208) Ivi, pp. 373 ss. « Mais, dira-t-on, que demandez-vous qu' on enseigne sous le nom de droit public soit intérieur, soit extérieur? Faut-il, pour complaire à vos désirs, initier la jeunesse dans ces doctrines dont les maximes dangereuses sont dans la bouche

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

alcuni decenni dopo, quelle etichette "scientifiche" nel nome della lotta politica e dell'opinione pubblica: la sua "parte" era quella dei liberali o progressisti « meno estremi, meno puri, che nominano sé stessi liberali di mezzo, o *liberali moderati*; e che così sono pur nominati da tutti, perché questa denominazione è necessaria, è inevitabile, perché sola esprime il fatto relativo dello star in mezzo alle altre due parti [...] », ovvero dei conservatori puri e dei liberali più radicali (209). Il partito moderato, scriveva il conte di Cavour a Victor Cousin nel 1846, « ...s'efforce d'opérer le progrès sans recourir aux moyens révolutionnaires... » (210). Il carattere *flou* dell'eclettismo appariva a quella cultura liberale non un problema ma una soluzione in grado di garantire prudenza e moderazione.

7. *« Sacrificare i cavoli senza sfamare la capra ».*

L'*habitus* mentale del giurista ottocentesco appare dunque *composito, variegato*, certamente complesso. I suoi limiti coincidono, a ben vedere, con il suo *essere* e proprio per questo non sono separabili dal contesto culturale. Non si può mettere a fuoco bene quell'immagine se pretendiamo di fotografare quel giurista non come *è*, ma come *dovrebbe essere* o come *vorremmo che fosse* (211). Il "problema" dell'eclettismo giuridico — troppo agevolmente vituperato se visto solo dalla sponda dell'età della "scientificizzazione" e

---

de tous les révolutionnaires, des ennemis de tout ce qui est? Faut-il, même dans les écoles, parler de droit constitutionnel, d'économie politique, de procédure anglaise, d'indépendance nationale, du devoir des forts envers les faibles, de l'intérêt qu' ils ont à les défendre, enfin de toutes ces théories mises en avant par les novateurs? Faut-il établir des chaires d'innovation, d'insubordination et de désordre? Ce sophisme mériterait d'être réfuté avec indulgence, s'il ne pouvait servir d'arme à la mauvaise foi aussi-bien que d'excuse à la timidité et à la faiblesse » (p. 374).

(209) C. Balbo, *Dell'uso delle parole moderazione, opinione moderata e parte moderata. Lettera al signor****, Torino 19-23 giugno 1847, in Id., *Lettere di politica e letteratura edite ed inedite di Cesare Balbo precedute da un discorso sulle rivoluzioni*, Firenze, Le Monnier, 1855, p. 460.

(210) Lettera del 4 febbraio 1984, in C. Cavour, *Epistolario* a cura di C. Pischedda, III, 1844-1846, Firenze, Olschki, 1973, pp. 274-275.

(211) « Nella storia del pensiero giuridico degli stati preunitari e dei primi venti anni dopo l'Unità bisogna andare a cercare solo quello che vi è » (G. Cianferotti, *Emanuele Gianturco giurista pratico*, cit., p. 158).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

della "specializzazione" — non risiede nella sua complessa dimensione costitutiva, ma semmai nella sua lunga durata.

Se ho richiamato la posizione metodologica di Orlando quale punto di "arrivo" del *discorso* sull'eclettismo come *habitus* e attitudine negativa del giurista, si deve alla natura di *programma* che essa contiene. Il processo di ri-costruzione dell'identità e dell'autonomia disciplinare del giurista (nello specialismo più "arretrato" della giuspubblicistica) costituisce un importante capitolo, dal deciso sapore retorico, della più generale logica di difesa della razionalità dell'*ordine giuridico della società* attraverso il *metodo giuridico* (212). Il punto di partenza dell'analisi orlandiana condivide con la riflessione di inizio secolo di un Pellegrino Rossi la denuncia degli eccessi. La dialettica teoria/prassi è in sé un falso problema: sono gli abusi a creare confusione, disordine sistematico, mancanza di equilibrio (213). Ma il rimedio, questa volta, sta nell'opposta soluzione « [...] poiché è anzi l'eclettismo che ci ha ridotti a questo punto. Quando contro un indirizzo scientifico prevalente si muove una critica, si verifica subito una tendenza contraria a dare a questa critica una forma eccessiva, per giustificare poi un mezzo termine conciliativo che qualche cosa conceda alla tendenza primitiva e qualche cosa alla critica opposta, concepita però in maniera esorbitante od esagerata. Così, per usare una frase volgare ma espressiva, si crede di salvare la capra e i cavoli, e non si fa poi effettivamente che sacrificare i cavoli senza sfamare la capra, che di quel pasto non aveva bisogno » (214). Tenere distinti e autonomi ordini scientifici che sono diversi è la soluzione per non ricadere nel pericolo della « contemperanza eclettica ». La scienza giuridica (la capra) non ha

(212) Utilizzo la formula "metodo giuridico" sostanzialmente nell'accezione indicata da M. FIORAVANTI in *Savigny e la scienza di diritto pubblico del diciannovesimo secolo*, in *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 57-58.

(213) « L'avere ecceduto nell'un senso non ha avuto nemmeno il vantaggio negativo di premunire contro l'eccesso opposto; e l'abuso degli esami di ordine meramemte filosofico, degenerazione dell'elemento teorico nel diritto, si è accompagnato con l'abuso della trattazione esegetica, degenerazione dell'elemento pratico » (V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico* (1889), in *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, Giuffrè, 1954, p. 7).

(214) Ivi, p. 20.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

bisogno di un pasto divenuto indigesto e i suoi cavoli li trova nel proprio terreno senza, del resto, dover interrompere, come una muraglia cinese, « la comunicazione con altri elementi di ordine scientifico diverso » (215).

Tuttavia, sarebbe sbagliato identificare il problema del "metodo" con questo solo *programma* così come fermarsi allo schema "orlandiani/non orlandiani" restando alla superficie degli enunciati metodologici (216). In realtà mi sembra che lo *scarto* del *canone eclettico*, rigettato dal mondo "puro" e "sistematico" del metodo giuridico, si conservi ancora come *rovina* produttiva. Al centro restano due questioni decisive: la capacità di rappresentare e di modellizzare la dimensione del "politico" nello Stato liberale (217); l'antropologia giuridica del "genio nazionale" nella lunga e sofferta stagione dell'unificazione italiana (218). Il terreno di "sopravvivenza" del *canone eclettico*, espunto, almeno a livello programmatico, dal modello statocentrico, è da identificare anzitutto con la cultura degli "enciclopedismi", a cominciare da quello manciniano che ispirerà la grande opera-dizionario dell'*Enciclopedia giuridica italiana* (219), disposizione e accumulo "conservatore" dei saperi complessi ed eterogenei del giurista. Anche il singolare tentativo di Brugi di rinnovare l'enciclopedia con metodo organico, coniugando criterio storico savignyano e filosofia positiva (220), non riuscì a invertire il senso di marcia della progressiva frammentazione specialistica degli ambiti disciplinari del diritto e della stessa crisi dell'insegnamento enciclopedico (221).

---

(215) Ivi, pp. 19-20.

(216) Come osserva P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., pp. 433 e 439.

(217) Per un'analisi che mette al centro il rapporto problematico tra "giuridico" e "politico" nella storia dell'idea di nazione v. F. COLAO, *L'"idea di nazione" nei giuristi italiani tra ottocento e Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 30, 2001, pp. 255-360.

(218) L'ha còlto R. RUFFILLI, *Lo Stato liberale in Italia*, in *Il liberalismo in Italia e in Germania dalla Rivoluzione del '48 alla prima guerra mondiale*, a cura di N. Matteucci, R. Lill, Bologna, Il Mulino, 1980, pp. 485-506.

(219) Cfr. C. VANO, *« Edifizio della scienza nazionale »*, cit.

(220) Sul punto la critica di P. GROSSI, *"La scienza del diritto privato". Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo 1893-1896*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 34. Già Enrico Pessina aveva parlato nel 1863 de *La nuova enciclopedia*.

(221) Su questo profilo v. F. TREGGIARI, *Enciclopedia e 'ricerca positiva'*, cit. Sulla

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Al centro continua a campeggiare il culto vichiano, con la sua polivalenza simbolica e la sua plurivalenza ideologica. « Col trionfo, a partire dagli anni ottanta, delle correnti positivistiche ed evoluzionistiche, la prospettiva culturale cambierà radicalmente ed il diagramma storico del pensiero italiano verrà a subire una netta curvatura in senso scientifico e 'positivo'. Al nome di Vico saranno associati quelli di Romagnosi e di Cattaneo, a testimoniare la continuativa e dominante presenza, anche nell'esperienza culturale italiana dell'Ottocento, di una concezione di pensiero improntata alla ricerca e all'analisi sistematica dei 'fatti' » (222). Se è indubbio che nel binomio Vico-Romagnosi, il *focus* venga posto, nella seconda metà del secolo, su quest'ultimo « grande precursore della filosofia scientifica del diritto contemporaneo in Italia » (223), nondimeno a me sembra che l'asse principale di questa traiettoria non consista in una sorta di successione tra l'abusato vichismo (224) della fase storico-nazionalista e il ritorno al Romagnosi sensista e "sociologo" (225). In realtà, come ho cercato di dire, il *canone eclettico* come *strato*

presenza culturale e sulle attitudini metodologiche del romanista Biagio Brugi cfr. G. MARINO, *Positivismo e giurisprudenza. Biagio Brugi nella congiunzione di scuola storica e filosofia positiva*, Napoli, ESI, 1986; ID., *Biagio Brugi e il "metodo storico" nella determinazione dei principi del diritto*, in « Index », 16, 1988, pp. 299-325; L. LABRUNA, *Appunti su società e Stato in Biagio Brugi*, in « Index », 16, 1988, pp. 326-360; M. MECCARELLI, *Un senso moderno di legalità. Il diritto e la sua evoluzione nel pensiero di Biagio Brugi*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 30, 2001, t. I, pp. 363-476.

(222) F. TREGGIARI, *Enciclopedia e 'ricerca positiva'*, cit., pp. 180, 201.

(223) G. D'AGUANNO, *Gian Domenico Romagnosi, filosofo e giureconsulto*, Palermo, Sciarrino, 1902, p. 4.

(224) Come è noto, è stato Benedetto Croce a porre le basi per una lettura "ciclica" della fortuna di Vico presso la cultura italiana ed europea. Il periodo 1861-1900, dopo quello della fama tardiva ma incontrastata in età romantica (e prima del grande ritorno idealistico dello « storicismo assoluto »), è visto da Fausto Nicolini come la fase di « "barbarie" positivistica » che portò a far scemare l'interesse per Vico (B. CROCE-F. NICOLINI, *Bibliografia vichiana. Accresciuta e rielaborata*, cit., vol. I, p. 5), ovvero, in alcuni casi, a conservare solo il Vico "minore", improbabile precursore di Comte e di Spencer (Ivi, vol. II, p. 674).

(225) F. TREGGIARI, *Enciclopedia e 'ricerca positiva'*, cit., p. 180, richiama i lavori di Levi, Carle, Vadalà-Papale. Più in generale è impressionante il numero di contributi dedicati a Romagnosi pubblicati a cavaliere tra Otto e Novecento. E tuttavia non bisogna trascurare la lettura "positivista" di Vico in autori come Vanni, Carle o Levi. Cfr. G. MARINO, *Positivismo e giurisprudenza*, cit., pp. 59-60.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

profondo della cultura giuridica italiana e dell'antropologia del giurista risorgimentale prima, nazionale poi, affonda le sue radici nei primi decenni dell'Ottocento e si sviluppa in una complessa prospettiva sincronica. Certo, in quanto *canone* può essere utilizzato in forme e secondo articolazioni e adattamenti variabili nel tempo e nello spazio. Quello *strato* opera anche quando non si "vede" e spesso le accuse di eclettismo che vengono mosse ai "fondatori" del positivismo sociologico italiano (226), come Icilio Vanni (227), sottolineano la permanenza di un "metodo" e di sintesi enciclopediche "interdisciplinari". Il *canone eclettico* funziona talvolta come *filtro* attaverso il quale leggere, non senza "infedeltà" interpretative, i presupposti della nuova *dottrina generale della società*. Angelo Majorana, tra gli esponenti della cd. "scuola sociologica di diritto pubblico", nella prefazione ai suoi *Primi principii della sociologia* (228) così traccia la sua ideale genealogia, una sorta di "racconto" generazionale: « Ma qui egli sente il dovere di dichiarare che, pur

(226) « [...] la logica applicata ci ha insegnato da un pezzo che una scienza non può dirsi costituita, se non quando se ne sieno risolute le questioni generali e fondamentali, vale a dire fissato in base ai suoi caratteri differenziali l'oggetto e con questo il campo e i limiti, determinato il posto che occupa nel sistema delle scienze o gruppi di scienze affini, distinte la parti, assegnato il metodo, indicato lo scopo. È dunque un lavoro essenzialmente ed eminentemente critico che si richiede per la sociologia, un lavoro propedeutico di sistemazione, di organizzazione, di orientazione », I. VANNI, *Prime linee di un programma critico di sociologia*, Perugia, Santucci, 1888, poi in *Saggi di filosofia sociale e giuridica*, Bologna, Zanichelli, 1906, pp. 426-427. Paolo Grossi, osservando questa temperie a partire dagli anni '70 ha notato come « [...] il giurista nuovo [...] non si isola dalla intellighenzia circolante ma tende ad inserirvisi e a sorprendere nel territorio del giuridico diramazioni vitali che provengono da fuori; parla ora, come non ha mai fatto, di hegelismo e vichismo, darwinismo e spenserismo, cedendo, nel furore d'una avventura prometeica, alla sorprendente anche se inane tentazione d'una nuova fondazione epistemologica della scienza giuridica. E lavora a contatto di gomito con i non-giuristi e si mescola con essi quasi domandando loro un salvataggio o un arricchimento » ('*Un altro modo di possedere'. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, Giuffrè, 1977, p. 201).

(227) G. D'AMELIO, *Positivismo, storicismo, materialismo storico in Icilio Vanni*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 3-4, 1974-75, t. I, p. 431.

(228) A. MAJORANA, *I primi principii della sociologia. Libri VI*, Roma, Loescher, 1891, pp. 14-15. Sull'opera di Majorana ho scritto di recente *Lo Stato giuridico e la costituzione sociale. Angelo Majorana e la giuspubblicistica di fine secolo*, in *Angelo Majorana. Giurista, statista, politico*, Ragusa, 2010, in corso di pubblicazione.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

essendosi largamente informato alla letteratura straniera, in ispecie inglese, egli non poco ha avuto da apprendere dagli scrittori italiani. Né parla dei vecchi e colossali, come G.B. Vico e G.D. Romagnosi, di cui professasi, per molti riguardi, convinto ed impenitente seguace [...]. In particolar modo, poi, sente il debito di manifestare il proprio animo grato al suo primo ed ottimo maestro di filosofia del diritto, Filomusi Guelfi, alla cui dotta e rigorosa scuola educò la mente, nelle ricerche filosofiche ».

È giusto chiedersi « se, dopo tutto, metafore, comparazione, "eclettismi" non funzionassero spesso da veri e propri dispositivi concettuali, capaci di mettere in comunicazione tra loro analisi, categorie, senso comune prodotti all'interno di scienze diverse, per ritradurle poi in altre pratiche ed estendere così realmente, con uno sforzo costante di mediazione, assetti scientifici definiti lungo la linea, in una età, come Loria aveva affermato, di idee medie e di compromesso, una sorta di lunga cerniera tra gli specialismi e una loro comune costituzione teorica » (229). Non si trattava però solo di dispositivi concettuali. Al fondo, in quella fase, si trattava di scegliere tra la *ricostruzione giuridica del diritto* e una *teoria "giuridica" delle scienze sociali*. Un'opzione, questa, tutt'altro che priva di conseguenze. E non sembrava più possibile salvare capra e cavoli.

(229) P. BENEDUCE, « *Punto di vista amministrativo » e Stato di diritto: aspetti del germanesimo dei giuristi italiani alla fine dell'Ottocento*, in « Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento », X, 1984, p. 141. Vedi anche *supra*, nota 67.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

MARIA CRISTINA BARBIERI

LA RIDUZIONE IN SCHIAVITÙ: UN PASSATO CHE NON VUOLE PASSARE. UN'INDAGINE STORICA SULLA COSTRUZIONE E I LIMITI DEL 'TIPO'

1. La parabola della schiavitù: da pena a reato. Le ragioni di un'indagine storica. — 2. La prima metà dell'Ottocento. — 3. I codici di area austriaca. Il codice di Giuseppe II. — 4. I codici austriaci di inizio Ottocento. — 5. Il codice austriaco del 1852. — 6. Il Codice del Granducato di Toscana. — 7. Alcune considerazioni interlocutorie. — 8. La seconda metà dell'Ottocento: i diversi modelli di tecnica normativa per l'incriminazione della riduzione in schiavitù e l'opzione del codice Zanardelli. — 9. La "riduzione in schiavitù" e "in condizione analoga alla schiavitù": un reato possibile? — 10. I reati 'minori' di schiavitù: le figure della legislazione complementare. — 11. Dalla schiavitù del corpo a quella dell'anima? I labili confini della materialità del 'plagio'. — 12. Il 'plagio' d'oltralpe: la fattispecie di *Menschenraub* e la sua interpretazione nella dottrina tedesca. — 13. La riduzione in schiavitù e in condizione analoga alla schiavitù: un reato impossibile. — 14. La prevedibile evoluzione: la *Trennung* tra 'riduzione in schiavitù' e 'plagio' nel codice Rocco. — 15. Il tempo delle 'nuove schiavitù'. — 16. La schiavitù come fenomeno (e problema) sociale della c.d. 'società del rischio'. — 17. La schiavitù come problema di qualificazione giuridico-penale: la ricostruzione del tipo tra interpretazione e pre-comprensione. — 18. Considerazioni conclusive tra passato e presente.

1. *La parabola della schiavitù: da pena a reato. Le ragioni di un'indagine storica.*

Una ricostruzione delle origini del reato di riduzione in schiavitù nella codificazione moderna rappresenta una delle due direttrici possibili su cui una ricognizione storica dei rapporti tra diritto penale e schiavitù può condursi, ed è quella che scegliamo di percorrere in questa sede.

L'altra direttrice percorribile è una ricostruzione del rapporto tra schiavitù e sistema penale sul quale ci limitiamo a qualche brevissima considerazione.

Si tratta in primo luogo di un rapporto di coincidenza di contenuti. È noto che la schiavitù e la servitù hanno costituito fin dai tempi antichi una forma di pena: la perdita della libertà intesa come

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

soggettività giuridica accompagnata dal lavoro obbligato in funzione afflittiva era nota già ai Greci e si protrae fin ben oltre la *Sattelzeit* — la soglia epocale — di fine Settecento: abolite schiavitù e servaggio, i condannati rimangono gli unici sul suolo europeo a trovarsi in una *legittima* condizione schiavistica. L'art. 18 del codice Napoleone prevede che la 'morte civile' consegue alla pena dei lavori forzati a vita e alla deportazione e che nemmeno il governo potrà concedere ai deportati, nel luogo della deportazione, l'esercizio dei diritti civili.

Non è solo in questo dato acquisito, tuttavia, che si colloca il rapporto tra schiavitù e diritto punitivo. La trama che nel corso dei secoli ha unito schiavitù e pena è, infatti, molto più sottile e, a tratti, meno evidente di quanto non appaia dalla semplice osservazione del trapasso dei contenuti dell'una nell'altra.

« Essere puniti significa essere trattati da schiavi [...]. La diminuzione dell'onore, che inerisce attualmente alla pena, deriva dalla punizione degli schiavi » (1).

« È del tutto evidente che la schiavitù, come forma di pena, è impossibile senza un'economia schiavistica [...] se in un'economia schiavistica si verifica una situazione di scarsità di offerta di schiavi

(1) G. RADBRUCH, *Der Ursprung des Strafrechts aus dem Stande der Unfreien*, ora in *Elegantiae Juris Criminalis*, Basel, Verlag für Recht und Gesellschaft AG, 1950[2], pp. 11, 12. Sulla schiavitù come forma di pena si registrano tra l'età illuministica e l'età liberale opinioni differenti: si veda quanto riporta M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, Torino, Einaudi, 1976, p. 96 riguardo all'idea di Le Trosne di 'asservire' allo Stato mendicanti e vagabondi; lo stesso BECCARIA riterrà la schiavitù a vita una pena legittima e dotata di efficacia deterrente: « ora non vi è alcuno che, riflettendovi, scieglier possa la totale e perpetua perdita della propria libertà per quanto avvantaggioso possa essere un delitto: dunque l'intensione della pena di schiavitù perpetua sostituita alla pena di morte ha ciò che basta per rimuovere qualunque animo determinato »: *Dei delitti e delle pene*, a cura di G. Francioni, Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria diretta da Luigi Firpo, Milano, Mediobanca, 1984, p. 90. Tutto questo apparirà pochi decenni più tardi atroce e illegittimo agli occhi di B. CONSTANT, *Commento alla scienza della legislazione di Gaetano Filangieri scritto dal sig. Beniamino Constant*, prima trad. it., Capolago, Tipografia e Libreria elvetica, 1838[4], pp. 327 ss.: « Una massima che mi sembra incontrastabile, e senza la quale la schiavitù abolita dalla religione, e dal progresso delle cognizioni, sarebbe ogni giorno alla vigilia di rinascere, quella sì è che l'uomo non può alienare la sua persona e le sue facoltà che per un tempo limitato, e con un atto della sua propria volontà [...]. Ma rivolgere le sue facoltà a nostro profitto, il servirsi di lui come una bestia da carico, egli è un ritornare alle più rozze epoche, egli è un consacrare la schiavitù, egli è un degradare l'umana condizione ».

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

a fronte di una domanda pressante, diverrà difficile ignorare la schiavitù come metodo punitivo » (2).

In questi significativi passi tratti dai saggi che rispettivamente Gustav Radbruch, e Georg Rusche e Otto Kirchheimer scrissero nel 1938 sono sintetizzati gli elementi fondamentali che legano il diritto penale e la schiavitù.

Il primo elemento che emerge dal lavoro di Radbruch attiene alla 'diversità' dello schiavo all'interno della società: la sua condizione di straniero e uomo senza diritti lo distingue già in età antica fin nella punizione per il crimine, che incide sul solo bene da lui posseduto, il proprio corpo. Gli schiavi, non avendo alcuna proprietà su cui la vittima potesse rifarsi, né facendo parte del gruppo sociale, non potevano essere passibili di pena pecuniaria né della pena dell'esilio, carica di significato simbolico per l'esclusione dal perimetro della città. Il corpo dello schiavo diventava l'oggetto su cui attuare concretamente la pena. La stessa cessione dello schiavo ad altri che avesse subito il torto poteva costituire la composizione del conflitto sfociato nel reato. Per i reati più gravi lo schiavo veniva messo a morte, pena che, se pure comminata anche per i liberi, difficilmente veniva eseguita nei loro confronti.

Flagellazione, mutilazione, messa a morte nei modi più atroci rappresentavano i più diffusi metodi di inflizione della pena per lo schiavo, tutto ciò che, in definitiva, poteva rinnovare il senso di profonda soggezione della persona o provocarne la totale distruzione fisica, o lasciare nel corpo segni visibili e duraturi (3).

L'aspetto che più colpisce delle parole e dell'analisi di Radbruch non è tanto la peculiarità della posizione dello schiavo nei confronti del diritto penale antico — che costituisce comunque una premessa della sua tesi — ma riguarda piuttosto la constatazione dell'elezione della struttura dell'istituzione schiavistica nel suo complesso come modello della punizione penale dei secoli successivi alla caduta dell'impero romano fino al XX secolo.

In particolare Radbruch, attingendo alla storia germanica,

---

(2) G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura sociale*, Bologna, Il Mulino, 1978, p. 47.

(3) Cfr. anche T. Sellin, *Slavery and the Penal System*, New York-Oxford-Amsterdam, Elsevier, 1976, pp. 22 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

espone la tesi secondo cui le punizioni inflitte originariamente agli schiavi sono divenute nel corso dei secoli quelle riservate agli strati sociali più bassi.

Indubbiamente, nella limitata scelta tra le sanzioni penali tradizionalmente disponibili, la pena detentiva e la pena pecuniaria hanno esercitato un potere deterrente modulato a seconda dei destinatari e a seconda della effettiva esecuzione delle stesse, finendo la prima per essere la pena naturale per i non abbienti. Ad ogni modo, nella disciplina dell'una e dell'altra sanzione, in momenti storici e in contesti sociali differenti, si sono sempre rilevati elementi che costituivano un retaggio, più o meno consapevolmente raccolto, di varie forme servili.

Nel confronto tra pena detentiva e istituzione schiavistica *tout court* questo è di immediata evidenza: basti ricordare l'utilizzo del lavoro dei condannati sulle galere, o alla spendita di fatica al *treadmill* o al *crank*, e più in generale allo stigma, in senso non solo metaforico, che il diritto penale infligge ai condannati così come agli schiavi: marchio e catene sono stati per molto tempo i simboli di entrambi i gruppi.

Ma anche per quanto riguarda la pena pecuniaria, ad esempio, l'istituto della conversione in pena detentiva per l'insolvibilità del condannato — sopravvissuta fino a tempi relativamente recenti — non può non richiamare alla memoria la servitù da debito o l'arresto per debiti, che è stato il naturale successore della prima.

Estremamente multiforme e variabile nel corso dei secoli, il rapporto tra diritto penale e schiavitù si consolida nel XVI secolo, proprio quando sorgono le società schiavistiche dell'età moderna e si creano le basi del capitalismo europeo.

Già fin dalla metà del XVI secolo si intraprese una politica di lotta al vagabondaggio e alla mendicità mirata a isolare dal contesto sociale tutti coloro che non si dedicassero con continuità a un'attività lavorativa: è il momento della "grande segregazione" (4).

La rigorosa distinzione tra mendicanti *inabili al lavoro* e *abili al lavoro* segnò non solo una differenziazione sociologica, ma i due oggetti su cui si indirizzarono dal XVI secolo in poi le tecniche di

(4) Cfr. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, Il Mulino, 1976, pp. 43 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

controllo del fenomeno della povertà: rispettivamente l'*assistenza sociale* (5) e il *diritto penale*.

La ribellione al lavoro poteva essere vinta con percosse e catene e, in caso di recidiva, con la schiavitù a vita a vantaggio del padrone. La deportazione nelle colonie con l'obbligo del lavoro servile nelle piantagioni costituì la pena classica per i delitti contro la proprietà, mentre in patria sorsero le *Zuchtshäuser* e *Arbeitshäuser* dove i reclusi venivani impiegati nel lavoro (6).

Non è questa la sede per ripercorrere fino in fondo questo possibile percorso di indagine dei rapporti tra schiavitù e diritto penale. Crediamo sia sufficiente averne indicato l'imbocco.

L'indagine che seguirà vuole invece solo limitarsi a ricostruire come, attraverso l'evoluzione dei codici ottocenteschi, sia faticosamente nato, durante il secolo XIX, il reato di riduzione in schiavitù e quali siano state le ragioni di una sua completa disapplicazione pur in un secolo che voleva legittimarsi come il secolo 'delle libertà'.

2. *La prima metà dell'Ottocento.*

I primi decenni dell'Ottocento si caratterizzano, come è noto, per l'intensa attività di codificazione che caratterizza tutti i paesi dell'Europa. La nascita dei primi autentici codici penali vede lo sforzo dei legislatori incentrato soprattutto sulla compilazione della 'parte speciale', nella quale la tutela del bene giuridico *libertà* occupa un posto molto importante.

L'Ottocento è *il* secolo delle libertà (7) e tutta la prima codificazione, civile soprattutto, riflette il nuovo assetto sociale

(5) La creazione del primo *Hospital Général* in Francia è del 1656.

(6) Nelle diverse parti d'Europa vennero emanati numerosi atti normativi in questo senso: ricordiamo un decreto di Bruxelles del 1599, un decreto francese del 1724, il *Vagrancy Act* del 1597, il riferimento ai quali si trova in G. Rusche, O. Kirchheimer, *Pena e struttura*, cit., *passim* e in E. Williams, *Capitalismo e schiavitù*, Bari, Laterza, 1971, *passim,* e in E. Florian, G. Cavaglieri, *I vagabondi. Studio sociologico-giuridico*, Torino, F.lli Bocca, 1897-1900, *passim*, studio fondamentale sulla politica criminale del vagabondaggio.

(7) Questa affermazione costituisce ormai un luogo comune. Il secolo XVIII fu, in realtà, il secolo dei diritti e delle libertà, fortemente ridimensionati nel 'primato della legge' che si affermò nel XIX secolo.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

ormai libero dalla divisione in ceti: la servitù e la schiavitù trovano qua e là formale abolizione nei codici, i soggetti non subiscono più i vincoli tradizionali di subordinazione privata identificabile nelle varie forme di servaggio, il concetto di *potestà* ridimensiona lo stesso vincolo tra figli, mogli e padre o marito nell'ambito familiare.

Tuttavia, nei codici penali, solo verso la fine del secolo si potrà registrare una relativa uniformità nella previsione di delitti che si riferiranno direttamente alla riduzione in schiavitù. Questo può apparire, a una prima riflessione, strano. Infatti, se l'ottocento si caratterizza per aver rivolto la sua codificazione all'« unico » cittadino, senza più alcuna distinzione di *status*, sembrerebbe illogico che il codice penale non riflettesse questa scelta col prevedere una fattispecie di reato diretta a reprimere la forma più grave in assoluto di attentato alla libertà individuale, e cioè l'attività diretta a ricreare un vincolo di subordinazione totale (o quasi) tra soggetti privati *diversa da quella riconducibile, e legittima, alla potestà*.

Già fin dalla prima metà dell'Ottocento, tra le prime codificazioni, si nota però una differenza fondamentale tra le codificazioni 'italiane' dei territori 'di area austriaca' e le codificazioni dei territori di 'area francese'. Mentre, come si vedrà, già il Codice austriaco del 1787 — Codice giuseppino — prevedeva una fattispecie che può interpretarsi come riferita alla schiavitù (8), ripresa nelle successive edizioni del 1803 e del 1815, per poi subire una svolta nella formulazione nel codice del 1852 e nel codice toscano del 1853, gli altri codici preunitari, e lo stesso primo codice del Regno d'Italia del 1866 non conterranno alcun riferimento a questo delitto e si dovrà attendere il codice Zanardelli per trovare una fattispecie di riduzione in schiavitù — 'plagio' nella terminologia tradizionale — prevista all'art. 145.

« I delitti offendono [...] la sicurezza de' privati nella persona, nella roba, nella libertà, o in altri diritti » (9). In questo enunciato del codice penale austriaco sono ben sintetizzati gli obiettivi di tutela dei legislatori del tempo. La liberazione dai vincoli servili aveva segnato per ogni individuo anche la garanzia della propria *incolumità* e

(8) Un precedente si ritrovava già all'art. 98 della 'lex teresiana'.

(9) Così si esprimeva il Codice penale universale austriaco del 1815, Capo VI, al § 50 *Della diversa qualità dei delitti*.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

libertà, intesa quest'ultima in tutte le sue sfaccettature. La nozione di libertà che si era sviluppata dall'età moderna in poi era proprio la libertà che si intendeva doversi garantire nei confronti dei rapporti tra privato e privato, senza l'interferenza dei poteri signorili, religiosi, domestici, che nei secoli precedenti si erano divisi il controllo dell'esistenza dell'individuo: allo Stato e alla legge si chiedeva, dunque di assicurare la garanzia della libertà individuale (10).

La prima codificazione penale contiene dunque le varie forme di attentato alla libertà personale configurate nelle diverse forme di *ratto* o di *arresto sequestro detenzione senza l'ordine dell'autorità* (11), ad indicare che ciò che prima era possibile o consentito in quanto rientrante in una congerie di poteri, anche di fatto, ora assumeva la forma di un grave attentato alla libertà della persona.

3. *I codici di area austriaca. Il codice di Giuseppe II.*

Il primo codice 'moderno' che fa riferimento, se pure implicitamente, alla schiavitù è il codice austriaco del 1787, il codice voluto da Giuseppe II (12). Riportiamo per chiarezza l'intera norma incriminatrice:

> « 134 Chi senza prescienza ed assenso del legittimo Magistrato, ed anzi con dolo o violenza s'impadronisce di una persona dimorante entro i confini dello Stato per trasferirla suo malgrado in Stato estero, o per consegnarla ad una Potenza estera, o ad un'illegittima podestà dentro lo Stato, si fa reo di *rapina d'uomo* ».

La fattispecie non nomina né la schiavitù né la servitù, e tuttavia cercheremo di esporre le ragioni che ci permettono di interpretarla come orientata a descrivere proprio la creazione della situazione corrispondente a quella che fu definita 'l'istituzione peculiare' (13).

---

(10) Per una sintesi sull'evoluzione del concetto di 'libertà' M. BARBERIS, *Libertà*, Bologna, Il Mulino, 1999, in particolare su questo aspetto pp. 88 ss.

(11) Così il Codice per lo Regno delle Due Sicilie del 1848 — artt. 336/337; il Codice Dei delitti e delle pene pel Regno d'Italia del 1810 — artt. 354 e 341.

(12) Iniziamo la nostra breve analisi storica da questo codice perché entrò in vigore anche sui territori italiani soggetti alla sovranità dell'impero d'Austria.

(13) Il riferimento, ineludibile, è alla definizione di M. I. FINLEY, studioso

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Il termine « impadronirsi » è l'elemento centrale di questa fattispecie che rende bene l'immagine della situazione di chi si trovi, costretto o ingannato, in uno stato di dipendenza totale nei confronti di un altro soggetto. Questo elemento, insieme alla violenza e alla frode, entra da questo momento nella 'tradizione' dei codici di lingua tedesca e rimane significativamente ancora oggi nella fattispecie in vigore nel codice tedesco (14).

In secondo luogo, le finalità: trasferire una persona in una « illegittima podestà » non può che significare che una persona venga sottoposta alla potestà *illegittima* di altri, quindi in una situazione in cui altri *eserciti illegittimamente diritti* su di essa, e il riferimento non può essere alla sottrazione alla potestà paterna o alla potestà maritale in quanto queste azioni delittuose trovano la loro collocazione nei §§ 138, 140 e 142 dello stesso codice.

Può dunque qui ben trattarsi di un riferimento a situazioni di dipendenza di tipo servile o schiavistica, ormai divenute illegittime secondo la legislazione del tempo.

> L'abolizione delle servitù — « servaggio » nella traduzione italiana e « Leibeigenschaft » nell'originale tedesco — era stata stabilita da Giuseppe II con la legge 19 febbraio 1783: in questa legge, che constava di tre capoversi, si riconoscevano diverse libertà ai sudditi:
>
> — libertà di ammogliarsi, pur dandone avviso al feudatario;
>
> — libertà di spostarsi e fissare la propria abitazione in un'altra Signoria;
>
> — libertà di scegliere una professione o un'arte.
>
> Inoltre con le leggi del 10 febbraio e 24 marzo 1783 le prestazioni in natura — i c.d. Robot — cui erano tenuti i sudditi nei confronti dei

---

dell'antichità, le cui lezioni al *Collége de France*, oggi raccolte nel volume dal titolo *Ancient Slavery and Modern Ideology*, New York, The Viking Press, 1979, trad. it. *Schiavitù antica e ideologie moderne*, Roma-Bari, Laterza, 1980 hanno aperto la via a un approccio moderno allo studio della schiavitù. In particolare, *Una istituzione peculiare?* è il titolo di un articolo contenuto in *Schiavitù antica e moderna* a cura di L. SICHIROLLO, Napoli, Guida, 1979, pp. 21 ss.

(14) Il § 234 *StGB* che descrive il delitto di *Menschenraub* ha subito solo di recente due modifiche, nel 1998 e nel 2005, non fu mai applicato, e fu comunque ritenuto applicabile a una casistica che sembra più appartenere al mito che alla storia, se si eccettua il 'rapimento' di Adolf Eichmann effettuato dai servizi segreti israeliani: cfr. W. MIDDENDORF, *Menschenraub Flugzeugentfürhungen Geiselnahme Kidnapping. Historische und moderne Erscheinungsformen*, Bielefeld, Ernst und Werner Gieseking, 1972, pp. 16 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

feudatari, erano state a loro volta abolite e sostituite con prestazioni in denaro fissate dalla stessa legge.

Tuttavia, al servaggio l'imperatore sostituiva un regime di lavoro, per i servizi di campagna e di città, che definire « libero » sarebbe azzardato: l'accordo tra le parti che la legge regolava, in mancanza di diversa disposizione contrattuale, comportava comunque l'impossibilità per il servo di recedere dal contratto prima dell'esecuzione dello stesso anche restituendo la caparra ricevuta e, per il padrone, il diritto di 'riprendere' il servo che avesse rifiutato il proprio servigio o l'avesse abbandonato, nonché il diritto di chiedere una 'punizione'. Retaggio delle vecchie servitù, queste disposizioni testimoniano come ancora per molto tempo l'impegnare la propria forza lavoro significherà impegnare anche qualcosa della propria libertà personale (15).

Le altre finalità — trasferire una persona in uno Stato estero o consegnarla ad una potenza straniera — si spiegano con le esigenze della politica imperiale di controllare in modo capillare le migrazioni fuori dei confini dell'impero austriaco: i confini erano ben sorvegliati, nessuno poteva uscire se non dietro presentazione di regolare passaporto governativo o militare, in mancanza gli emigranti sarebbero stati condotti davanti al magistrato competente (16).

Anche la regolamentazione riservata alla migrazione verso la Galizia (per la quale esisteva all'opposto un particolare contributo economico), può costituire una conferma implicita del rigore della generale restrittività della disciplina dell'emigrazione. Infatti la migrazione in Galizia era sì incentivata, ma permessa solo a « chi cercasse la [...] fortuna », agli artigiani « come sono i mattonieri, muratori, falegnami, ferraj, calzolaj, sartj o cappellai » e alle « persone uniche », ma « giammai ai contadini né ad intere famiglie » (17).

Le severe leggi sull'emigrazione abusiva, che comportavano come sanzione la confisca dei beni dell'emigrante, ci chiariscono perché dovette sembrare proporzionato punire invece molto più

(15) Le disposizioni si trovano in: *Codice ossia collezione sistematica delle leggi e ordinanze emanate sotto il Regno di Sua Maestà Imperiale Giuseppe II*, Vienna, 1785, Milano, 1786.

(16) « Le dette guardie non permetteranno a chicchessia di sortire dallo Stato senza un passaporto governativo, o militare, e specialmente... alla gioventù, e molto meno ad intere famiglie » così la legge *Degli emigranti*, n. VII, in *Codice ossia collezione sistematica*, cit., p. 91.

(17) Così espressamente la legge *Degli Emigranti al Regno di Galizia*, n. VIII, §§ 2 e 4 promulgati il 22 agosto 1782 e il 1 maggio 1783, in *Codice ossia collezione sistematica*, cit., pp. 93 e 94.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

severamente quei fatti previsti al 134 che, oltre a contrastare con le finalità delle leggi sull'emigrazione, erano connotati da un alto disvalore dovuto all'aggressione della libertà individuale (18).

4. *I codici austriaci di inizio Ottocento.*

Il codice penale austriaco del 1803, riedito nel 1815, al Capo IX prevede il delitto di *pubblica violenza*, realizzabile in *quattro casi.* Occorre porre l'attenzione su due dei casi, previsti al 75 e al 78, di cui riportiamo l'intero testo:

> « 75 *Terzo caso*: Quando taluno senza intelligenza, ed assenso della competente podestà riduce colla forza, o coll'inganno in suo potere una persona per consegnarla contro sua voglia ad una podestà straniera ».
>
> « 78 *Quarto caso*: Quando taluno non avente a termini delle leggi alcuna podestà sopra una persona, né fondato motivo alcuno di riputarla delinquente, nociva, o pericolosa, la tiene rinchiusa di propria autorità, od in qualsivoglia modo le impedisce l'esercizio della personale sua libertà, o quando taluno, anche parendogli fondato il motivo dell'intrapreso arresto, omette appositamente di farne immediata denuncia alla competente podestà ».

La prima fattispecie, in cui troviamo ancora il riferimento alla violenza e alla frode e, in luogo del termine « impadronirsi » l'espressione « in suo potere », è solo in parte corrispondente alla fattispecie del codice giuseppino, prevedendo che il *rapimento* rilevi solo per la finalità di consegnare la persona a una potestà straniera e non più per la finalità di trasferire la persona sotto un'illegittima potestà *all'interno dello Stato* (19).

È nella fattispecie di cui al 78 che si trova, invece, un riferimento a un rapporto tra autore del reato e soggetto passivo non riconducibile a un rapporto di potestà legittima.

---

(18) Sull'andamento demografico della popolazione lombarda che subiva a quell'epoca una progressiva ruralizzazione si può confrontare C. Capra, *La lombardia austriaca nell'età delle riforme*, Torino, UTET, 1987, pp. 408 ss.

(19) A questo codice austriaco fa riferimento nella sua originaria formulazione del 1803 K. Binding, *Lehrbuch des Gemeinen Deutsches Strafrechts, Besonderer Teil, Erster Band,* Leipzig, Engelmann, 1902, p. 97 in nota 2; in relazione alla creazione dello stato di dipendenza Binding definisce « *relativ klar* » il codice austriaco su questo aspetto (p. 106).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Questa norma che viene denominata *illegittima restrizione della libertà personale* e che si può considerare corrispondente a quella fattispecie che nel codice del 1787 ai 145-146 si denominava *prepotente e incompetente carcerazione*, contiene, infatti, qualcosa di più rispetto a quelle che l'hanno preceduta. Il fatto può essere realizzato da chi non ha « a termini delle leggi alcuna podestà sopra una persona » impedendo al soggetto passivo « in qualsivoglia modo [...] l'esercizio della personale sua libertà ». La norma non si riferisce dunque solo ai casi di arresto arbitrario, che, offendendo la libertà di movimento sembrano esaurirsi con l'espressione « la tiene rinchiusa di propria autorità », ma a violazioni della libertà globalmente intesa.

Se pure la fattispecie contenuta nel codice di Giuseppe II era più chiaramente indirizzata a reprimere fatti che creassero un (illegittimo) stato di sottoposizione di un soggetto a un altro rilevanti anche senza la finalità di trasferire la persona al di fuori dei confini dello Stato, vi è quantomeno una testimonianza secondo la quale la fattispecie del 78 fu utilizzata per reprimere i fatti di riduzione in schiavitù. Qualche anno più tardi, prima che l'Austria prevedesse una normativa apposita per la schiavitù, una circolare del 7 agosto 1826 stabilì che ogni suddito austriaco che avesse ostacolato in qualunque modo la libertà e ogni capitano di vascello che si fosse incaricato del trasporto di schiavi sarebbe stato punito ai sensi del 78 del codice penale (20).

Il § 16 del codice civile austriaco del resto, era chiarissimo nel riconoscere l'esistenza di diritti naturali in capo alla persona:

> « 16 Ogni uomo ha dei diritti innati, che si conoscono colla sola ragione, perciò egli è da considerare come una persona. La schiavitù e la proprietà sull'uomo, e l'esercizio della potestà ad essa relativa non sono tollerati in questi Stati ».

Le fattispecie sopra riportate sembrano dunque costituire il riflesso, nella tutela penale, della libertà individuale conclamata al §

(20) Cfr. D. Cicognani, *La questione della schiavitù coloniale. Dal Congresso di Vienna a oggi*, Firenze, Le Monnier, 1935, p. 102 in nota.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

16, norma che si segnala per il riconoscimento nel diritto positivo dei diritti *naturali* dell'uomo (21).

5. *Il codice austriaco del 1852.*

La svolta nella repressione della schiavitù avviene però con il codice penale austriaco del 1852. Per la prima volta si trova nel codice austriaco un riferimento diretto alla repressione della schiavitù. A quel tempo, infatti, la lotta condotta a livello sovranazionale contro la tratta era già ad uno stadio avanzato e l'Austria aveva aderito al « trattato a cinque », una Convenzione stipulata il 20 dicembre 1841 tra Gran Bretagna, Francia, Austria, Russia e Prussia. Nel primo articolo della Convenzione le potenze si impegnavano a proibire la tratta e a dichiararla « delitto di pirateria », inoltre si stabiliva in detta convenzione un potere giurisdizionale agli Stati aderenti a seconda del luogo in cui le navi negriere fossero state 'visitate' e scoperte con il carico umano. Le cinque potenze si erano inoltre accordate sul fatto di assicurare agli uomini oggetto di tratta la *libertà immediata* (22).

Il codice del 1852, sotto il delitto di *pubblica violenza* prevede ancora due fattispecie coincidenti con quelle del codice del 1815 —

(21) L'opera di codificazione civile del 1811 rappresentò una grande operazione legislativa, che sopravanzò di molto la Rivoluzione francese e i suoi effetti. In essa venne ribadito ciò che già in precedenza era stato introdotto per legge nei vari territori della Casa d'Asburgo. Il Codice della Galizia occidentale del 1797, il cui artefice fu Karl Anton von Martini, già precettore di Giuseppe II, aveva introdotto formalmente l'abolizione della schiavitù e della servitù della gleba (I, § 276) e inserito alcuni diritti fondamentali: « il diritto alla conservazione della vita, il diritto a procurarsi le cose a ciò necessarie, il diritto a nobilitare le proprie energie corporee e spirituali, il diritto a difendere se stessi e quel che si possiede, il diritto a far valere il proprio buon nome e, infine, il diritto a regolare e gestire liberamente tutto ciò di cui si dipone per intero » (I, § 29). Carl Gottlieb Svarez, artefice del Codice generale prussiano del 1791-92, aveva esposto i principi ispiratori dello stesso nei *Voträge über Recht und Staat vor dem Kronprinzen*, richiamandosi ai « diritti e libertà naturali » e ai « diritti inalienabili dell'uomo », che lo Stato non può calpestare né il cittadino rinunciarvi, poiché sarebbe « moralmente impossibile » e « giuridicamente vano ». Cfr. sul punto G. Östreich, *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriss*, Berlin, Duncker & Humblot, 1978, trad. it. *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, a cura di G. Gozzi, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 59 ss.

(22) Cfr. D. Cicognani, *La questione della schiavitù*, cit., pp. 97 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

90 e 93 — e ve ne aggiunge un'altra, in esecuzione degli accordi presi con il trattato 'a cinque' del 1841, di cui riportiamo il testo integrale:

> « 95 *Decimo caso*. Non tollerandosi nell'Impero d'Austria la schiavitù, né l'esercizio d'una podestà ad essa relativa, e divenendo libero ogni schiavo nel momento in cui tocca l'imperiale territorio austriaco od anche soltanto una nave austriaca, ed acquistando parimenti la sua libertà anche in Istato estero, nel momento in cui per qualsivoglia titolo viene rilasciato come schiavo ad un suddito dell'Impero austriaco, perciò commette il crimine di pubblica violenza e viene punito col duro carcere da uno a cinque anni chiunque impedisce ad uno schiavo da lui acquistato di usare della sua libertà personale, o lo aliena di nuovo come schiavo sì dentro che fuori dello Stato, come pure ogni capitano di nave il quale assuma anche il semplice trasporto di uno o di più schiavi, ovvero impedisca o faccia per mezzo di altri impedire ad uno schiavo giunto a bordo di un bastimento austriaco, di usare della libertà personale per tal modo acquistata.
>
> Se poi il capitano di un bastimento austriaco o di un altro suddito austriaco esercitasse un continuato traffico di schiavi, la pena del duro carcere sarà estesa fino a dieci anni, ed anche fino a venti se concorrano circostanze specialmente aggravanti ».

Compare per la prima volta il riferimento esplicito alla « schiavitù » e all'esercizio « di una podestà ad essa relativa », espressione quest'ultima che sembra riferirsi all'esercizio di corrispondenti poteri 'di fatto'. Non si tratta evidentemente di « riduzione » in schiavitù, ma della mancata restituzione della libertà a chi già si trovasse in quella condizione, quindi piuttosto di « mantenimento » in schiavitù. Le modalità differiscono infatti dai casi di pubblica violenza in cui una persona 'naturalmente' libera venga ridotta in stato servile e sono:

— impedire l'esercizio della libertà ad uno schiavo acquistato;
— alienare di nuovo la persona come schiava.

Il fatto può essere commesso da « chiunque », ma può anche essere reato proprio, commesso dal capitano della nave.

La pena è notevolmente più lieve che non per il caso di pubblica violenza in cui soggetto passivo sia una persona qualunque, cioè non schiava in precedenza: se nel *quarto caso* di pubblica violenza la pena è da cinque a dieci anni e può arrivare fino a venti in caso di concorso dell'aggravante per cui la vittima abbia corso il pericolo di non poter riacquistare la sua libertà, per la lesione della

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

libertà di chi è stato schiavo la cornice edittale si abbassa e diventa da uno a cinque anni.

La nuova fattispecie, aggiungendosi agli altri casi di pubblica violenza, completa dunque la tutela della libertà individuale, considerando quali fatti rilevanti specularmente la *perdita della libertà* e il *mancato riacquisto della libertà*: oggi parleremmo di *riduzione* e *mantenimento* in schiavitù. Il legislatore, facendo tesoro dell'esperienza dei secoli passati, in cui la politica coloniale aveva contribuito dissennatamente a disperdere la popolazione europea spinta dalla miseria a migrare nelle colonie, ha un duplice obiettivo: non solo tutelare la libertà individuale come diritto naturale dell'uomo, ma anche difendere la popolazione come risorsa dello Stato.

Che questo secondo aspetto non fosse secondario, può essere confermato dal fatto che, come si è già notato, la pena prevista al § 90 — *ottavo caso* di *pubblica violenza* — per il delitto di *rapimento*, in cui il soggetto passivo è una persona 'libera', cittadino europeo dei territori austriaci, la pena è sensibilmente superiore — fino a venti anni di *duro carcere* quando ricorre l'aggravante del § 91 per cui la vittima « è esposta al pericolo di non poter più recuperare la libertà » — rispetto a quella prevista per la mancata restituzione della libertà allo schiavo acquistato o rivenduto come tale ad altri — cinque anni nel massimo —.

Altre ragioni possono ipotizzarsi alla base di una differenziazione così sensibile, *in primis* il *contesto culturale* e *sociale* in cui può immaginarsi che avvenga il secondo dei due reati: anche se il reato è punibile fuori come dentro i confini dell'impero, acquistare e alienare schiavi è 'affare coloniale', il soggetto attivo è probabilmente un mercante, che gli vengano offerti schiavi è del tutto normale in un paese come l'Africa che da secoli è teatro di razzie e di mercati di uomini; inoltre, le *modalità* con cui si manifesta il reato, *omissive* nel caso di mancata restituzione della libertà, comunque non violente né fraudolente, semplicemente manifestantesi con un atto negoziale. Un fatto 'neutro' diremmo, anche se altamente simbolico, come la vendita non esprime quel disvalore che contiene in sé il « ridurre in proprio potere »; ma, in ultima analisi, è forse anche la diversa percezione che la vittima ha della propria libertà a segnare la differenza: gli schiavi sono schiavi, la loro condizione è vissuta come

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

un destino e essere liberati non è necessariamente un'aspirazione (23).

6. *Il Codice del Granducato di Toscana.*

Nel solco della tradizione dei codici di area tedesca si pone il codice toscano del 1853. La fattispecie che riguarda indirettamente la riduzione in schiavitù è l'art. 358:

> « art. 358 — 1. Chiunque, per quasivoglia scopo, in grazia del quale il fatto non trapassi sotto il titolo di un altro delitto, si è ingiustamente impadronito d'una persona, suo malgrado, od anche d'una persona consenziente, che sia minore di quattordici anni; soggiace come colpevole di plagio, alla casa di forza da tre a sette anni, o, nei casi più leggieri, alla carcere da uno a tre anni.
>
> 2. E quando il plagiario abbia consegnato la persona, di cui si è impadronito, ad un servigio estero militare o navale, o l'abbia fatto cadere in schiavitù, è punito sempre con la casa di forza da cinque a dodici anni ».

Il fatto è denominato « plagio »: plagio era il furto dello schiavo in età romana e il trattar come schiavo l'uomo libero. Nel mantenere il nome dell'antico reato, si trasfonde nella fattispecie in parte anche la sostanza.

Rispetto alle fattispecie di *pubblica violenza* dei codici austriaci, il *plagio* del codice toscano si presenta come una fattispecie meno precisa nei suoi elementi costitutivi e di applicazione residuale rispetto ad altri delitti, che si connotano per lo scopo.

La dottrina del tempo ricostruisce in via interpretativa i contorni mancanti di questa fattispecie: fondamentalmente si vuole attribuire al delitto in questione una specifica finalità che la lettera

---

(23) Occorre infatti notare che molti degli schiavi lo erano per nascita, cioè perché figli di schiavi, e che sapevano bene che la manomissione sarebbe stata solo un'eventualità nella vita. Inoltre, l'eliminazione della schiavitù fu un fenomeno progressivo, nella consapevolezza che la liberazione obbligatoria e immediata di tutti gli schiavi, domestici e rurali, avrebbe comportato svantaggi sociali, economici e politici e che non sarebbe stata necessariamente un bene per gli stessi schiavi manomessi. In un'ottica paternalistica, si riteneva che gli schiavi liberati non sarebbero stati in grado di 'gestirsi da soli' e, per questo, si diede loro l'opportunità di scegliere se andarsene o rimanere presso il padrone. Cfr. ivi, pp. 236 ss. Cfr. *infra* nota (56).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

della legge non gli attribuisce: il *lucro* (24), e, accanto a questo, la *vendetta* (25).

Pur collocando la dottrina il delitto di « plagio » nel solco della tradizione romanistica e germanica, da cui prende il nome (26), si afferma però che « La sede spontanea ed incriticabile di questo delitto di *plagio* è nella serie dei crimini contro la *libertà* individuale » (27) e la sua definizione come « violenta e fraudolenta soppressione dell'uomo » deriva come logica conseguenza dalla abolizione della servitù personale (28).

Gli elementi costitutivi, ricavabili sia dalla lettera della legge sia dall'interpretazione dottrinale sono fondamentalmente tre:

— *sottrazione di un uomo*;
— *frode* o *violenza*;
— *fine di lucro* o *di vendetta.*

Il primo di questi elementi appare ormai come un elemento 'tradizionale' di questa fenomenologia delittuosa: *rapina d'uomo*, *rapimento*, *ratto* (*Menschenraub* in tedesco) si identificano tutti con

(24) G. Puccioni, *Il codice penale toscano illustrato sulla scorta delle fonti e della giurisprudenza*, Pistoia, Tipografia Cino, 1857, p. 622.

(25) F. Carrara, *Programma del Corso di diritto criminale. Esposizione dei delitti in specie,* vol II,Lucca, Canovetti, 1865, pp. 579, 581.

(26) Cfr. M. Molè, *Plagio* (diritto romano), *Noviss. Dig.*, vol. XIII, Torino, 1966, pp. 116 ss. e T. Brasiello, *Personalità individuale* (delitti contro la), *Noviss. Dig.*, vol. XII, Torino, 1965, pp. 1092 ss.

(27) Che la « sottrazione di un uomo » potesse inseririsi tra i delitti contro la proprietà non doveva essere uscito dalla *Weltanschaung* dei penalisti se Carmignani nei suoi *Elementa* ancora lo considerava tale: cfr. sul punto le osservazioni di F. Carrara, *Programma*, cit. p. 580, 581 nota (1): « ... la sottrazione di un uomo non può oggidì collocarsi mai fra i delitti contro la proprietà neppure quando la creatura sottratta sia sottoposta alla potestà paterna, la quale oggi non ha nessuna analogia col giure di dominio in rapporto alla persona del figlio ». G. Puccioni, *Il codice penale toscano*, cit., p. 621, pur riconoscendo che il fatto lede la libertà individuale, continua a ritenere rilevante solo lo scopo di lucro proprio in quanto il plagio « dà necessariamente l'idea del furto ». Già Benjamin Constant alcuni decenni addietro rilevava come la mite punizione riservata alla tratta dei neri, la confisca della nave, fosse inappropriata alla gravità del fatto che « è una combinazione del ratto, dell'incendio, del furto e dell'omicidio, accompagnati dalla più fredda e più riflettuta premeditazione ». All'illustre Autore non sfuggiva dunque che la tratta, punita alla stregua di un 'reato economico' rappresentava invece « il più rivoltante attentato contro tutti i principi conservatori della giustizia e della dignità della specie umana »: B. Constant, *Comento*, cit., p. 115.

(28) G. Puccioni, *Il codice penale toscano*, cit., p. 620.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

una realizzazione di un rapporto di sottoposizione di una persona al potere di un'altra, situazione che si realizza attraverso frode o violenza, elementi che, nella fattispecie che stiamo considerando ora, si ricavano dall'espressione *suo malgrado* e indirettamente dal fatto che è punito il plagio consensuale solo se esercitato nei confronti dell'infraquattordicenne.

Il terzo elemento costitutivo — il fine di lucro — è concordemente considerato come elemento caratteristico del plagio, dove il lucro è da intendersi non come proveniente dal patrimonio del plagiato, ma dall'uso che si fa del suo corpo.

Il fine di vendetta come espressione di odio nei confronti del plagiato o « sovra persone a lui attenenti », costituisce solo per Carrara un ulteriore fine rilevante; per Puccioni, invece, la fattispecie ricadrebbe in questo caso nel *carcere privato*.

L'accento cade sul fatto che questo tipo di reato offende *solo* la libertà individuale, in quanto le finalità suddette non sono in sé lesive di altri beni; la vittima — uomo e non più *cosa* — non può più essere *sottratto* alla proprietà di altri, se non di se stesso, cioè alla *propria libertà*.

Il delitto — *plagio civile* — presenta, dunque, una oggettività comune ad altri delitti: la materiale « abduzione » di una persona, cioè lo spostamento da un luogo a un altro, è elemento comune anche al *ratto*, può essere elemento implicato dal *furto violento* o dall'*estorsione* o anche dal *carcere privato* (29): ciò che lo distingue è dunque solo il fine: « è plagio se un bambino di forme straordinarie si rapisca per condurlo in giro e mostrarlo per prezzo al pubblico » (chi può dimenticare *The Elephant Man*?); « è plagio se si rapisce un uomo per servirsene di modello od altro simile; ed è plagio eziandio [...] se si priva della sua libertà individuale un uomo per isfogare con tal mezzo [...] un sentimento di odio o vendetta » (30).

Lo sforzo descrittivo ed esemplificativo della dottrina, nel tentativo di ritagliare alla fattispecie una tipicità più incisiva, non può però far dimenticare che l'orientamento teleologico della fatti-

(29) F. Carrara, *Programma*, cit., p. 580. Il fine di libidine è caratteristico invece del *ratto*, il fine di consumare un furto del *furto violento*, il fine di costringere a emettere obbligazioni dell'*estorsione*, il fine di farsi giustizia da sé del *carcere privato*.

(30) Ivi, p. 581.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

specie è impreciso — « per qualsivoglia scopo » dice la legge — e, quindi, lucro e vendetta rimangono estranei alla lettera della legge.

Se l'assenza di altri fini, come la libidine o il far emettere obbligazioni, basta a escludere il configurarsi dei diversi reati di *ratto* o di *estorsione*, ciò non è sufficiente a escludere dall'ambito di applicazione della fattispecie fatti che si connotano per una finalità onesta: così se ci si impadronisce di un minore per sottrarlo all'incuria dei genitori (l'esempio è di Carrara).

In definitiva, questo delitto, pensato per quelle situazioni in cui si eserciti un potere assoluto dell'uomo sull'uomo (« Il verbo *impadronirsi* significa *far suo*, *prendere il dominio*, e *il possesso di una persona* ») (31) finisce per sovrapporsi in parte con quei fatti che saranno più tardi identificati con il *ratto di minore*, perdendo quindi una vera autonomia di applicazione

Il presupposto fattuale, caratteristica fondante del fatto di plagio rimane però — e su questo non vi è dubbio nei commentatori — lo spostamento della persona da un luogo a un altro, dal *suo* ambiente a un ambiente *estraneo*, condizione indispensabile perché si possa esercitare sulla persona quel dominio che è implicato dal termine *impadronirsi*.

Plagio sta a indicare quindi più un modo di agire sulla persona che i contorni di un'intera fattispecie, tanto che la dottrina può affermare che il *carcere privato* può realizzarsi anche mediante *plagio*, cioè mediante spostamento materiale della persona, e in questo caso determinante per l'identificazione dell'una o dell'altra fattispecie sarà il fine per cui l'autore ha agito.

Il rapporto tra plagio e schiavitù non si pone quindi in termini di identificazione: della tradizione del diritto comune che riconduceva al plagio il furto del servo e la schiavizzazione dell'uomo libero, il codice toscano recupera alla fattispecie del § 358 principalmente il fatto materiale della *sottrazione*; il *far cadere in schiavitù* rappresenta invece « una specialità del fine » insieme al *fine di ingaggio in un servizio militare estero* — definito *plagio politico* —.

Occorre sottolineare un ultimo particolare riguardo alla fattispecie in esame. Entrambi gli autori che abbiamo considerato si interrogano sulla sussistenza del delitto nel caso in cui venga pre-

(31) Così G. PUCCIONI, *Il codice penale toscano*, cit., 623.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

stato il consenso 'a servire' da parte di chi ha compiuto i quattordici anni. Si tratta, in definitiva di una prima riflessione sulla disponibilità della libertà personale.

È nell'affrontare questo aspetto che gli Autori a ricerca di esempi recuperano dalle figure 'classiche' del rapporto servile o schiavistico i casi più estremi e problematici: Carrara si riferisce all'impegno *a tempo indeterminato* « a servire altri »; Puccioni al caso di « consenso ad essere venduto ».

Per il primo dei due autori si tratterebbe di un vincolo nullo e improduttivo di effetti giuridici e chi insistesse a voler comprimere la libertà 'naturale' di un uomo, quand'anche questi vi avesse *in principio* consentito, o chi comprasse un uomo che consente alla propria vendita, risponderebbe sicuramente di plagio. Carrara implicitamente distingue, dunque, tra una disponibilità della libertà individuale limitata (nel tempo) e illimitata: solo la prima non darebbe luogo a plagio, mentre nella seconda ipotesi vi sarebbe plagio, ma, secondo l'Autore, solo in caso di *revoca* del consenso da parte del plagiato e resistenza a restituire la libertà da parte dell'agente.

L'esemplificazione lascia comunque scoperto il caso di chi si conceda in servitù illimitatamente ad altri senza più reclamare la sua libertà: pur improduttiva di effetti giuridici sul piano civilistico, questa situazione può comunque presentarsi in fatto e, tutto considerato, non sembra essere penalmente rilevante.

Puccioni, d'altra parte, muovendo dalla distinzione tra diritti disponibili e indisponibili, inserisce la libertà individuale nella seconda categoria e, tuttavia, ritiene che, secondo la lettera della legge, siano *necessarie* frode e violenza perché si configuri il plagio nei confronti di chi sia *sui juris*, (e che, quindi, un libero consenso non faccia sorgere il plagio) e *necessario* il dissenso del padre o del tutore per chi sia *alieno jure subiecto* (32).

Si deve dunque concludere che, in presenza del consenso di chi eserciti la potestà o la tutela, sia penalmente irrilevante l'asservimento del minore.

L'accento posto dai commentatori del codice toscano sull'aspetto materiale del delitto di plagio, cioè sul fatto dello sposta-

(32) Ivi, p. 622 e F. CARRARA, *Programma*, cit., p. 581.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

mento della persona da un posto a un altro con conseguente creazione di una *situazione di isolamento e impotenza della persona* è importante perché mette in evidenza elementi specifici di una fattispecie che non verrà mai descritta in questi termini nell'ordinamento italiano: « impadronirsi » è termine molto pregnante, evocativo di fatti *concreti*, ben descrivibili, che finirà per stemperarsi, nelle fattispecie dei codici che seguiranno, in espressioni più sintetiche, ma sicuramente meno decifrabili.

7. *Alcune considerazioni interlocutorie.*

Come commento a una prima lettura di questa fattispecie e di quelle contenute nel codice austriaco del 1852, si può osservare che a distanza di più di mezzo secolo dalla Rivoluzione del 1789 e dalla elaborazione delle Dichiarazioni dei diritti di fine Settecento quella libertà naturale dell'uomo che era stata propugnata come irrinunciabile e 'positivizzata' (nella codificazione civile austriaca) non trova nella tutela penale che un riconoscimento parziale. Infatti anche quelle fattispecie, che, nei vari codici esaminati, vanno sotto il nome di *rapina d'uomo*, *rapimento*, *plagio* e che nell'intenzione dei legislatori del tempo dovevano descrivere la massima compressione della libertà umana, *la sottoposizione di un uomo al potere di un altro*, presentano qualche lacuna di tutela.

Si è visto infatti che nessuno dei commentatori del codice toscano è in grado di escludere recisamente che l'autoasservimento sia punibile, mentre la 'libertà' del minore è ampiamente comprimibile anche a suo svantaggio proprio perché ad essa si sovrappone la patria potestà.

Correlativamente nella politica coloniale di contrasto della schiavitù, nel momento di passaggio alla lotta contro l'istituzione dove essa era radicata socialmente prima che giuridicamente, si sarebbe lasciata al singolo, attraverso il sistema della libera affrancazione, una libertà di scelta sulla propria persona, sul proprio futuro, di servo o di uomo libero (33).

(33) La Convenzione di Bruxelles del 1890, che rappresenta una delle tappe con cui gli stati si impegnavano sul piano internazionale ad abolire prima la tratta e poi la schiavitù stabilirà all'art. 29 che « nessuno doveva restare schiavo se non l'avesse

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

8. *La seconda metà dell'Ottocento: i diversi modelli di tecnica normativa per l'incriminazione della riduzione in schiavitù e l'opzione del codice Zanardelli.*

Come si è gia avuto modo di notare all'inizio di questo lavoro, i legislatori ottocenteschi all'indomani dell'abolizione del servaggio e della proclamazione dei diritti dell'uomo hanno affrontato diversamente il problema della tutela penale della libertà individuale da atti che realizzassero la completa soppressione della stessa, in altri termini, da atti che implicassero la riduzione in schiavitù.

Si delineano un « modello francese » e un « modello germanico »: il primo sostanzialmente consiste nel non prevedere fattispecie apposite e utilizzare per la repressione della schiavitù i delitti di *arrestations illégales*, *sequestration des personnes*, e, per i minori, *enlèvement des mineurs* (34); l'altro, che trova i suoi primi esempi nei codici descritti al paragrafo precedente, invece si caratterizza per la previsione di fattispecie apposite, nelle quali, tuttavia, il riferimento espresso alla schiavitù può anche non esserci, ma che sono comunque distinte dalle fattispecie di « ratto » e di « carcere arbitrario ».

Le scelte effettuate dalla Francia saranno condivise dal Belgio, dalla Spagna e dall'Inghilterra (35).

Il « modello tedesco » viene adottato dalla maggior parte dei codici europei, tuttavia con scelte tecnico-descrittive molto differenti.

All'interno di questo secondo modello, nei codici che vengono emanati nel corso del XIX secolo possiamo individuare due differenti tipologie descrittive:

— la prima, caratteristica dei codici di area tedesca, incentra la fattispecie sulla descrizione dell'atto di « impadronirsi » (*sich bemächtigt*) o del rapire (*entführt*) tipica già del codice toscano, e il riferimento

---

voluto », con ciò concedendo all'individuo un diritto di libertà e al contempo la sua disponibilità. Cfr. per i riferimenti alla convenzione D. CICOGNANI, *La questione della schiavitù*, cit., pp. 180 ss.

(34) R. GARRAUD, *Traité théorique e pratique du droit pénal francais*, Parigi, Larose e Forcel, 1898-1902, V, pp. 262-263.

(35) Cfr. per un'ampia panoramica della sistematica dei codici dell'epoca E. FLORIAN, *Trattato di diritto* penale, vol. III, *Dei delitti contro la libertà*, Milano, Vallardi, 1923², pp. 58 ss. e V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, Torino, UTET, 1926, p. 474.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

alla schiavitù rimane confinato nella finalità per cui il soggetto agente agisce, come elemento costitutivo del reato e non come circostanza aggravante (come era invece nel codice toscano) (36);

— la seconda tipologia incentra invece la fattispecie sulla « riduzione » in schiavitù, senza ulteriori elementi descrittivi delle modalità di tale condotta (37).

9. *La "riduzione in schiavitù" e "in condizione analoga alla schiavitù": un reato possibile?*

La fattispecie del 145 del codice Zanardelli adotta questa seconda tecnica descrivendo il fatto di *plagio* (si affermò infatti nella terminologia corrente la dicitura tradizionale) come il fatto di « chiunque riduce una persona in ischiavitù o in altra condizione analoga ».

Nonostante le manifestazioni di reciproche preferenze espresse dalla dottrina italiana e tedesca per la tecnica adottata dai colleghi (38), appare evidente che entrambe le tipologie sono carenti sotto il profilo descrittivo: lasciano infatti all'interprete il compito di dare un contenuto al termine « schiavitù », che, a quel tempo non poteva ancora appoggiarsi alla definizione che solo nel 1926 le verrà data dalla prima Convenzione di Ginevra.

Tale carenza descrittiva si presentava tanto più problematica nel caso della norma italiana perché sul termine « schiavitù » ruotava tutto il disvalore della fattispecie (39).

Benché la fattispecie fosse, nei fatti, destinata ad una limita-

---

(36) Il § 204 del codice prussiano recitava: « Chiunque, mediante frode o violenza rapisce una persona o per esporla senz'aiuto, o per ridurla in schiavitù od in servaggio... ». Il § 234 del codice germanico del 1871 prevedeva: « chi, mediante inganno, violenza o minaccia, s'impadronisce d'una persona per porla in condizione di non potersi aiutare da sé o per ridurla in schiavitù o in servitù... ».

(37) Questa schema verrà adottato, oltre che dal codice Zanardelli, anche dal nuovo codice austriaco (§ 320) e dal codice penale russo (§ 501).

(38) Cfr. « Non vuolsi, però dimenticare, che gli scrittori tedeschi mostransi tutt'altro che contenti della formula del loro codice; anzi la formula nostra trova in Germania un precedente. Difatti… John aveva proposto un'aggiunta analoga a quella adoperata poi in Italia, suggerendo le parole "o in uno stato simile di non libertà" »: cfr. E. Florian, *Dei delitti contro la libertà*, cit., p. 415.

(39) La formulazione delle fattispecie di area tedesca consentiva di concentrare

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

tissima applicazione, (40) la dottrina continuò a discutere sulle possibili interpretazioni della stessa anche a qualche decennio di distanza dall'entrata in vigore del Codice.

La laconicità della norma, che fece parlare esplicitamente di 'delega implicita al magistrato delle funzioni legislative' (41), poneva infatti molti problemi esegetici e sistematici.

La premessa indispensabile perché la fattispecie potesse trovare applicazione in Italia era che « schiavitù » e « condizione analoga alla schiavitù » potessero essere interpretate come situazioni di fatto. Sul punto, però, la dottrina era divisa (42).

Chi riteneva irrealizzabile in Italia la suddetta fattispecie rinunciava *a priori* a ritagliare un ambito di applicazione alla norma, sottolineando come solo il riferimento a situazioni giuridicamente determinate, quali l'assoggettamento dell'uomo a un vero *dominium* — con riferimento alla schiavitù — o all'istituzione della *media servitù* — con riferimento alla condizione analoga — potesse soddisfare le esigenze di certezza del diritto evitando decisioni totalmente arbitrarie dei giudici (43).

In questa linea interpretativa vi era chi non risparmiava comunque critiche alla norma, ritenendo che, differenziando il delitto da quello di sequestro di persona (« illegittima privazione della

---

il disvalore della fattispecie sulle modalità di condotta — violenza, minaccia, inganno — e sull'evento 'intermedio' rappresentato dal fatto di « impadronirsi » di una persona.

(40) La norma trovò applicazione solo per alcuni episodi avvenuti in Eritrea. Cfr. *La schiavitù e il reato di plagio nella Colonia Eritrea*, in « Suppl. Riv. Pen. », vol. XXIII, 1914. La Corte di Cassazione ebbe a occuparsene due volte: Cass. 11.12.1902, in « Giustizia penale », IX, 1903, c. 337 e Cass. 9.8.1904, in « Giustizia penale », 1904, c. 173.

(41) Così C. Civoli, *Trattato di diritto penale*, Tipografia editrice libraria L. di G. Pirola,, Milano, 1916[4], p. 212.

(42) Contrario all'estensione a situazioni di fatto ivi, p. 213; G. Crivellari, *Il Codice Penale per il Regno d'Italia approvato con R.D. 30 giugno 1889 interpretato sulla scorta della dottrina, delle fonti, della legislazione comparata e della giurisprudenza*, vol. V, Torino, UTET, 1894, p. 525; favorevole invece R. Crespolani, *Di alcuni delitti contro la libertà individuale*, in *Studi e giudicati illustrativi del codice penale italiano sotto la direzione di L. Lucchini*, in « Supplemento alla Rivista penale », vol. VIII, Torino, UTET, 1899, p. 131. La Corte di Cassazione con sent. 11 dicembre 1902, confermando una sentenza della Corte di Assise di Asmara, ammise che l'art. 145 era applicabile anche in paesi dove la schiavitù fosse stata abolita.

(43) C. Civoli, *Trattato*, cit., p. 212 e 216. Per il riferimento alla *media servitù* cfr. F. Forti, *Istituzioni*, cit., pp. 288 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

libertà personale » secondo l'art. 146 del Codice Zanardelli), il legislatore avrebbe dovuto scegliere una formulazione simile a quella del codice tedesco, tipizzando quindi quali elementi della condotta *violenza minaccia inganno* e come evento l'*impadronirsi* della persona, relegando la schiavitù come oggetto della finalità (44).

Tuttavia, anche tra coloro che ritenevano che le due nozioni dovessero essere interpretate come situazioni 'di fatto', vi era chi riteneva che la fattispecie potesse essere applicata in qualunque momento fossero *riapparse* 'pratiche' riconducibili alla schiavitù, indipendentemente dalla sussistenza nell'ordinamento giuridico del relativo istituto o che, quantomeno sussistendo nell'agente l'intenzione di ridurre altri in schiavitù — ad esempio vendendo una persona a mercanti di schiavi —, si dovesse ritenere plausibile qualificare come tentativo del delitto di cui all'art. 145 la materiale « abduzione di un uomo » avvenuta sul suolo italiano. Se l'agente fosse poi riuscito nel suo intento, il delitto si sarebbe potuto dire consumato, dovunque fosse avvenuto lo scambio, la consegna o la vendita, in Italia o in altro luogo in cui l'istituzione fosse ancora in vigore (45). In definitiva, la norma avrebbe svolto una funzione complementare alla repressione della *tratta*, punita dagli artt. 335 ss. del Codice della Marina mercantile, compito nel quale l'Italia era impegnata da accordi internazionali (46).

In questo modo, si evitava di interpretare almeno una parte del testo dell'art. 145, quello relativo appunto alle nozioni di schiavitù e di condizione analoga, rimandando a contesti giuridici in cui queste ancora esistevano.

L'elusione dell'interpretazione dei due termini, che rappresentavano nell'economia della fattispecie l'*evento*, trovava una compensazione nell'esegesi della norma almeno con riferimento all'elemento

---

(44) E. NOSEDA, *Dei delitti contro la libertà*, in *Enciclopedia del diritto penale italiano*, a cura di E. PESSINA, Milano, Società editrice libraria, 1909, p. 247.

(45) Così R. CRESPOLANI, *Di alcuni delitti*, cit., p. 131. Pacifico era che la commissione del fatto da parte di un cittadino italiano in stato estero fosse perseguibile in Italia, alle condizioni di cui all'art. 5 del codice.

(46) Già nel 1885 l'Italia aveva aderito al Trattato anglo-egiziano, assumendo poteri di polizia marittima, acquistando il diritto di sorvegliare nei limiti geografici fissati dal trattato, i vascelli egiziani e britannici sospettati di tratta: cfr. D. CICOGNANI, *La questione della schiavitù*, cit., pp. 165 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

della condotta, cioè l'atto della « riduzione », sulla cui interpretazione pesava l'influenza esercitata dal precedente del « plagio » del Codice toscano.

A fini sistematici, era infatti importante sottolineare che per ridurre in schiavitù una persona fosse necessario prima « impadronirsene » per distinguere simili atti da quelli che fossero qualificabili come « illegittima privazione della libertà personale » aggravata e punibile ai sensi del secondo comma dell'art. 146, difendendo in questo modo l'autonomia della scelta del codice che si era differenziato dal c.d. 'modello francese' (47).

A chi avesse voluto « dare un'anima » a questa norma, interpretandola come riferita a situazioni di fatto, la scarna formulazione della fattispecie poneva, come si è anticipato, parecchi dubbi interpretativi. Occorreva interpretare gli elementi della condotta e dell'evento, tradotto quest'ultimo nella dimensione della schiavitù 'di fatto'.

Quanto al primo aspetto, si notò da parte di alcuni autori che vollero dare massima ampiezza alla fattispecie, che dovessero ritenersi superate le tradizionali interpretazioni che ritenevano *necessaria* la *abductio de loco ad locum*. Il delitto di privazione della libertà personale, o il delitto di sottrazione dei minorenni, o ancora la violenza privata divengono così elementi « eventualmente, ma non necessariamente costitutivi del delitto di plagio » (48).

Il delitto diviene, dunque, a forma libera, incentrato tutto sul disvalore dell'evento, al punto che anche in presenza di un consenso del soggetto passivo — e quindi senza violenza minaccia o inganno — il delitto deve ritenersi integrato (49).

---

(47) Nel testo del secondo comma dell'art. 146 erano infatti previsti il fine di lucro o di vendetta, che CARRARA indicava, a dispetto del silenzio della norma, come elementi tipici del « plagio » del codice toscano e che avrebbe voluto far inserire nella fattispecie di cui all'art. 145 c.p.

(48) V. MANZINI, *Trattato*, cit., p. 474. E. FLORIAN, *Dei delitti contro la libertà*, cit., p. 414.

(49) E. FLORIAN, *Dei delitti contro la libertà*, cit., pp. 418, 419; V. MANZINI, *Trattato*, cit., p. 476. Di opinione contraria P. NOCITO, *Corso di diritto penale col commento delle relative leggi*, Roma, Forzani e C., tipografia del Senato, 1901, p. 530; in Germania era dominante l'idea che il consenso non facesse sorgere il reato: cfr. K. BINDING, *Lehrbuch*, cit., p. 107. L'Autore è anche l'unico a cercare di spiegare cosa

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Le osservazioni più interessanti per noi si trovano ovviamente nei tentativi della dottrina di tradurre in una dimensione fattuale i concetti di « schiavitù » e di « condizione analoga alla schiavitù ».

Per quanto riguarda il concetto di « schiavitù », la dottrina non si spinge oltre la definizione secondo cui deve trattarsi di una condizione in cui il soggetto « venga a trovarsi nella più ampia *soggezione* servile verso un padrone » (50) e, in linea di massima, non sembra dare molta importanza a questo elemento, quanto piuttosto alle possibili concretizzazioni della « condizione analoga alla schiavitù ». Non essendo rilevante solo la condizione schiavistica giuridicamente intesa ed essendo equiparate nella pena entrambe le manifestazioni della condotta delittuosa, sembra alla dottrina più utile concentrare i propri sforzi interpretativi sulle tipologie di « condizione analoga alla schiavitù » rinvenibili nella vita ed esperienza del tempo.

A darne una definizione generale e molto ampia è solo Manzini, che individua come « condizione analoga alla schiavitù » la situazione di chi si trovi legato da un « rapporto di servizio (gratuito o retribuito) diverso dalla libera e lecita locazione o dalla doverosa prestazione d'opera o d'altro servigio personale »: si spazia così da situazioni ottenute mediante l'uso della violenza, della minaccia o dell'inganno e che quindi presentino nelle modalità della condotta autonomi profili di rilevanza penale, fino a situazioni consensuali in cui un soggetto si obblighi a prestazioni indeterminate nella durata e nei modi, in violazione di quanto l'art. 1628 c.c. disponeva per la locazione d'opera (51).

L'Autore ritiene *indispensabile* la prestazione di un servizio lavorativo in senso tradizionale, ritenendo escluse le prestazioni sessuali se non accompagnate dalle suddette prestazioni di servizio. A titolo esemplificativo cita alcuni casi contenuti nelle Convenzioni sulla Tratta delle bianche, il « ridurre una persona al servizio di piantatori americani che la trattino come schiava », l'esercitare padronanza sopra fanciulli per ridurli nella più ampia soggezione

---

significhi 'impadronirsi' di una persona descrivendo il tutto dal punto di vista della vittima: essere di fatto nel potere di qualcuno significa non poter più disporre del proprio futuro a vantaggio di chi esercita tale potere: ivi, p. 108.

(50) V. Manzini, *Trattato*, cit., p. 478.

(51) *Ibidem*.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

servile e così via, ma, in definitiva l'Autore sembra più affidarsi all'« apprezzamento rimesso completamente all'illuminata discrezione del giudice del fatto » (52).

Ma proprio sulle esemplificazioni che venivano fornite di « condizioni analoghe alla schiavitù » sorsero controversie in dottrina. Le tipologie oggetto di discussione riguardarono sostanzialmente le situazioni di costrizioni a lavoro non retribuito (53) — ipotesi non infrequente nel lavoro agrario attuata dall'ascendente nei confronti del figlio —, il lavoro dei fanciulli, l'impiego dei fanciulli in professioni girovaghe o nell'accattonaggio e i casi di sfruttamento connessi all'emigrazione (54).

Con riferimento alle ultime tre situazioni, chi non riteneva di ricondurle all'art. 145 c.p., adduceva l'esistenza di leggi che reprimevano lo sfruttamento connesso a questi fenomeni, discipline normative certo suscettibili di miglioramento, ma comunque sufficienti a tutelare i minori e i migranti, tanto più che le ulteriori manifestazioni delittuose che si fossero accompagnate alle condotte descritte in queste leggi — quali la violenza privata o la privazione della libertà personale — avrebbero trovato autonoma rilevanza negli artt. 146, secondo comma e 154 c.p. (55).

Per la situazione della costrizione al lavoro senza mercede in ambito familiare, tipica di un'economia agraria che in Italia a quel tempo si fondava ancora sulla divisione del lavoro nell'ambito della famiglia patriarcale (56), appariva del resto sproporzionata la pena della reclusione da dodici a venti anni comminata dall'art. 145 (57).

Non resta dunque, a questo punto, che rivolgere la nostra

---

(52) *Ibidem.*

(53) C. Civoli, *Trattato*, cit., p. 216.

(54) L. Napodano, *La tratta dei fanciulli italiani all'estero*, in « Supplemento alla Rivista penale » 1902, V. Manzini, *Trattato*, cit., p. 478.

(55) Si trattava delle l. 11 febbraio 1886, della l. 21 dicembre 1873 n. 1733 e della l. 31 gennaio 1901 n. 23.

(56) G. Giorgetti, *Contadini e proprietari nell'Italia moderna. Rapporti di produzione e contratti agrari dal secolo XVI a oggi*, Torino, Einaudi, 1974, pp. 304 ss. V. Castronovo, *La storia economica*, in *Storia d'Italia*, vol. IV, *Dall'Unità a oggi*, I, Torino, Einaudi, 1975, p. 32 ss. Sulla persistenza delle forme di servitù domestica nel mondo agrario cfr. anche F. Forti, *Libri due delle istituzioni di diritto civile accomodate all'uso del foro*, Firenze, Cammelli, 1863, p. 291.

(57) C. Civoli, *Trattato*, cit., p. 216.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

attenzione alla disciplina, contenuta nelle leggi complementari, di quelle particolari situazioni da alcuni invocate come esempi possibili di « condizione analoga alla schiavitù ».

10. *I reati 'minori' di schiavitù: le figure della legislazione complementare.*

La legge 21 dicembre 1873 *sul divieto dell'impiego di fanciulli in professioni girovaghe* conteneva diverse fattispecie sanzionate penalmente che possono ripartirsi in diversi gruppi a seconda della gravità:

a) la « consegna » o l'« affidamento » del minore degli anni diciotto a chi avesse per scopo d'impiegarli nell'esercizio di professioni girovaghe;

b) il « tenere presso di sé » (come affidatario) minori degli anni diciotto impiegati nelle suddette professioni;

c) il « rapimento » con « violenza o frode », « artifizi o seduzioni » di minori degli anni ventuno al fine di impiegarli nelle suddette professioni e il « tenerli presso di sé »;

d) l'abbandono o i maltrattamenti tali da pregiudicare la salute o tali da determinare la fuga del minore;

e) la mancata denuncia, da parte di chi avesse affidato i minori, entro tre mesi dall'entrata in vigore della legge;

La fattispecie più grave era costituita dal *rapimento* con *frode o violenza* aggravato dai fatti di cui al punto *d*). Questo reato comportava la reclusione da cinque a sette anni; il caso di rapimento con *artifizio e seduzioni* e con le stesse aggravanti comportava la reclusione da tre a sette anni (art. 6 secondo comma).

Il delitto era destinato ad essere assorbito, qualora il fatto costituisse reato « maggiore » e si faceva divieto al giudice di applicare la pena nel limite minimo previsto dalla diversa fattispecie (art. 6 secondo comma).

Lo scarto di pena tra il fatto più grave sopra descritto e quello meno grave — la cessione da parte di genitori e tutori del minore e il ricevimento dello stesso (art. 1 e art. 2) — era notevole: in questo secondo caso infatti la legge prevedeva rispettivamente il « carcere da uno a tre mesi e [...] multa da cinquanta a duecentocinquanta

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

lire » e il « carcere da tre a sei mesi e [...] multa da cento a cinquecento lire ».

In definitiva, in termini di gravità sanzionatoria, la differenza fondamentale era insita nella presenza del *rapimento*, che significava sostanzialmente sottrazione alla potestà patria o tutoria: la cessione *consensuale* da parte del padre o del tutore appariva avere un disvalore assai inferiore, anche se le condizioni, oggettivamente considerate, del minore potevano non essere molto diverse. Ipotesi confermata dal fatto che erano previste le stesse aggravanti dell'abbandono e dei maltrattamenti che cagionassero un serio pregiudizio alla salute, le quali però, comportavano, nel caso di cessione consensuale, una pena molto minore: la reclusione da sei mesi a un anno.

Viene da domandarsi a quale tra queste situazioni così diverse per gravità pensassero quegli autori che le indicavano quali condizioni analoghe alla schiavitù, fatto punibile, ai sensi del'art. 145, con una pena che, nel minimo — dodici anni — era di gran lunga superiore al massimo per i reati previsti in questa normativa complementare. Stando alle premesse del ragionamento effettuato da chi ritiene come unico elemento indispensabile per il configurarsi della condizione analoga alla schiavitù la prestazione di un servizio come elemento sintomatico della condizione servile, sembra che tutte le situazioni descritte nella legge del 1873 possano essere ricondotte all'art. 145 codice Zanardelli, sia quelle che si verificano solo a seguito della « consegna » del minore, sia quelle che si verificano a seguito di « rapimento », essendo irrilevanti le modalità con cui la condizione servile viene realizzata (58).

L'ampio divario esistente tra la comminatoria prevista per queste fattispecie e la comminatoria prevista per la fattispecie di cui all'art. 145 e che potrebbe far deporre per una sostanziale differenza di gravità tra le situazioni descritte nella legge del 1873 e le situazioni di condizione analoga alla schiavitù punite all'art. 145 c.p. non fa però deporre per l'incongruenza delle affermazioni di chi riteneva potessero considerarsi condizioni analoghe alla schiavitù.

Occorre tenere presente il fattore cronologico: le interpreta-

(58) Il riferimento è a V. MANZINI, anche se l'Autore inquadra i fatti conseguenti a rapimento come ipotesi speciali di sequestro di persona: cfr. *Trattato*, cit., p. 484.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

zioni dottrinali cui ci siamo riferiti intervengono dopo quasi mezzo secolo dall'entrata in vigore di quella legge che si poneva come legge complementare al Codice Sardo-Italiano del 1859, nel quale la libertà era tutelata in quanto diritto *riconosciuto* dallo stato e non come diritto *naturale* dell'uomo, (59) e si basano su un ampio concetto di libertà individuale: « *Libertà individuale*, nel senso della legge penale [...] è *lo stato conforme all'interesse riconosciuto in ogni essere umano*, *di mantenere la propria individualità indipendentemente dall'altrui illegittima potestà materiale o pressione morale* » (60). La *libertà* e *indipendenza individuali* costituiscono il bene tutelato dalla fattispecie di cui all'art. 145 quali condizioni indispensabili per l'esplicarsi della personalità dell'individuo e, di conseguenza, non poteva sembrare inappropriato riferirle alle situazioni dei ragazzi, la cui esistenza venisse piegata permanentemente al servizio di un 'padrone'.

In definitiva, la posizione assunta da tutti coloro che si sforzano di trarre dalla società del tempo esempi concreti di condizioni servili non possono che muovere da una rinnovata concezione della libertà individuale, ricostruendo quindi *ab imis* le violazioni della stessa che meritano la più ampia tutela penale (61).

Gli altri esempi di figure servili che gli autori portano, riguardano fondamentalmente le violazioni delle leggi che regolavano le condizioni di lavoro dei minori e l'emigrazione. Si tratta rispettivamente della l. 11 febbraio 1886 n. 3657 e della l. 31 gennaio 1901 n. 23.

---

(59) La concezione 'francese' dei diritti trovava un riflesso nella sistematica del codice Sardo il quale puniva gli attentati alla libertà individuale sotto la rubrica dei « reati contro i diritti garantiti dallo Statuto ». Il codice Zanardelli si ispira a tutt'altra concezione: « Il concetto fondamentale, cui si informa il nuovo codice, quello si è *di riferire in genere al diritto naturale della libertà*, le disposizioni che il codice nel 1859 riferiva alle guarentigie sancite dallo Statuto... » così G. ZANARDELLI, *Relazione a S.M. il Re del Ministro Guardasigilli nell'udienza del 30 giugno 1889 per l'approvazione definitiva del codice penale*, Roma, Stamperia reale D. Ripamonti, 1889, p. 35.

(60) Così V. MANZINI, *Trattato*, cit., p. 471.

(61) Così si esprime G. NAPODANO, *La tratta dei fanciulli*, cit.: « ... è plagio l'impadronirsi di poveri fanciulli e costrigerli a esercitare mestieri girovaghi, danneggiandone i teneri corpi, degradandone la *dignità* o, anche di peggio, contaminandone le *anime*... » (corsivo nostro). Conforme E. FLORIAN, *Trattato*, *Dei delitti contro la libertà*, cit., p. 417. Cfr. anche P. NOCITO, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 526, 578.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Consideriamo per prima la l. 11 febbraio 1886 n. 3657, che rappresentò il primo timido tentativo di legislazione sociale (62).

Questa legge sanzionava con la multa da cinquanta a cento lire per ogni bambino impiegato i seguenti fatti: ammettere al lavoro « negli opifici industriali, nelle cave o nelle miniere » i bambini che non avessero compiuto i nove anni o i dieci anni nel caso di *lavori sotterranei*, impiegare i minori di quindici anni in « lavori pericolosi e insalubri » e, in generale, impiegare i minori dai nove al dodici anni oltre le otto ore di lavoro.

Su questa normativa si possono fare alcune considerazioni, raffrontandola con la normativa sul divieto dell'impiego dei fanciulli nelle professioni girovaghe di cui sopra. Le due leggi, distanziandosi tra loro solo di una manciata di anni, offrono uno spaccato di come diverso fosse il disvalore — limitandoci alla considerazione dei casi di acquisizione 'consensuale' — attribuito nell'uno e nell'altro caso allo sfruttamento del lavoro minorile, desumendolo da diversi indici:

— la soglia d'età al di sotto della quale scatta il divieto: ben più alta per i mestieri girovaghi che non per l'impiego della forza lavoro in contesti lavorativi industriali;

— la pena prevista: detentiva nel primo caso e pecuniaria nel secondo caso.

---

(62) L'approvazione di questa legge, deludente nel contenuto, si presentava molto arretrata rispetto agli esempi europei di disciplina del lavoro dei bambini, nelle quali più elevata era la soglia al di sotto della quale non si potevano impiegare i minori nel lavoro. Soprattutto nel regolamento di attuazione si trovavano molte eccezioni e deroghe giustificate da necessità tecniche, consistenti, queste ultime, nel fatto che la statura dei bambini si prestava particolarmente ad azionare certi strumenti da lavoro, oppure che le piccole mani si prestavano a lavori di minuteria manuale come la fabbricazione degli spilli e dei fiammiferi: cfr. per l'*iter* parlamentare che portò all'approvazione della legge M. V. Ballestrero, R. Levrero, *Genocidio perfetto. Industrializzazione e forza-lavoro nel lecchese 1840-1870*, Milano, Feltrinelli, 1982, pp. 52 ss. La legge, per la mancanza di adeguati controlli e per l'inadeguato apparato sanzionatorio fu ampiamente disapplicata: cfr. S. Merli, *Proletariato di fabbrica e capitalismo industriale: il caso italiano: 1880-1900*, Firenze, La Nuova Italia, 1976, pp. 212 ss. Inoltre, la accezione di « opifici industriali » contenuta nel regolamento, intesa come locale con la presenza del motore meccanico o del fuoco continuo o non meno di venti operai, escludeva dai divieti il lavoro domiciliare, la piccola industria e alcune tra le industrie più pericolose e faticose.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

La pena detentiva per le violazioni all'impiego dei minori nel lavoro era infatti prevista solo nel caso della legge sull'emigrazione nel caso di 'reclutamento' per lavoro all'estero.

In linea generale sembra di poter dedurre che si guardasse con maggior sfavore lo 'spreco' delle energie dei minori piuttosto che il loro illecito impiego 'produttivo'.

Nella legge sull'emigrazione si trovano due casi sintomatici delle situazioni di sfruttamento da cui si intendevano proteggere i migranti.

L'art. 31 sanzionava con la pena dell'arresto fino a sei mesi e con l'ammenda sino a lire mille chi provocasse o favorisse l'emigrazione di « una o più persone » contro il divieto posto all'art. 1 di emigrazione in caso di sospensione determinata dal ministero degli esteri e dal ministero degli interni « quando possano correre grave pericolo la vita, la libertà, gli averi dell'emigrante ».

Ancora, l'art. 31 sanzionava con l'ammenda fino a lire mille il « vettore che intrometta tra sé e l'emigrante, altri mediatori che non siano rappresentanti debitamente riconosciuti; e con la stessa pena il vettore e il suo rappresentante che facciano figurare come emigranti spontanei, *viaggianti con denaro proprio*, persone che abbiano invece il nolo pagato, in tutto o in parte, da Governi esteri o da private imprese » (corsivo nostro).

In entrambi i casi si tratta di fattispecie di reato create per prevenire quelle situazioni servili in cui gli emigranti si sarebbero venuti a trovare, nel primo caso in ragione della sopravvivenza, in certe regioni dell'America del sud (63) di forme di lavoro servile obbligatorio e, nel secondo caso, in ragione della necessità di onorare il debito contratto per il viaggio che veniva finanziato da privati o da governi stranieri, riproducendo così la condizione dei c.d. servi a riscatto del XVI secolo.

Questa legge conteneva inoltre, all'art. 3, alcune disposizioni che punivano:

— « coloro che arruolino, conducano o mandino all'estero minori degli anni quindici, a scopo di lavoro » in violazione di alcune disposizioni previste dal regolamento sul lavoro minorile del

(63) L'esempio della servitù nelle piantagioni è riportato sia da V. MANZINI, *Trattato*, cit., vol. IV, p. 478.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

17 settembre 1886 di attuazione della l. 11 febbraio 1886 sul lavoro minorile (si trattava di violazioni relative all'obbligo della visita medica e al possesso del libretto del sindaco);

— « chi arruoli o riceva in consegna, nel Regno, uno o più minori degli anni quindici, per impiegarli all'estero, sia in professioni girovaghe, sia in industrie [...] indicate come dannose alla salute, o come pericolose »;

— « chi conduca o mandi all'estero, o consegni a terze persone perché conducano all'estero minori degli anni quindici » agli scopi prima descritti;

— « chi induce una donna minorenne a emigrare per trarla alla prostituzione ».

Queste le pene previste:

— per la prima fattispecie si applicavano le pene pecuniarie previste dall'art. 4 della legge 11 febbraio 1886, n. 3657;

— per la seconda, la terza e la quarta erano previste la reclusione fino a sei mesi e la multa da cento a cinquecento lire e, nel secondo caso, qualora il soggetto attivo fosse il genitore o il tutore, la decadenza dalla tutela o dalla patria potestà.

11. *Dalla schiavitù del corpo a quella dell'anima? I labili confini della materialità del 'plagio'.*

Se proprio dell'uomo libero è di non vivere sotto il potere di un altro (64) in ogni tempo la misura della libertà di ciascuno si deduce dalla quantità di potere che altri esercita su di lui.

Schiavitù e servitù hanno rappresentato nel corso dei secoli due istituzioni che hanno legittimato il potere dell'uomo sull'uomo, sempre con la mediazione o con l'assenso del potere « pubblico ». La 'degradazione' dell'individuo a 'cosa' o 'strumento' ha sempre avuto come presupposto il trovarsi un gradino più in basso di chi godeva della pienezza dei diritti o deteneva il potere economico: così nel mondo antico solo chi perdeva la libertà come prigioniero di guerra si trovava nella condizione di essere schiavo; il colono del tardo impero

(64) « Un essere che per natura non appartiene a se stesso ma a un altro, pur essendo uomo, questo è per natura schiavo »: ARISTOTELE, *Politica*, *Libro I*, (A), 5, 1254 a, Bari, Laterza, 1972, p. 33.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

romano potè essere trattenuto sulla terra che coltivava oltre i limiti consentiti dal contratto solo perché i suoi diritti di cittadino contavano ormai poco, quando cioè la sua posizione nei confronti del potere pubblico si era indebolita: la legge avrebbe più tardi formalizzato un potere 'di fatto' in origine esplicantesi come arbitrio puramente privato; solo chi si metteva contro la legge perdendo insieme alla libertà personale anche i diritti civili poteva diventare strumento nelle mani del potere pubblico, ed essere eventualmente 'trasferito' ai privati, come accadeva ai forzati 'trasportati' da Parigi ai bagni penali o alle galere, o ai deportati nelle colonie.

Collante di tutte queste situazioni è sempre stata l'economia: agricola, industriale o mercantile che fosse.

L'abolizione definitiva della schiavitù e del servaggio alla fine del Settecento dalla legislazione civile non avrebbe trovato un riflesso puntuale nella tutela penale, offerta dalle legislazioni penali ottocentesche, delle singole libertà compresse dalle situazioni servili.

Fondamentale nel diritto penale liberale fu assicurare il rispetto della libertà personale sia nei confronti del potere pubblico sia nei confronti del potere privato: a questo compito erano destinate le fattispecie che in ogni codice punivano l'arresto illegale e il sequestro di persona.

Ritenere che ciò fosse sufficiente a garantire l'individuo, come si riteneva, secondo la *ratio* del c.d. modello francese, e come anche in Italia molti ritenevano (65), da situazioni di dominio dell'uomo sull'uomo era solo una *parziale* verità.

Era indubitabile che ognuno non potesse più essere privato *arbitrariamente* della libertà personale, né da un privato né da un pubblico ufficiale, e le fattispecie penali che in tutti i codici punivano il sequestro di persona e l'arresto arbitrario ne erano la conferma. In altre parole, la sicurezza della persona era riconosciuta come *diritto* e come tale, garantita (66). E, qualora il datore di lavoro avesse realizzato la condotta di *carcere privato* — riconducubile all'art. 146 — nei confronti di un dipendente a scopo, ad esempio,

(65) Come si è già ricordato, la fattispecie era ritenuta da molti inutile, bastando l'art. 146 e l'art. 154 a tutelare l'individuo da situazioni servili.

(66) Per la dialettica tra libertà e diritti cfr. G. AMATO, *Libertà (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXIV, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 272 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

'punitivo', sarebbe stato perseguibile, in quanto la limitazione della libertà di movimento non rientrava nei poteri legittimamente esercitabili nei suoi confronti (67).

Allo stesso modo ciascuno sarebbe stato tutelato da coercizioni all'attuazione della propria volontà dalla fattispecie di cui all'art. 154 che puniva chi usasse « violenza o minaccia per costringere alcuno a fare, tollerare od omettere qualche cosa ».

Tuttavia la privazione della libertà personale e della libertà morale non erano sufficienti a riassumere in sé il tipo di offesa che potesse corrispondere alla creazione di una condizione servile.

Appariva evidente che, nella condizione servile, la compressione della libertà personale, intesa come libertà di movimento e di spostamento, o la compressione della libertà morale rappresentavano un presupposto indispensabile per poter limitare la libertà *di* e *nel* lavoro: i servi, quando ancora si trovavano vincolati da rapporti di tipo strettamente feudale, non potevano abbandonare le terre perché non potevano abbandonare quel tipo di lavoro e sussisteva un correlativo diritto del signore a 'riprenderli'. Paradigmatica di questa situazione è la legislazione 'illuminata' di Giuseppe II, dove, all'abolizione formale del servaggio continuerà a sopravvivere il diritto di 'riprendere' i servi nel caso di mancato rispetto del contratto (68).

Ma nell'Italia così come nella Francia del XIX secolo ciò che di servile residuava aveva poco a che fare con il rapporto *personale* tra padrone e servo e, in realtà, da tempo questo rapporto non costituiva più il modello rappresentativo della condizione servile: non era in definitiva il controllo sulla libertà personale del servo che al padrone importava ma il controllo della sua libertà *nel* lavoro al fine di impedirne qualunque autonomia e, d'altra parte, il controllo sulla sua vita privata era strumentale all'ottenimento di questo secondo obiettivo.

La situazione che si presentava alle soglie della Rivoluzione fran-

---

(67) Tuttavia, vi è chi espressamente legittima la privazione della libertà personale in vista dell'esecuzione integrale di un contratto di prestazione d'opera, escludendo che il fatto rientri nel tipo descritto dall'art. 146 del codice Zanardelli: cfr. C. CIVOLI, *Trattato*, cit., p. 219.

(68) Cfr. *supra* § 3.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

cese, di grande tensione tra proprietari (che non necessariamente erano nobili, ma spesso borghesi, o comunque nobili che interponevano tra sè e il contadino/servo degli intermediari) e lavoratori della terra, vedeva contrapporsi *non* più rapporti di *dipendenza personale diretta*, bensì rapporti di *dipendenza reale* e *indiretta*, parcellizzata in vincoli e diritti che trovavano rispettivamente nella proprietà della terra e negli usi della comunità la loro fonte (69).

(69) La Francia aveva registrato dopo la fase di uscita progressiva dal servaggio feudale che copre un'area di quasi quattro secoli, dal XIII secolo al XVI secolo, un fenomeno di *rifeudalizzazione*. Questo significava fondamentalmente una 'ricostruzione' della proprietà dei signori su terre che, trascurate dai proprietari, avevano visto il consolidarsi di diritti dei contadini che avevano lavorato su quella terra: gli usi di richiedere prestazioni di varia natura, caduti in desuetudine, vennero ripristinati, riportando i contadini *tenanciers* in una sostanziale condizione di oppressione economica e giuridica. Cfr. M. Bloch, *I caratteri originali della storia rurale francese*, Torino, Einaudi, 1973, pp. 231 ss. Per il corrispondente fenomeno in Italia cfr. G. Giorgetti, *Contadini e proprietari*, cit. p. 418. Con tutto questo la dottrina nascente dei diritti individuali trovava più di una implicazione: la legislazione successiva alla rivoluzione si trovò guidata nelle sue scelte di disciplina della materia agraria dalla necessità di salvaguardare da un lato il diritto di proprietà come diritto fondamentale, cercando di evitare normative che imponessero scelte interpretabili come eccessivamente lesive della libertà individuale con la conseguenza, dall'altro lato, di comprimere l'autonomia individuale dei contadini, i quali, danneggiati da determinate scelte normative non acquistavano libertà nella gestione concreta del loro lavoro di coltivatori della terra e sentivano ancora su di sé il peso della dipendenza: M. Bloch, *I caratteri originali*, cit., pp. 272 ss. In Italia, per altro verso, la situazione dei rapporti nell'economia agraria presentò ancora per tutto il XIX secolo condizioni semi-servili per i contadini legati dai contratti di mezzadria e di colonìa, dovuti all'esistenza di prestazioni gratuite che erano retaggio di schemi contrattuali antichi, oppure agli obblighi di conferimento dei prodotti previsti in una misura mai inferiore alla metà, previsti dagli stessi codici civili oppure imposti dalla parte contrattuale più forte anche eventualmente in deroga, pienamente legittima, alle norme del codice civile. Cfr. G. Giorgetti, *Contadini e proprietari*, cit., pp. 413 ss. Potrà sembrare strano accostare eterei discorsi su diritti fondamentali a esigenze che odorano di terra, ma occorre comprendere come per il contadino il non poter scegliere cosa coltivare o il non poter avere la proprietà del bestiame da produzione, ma solo del bestiame per tirare l'aratro, oppure l'essere costretto a dare al proprietario la metà o i due terzi del raccolto di prodotti altamente commerciabili, come l'uva o le olive, significava non poter accedere al mercato e, in definitiva non poter migliorare la propria condizione, obbligato a un lavoro faticoso e ripetitivo in cui non gli era concesso di poter esplicare la propria autonomia individuale, che pure sembrava connaturale al libero sviluppo della persona.

Si veda anche M. Romani, *L'agricoltura in Lombardia dal periodo delle riforme al 1859. Struttura, organizzazione sociale e tecnica*, Milano, Vita e Pensiero, 1957, pp. 100

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

La libertà *di* lavoro e *nel* lavoro, del resto, non rientravano tra le libertà dello stato liberale se non in quanto legate all'altrettanto diritto fondamentale della proprietà e i tentativi di regolamentare questa apparente libertà furono sempre a vantaggio dei proprietari.

Anche in quei paesi in cui venne introdotta una disciplina penale della *libertà del lavoro e dell'industria* tra la fine del Settecento e la prima metà dell'Ottocento, la sanzione penale continuò a colpire in modo diseguale le coalizioni tra proprietari e operai — sostanzialmente punendo *sempre* le seconde e solo se *ingiuste e abusive* le prime — e sopravvissero spesso le sanzioni che punivano la rottura del contratto di lavoro previste in leggi o regolamenti di fabbrica o di polizia (70). In sostanza, la libertà di lavoro, che avrebbe dovuto identificarsi nella libertà di *non* lavorare o di *rifiutare* le condizioni di lavoro, costituiva, per il diritto penale liberale, un bene giuridico evidentemente cedevole rispetto alla tutela delle esigenze della proprietà industriale.

In definitiva, se guardiamo alla somma dei diritti che dovrebbero costituire il patrimonio giuridico dell'individuo, troviamo i diritti civili — tra cui la libertà personale, la libertà morale, la libertà di pensiero e, naturalmente, la proprietà —, diritti che spettano a tutti e che sono oggetto di tutela nel diritto penale, troviamo una (apparente, per ragioni storiche) garanzia della libertà di lavoro (71),

---

ss.: « Un'infinità di minuziose disposizioni contenute nei contratti di investitura tutela la proprietà contro ogni manomissione dei fondi e sancisce la condizione di inferiorità dell'affittuario » e, ancora l'opinione espressa dallo storico ottocentesco G. CANTONI, *Sulle condizioni economiche e morali della bassa Lombardia*, in ID., *Campagne e contadini in Lombardia*, a cura di C. G. Laita, Milano, SugarCo, 1976, p. 99: « La relazione che passa tra il proprietario e l'affittajuolo in generale, per una eccessiva importanza che si attacca alla proprietà, è quella che è tra padrone e servo, mentre dovrebbero considerarsi come due comuni contraenti ». Quanto all'ingerenza sistematica dei proprietari sul comportamento *privato* dei contadini si veda ancora G. GIORGETTI, *Contadini e proprietari,* cit., pp. 302-305.

(70) Cfr. per una ampia ricostruzione E. FLORIAN, *Dei delitti contro la libertà*, cit., pp. 46 ss. Lo stesso accadeva, in Francia ad esempio, con riferimento al settore agricolo: nella legge del 28 settembre 1791 che proclamava la libertà del lavoro agricolo vennero introdotte le sanzioni contro il divieto delle coalizioni dei contadini.

(71) Per la dialettica delle libertà nello stato liberale ottocentesco cfr. G. AMATO, *Libertà*, cit., p. 278 e per il ruolo del diritto penale all'interno dei diversi tipi di Stato si veda F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 82, nota 26.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

ragione per cui resta da domandarsi cosa restasse come possibile oggetto di tutela tra le libertà prima negate a chi si collocasse in una condizione servile. Probabilmente nessuna, e tuttavia non poteva restare estranea all'ideologia giuridica ottocentesca la necessità di formulare nel modo più ampio possibile un concetto di libertà individuale quale presupposto di tutte le altre libertà, anche a rischio di 'creare' un bene giuridico solamente simbolico, e quindi non *concretamente* offendibile (72) e non *realmente* tutelabile.

L'individuo come tale, come « persona » non poteva non costituire oggetto di tutela in una società che si lasciava alle spalle secoli di divisioni in ceti e dove stare al gradino più basso della scala sociale significava *legittima* dipendenza giuridica (ed economica) anche negli aspetti più 'privati'. Certo, il rischio di descrivere un oggetto di tutela destinato a rimanere completamente astratto e avulso dalla realtà sociale esisteva, e, d'altra parte, più di un secolo di mancata applicazione dell'art. 145 codice Zanardelli e dell'art. 600 del codice Rocco lo dimostrano.

Tuttavia le definizioni che la dottrina del tempo si sforzava di formulare lasciavano intravedere un'idea piuttosto chiara del bene giuridico che si intendeva tutelare, anche se più difficile si presentava la descrizione del *tipo di offesa* che ad esso si poteva arrecare.

Tra tutte vi è un elemento in comune: la libertà individuale come oggetto autonomo di reato ha a che fare con il concetto di 'indipendenza' da poteri esterni alla persona come qualcosa che non incida necessariamente sulla libertà di movimento o sull'attuazione del volere come manifestazioni di libertà singolarmente considerate. « Invero la libertà è anche principalmente prezioso e altissimo bene giuridico come segno e requisito essenziale ed inalienabile della personalità umana » (73).

---

(72) Rischio tanto più grave in quanto in netta contraddizione proprio con la tesi liberale del bene giuridico che richiedeva che questi coincidessero con « situazioni offendibili, tutelabili »: H. JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei den Sittlichkeitsdelikten*, Stuttgart, Enke, 1957, p. 13. Sulla concezione prepositiva del bene giuridico nell'epoca liberale ampiamente F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, pp. 79 ss.

(73) E. FLORIAN, *Dei delitti contro la libertà*, cit., p. 167; cfr. K. BINDING, *Lehrbuch*, cit., p. 82.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

E ancora: la libertà 'personale' (74) è quel « diritto alla indipendenza da potere estraneo sulla nostra persona che può essere aggredito senza lesione di un più lato bene giuridico, o che almeno, nel caso di più danni simultanei, ha l'importanza maggiore » (75).

L'offesa tipica di questo bene giuridico non può consistere dunque che in una privazione sintetica, integrale, profonda della libertà individuale (76) e il « plagio » nei due diversi modelli che abbiamo descritto più sopra, sostanzialmente corrispondenti al *Menschenraub* germanico e alla *riduzione in schiavitù* del codice Zanardelli, è il delitto 'destinato', a quel tempo, a rivestirne i contorni.

12. *Il 'plagio' d'oltralpe: la fattispecie di* Menschenraub *e la sua interpretazione nella dottrina tedesca.*

Si è già dato conto delle differenze che intercorrevano tra i due modelli, descrittivo il primo, sintetico il secondo (77).

È naturalmente dalle discussioni intorno all'interpretazione del *Menschenraub* che provengono le indicazioni più interessanti per noi e che costituiscono una possibile chiave di accesso agli sviluppi attuali dell'idea antica che stava nascosta nelle interpretazioni di allora.

La fattispecie del § 234 del primo codice unitario germanico del 1871 si esprimeva così: « Chiunque mediante violenza minaccia inganno si *impadronisce* di una persona per porla in condizione di *non potersi aiutare da sé* o per ridurla in *schiavitù* o in *servitù* o per arruolarla nel servizio dell'esercito o della marina all'estero » (78).

---

(74) Le espressioni « libertà personale » e « libertà individuale » sono spesso usate indifferentemente dalla dottrina.

(75) W. E. Knitschky, *Menschenraub und Kinderraub*, in *Gerichtsaal*, XLIV, 1891, p. 274.

(76) Cfr. per la dottrina italiana E. Florian, *Dei delitti contro la libertà*, cit., p. 420; per la dottrina tedesca H. Hälschner, *Das Gemeine Deutsche Strafrecht*, II, Bonn, Adolf Markus, 1884, p. 137; W. Geyer, *Verbrechen gegen die persönliche Freiheit*, in F. von Holtzendorff, *Handbuch des deutschen Strafrechts*, B. III, Berlin, Lüderißzsche Verlagbuchhandlung, 1874, p. 568.

(77) Cfr. § 7.

(78) La fattispecie tra quelle degli stati tedeschi precedenti l'unificazione che più somigliava a questa è quella del § 204 del codice prussiano che però utilizzava il termine

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Due sono gli elementi che in una siffatta formulazione sono degni di nota: il termine 'impadronirsi' che entra definitivamente a connotare questa fattispecie (che si è mantenuta invariata fino a poco tempo fa nel testo del § 234 *StGB* ed è riproposta oggi da recenti modifiche di altre fattispecie) (79), e l'espressione « porre in condizione di non potersi aiutare da sé ».

Quanto alla prima formula, viene interpretata dalla dottrina come una signoria *corporea* (*körperliche*) (80) che vale a distinguerla dalle altre forme di limitazione della libertà personale, quali la violenza privata e il sequestro di persona (*Nötigung* e *Einsperrung*) che costituiscono semmai uno strumento per integrare questa figura delittuosa e che rimangono in essa assorbite (81).

L'importanza della espressione « in condizione di non potersi aiutare da sé » (82) si evidenzia innanzitutto sul piano esegetico: serve a sottolineare che si tratta di una situazione diversa dalla schiavitù e dalla servitù (che nell'interpretazione della dottrina tedesca indicheranno *sempre* una condizione giuridica) (83).

L'espressione, che non fu esente da critiche da parte della dottrina, per la sua scarsa chiarezza (84), fu interpretata per qualche tempo come riferibile alla situazione di chi si trovasse in una condizione tale da non poter più avere la protezione nè dei compagni, nè dello Stato (85), indicando dunque una situazione di com-

---

'rapisce' in luogo di 'impadronisce': Cfr. E. FLORIAN, *Dei delitti contro la libertà*, cit., p. 410 e K. BINDING, *Lehrbuch*, cit., p. 109 nota 1.

(79) Cfr. il § 232 *Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung* c. 4 n. 2.

(80) F. von LIZST, *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, Berlin, J. Guttentag, 1891[4], p. 374. L'Autore distingue un *Menschenraub* in senso lato che include il *Menschenraub* in senso stretto, il *Kinderraub* e lo *Sklavenraub*.

(81) K. BINDING, *Lehrbuch*, cit., p. 107.

(82) Essa è presa dal codice prussiano — § 204 — che nel progetto originale conteneva la diversa espressione "*in entfernten Weltgegenden*". Gli altri codici si uniformavamo a questa dizione. Solo il codice del Baden — § 207 — conteneva qualcosa di simile al progetto originale prussiano.

(83) Si tratta quindi anche per la dottrina tedesca di eventi irrealizzabili in Germania; tuttavia la fattispecie offrendo la descrizione di una terza situazione si rende applicabile anche sul territorio europeo.

(84) K. BINDING, *Lehrbuch*, cit., p. 108.

(85) W. GEYER, *Verbrechen*, cit., pp. 601-602.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

pleto isolamento da quelli che sono normalmente i punti di riferimento della vita sociale: i compagni e le istituzioni.

Se accostata all'interpretazione secondo cui fondamentale per il realizzarsi della fattispecie è la creazione di uno stato di 'dipendenza' (aspetto al quale, secondo Binding i codici del tempo non ponevano sufficiente attenzione), di cui non è necessario che la vittima sia consapevole (86), si vede come l'espressione potesse risultare adatta a descrivere situazioni in cui la vittima si trova a vivere in una situazione in cui un'altra persona eserciti su di essa un totale controllo, isolata da un contesto sociale, e in cui la vittima si determini ad agire o a non agire in base a una sorta di conformata rassegnazione a un tipo di esistenza tracciata da altri, senza poter attuare il proprio volere e senza poter far valere i propri diritti.

La scarsa adesione che quella interpretazione dell'espressione « condizione di non potersi aiutare da sé » ebbe in dottrina e la totale assenza di applicazioni giurisprudenziali rendono avventata qualunque ipotesi sulle situazioni reali che a quel tempo potessero esserle riferite.

Certo è che ci sembra la più vicina a descrivere le situazioni in cui si trovano non solo le vittime delle c.d. "nuove schiavitù", ma, del resto, delle vittime della schiavitù e servitù di qualunque epoca (87).

---

(86) Ancora K. Binding, *Lehrbuch*, cit., p. 108.

(87) Da quando Solone stabilì che nessun ateniese potesse essere soggetto a schiavitù da debito, la situazione servile fu propria solo e sempre dello straniero, o comunque di chi si trovasse in una situazione tale da non consentire la tutela dei propri diritti; cfr. M. I. Finley, *Tra schiavitù e libertà*, cit., pp. 45 ss. e M. I. Finley. *L'emergere di una società schiavistica*, in Id., *Schiavitù antica*, cit., pp. 116 ss. È così che accadde per gli *indentured servants* — i 'servi a contratto' dell'età moderna —, per i 'servi a riscatto' — tali qualora non riuscissero ad assolvere il debito contratto per la traversata verso il nuovo mondo: cfr. sul punto E. Williams, *Capitalismo e schiavitù*, cit., p. 158. « Sprovvisto di una personalità propria, egli faceva, in margine al popolo, la figura di uno straniero » così sinteticamente definisce il servo medioevale M. Bloch, *La società feudale*, Torino, Einaudi, 1976, p. 288. Si veda anche A. D'Amia, *Schiavitù romana e servitù medioevale*, Milano, Hoepli, 1931, pp. 150 ss. e G. Salvioli, *Storia del diritto italiano*, Torino, UTET, 1930, pp. 282 ss. Per il binomio *Esclave/étranger* nelle lingue indoeuropee: cfr. E. Benveniste, *Lo schiavo, lo straniero*, in Id., *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, *Libro* III, Gli *status sociali*, V, Torino, Einaudi, 1976, pp. 272 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

13. *La riduzione in schiavitù e in condizione analoga alla schiavitù: un reato impossibile.*

Come è ormai noto, né il *Menschenraub* del codice tedesco né il plagio del codice Zanardelli furono mai applicati.

Cercare di risalire alle ragioni per cui una fattispecie non è mai entrata a far parte del 'diritto vivente' non è compito facile: è alto il rischio di formulare ipotesi arbitrarie.

Non è fenomeno infrequente quello per cui fatti che presentano particolari contorni di disvalore e che si manifestano nella società con particolari caratteristiche 'socialmente connotate' non giungano se non con qualche riluttanza del legislatore a 'meritare' una fattispecie penale *ad hoc* che ne renda la specificità. L'esempio più chiaro nella realtà giuridica degli ultimi decenni è rinvenibile nella fattispecie di cui all'art. 416 *bis* la cui introduzione nel codice è stata preceduta da molte incertezze sull'esistenza di un autonomo paradigma a cui riferire l'associazione di tipo mafioso, ma anche auspicata al tempo stesso dalla sostenuta o supposta insufficienza della fattispecie 'semplice' di associazione per delinquere a descrivere il disvalore tipico e le particolari connotazioni sociologiche dell'atteggiamento mafioso (88).

Si tratta, a dire il vero, di un fenomeno solo in parte sovrapponibile a quello che si è verificato con il reato di riduzione in schiavitù, dal momento che, in questo secondo caso, ad una fattispecie astratta *già esistente* non è stata mai ricondotta una fenomenologia concreta: ogni fatto potenzialmente riconducibile al tipo si riteneva trovasse già in altre fattispecie una cornice idonea a garantire una adeguata tutela.

La sostanziale quiescenza in cui la fattispecie di riduzione in schiavitù si è a lungo trovata ha fatto registrare anche negli anni recenti incertezze e perplessità nella giurisprudenza, restìa ad utilizzare una fattispecie così ingombrante e fuori tempo per fatti che comunque non sarebbero rimasti impuniti.

Ma occorre tenere ben distinti i due momenti storici — quello

(88) Si veda sul punto A. INGROIA, *L'associazione di tipo mafioso*, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 46 ss. e G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 2001, p. 358.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

contemporaneo e quello immediatamente susseguente all'entrata in vigore del codice Zanardelli — perché le ragioni del difficile rapporto con questa fattispecie sono, nei due momenti, diverse.

Per quanto riguarda il concetto di « schiavitù », si può ricondurre a un fenomeno di 'precomprensione' (89) la sostanziale sua inapplicabilità nella realtà dell'epoca in quanto termine troppo connotato dalla schiavitù coloniale, che, al tempo dell'entrata in vigore del codice Zanardelli, era un fenomeno ancora ben vivo almeno nel ricordo.

Non a caso infatti quegli autori che hanno ritenuto di interpretare come situazioni di fatto le due locuzioni, hanno preferito concentrare la propria attenzione sulla condizione analoga alla schiavitù.

Lo stesso fenomeno di precomprensione traspare dall'idea che quei due termini potessero indicare solo una dimensione giuridica, spingendo l'interprete a rinunciare a qualunque sforzo di analisi del contesto sociale e a trovare un significato corrispondente 'nella sfera laica'.

Da ultimo ci sembra di poter affermare che, anche di fronte a fenomeni che erano ben identificabili nella realtà sociale, vi fossero delle resistenze 'culturali' a ricondurli a un fenomeno 'servile': l'idea che in una società di uomini liberi, i servi dovessero essere sempre 'gli altri'.

E all'interno dei fenomeni di precomprensione che potevano influenzare il procedimento interpretativo, la fattispecie dell'art. 145 si presentava 'inaccessibile' rispetto alle situazioni che la dottrina aveva individuato come 'servili' e viceversa, quasi ci fosse una sorta

(89) In questa particolare situazione la precomprensione come « pregiudizio ermeneutico », cioè una sorta di valutazione anticipata delle conseguenze cui porterebbe interpretare in un certo modo una norma, condizionava negativamente l'interprete portandolo a un risultato di non applicazione della fattispecie. Sulla precomprensione, in questa sede ci limitiamo a citare J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, Frankfurt am Main, Athenäum Verlag, 1970, in particolare pp. 133 ss.; A. Kaufmann, *Einleitung. Rechtsphilosophie und Hermeneutik*, trad. it. *Prefazione. Ermeneutica e filosofia del diritto,* in Id., *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, a cura di G. Marino, Milano, Giuffrè, 2003, p. 26, in cui l'Autore ricorda come il pensiero ermeneutico viva dell'eredità della tradizione come consolidato patrimonio di consapevolezze collettive; W. Hassemer, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur Strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln-Berlin-Bonn-München, Heymann, 1968, pp. 101, 120, 153 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

di incomunicabilità tra due elementi che gravitavano su orbite diverse.

Le definizioni che la dottrina dava del bene giuridico tutelato e la descrizione della fattispecie di condizione analoga alla schiavitù erano ispirate da un'unica idea di libertà, che può ricondursi all'idea di *libertà negativa*, concetto invero difficile da costringere entro gli schemi di una fattispecie penale.

La concezione di *libertà negativa* è una concezione che verrà elaborata in questi termini solo nel XX secolo ma il cui nucleo concettuale appartiene al liberalismo classico ottocentesco (90). È la libertà intesa come assenza di impedimenti esterni, di tutto ciò che, provenendo dallo Stato o dai privati può condizionare e impedire il libero sviluppo della persona.

Tradotta in uno schema di bene giuridico che possa costituire oggetto di tutela da parte del diritto penale, la libertà in senso negativo riferita alla libertà individuale è evidentemente qualcosa che trascende (o precede) le coercizioni ai singoli aspetti della libertà e, in particolare, della *capacità di attuazione* della volontà nel caso concreto, allorché al soggetto venga impedito di servirsi del proprio corpo per un *determinato* scopo, e della *libertà di attuazione* della volontà intesa come la libertà di agire secondo motivi propri e non imposti da altri (91).

È qualcosa che investe l'intera esistenza dell'individuo e che consiste nella creazione o nel mantenimento di quelle condizioni che consentono di poter decidere della propria vita, quelle condizioni che erano sempre mancate a chi si trovava in una condizione servile.

---

(90) L'idea di libertà negativa è già in Mill e prima ancora in CONSTANT e in BENTHAM: cfr. I. BERLIN, *Due concetti di libertà*, in ID., *Quattro saggi sulla libertà*, Milano, Feltrinelli, 1989, pp. 172 ss., in particolare p. 174. Una siffatta concezione della libertà è tale da porsi oggi in una dimensione trasversale di tutti gli ambiti del diritto: cfr. GIULIANO AMATO, *Libertà*, cit., p. 272.

(91) Si tratta di due aspetti di compressione della libertà umana distinti chiaramente da K. BINDING, *Lehrbuch*, cit., pp. 80 ss. ai quali corrispondono le condotte aggressive di 'violenza' e 'minaccia'. Sulla interpretazione fortemente innovativa di Binding si veda F. VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale. L'offesa mediante violenza*, Milano, 2002, pp. 46 ss. Per una riflessione su quale accezione di libertà — positiva o negativa — sia accoglibile come oggetto di tutela dal diritto penale si veda K. AMELUNG, *Über die Freiheit und Freiwilligkeit auf der Opferseite der Strafnorm*, in « Goltdammer's Archiv », 1999, pp. 186 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Questo ampio concetto di libertà, proiettato in una società come quella ottocentesca, che non poteva fare a meno di enunciarlo, perché costituiva il segno distintivo della ideologia liberale, nel momento in cui si poneva come oggetto di tutela penale, attraverso la previsione del reato di cui all'art. 145 del codice Zanardelli, incontrava diverse difficoltà nel lasciarsi descrivere come oggetto di un'offesa concreta, e certamente la laconicità della fattispecie non fu di grande aiuto agli interpreti. Ma soprattutto, anche laddove si potessero individuare situazioni riconducibili a una condizioni di tipo servile, era la struttura sociale a impedire di far reagire l'art. 145 su queste situazioni. Paradigmatici in questo senso sono i termini in cui fu affrontata la questione del lavoro minorile.

Gli esempi di 'condizione analoga alla schiavitù' che la dottrina riportava (esempi di 'schiavitù di fatto', come si è visto più sopra, non ne furono portati mai) attingevano soprattutto all'impiego dei minori nel lavoro e nei mestieri girovaghi, sanzionato, come si è più sopra descritto, da due leggi, la l. 21 dicembre 1873 e la l. 11 febbraio 1886. Chi sosteneva, provocatoriamente, che le situazioni descritte in quella normativa, non adeguatamente tutelate dalle sanzioni in essa comminate, potessero identificare una situazione di 'riduzione in condizione analoga alla schiavitù', vedeva in esse una compressione della libertà dell'individuo già nella negazione iniziale delle condizioni per lo sviluppo di una personalità futura.

La proposta più radicale era nel senso di abolire quelle leggi e di utilizzare l'art. 145 prevedendo un'aggravante nel caso che la condotta di riduzione in condizione analoga alla schiavitù fosse realizzata « contro un fanciullo e contro il discendente, il pupillo, o altra persona sottoposta per ragione di cura o di custodia » (92). Tuttavia, tutte queste critiche venivano formulate avendo davanti agli occhi in particolare *una* situazione di sfruttamento, quella connessa all'espatrio, al *portar via*, al *portar lontano*, in altre parole, alla *tratta* (93).

---

(92) Così testualmente G. Napodano, *La tratta dei fanciulli*, cit., p. 506.

(93) Si trattava di fenomeni ben conosciuti soprattutto nell'Italia meridionale cfr. la dettagliata analisi e denuncia del fenomeno di E. De Blasio, *I mercanti di carne umana*, in « Corriere dei Tribunali », Napoli, anno I, n. 16. Del resto, anche in Francia e in Inghilterra, dove la legislazione sul lavoro dei minori aveva anticipato di alcuni

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Una proposta siffatta dovette, comunque, suonare per i tempi profondamente eversiva, sostanzialmente per due ragioni. In primo luogo presupponeva la limitazione dei poteri inerenti alla patria potestà, riconoscendo che soggetto attivo di un siffatto reato potesse essere il genitore, mettendo in luce che se la *potestas* non era un *dominium*, questa differenza non poteva non avere delle conseguenze sotto il profilo delle condotte rilevanti in sede penale (94).

In secondo luogo, sfiorava il problema dello sfruttamento del lavoro minorile all'*interno* dei confini dello Stato.

Questo aspetto del problema rimaneva, comunque, in secondo piano, nel dibattito dei penalisti sull'identificazione del concetto di « condizione analoga alla schiavitù », anche se, sotto un profilo economico-sociale l'accostamento non sembrava del tutto inconferente.

Che, con riferimento allo sfruttamento in generale della forza lavoro dei minori si potesse parlare di lavoro servile, traspare dalle parole di uno dei più acuti osservatori della società ottocentesca:

> « [...] non si tratta più di stabilire se il governo debba interferire con gli individui nella determinazione della loro condotta e dei loro interessi, ma se esso debba rimettere completamente in loro potere la condotta e gli interessi di qualcun altro. Il potere paterno è suscettibile di abuso come ogni altro potere, e qualche abuso, di fatto, si verifica sempre [...] quando risulta chiaramente che i genitori dovrebbero fare qualcosa. o astenersi dal fare qualcosa, nell'interesse dei loro figli, ci si attende che la legge, se è in grado di farlo, ne dichiari rispettivamente l'obbligo e il divieto [...]. Per prendere un esempio dal campo specifico dell'economia politica, è giusto che i bambini e i ragazzi siano protetti fin dove è possibile che arrivino l'occhio e la mano dello Stato, dall'essere sottoposti a un lavoro eccessivo. Lavorare troppe ore al giorno, o a un lavoro troppo pesante, non dovrebbe essere permesso, perché se viene permesso può sempre diventare un'imposizione. La libertà di contratto, nel caso dei bambini, non è che un altro termine per dire libertà di coercizione » (95).

---

decenni la legge italiana del 1886 — la legge inglese è del 1802 e la legge francese è del 1841 — l'emanazione di questa embrionale legislazione sociale aveva incontrato la fiera opposizione degli industriali, adducendo, però, come argomento contro l'introduzione delle limitazioni anche la violazione dei diritti inerenti alla patria potestà e non solo gli ostacoli che si sarebbero creati alla libertà economica.

(94) È pur vero che anche nelle leggi in vigore i genitori erano puniti (cfr. § 8b) anche con la perdità della potestà, ma l'identificazione del padre con il padrone dei propri figli era immagine rifiutata.

(95) J.S. Mill, *Principi di economia politica*, a cura di B. Fontana, Torino, UTET, 1983, V, p. 1244.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

I minori non avevano alcun 'potere contrattuale', neppure formale nei confronti di chi li impiegava nel lavoro e nessuna possibilità di opporsi alla volontà (certo necessitata dall'indigenza) di chi su di loro esercitava la potestà.

Certo, la condizione servile appariva poi più evidente nei casi in cui i minori venissero 'affidati' ad altri che li conducesse a lavorare all'estero, venendo meno, in questo caso, anche il naturale appoggio della famiglia, poiché l'affidamento all'intermediario e, successivamente, al 'padrone' comportava una totale disponibilità sulla persona del minore (96).

Anche l'economia rurale conosceva, del resto, autentici casi di sfruttamento della forza lavoro riconducibili alle note sopra riportate e, quindi, sostanzialmente servili, identificabili nella condizione dei servi di campagna. A questo genere di forza lavoro ricorrevano spesso le famiglie mezzadrili dove esisteva un rapporto sbilanciato tra componenti lavoratori (gli adulti) e componenti consumatori (i vecchi e i bambini non ancora in età da lavoro). Era dunque necessario ricorrere ad un 'affitto' di giovani 'garzoni' da assumere con contratti annuali rinnovabili ai quali far assolvere ogni tipo di mansione fosse necessaria giornalmente alla conduzione del podere, e ai quali non veniva corrisposto nessun salario, ma solo vitto e alloggio, normalmente nella stalla. Le modalità di 'assunzione' di questi lavoratori non erano diverse, *mutatis mutandis*, da quelle con le quali venivano da sempre acquistati gli schiavi: « In certi paesi esisteva una vera e propria fiera annuale di adolescenti e ragazzetti. Come a San Giovanni in Persiceto e a Borello (Cesena) dove, alla festa dell'Annunziata (25 marzo) detta 'Madona di Garzon', braccianti e contadini poveri portavano i loro figli a un ben triste mercato » (97).

Difficilmente si potrebbero trovare descrizioni più calzanti della condizione servile di quelle che la letteratura ci ha lasciato:

---

(96) Cfr. per un'ampia rassegna delle diverse forme di sfruttamento della forza lavoro minorile S. CHASSAGNE, *Il lavoro minorile nel XVIII e XIX secolo*, in *Storia dell'infanzia*, a cura di E. BECCHI e D. JULIA, II, Bari, Laterza, 1996, pp. 218 ss.

(97) C. PONI, *Fossi e cavedagne benedicon le campagne. Studi di storia rurale*, Bologna, Il Mulino, 1982, p. 316.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

> « A me toccò che andavo per i diciassette anni [...] tutto capitò come se io fossi un agnello in tempo di Pasqua.
>
> Andare ai mercati mi piaceva, ed è a un mercato che ho avuto la mia condanna. Non successe subito, potei girare ben bene il mercato di Niella e m'incrociai più d'una volta con l'uomo della bassa langa che un'ora dopo m'avrebbe tastato le braccia e misurato a spanne la schiena e contrattato poi con mio padre il mio valore » (98).

Il limite all'applicazione della fattispecie di cui all'art. 145 a simili situazioni, che si presentavano le più vicine al tipo, e non erano minimamente prese in considerazione dalla legislazione sul lavoro minorile, né da chi ne formulava le proposte di abolizione, era dunque costituito dal fatto che tale condizione veniva creata da chi deteneva sul minore la patria potestà, senza bisogno di esercitare violenza minaccia inganno ed era una situazione socialmente accettata: da chi la praticava e da chi la subiva come un destino possibile.

Il concetto di libertà da cui muovevano gli autori che si erano sforzati di ritagliare un effettivo spazio di applicazione alla condizione analoga alla schiavitù, trovava, del resto, un limite nel concetto di *potestà* che escludeva la possibilità di riconoscere una situazione servile la dove sussistesse una 'potestà legittima'. Il bene giuridico della libertà individuale tutelato dall'art. 145 del codice Zanardelli veniva identificato infatti, più *realisticamente*, anche da chi sosteneva una ampia interpretazione del concetto di condizione analoga alla schiavitù tale da darle un profilo concreto e una configurazione riscontrabile nella realtà del tempo, con « lo stato conforme all'interesse riconosciuto in ogni essere umano, di mantenere la propria individualità indipendentemente dall'altrui *illegittima potestà materiale* » (99): e questo escludeva la possibilità di riferire il reato a chi creasse il presupposto indispensabile per le condizioni dello sfruttamento — il padre o il tutore — realizzando la cessione del minore (100).

Rimaneva, certo, da valutare la posizione di chi esercitasse concretamente i poteri, cioè l'imposizione del lavoro, l'imposizione

(98) G. Fenoglio, *La malora*, in Id., *Romanzi e racconti,* Torino, Einaudi, 1992.

(99) V. Manzini, *Trattato*, cit., p. 472.

(100) Del resto come si è visto a proposito del 'plagio' di cui al § 253 del codice toscano non si poteva escludere che fosse pienamente legittimo l'asservimento del minore da parte del padre o del tutore.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

della permanenza presso il podere, l'esercizio di un potere di punizione sul servo (così come del resto sugli altri membri della famiglia). Ma sembra evidente che fosse la generale accettabilità sociale di siffatti rapporti, coessenziali a certe forme di economia rurale, a non far minimamente pensare a una loro rilevanza penale (101).

In definitiva, era la materia del lavoro a costituire un ambito delicatissimo, in cui impiegare termini come *sfruttamento* e *servitù* era pericoloso e rischiava di incrinare delicati equilibri sociali ed economici. L'individuazione di rapporti servili (o di condizione analoga alla schiavitù che dir si voglia) era possibile a quel tempo solo in quelle manifestazioni che implicassero un allontanamento della persona — del minore in particolare — dal contesto sociale: dalla famiglia e, soprattutto, dallo Stato, in altre parole dove insieme alla compromissione della 'libertà individuale', nel senso più ampio sopra individuato, fosse possibile una compromissione della libertà 'personale' e una messa in pericolo dell'integrità fisica, in seguito al potere esercitato direttamente 'dall'uomo sull'uomo'.

La legislazione sociale che veniva reclamata in quegli anni in Parlamento, tuttavia, chiedeva un bilanciamento tra *due libertà*: la *libertà industriale* e la *libertà individuale* come diritto allo sviluppo delle qualità fisiche, intellettuali e morali (102), lasciando dunque intendere che la mancanza di una legislazione che limitasse l'impiego della forza lavoro minorile avrebbe dato luogo al più totale arbitrio nell'utilizzo della forza lavoro dei minori, compromettendo il bene più alto — la libertà individuale —, col creare situazioni essenzialmente servili.

Lo Stato avrebbe dovuto rivestire la figura di mediatore del conflitto, nella convinzione che l'intervento legislativo nel settore del lavoro, pur con una legislazione eccezionale come la legislazione

---

(101) L'unico esempio riferito da C. Civoli, a proposito dell'economia rurale, riguardava infatti l'imposizione del lavoro sui figli maggiorenni e comunque l'Autore riteneva che la pena di cui all'art. 145 fosse sproporzionata: cfr. *Trattato*, cit., 1916, p. 216.

(102) M. V. Ballestrero, R. Levrero, *Genocidio perfetto*, cit., p. 60, nota 43; cfr. anche M. Amar, *Relazione sui risultati dell'inchiesta sul lavoro delle donne e dei fanciulli nelle fabbriche eseguito dal comitato torinese dell'associazione del progresso degli studi economici in Italia,* in « Giornale degli economisti », agosto 1876, pp. 433-434.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

sociale sul lavoro minorile, fosse l'unica via percorribile per la tutela dei soggetti più deboli.

In definitiva, una norma come quella dell'art. 145 anche nella 'sottofattispecie' della « condizione analoga alla schiavitù » si presentava 'inutilizzabile' per diverse ragioni.

La sostanziale assenza di descrittività, da più parti sottolineata, non consentiva di leggere nella fattispecie le modalità di offesa al bene giuridico della 'libertà individuale'.

I contorni del 'tipo', pur ricavati in via interpretativa dalla dottrina, si stemperavano, però, in una elencazione casistica, essenzialmente 'aperta' ad integrazioni giudiziali (103).

L'unico contesto in cui si potesse immaginare la realizzazione del fatto, il concorrere di potestà legittime nella creazione del rapporto servile, e la loro sociale accettazione, impedivano anche solo di 'immaginarla' come corrispondente al tipo.

Nel settore del lavoro minorile nell'industria, come si è visto più sopra, era altrettanto inimmaginabile descrivere lo sfruttamento del lavoro infantile in termini di lavoro servile, al di fuori di una dimensione meramente economico-sociale, prevalendo l'idea che un rapporto servile dovesse passare necessariamente attraverso un forte vincolo di dipendenza personale, possibile solo dove non vi fosse una regolamentazione normativa che consentisse al singolo di far tutelare la propria libertà e i propri diritti (104).

14. *La prevedibile evoluzione: la* Trennung *tra 'riduzione in schiavitù' e 'plagio' nel codice Rocco.*

Le incertezze manifestatesi durante la vigenza del Codice Zanardelli circa l'interpretazione della formula da molti ritenuta ambigua con cui si indicavano i fenomeni di 'plagio' nell'art. 145 — soprattutto in un primo tempo rivolte al dubbio sulla riferibilità a

(103) È la conclusione di V. MANZINI, *Trattato*, cit., p. 478.

(104) Coerentemente con la sua impostazione liberale e fortemente ostativa all'intervento dello Stato nell'economia e nella vita dei privati Mill ritiene giustificata e necessaria la regolamentazione del lavoro proprio solo nel settore del lavoro minorile e femminile, l'unica che non possa definirsi 'paternalistica': cfr. J.S. MILL, *Principi di economia*, cit., pp. 104 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

soli fenomeni di diritto o anche a manifestazioni 'di fatto' — non si sarebbero dovute ripresentare, almeno secondo la convinzione del legislatore, con la scelta di distribuire tra due fattispecie la tutela della libertà individuale, « requisito essenziale e inalienabile dell'umana personalità » (105).

Alla fattispecie prevista all'art. 600 — « chiunque riduce altri in schiavitù o in condizione analoga alla schiavitù » — sarebbe stata destinata la tutela della libertà individuale con il salvaguardare la *personalità giuridica* dell'individuo, mentre alla fattispecie di cui all'art. 603 — « chiunque sottopone altri al proprio potere in modo da ridurlo in totale stato di soggezione » — sarebbe stata affidata la tutela della libertà individuale sotto il profilo della salvaguardia della *personalità in fatto* (106).

Tuttavia, la tipizzazione di queste due fattispecie 'gemelle' non sarà tale da riflettere gli obiettivi di tutela che il legislatore si era proposto.

Con riferimento alla fattispecie dell'art. 600, che si presentava sostanzialmente identica a quella che l'aveva preceduta nel codice Zanardelli, il contesto normativo in cui inquadrare il concetto di schiavitù si presentava mutato rispetto a qualche decennio addietro.

La convenzione di Ginevra del 1926, divenuta diritto interno con r.d. 26 aprile 1928 n. 1723, contribuiva alla tipizzazione dell'art. 600 con riferimento all'integrazione del termine schiavitù, che diventava a tutti gli effetti un elemento normativo giuridico, dovendo intendersi recepita nella fattispecie la definizione secondo cui la schiavitù coincide con « lo stato o la condizione dell'individuo su cui

---

(105) Così testualmente la *Relazione ministeriale sul progetto del codice penale*, II, in *Lavori preparatori del codice penale e di procedura penale*, vol. V, Roma, 1929, p. 410.

(106) La *Relazione ministeriale sul progetto del codice penale*, cit., p. 410 si esprime in questi termini: « Una prima serie di fatti delittuosi attaccano la libertà individuale, considerata come requisito essenziale e inalienabile dell'umana personalità. Intendo alludere ai reati concernenti, in genere, la schiavitù e il plagio, i quali tendono a ridurre o a mantenere taluno, di diritto o di fatto, in uno stato di soggezione. Si tratta di delitti nei quali la lesione giuridica ha per oggetto... il complesso di tali manifestazioni, che si riassumono nello *status libertatis*, inteso come stato di diritto o di fatto. Il soggetto passivo del reato cessa, pertanto, di avere una propria personalità, ovvero, pur conservandola come condizione di diritto, è, di fatto, completamente assoggettato al potere del colpevole ».

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

si esercitano gli attributi del diritto di proprietà o alcuni di essi ». Non così per la « condizione analoga alla schiavitù », di cui la Convenzione di Ginevra non dava alcuna definizione.

L'integrazione solo parziale non soddisfaceva, dunque, ancora una volta, le esigenze di precisione della fattispecie e, a dire il vero, neppure la definizione di « schiavitù », non essendo sufficientemente chiaro a quali attributi del diritto di proprietà si riferisse la definizione.

La dottrina dominante ricondurrà al concetto di « condizione analoga alla schiavitù », basandosi anche sui lavori preparatori, le tradizionali situazioni giuridiche servili che la storia ha conosciuto — la c.d. *media servitù*, la *servitù della gleba* — (107) affidandosi ancora una volta a una esemplificazione casisitica, tanto meno preoccupante sotto il profilo del rispetto del principio di tassatività quanto più si allontanava la figura della « condizione analoga alla schiavitù », ormai relegata nella mera dimensione giuridica, non configurabile nell'ordinamento italiano.

L'unica interpretazione che si distacca dal coro è ancora una volta quella di Manzini, che propone una definizione ad un tempo *tradizionale* e *moderna* dei due concetti.

L'Autore non si limita a recepire *sic et simpliciter* la definizione della Convenzione di Ginevra, ma la interpreta, riconducendo alla definizione non solo l'istituzione della schiavitù-merce, che è quella che più si identifica con l'esercizio di *tutti* gli attributi del diritto di proprietà, ma tutte le situazioni servili in cui gli uomini rivestono giuridicamente lo *status* di persona e non sono soggetti al potere illimitato del padrone.

Questa ampia nozione di « schiavitù », comprensiva delle situazioni che il resto della dottrina inquadra nella « condizione analoga alla schiavitù » consente all'Autore, sulla scorta di una definizione, già proposta sotto la vigenza del precedente codice, secondo cui la « condizione analoga alla schiavitù » è da intendersi come quella in cui « una persona si trova in conseguenza di un *rapporto di servizio (gratuito o retribuito) diverso dalla libera loca-*

(107) E. FLORIAN, *Delitti contro il sentimento religioso e la libertà individuale*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di E. FLORIAN, Milano, Vallardi, 1936, p. 289. Il riferimento è ancora una volta alla *Relazione*, cit., p. 410.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

zione d'opera o dalla doverosa prestazione d'opera o di altro servizio », di proporre una definizione di quest'ultimo concetto diversa, ma coerente con il contenuto della Convenzione, identificandola con qualsiasi forma di sottoposizione permanente ad un lavoro forzato o obbligatorio.

La Convenzione, infatti, impegnava gli Stati ad abolire progressivamente il lavoro forzato, limitandolo ai soli fini pubblici, remunerandolo adeguatamente e evitando l'allontanamento coattivo dei sottoposti dal luogo di residenza, appunto per evitare che questo si trasformasse in una « condizione analoga alla schiavitù » (108).In definitiva, ogni forma di lavoro forzato o obbligatorio richiesto fuori dei limiti posti dalla Convenzione poteva legittimamente definirsi « condizione analoga alla schiavitù ».

L'Autore riportava così le due istituzioni in quello che era stato il loro naturale alveo, l'economia e il mondo del lavoro, utilizzando però come strumento interpretativo la Convenzione e calando quindi la nuova fattispecie nella dimensione giuridico-internazionale dell'epoca.

Quanto alla fattispecie di 'plagio', destinata a descrivere la dimensione fattuale della schiavitù giuridica, ci limiteremo qui ad alcune considerazioni suggerite dalle interpretazioni immediatamente successive all'entrata in vigore del codice.

Ciò che appare di immediata evidenza è la pressoché totale estraneità, almeno sul piano formale, della formulazione della fattispecie di 'plagio' rispetto alle situazioni riconducibili alla nozione di schiavitù e di condizione analoga alla schiavitù. La volontà del legislatore di approntare due fattispecie, la seconda delle quali definirebbe la c.d. schiavitù di fatto si risolve nel consegnare al codice una norma che non rimanda per nulla ai requisiti tipizzati con l'ausilio della Convenzione, neppure se tradotti in una dimensione fattuale (109).

La fattispecie descritta all'art. 603, a prescindere dalle difficoltà probatorie che saranno alla base della successiva dichiarazione

(108) Così l'art. 5 della Convenzione.

(109) Cfr. G. M. Flick, *La tutela della personalità nel delitto di plagio*, Milano, Giuffrè, 1972, p. 11 ss. e chiaramente Cass. 7 dicembre 1989, in « Foro italiano », 1990, II, c. 369.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

di illegittimità costituzionale sotto il profilo dell'assenza di determinatezza, presenta indubbiamente dei contorni autonomi di tipicità che la fattispecie dell'art. 145 del codice Zanardelli non aveva. Si inserisce pertanto nel solco della tradizione del modello tedesco, senza tuttavia riprodurlo per intero: se evidentissima infatti è la corrispondenza tra il termine 'impadronirsi' del *Menschenraub* e l'espressione 'sottopone al proprio potere', ciò che manca alla fattispecie nostrana è la descrizione delle modalità con cui la condotta deve realizzarsi (110). Quanto all'espressione « in modo da ridurla in totale stato di soggezione », essa rappresenta un evento che non ha alcuna attinenza con le finalità descritte nella fattispecie tedesca.

Rispetto a quest'ultima, che indica la schiavitù, la servitù e la condizione di non potersi aiutare da sé come finalità della condotta, il plagio nostrano si presenta vuoto di fini.

Pertanto tutte le interpretazioni della dottrina volte a ritagliare alla tipicità della norma un fine specifico, riferentesi allo sfruttamento economico della persona, ad esempio, si rivelano parzialmente arbitrarie. Questi elementi, pur se eventualmente configurabili nei fatti, non aggiungono nulla alla tipicità del plagio, che rimane, sotto questo profilo, una fattispecie incolore.

La maggior parte delle interpretazioni dottrinali non esce dal circolo vizioso che descrive la « sottoposizione all'altrui potere » come l'instaurazione di un dominio e di una padronanza. Le esemplificazioni che la dottrina propone sembrano più un omaggio all'intenzione del legislatore che voleva tipizzare in essa la « schiavitù di fatto » che coerenti interpretazioni della fattispecie. Infatti vengono riportati gli stessi esempi che sotto la vigenza del codice Zanardelli identificavano la « condizione analoga alla schiavitù » (111).

Tuttavia, ancora una volta, è Manzini a offrire una descrizione del plagio coerente con la supposta corrispondenza a una situazione di 'schiavitù di fatto': « Si sottopone una persona al proprio potere,

(110) Scelta che da alcuni si ritiene opportuna, « latinamente agile »: così E. FLORIAN, *Delitti contro il sentimento religioso*, cit., p. 296.

(111) Ivi, pp. 297 ss. e V. MANZINI, *Trattato di diritto penale secondo il codice del '30*, Torino, UTET, 1932, p. 555.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

riducendola in totale stato di soggezione, quando la *si assoggetta al proprio o altrui servizio*, in modo che essa sia costretta o indotta a obbedire, e sia sorvegliata in modo da non potersi sottrarre, per sua libera o incontrastata determinazione, allo stato in cui si trova ».

15. *Il tempo delle 'nuove schiavitù'.*

Riproposta dunque nel codice Rocco all'art. 600 con gli stessi elementi contenuti nell'art. 145 del codice Zanardelli, alla fattispecie tocca la stessa sorte, rimanendo inapplicata fino agli anni '80 (112) e inalterata nella sua formulazione originaria fino a quando la l. 228/2003 non interviene con una prima radicale modifica.

La Corte d'Assise di Milano con sentenza 18 maggio 1988 (113) ha, per la prima volta, applicato questa fattispecie rimasta per mezzo secolo in stato di quiescenza ai casi dei bambini *argat* (in lingua albanese operaio), provenienti dai territori della ex Jugoslavia o dall'Albania, ceduti dai genitori a un terzo o rapiti e condotti sul territorio italiano per essere sfruttati nell'accattonaggio o nei furti.

A questa sentenza ne sono seguite altre (114), riguardanti sia casi di sfruttamento dei minori sia casi di sfruttamento della prostituzione forzata di ragazze africane o provenienti dall'est dell'Europa.

L'emergere a livello giudiziario di gravi fenomeni di sfrutta-

---

(112) L'art. 145 del codice Zanardelli trovò applicazione, come si ricorderà, in due soli casi, e comunque non in territorio italiano, ma in Eritrea.

(113) La sentenza è pubblicata in « Foro italiano », 1989, II, c. 121 ss., con nota di L. Sola, *Il delitto di « riduzione in schiavitù »: un caso di applicazione*. Si veda anche il commento di M. Pisani, *I bambini « argati » e la riduzione in schiavitù*, in « Indice penale », 1987, p. 113.

(114) L'evoluzione della giurisprudenza sull'art. 600 c.p. si può distinguere in due periodi, separati dalla sentenza delle Sezioni Unite 20 novembre 1996, in « Foro italiano », 1997, II, c. 313 ss. (alla quale ci riferiremo nelle citazioni successive) con nota di C. Visconti, *Riduzione in schiavitù: un passo avanti e due indietro delle Sezioni Unite?* e in « Diritto penale e processo », 1997, p. 713 con nota di M. Solaroli, *Nuove forme di schiavitù*, p. 719. Tra le sentenze che segnano i passaggi fondamentali nell'interpretazione dell'art. 600 c.p. precedenti la pronuncia delle Sezioni Unite, si segnala fondamentalmente Corte d'Assise di Firenze 23 marzo 1993, in « Foro italiano », 1994, II, c. 298 ss. con nota di A. Di Martino, *« Servi sunt, immo homines ». Schiavitù e condizione analoga nell'interpretazione di una corte di merito.*

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

mento della persona ha evidenziato due ordini di problemi: l'uno sociale, l'altro giuridico.

16. *La schiavitù come fenomeno (e problema) sociale della c.d. 'società del rischio'.*

È la 'storia' della prima sentenza che ha applicato la fattispecie dell'art. 600 a chiarire i termini del problema sociale. Le indagini dirette a scoprire quale tipo di sfruttamento stesse dietro ai furti compiuti dai piccoli slavi sono cominciate nel momento in cui gli inquirenti si sono resi conto che i bambini autori dei furti non erano i figli dei nomadi ai quali, di solito, essi venivano riconsegnati tramite un intermediario, come si era sempre creduto, ma bambini acquistati a scopo di sfruttamento. In altre parole, se pur penalmente rilevante è la determinazione al furto da parte del padre nei confronti del bambino, tuttavia questo fenomeno è sempre apparso inquadrabile entro limiti di tollerabilità, sempre ovviamente rispetto al contesto di riferimento, cioè le pratiche tipiche della comunità nomade: la inimputabilità degli infraquattordicenni e le difficoltà di prova della determinazione al furto da parte del genitore sono elementi normalmente decisivi per non iniziare l'azione penale, anche in presenza di una situazione che è difficile non definire sfruttamento. Non tollerabile invece, e segno del manifestarsi di un grave problema sociale è stato scoprire la sostanziale condizione servile in cui i bambini *argat* si trovavano.

Lo stesso discorso può essere fatto con riferimento allo sfruttamento della prostituzione forzata: tutti i comportamenti legati all'attività di prostituzione e previsti come reato dalla l. 20 febbraio 1958 n. 75, raramente sono stati sistematicamente perseguiti, essendo fondamentalmente tollerati socialmente nei limiti i cui non avessero 'visibilità', ma sono apparsi sotto una luce diversa, diventando un fenomeno socialmente inaccettabile solo nel momento in cui è apparso chiaro che si trattava di fenomeni di prostituzione forzata (115).

(115) Il fenomeno non è nuovo; infatti, nella stessa legislazione del 1958, così come negli artt. 531-536 del codice Rocco da questa sostituiti si trovavano fattispecie che lo evocano: più chiara in questo senso era il testo dell'art. 536 che si riferiva espressa-

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

È iniziato così un processo di *criminalizzazione,* condotto attraverso uno sforzo dei giudici per 'implementare' il vecchio sintetico testo dell'art. 600, di comportamenti e situazioni, spesso non ben decifrabili, che sono ormai riconosciuti come 'le nuove schiavitù' (116).

La schiavitù si presenta, nella società europea (perché è questo ristretto teatro che dobbiamo privilegiare), divisa tra una qualificazione di devianza e una qualificazione criminale, la seconda delle quali soltanto passa per 'la porta stretta' costituita dalle fattispecie penali che la riguardano, mentre la prima, pur non priva di rilevanza penale, tende a nascondersi nelle pieghe di una società che non la riconosce come tale (117).

Sotto il profilo della funzione tecnocratica del diritto penale come 'modo di gestione' della criminalità (118), la schiavitù si presenta come un campo di indagine particolarmente adatto per testare *ruoli* e *obiettivi* dei diversi attori sociali che animano la scena del diritto penale. Non è facile identificare da chi e nei confronti di chi provengono e si indirizzano le domande di pena (per di più elevata).

L'opinione pubblica non svolge, in questo contesto, il tradizionale ruolo di vettore di domande di pena, in quanto, essendo i contesti in cui si manifesta il fenomeno schiavistico contesti di

---

mente alla « tratta di donne e di minori, mediante violenza, minaccia, inganno ». La fattispecie della legge 'Merlin', invece si riferisce all'« induzione di una persona a recarsi nel territorio di un altro Stato...al fine di esercitare la prostituzione » senza alcun riferimento ad atti di violenza, minaccia o inganno. In entrambi i casi la fenomenologia dei fatti non era tale da farla inquadrare nel ben più grave delitto di « riduzione in schiavitù ».

(116) La bibliografia sociologica sulle nuove fenomenologie schiavistiche è recente e vasta. Ci limitiamo a ricordare il primo importante lavoro sul tema: K. Bales, *Disposable people. New slavery in the global economy*, Berkeley-Los Angeles, The Regents of the University of California, 1999, trad. it. *I nuovi schiavi. La merce umana nell'economia globale*, Milano, Feltrinelli, 2000.

(117) Si veda l'indagine antropo-sociologica di G. Dal Lago, E. Quadrelli, *La città e le ombre: crimini, criminali, cittadini*, Milano, Feltrinelli, 2003, pp. 172 ss.

(118) C. E. Paliero, *La funzione delle scienze sociali nella recente evoluzione del diritto penale*, in *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo: l'analisi critica della Scuola di Francoforte. Atti del Convegno di Toledo del 13-15 aprile 2000*, a cura di G. Stortoni, G. Foffani, Milano, Giuffrè, 2004, p. 280.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

marginalità sociale in sé chiusi, non si innesca quel tipico processo di identificazione con le vittime che fa invocare un intervento penale improntato all'effettività (119). Anzi, spesso le vittime non si manifestano come tali, apparendo al contrario proprio come autori di reato — si pensi ai furti perpetrati dai non imputabili —; o come 'vittime per scelta di vita' — ed è il caso della prostituzione — fenomeno di cui l'opinione pubblica si occupa nel momento in cui provoca intralcio al traffico stradale o disturbo alla quiete notturna.

In entrambi i casi provocando un processo di domanda di pena diversamente indirizzato.

La domanda di pena per fronteggiare il nuovo fenomeno criminale è stata però posta con insistenza dall'Unione Europea che, in quanto attore istituzionale, dovrebbe farsi portatrice di una visione più razionale dei problemi, meno incline a subire i colpi di una emotività sociale che, nel complesso di una popolazione europea non certo coesa, non ha modo di sfogarsi.

Tuttavia, alla ricerca di una stabilizzazione di valori all'interno della società europea stessa, il linguaggio e gli strumenti che l'Unione Europea usa o chiede di usare non possono che essere calibrati sugli obiettivi 'minimi' che il diritto penale si può porre. In una fase ancora embrionale di un diritto penale europeo, l'Unione Europea non può che indirizzare richieste di tutela essenziali, e finalizzate a obiettivi di effettività, che condizionano la sua stessa legittimazione (120).

Imprescindibile allora considerare che *la* società che deve recepire la minaccia della pena, e su cui testare la prevenzione generale nella sua duplice dimensione, presenta a sua volta delle particolarità: il 'legislatore' europeo così come il legislatore del singolo stato non 'parla' ai propri consociati, bensì ad appartenenti ad altre società o ad una società fluttuante — la schiavitù e la tratta sono notoriamente appannaggio della c.d. criminalità transnazionale — allentando quella tensione che dovrebbe in teoria esistere tra

(119) C. E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 1992, p. 873.

(120) Per il binomio effettività/legittimazione C. E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 1990, pp. 471 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

minaccia e contromotivazione al crimine, o quantomeno tra sensibilità ai valori e contromotivazione al crimine.

Sulla funzione deterrente o stabilizzatrice di valori affidata tradizionalmente al diritto penale si può dunque, in questo contesto di riferimento, fare già sul piano programmatico, meno affidamento, con il rischio, diversamente, di approdare ad un risultato simbolico.

Che, d'altra parte, l'Europa non potesse fare a meno di 'far proprio' l'obiettivo di combattere la tratta e le c.d. 'nuove schiavitù' dipende da un'esigenza di *autorappresentazione* della società europea (121) che, impegnata sul fronte della tutela dei diritti umani fuori dei confini dell'Europa, non può sottovalutare comportamenti che offendono profondamente la libertà individuale di persone che *comunque* esistono e costituiscono una realtà sociale forse non stabile ma ugualmente destinata a lasciare un segno nella società europea che sta nascendo e nella quale si agitano i fantasmi del passato.

L'Europa contemporanea è 'inciampata' nella schiavitù da quando sono ripresi i flussi migratori negli ultimi vent'anni e proprio il contesto migratorio costituisce uno degli alvei della società del rischio (122), forse quello più problematico da gestire, se non altro perché i percettori del rischio sono spesso assuntori 'volontari' e

---

(121) Cfr. con riferimento all'uguaglianza e al divieto di discriminazione S. BARTOLE, *La cittadinanza e l'identità europea*, in *La cittadinanza: appartenenza, identità, diritti* a cura di E. ZOLO, Roma-Bari, Laterza, 1994, pp. 455-456. Cfr. anche PALOMBELLA, *Dai diritti umani ai diritti fondamentali: sulle conseguenze di una distinzione concettuale*, in « Sociologia del diritto », n. 2, 2004, pp. 89 ss. in particolare.

(122) Il 'rischio sociale' è uno degli aspetti toccati nella ormai notissima analisi di U. BECK, *La società del rischio: verso una nuova modernità*, Roma, Carocci, 2000, pp. 111 ss. Tra gli studi italiani che dal sociologo tedesco hanno tratto spunto si veda in particolare RANCI, *Fenomenologia della vulnerabilità sociale*, in « Rassegna italiana di sociologia », n. 4, 2002, pp. 521 ss. che definisce la « vulnerabilità » come « una situazione di vita in cui l'autonomia e la capacità di autodeterminazione dei soggetti è permanentemente minacciata da un inserimento instabile dentro i principali sistemi di integrazione sociale e di distribuzione delle risorse ». Il concetto di vulnerabilità, ricorrente negli studi sociologici (si veda ad es. R. CASTEL, *L'insécurité sociale*, Lonrai, Seuil, 2003, pp. 12 ss.) è di particolare interesse anche per il penalista in quanto consente di metterla in relazione con quelli che sono i beni giuridici che si ritengono tradizionalmente offesi dai 'reati di schiavitù': l'autodeterminazione e la libertà individuale. Si veda anche M. R. FERRARESE, *Un diritto al plurale o al singolare? Tendenze e paradossi dell'età globale*, in « Sociologia del diritto », 2004, p. 54.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

'consapevoli' di situazioni di ulteriore rischio, dal quale non possono difendersi con gli strumenti che normalmente sono a disposizione dei consociati. *Id est*, non possono farsi attori sociali nel domandare la 'punizione', né far valere i propri diritti nelle sedi istituzionali.

17. *La schiavitù come problema di qualificazione giuridico-penale: la ricostruzione del tipo tra interpretazione e pre-comprensione.*

Lo strumento del diritto penale attivatosi per contrastare il fenomeno ha messo in luce molteplici problemi giuridici. La giurisprudenza, nel ricondurre i fatti che si presentavano al suo giudizio all'unica fattispecie che sembrava calzante per far fronte alle pressanti esigenze di tutela di beni fondamentali della persona, ha dovuto confrontarsi in primo luogo con i limiti della fattispecie stessa: limiti *strutturali* e limiti *storici*.

Con riferimento ai limiti *strutturali*: i concetti di schiavitù e di condizione analoga alla schiavitù non erano definiti nella fattispecie e potevano essere ricavati solo facendo riferimento alle definizioni contenute nelle due Convenzioni di Ginevra del 1926, per quanto riguarda il concetto di schiavitù, e del 1956 per la definizione di condizione analoga alla schiavitù.

In nessuna delle due, tuttavia, la giurisprudenza è riuscita *sempre* a trovare un valido strumento per fronteggiare pienamente le esigenze di tutela che i nuovi fenomeni evidenziavano: la prima delle due Convenzioni, nel definire la schiavitù come « lo stato o la condizione di un individuo sul quale si esercitano gli attributi inerenti al diritto di proprietà o alcuni di essi » delinea una figura molto ampia, ma tace sulle modalità di realizzazione di una simile situazione.

La seconda Convenzione, viceversa, presenta un catalogo di situazioni di condizione analoga alla schiavitù analiticamente definite soprattutto per quanto riguarda le modalità di realizzazione (123)

(123) Il testo della Convenzione di Ginevra del 1956 così definisce le condizioni analoghe alla schiavitù:

a) la *servitù per debiti*, ossia lo stato o la condizione risultante dal fatto che un debitore si è impegnato a fornire a garanzia di un debito i servizi personali suoi o di una persona su cui abbia autorità, se l'equo valore di tali servizi non è imputato all'estinzione del debito o se la durata o il carattere dei servizi non sono definiti;

b) la *servitù della gleba,* ossia la condizione di chiunque sia tenuto, in forza di

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

e tuttavia tale analiticità si è dimostrata per la giurisprudenza un impedimento nel momento in cui si è trovata nell'impossibilità di ricondurre ai modelli descritti in quella Convenzione alcune situazioni di grave sfruttamento che meritavano tutela al pari delle altre.

In definitiva, il contributo definitorio dato dalle due Convenzioni di Ginevra al tipo descritto nell'art. 600 da un lato comportava seri dubbi sotto il profilo del rispetto del principio di 'precisione', dall'altro lato ne limitava fortemente l'applicabilità. E, d'altra parte, le due espressioni « schiavitù » e « condizione analoga alla schiavitù » sarebbero state mute senza l'integrazione del testo delle due Convenzioni.

I *limiti storici* della fattispecie, soprattutto se considerata con le integrazioni date dalle Convenzioni di Ginevra, vanno attribuiti al contesto in cui furono concepite: segnavano infatti la chiusura delle vicende della schiavitù coloniale (124).

Sia l'art. 600 del Codice Rocco sia l'art. 145 del Codice Zanardelli che l'aveva preceduto nascevano già destinati a non trovare applicazione sul suolo italiano, in quanto 'pensati' per lo più per reprimere situazioni di schiavitù di diritto e non di fatto.

I dubbi interpretativi della dottrina di fine Ottocento e gli sforzi per trovare un campo di applicabilità a situazioni di fatto potenzialmente verificabili sul territorio italiano, soprattutto nella forma della condizione *analoga* alla schiavitù, non si ripeterono di

---

legge, di consuetudine o di contratto, a vivere e lavorare su di un fondo appartenente a un'altra persona e a fornire a questa, dietro compenso o gratuitamente, determinati servizi, senza potere cambiare la sua condizione;

c) ogni istituzione o pratica in forza della quale:

— una donna, senza che abbia il diritto di rifiutare, venga promessa o data in matrimonio dietro un corrispettivo monetario o in natura versato ai suoi genitori, al suo tutore, alla sua famiglia o a qualsiasi altro gruppo di persone;

— il marito di una donna, la famiglia o il clan di costui abbia il diritto di cederla a un terzo, a titolo oneroso o altrimenti;

— la donna possa, alla morte del marito, essere trasferita per successione ad un'altra persona;

d) qualsiasi istituzione o pratica in forza della quale un fanciullo o un adolescente minore degli anni diciotto venga consegnato, da uno o entrambi i genitori o dal tutore, ad un terzo, in vista dello sfruttamento della persona o del lavoro del minore.

(124) Cfr. la ricostruzione di D. CICOGNANI, *La questione della schiavitù*, cit., pp. 234 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

fronte alla fattispecie del codice Rocco: nelle intenzioni del legislatore la fattispecie poteva trovare applicazione solo laddove fosse sopravvissuta la schiavitù come istituzione, quindi non in Italia (125).

La giurisprudenza italiana degli anni '80 del secolo scorso ha dunque segnato la vera 'nascita' per la fattispecie dell'art. 600, avvenuta tuttavia in una società totalmente diversa da quella che l'aveva concepita. Si è affermata definitivamente l'interpretazione secondo cui la schiavitù e la condizione analoga dovessero essere intese anche come situazioni 'di fatto' (126) e si è altresì ritenuto che i due termini non dovessero più trovare il loro contenuto descrittivo nelle definizioni contenute nelle due Convenzioni di Ginevra, soprattutto per quanto riguardava la 'condizione analoga alla schiavitù', ponendo qualche problema sotto il profilo del rispetto del principio di legalità.

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite nel 1996, ben consapevole dei problemi giuridici, dovuti ai suddetti limiti strutturali e storici dell'art. 600, che l'applicabilità della fattispecie in questione poneva nella società attuale, ha decisamente preferito far fronte alle esigenze di tutela immediata che il nuovo problema sociale stava manifestando sollecitando i giudici a individuare nella società attuale piuttosto che nella lettera della legge le tipologie delle nuove schiavitù e le modalità di realizzazione di queste situazioni (127).

---

(125) Sul punto la *Relazione del Ministro Guardasigilli sul progetto definitivo di un nuovo codice penale,* in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale,* V, p. II, Roma, 1929, p. 410 non lasciava adito a dubbi: « Il progetto ha eliminato ogni dubbio, considerando la condizione di diritto nell'art. 608 » (art. 600 nel testo definitivo ora modificato), « quella di fatto nell'art. 611 » (art. 603 nel testo definitivo — plagio — dichiarato incostituzionale nel 1981).

(126) Le prime sentenze di merito che applicarono l'art. 600 si erano sempre pronunciate in questo senso. Questa interpretazione, del resto, era già stata accolta dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione nel giudizio sul 'caso Braibanti' (l'unico caso di applicazione del 'plagio') e successivamente dalla Corte Costituzionale nella sentenza che dichiarò costituzionalmente illegittimo l'art. 603.

(127) « ... sicché proprio lo specifico costrutto dell'art. 1 della convenzione può... reputarsi consentaneo all'intento... di far prevedere, in modo inequivocabile... la punizione anche di condotte, volte a ridurre taluno "in condizione analoga alla schiavitù"; che è espressione... identica, quanto al peso che ne subisce chi ne sia oggetto, alla condizione materiale dello schiavo, *con la sola particolarità che — a differenza di*

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Sulle perplessità suscitate in dottrina da questa sentenza (128) non ci soffermeremo in questa sede, tanto più che ormai appartiene alla 'storia', se pur recente, della 'rinascita' dell'art. 600 vecchio testo.

Occorre invece precisare che l'impulso dato dalle Sezioni Unite ai giudici di merito ha contribuito ad avviare un processo applicativo della norma del tutto particolare, in cui i giudici, sganciati dall'elenco della Convenzione di Ginevra del 1956, nell'interpretare il concetto di « condizione analoga alla schiavitù », hanno dovuto in realtà ricostruire gli elementi 'mancanti' di una fattispecie.

Le due espressioni contenute nel vecchio testo dell'art. 600 non hanno permesso infatti l'attuazione di quel naturale processo che muove dal 'tipo' verso la realtà e che provoca di necessità l'adattamento della seconda al primo.

Solo il confronto con la fattispecie e con i suoi elementi può far comprendere come da un contesto della vita (*Lebensvorgang*) si possano estrapolare dei *Sachverhalten* e da questi coglierne delle parti fino a farli diventare elementi di un comportamento materiale (*Sachverhaltsmerkmalen*) (129). E, d'altra parte, è altrettanto vero che la fattispecie e i suoi elementi non sono comprensibili senza il riferimento alla situazione di fatto (il c.d. problema del *Wirklichkeitsbezug*) (130).

Questo secondo elemento, vale a dire i comportamenti di fatto, gravemente offensivi della libertà individuale, ha costituito il terreno fertile per l'individuazione degli elementi della condotta e dell'evento, attraverso un procedimento di selezione e generalizzazione.

---

quest'ultimo — la vittima non può perdere lo stato giuridico di uomo libero » (corsivo nostro): Cass. Sez. Unite 20 novembre 1996, cit., c. 321.

(128) Cfr. F. Viganò, in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini, G.Marinucci, vol. II, Milano, Ipsoa, 1999[1], art. 600, p. 2118; C. Visconti, *Riduzione in schiavitù*, cit, p. 319; M.C. Barbieri, *Moderne schiavitù e moderne libertà: quali i limiti di applicabilità dell'art. 600 c.p.?*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 2002, p. 1120. O. Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 88 in nota (299), richiama, incidentalmente, questa sentenza come esempio di avallo esplicito a una creatività giudiziale che si esplica dando alle parole il 'senso' che esse assumono nel contesto socio-culturale.

(129) W. Hassemer, *Tatbestand und Typus*, cit., pp. 103 ss.

(130) È quello che viene definito, come è noto, il « procedimento circolare » caratteristico dell'interpretazione penale: ivi, p. 104.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Il risultato più significativo di questo procedimento 'tipologico' effettuato dalla giurisprudenza senza l'appoggio del « segno linguistico » della fattispecie, è costituito dal recupero di un particolare elemento già appartenuto al « plagio » dell'art. 603 — la « soggezione » — poi trasfuso dal legislatore nel nuovo testo dell'art. 600.

Discutibile o meno che sia, rimane un dato ineliminabile che questo termine costituisce ormai un elemento 'tipico' da intendersi come l'elemento caratterizzante della condizione servile in una dimensione « penalmente rilevante » (un 'elemento-tipo' tra gli altri elementi della 'fattispecie-tipo') (131).

Che questo ruolo possa essere giocato fino in fondo dalla 'soggezione', trasformandosi in un valido strumento ermeneutico della realtà sottesa alla fattispecie, solo una verifica dell'applicazione dell'art. 600 nella nuova formulazione potrà dirlo (132).

18. *Considerazioni conclusive tra passato e presente.*

In chiusura, non possiamo non notare che, nel volgere di mezzo secolo dall'emanazione del Codice Rocco, l'ordinamento italiano si è trovato a confronto con situazioni molto simili a quelle che facevano discutere di « condizione analoga alla schiavitù » già sotto la vigenza del Codice Zanardelli, e che il diritto penale ha dovuto all'inizio affrontarle con un 'tipo' identico, ma con una rinnovata consapevolezza dell'importanza del bene giuridico della personalità individuale.

Con la nostra ricostruzione storica abbiamo, per contro, la speranza di aver messo in luce alcuni aspetti nascosti concernenti le ragioni della lunga quiescenza dei reati di schiavitù.

La sorte comune toccata alle disposizioni incriminatrici dei

---

(131) Ivi, p. 115.

(132) Il concetto di « soggezione continuativa » vero cuore della fattispecie sembra attestarsi in un significato di sottoposizione all'altrui controllo, come per primo Manzini acutamente notò nell'interpretazione dell'art. 603 e, prima ancora, dell'art. 145 codice Zanardelli (cfr. *infra*) che ne fa *in primis* una forma di limitazione della libertà personale pure riferita a un non meglio definito *status libertatis*: cfr. per tutti F. VIGANÒ, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI, G. MARINUCCI, vol. II, Milano, IPSOA, 2006², p. 4129.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

due paesi — la Germania e l'Italia — che avevano scelto fin dalla seconda metà dell'Ottocento di inserire nei codici espliciti riferimenti alla schiavitù nelle fattispecie che descrivevano la massima compressione della libertà individuale induce ad alcune considerazioni in margine a quelli che possono definirsi gli strumenti classici del diritto penale: il bene giuridico e il tipo.

La *prima considerazione* concerne il rapporto che intercorre tra la fattispecie astratta e il contesto sociale di riferimento.

A fronte, come nel nostro caso, di una fattispecie che utilizzava uno schema di tipizzazione conciso, ma dotato di una notevole 'pregnanza semantica' (come del resto sarà per l'art. 600 del codice Rocco che però almeno sarà supportato, sul piano delle definizioni, in due riprese dalle Convenzioni di Ginevra), il dato della realtà avrebbe dovuto costituire, allora come nei tempi più recenti, il substrato entro il quale ritrovare le situazioni riconducibili al dato normativo, almeno con riferimento alla 'condizione analoga alla schiavitù'.

Tuttavia erano le stesse dinamiche sociali a non permettere che si cogliesse nemmeno l'esatta portata del valore e della consistenza della libertà individuale quale bene giuridico oggetto di tutela.

In questa tensione tra il dato normativo e la realtà sociale, il bene giuridico non ha più la forza di reclamare una tutela assoluta e il tipo cessa di avere una vera forza normativa.

Se sul versante della scala dei valori si conclamava la libertà individuale come valore assoluto, sul piano sociale la stessa sembrava essere un valore negoziabile, o da parte del titolare o da parte di chi su di lui esercitasse qualche legittimo potere.

In ogni caso, il bene giuridico non sembrava avere da solo una forza sufficiente per 'sciogliere' sul piano interpretativo l'evento — schiavitù e condizione analoga alla schiavitù — contenuto nella fattispecie dell'art. 145 del codice Zanardelli e destinato a portare da solo tutto il peso della 'tipizzazione'.

La *seconda considerazione* concerne le condizioni di applicabilità di una fattispecie da valutarsi in relazione alla caratteristica di ineliminabile e connaturata astrazione della stessa (133).

(133) Sul passaggio da una tecnica di descrizione casistica a una tecnica di descrizione sempre più generalizzata si veda l'ampio lavoro di A. GARGANI, *Dal* corpus delicti *al* Tatbestand. *Le origini della tipicità penale*, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 103 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Quando il processo di creazione di una fattispecie si compie, questa viene consegnata al sistema penale e vi rimane, vivendo invariata nella sua dimensione 'linguistica'. L'interpretazione di alcuni suoi elementi potrà essere suscettibile di variazioni che tenderanno ad ampliare o a restringere l'ambito di applicazione della fattispecie rispetto a certi fatti e a orientare verso l'applicazione di altre fattispecie. Normalmente questo avviene per una rinnovata sensibilità giuridica circa l'importanza del bene giuridico oggetto di protezione: si pensi, ad esempio, alla diversa valutazione nel tempo di certi fatti sussumibili in origine sotto la fattispecie di abuso di mezzi di correzione di cui all'art. 571 c.p. Ma, in questo caso, la fattispecie che vede limitarsi il suo campo di applicazione continua ad avere una sua corrispondenza a situazioni della realtà coincidenti con la *ratio* ispiratrice della norma.

Può invece accadere che l'assenza di un corrispondente substrato empirico-criminologico permetta di applicare la fattispecie a situazioni completamente diverse da quelle per cui era stata 'pensata'. È quanto accaduto per il 'plagio' dell'art. 603: descrivendo la dinamica della creazione di un rapporto servile non aveva un dato reale cui rapportarsi. E tuttavia, la mera dimensione linguistica in cui la norma sempre 'sopravvive' ne permise il dirottamento verso situazioni che nulla avevano a che fare con la 'dimensione reale dell'offesa' che la norma mirava a descrivere.

Ancor prima dunque che per l'impossibilità di provare la dinamica causale sottostante (ragione della sua indeterminatezza) (134) il plagio dell'art. 603 non avrebbe dovuto avere applicazione proprio per l'assenza di un contesto storico-sociale in cui potesse verificarsi una siffatta situazione (135).

---

(134) La fattispecie di « plagio » dell'art. 603 è considerata l'esempio paradigmatico (in negativo) della necessità che il *fatto* sia supportato da una sua 'provabilità': cfr. G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 1983, pp. 1209 ss.; al contrario, chi si è pronunciato a suo tempo in difesa di quella fattispecie non ha invece ritenuto importante la prova della dinamica causale ma solo l'offesa: cfr. G.M. FLICK, *La tutela della personalità*, cit., p. 149.

(135) Infatti, non a sproposito si è ritenuta la 'riespansione' dell'art. 600 vecchio testo una conseguenza della 'scomparsa' del plagio: e questo perché le situazioni che in quell'epoca venivano sussunte sotto l'art. 600 sarebbero state un tempo sussumibili sotto l'art. 603.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

E tuttavia l'applicazione fuori dal contesto non è che una conseguenza del metodo interpretativo oggettivo secondo cui occorre considerare la norma nella sua intrinseca razionalità, in quanto essa, una volta entrata in vigore, « sta in piedi, per così dire, da sola » (136).

L'ermeneutica penale non contempla regole particolari che vincolino il giudice a non applicare una norma quando la sua applicazione comporterebbe di utilizzarla in un contesto storico-sociale diverso da quello che l'ha generata (137), se gli elementi in essa contenuti sono dotati di un campo semantico che li rende applicabili a situazioni 'sganciate' dall'alveo originario (138). Tanto più quando tale 'dirottamento' è effettuato con un'operazione interpretativa 'guidata' dal bene giuridico (139): la personalità individuale

---

(136) K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, trad. italiana *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 39. G. SCARANO, *Il problema dei mezzi nell'interpretazione della legge penale*, in « Rivista italiana di diritto e procedura penale », 1952, p. 164: « L'interprete deve sviluppare « tutto il potenziale logico della norma dal seno suo stesso ». Si confronti però anche E. BETTI, *Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva*, in *Scritti giuridici in onore di M. Cavalieri*, Padova, CEDAM, 1960, p. 170: « il testo letterale della legge... resta solo formalmente immutato, ma si integra e si riempie di uno spirito diverso, conforme allo spirito del tempo e della società per cui la norma è destinata a valere »; e ancora E. BETTI, *Die Problematik der Auslegung in der Rechtswissenschaft*, in *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, a cura di P. BOCKELMANN, A. KAUFMANN, U. KLUG, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1969.

(137) Cfr. ancora K. LARENZ, *Methodenlehre*, cit., pp. 40 ss.

(138) Quando non si realizza quella interdipendenza tra realtà e tipo ben descritta da W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, cit., p. 112.

(139) Per il rapporto tra bene giuridico come *ratio* della norma e sulla sua influenza sull'interpretazione delle norme penali cfr. E. SCHWINGE, *Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht*, Bonn, Röhrscheid, 1930; K. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzip auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der "Sozialschädlichkeit" des Verbrechens*, Frankfurt am Main, Athenäum Verlag, 1972, pp. 130 ss. e nella dottrina italiana, per tutti, F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., pp. 20 ss. Ci si riferisce dunque, nel testo, all'obiettivo di tutela di un determinato bene giuridico perseguito come risultato dell'operazione interpretativa di una norma che non si presenta univoca in questo senso. Per i diversi atteggiamenti possibili del giudice di fronte a una norma che si presenta come 'incerta' sotto il profilo del suo ambito di applicabilità si veda W. NAUCKE, *Der Nutzen der subjektiven Auslegung im Strafrecht,* in *Festschrift Engisch*, cit., pp. 275 ss. e ancora E.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

come bene giuridico oggetto di protezione infatti avrebbe consentito, anzi preteso tutela anche nei confronti di quelle situazioni che chiameremmo di 'manipolazione della personalità' cui il plagio dell'art. 603 rischiava di essere applicabile per il futuro se la Corte costituzionale non l'avesse dichiarato incostituzionale.

In breve: una fattispecie nata per descrivere un *certo tipo di offesa* alla personalità individuale e legata a un certo contesto storico-sociale avrebbe potuto trovare la sua applicazione in contesti assai differenti e non rispondenti né alla *ratio* della stessa né alla scelta effettuata a suo tempo dal legislatore.

E, d'altra parte, anche sarebbe stata impensabile un'interpretazione 'storicizzata' proprio perché l'art. 603 si inseriva in una tradizione di norme che avevano "raccontato così poco di sé".

Rivolgendo, in conclusione, la nostra attenzione alle scelte attuali in tema di compressione della libertà individuale, non possiamo fare a meno di notare come gli ordinamenti europei, e pensiamo soprattutto alla Germania e all'Italia, stiano 'novellando' a più riprese le proprie fattispecie codicistiche nel tentativo di adeguare i propri 'tipi' alle esigenze di una realtà non tanto mutevole quanto 'inafferrabile' nelle sue sfaccettature.

Ogni ordinamento sembra essere ancorato saldamente ai propri *topoi* normativi, e questo non stupisce più di tanto: così come il legislatore italiano ripropone la « soggezione » come evento tipico rappresentativo della massima compressione della libertà individuale nella fattispecie di « riduzione in servitù », la Germania ripropone l'espressione « impadronirsi » (*sich bemächtigen*), dal 1870 contenuta solo nel § 234 *StGB* — *Menschenraub* —, come aggravante della fattispecie del § 232 Commercio di persone a scopo di sfruttamento sessuale — *Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung* — a sua volta modificata.

Ciò che invece stupisce è la scelta opposta dei due paesi in rapporto alle classiche figure 'schiavistiche'. All'abbandono della

---

BETTI, *Die Problematik*, in *Festschrift Engisch*, cit., p. 214 secondo il quale l'interpretazione della legge comporterebbe sia di accertare la valutazione originaria che inerisce alla norma in rapporto al contesto sociale da cui proviene, sia di 'testare' se la norma può indicare un ulteriore risultato nel quale essa potrebbe risolvere un conflitto tra interessi diversi.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

fattispecie di evento nella nuova formulazione dell'art. 600 con riferimento alla « schiavitù » si contrappone invece l'introduzione nel codice tedesco al 233, per la prima volta, proprio del reato di evento di « riduzione in schiavitù, servitù e servitù da debito » (140).

Se a queste modifiche si aggiunge la ridescrizione del reato come crimine contro l'umanità al n. 3 del § 7 *VStGB - Verbrechen gegen die Menschlichkeit* (141) con la semplice espressione « rende schiavo » (*versklavt*) si vede come ancora una volta la tipizzazione tenda a ripiegarsi su espressioni classiche, pregnanti, che si vorrebbe 'parlassero da sole'.

Mentre da un lato la schiavitù sembra oggi definitivamente 'cristallizzarsi' (e allontanarsi) nella formula che la Convenzione di Ginevra ha consegnato allo statuto della Corte penale Internazionale come « esercizio su una persona dei poteri corrispondenti al diritto di proprietà », dall'altro lato la 'società del rischio' ci mette di fronte al concreto problema di affrontare con strumenti definitori rinnovati forme di offesa a beni come le libertà e i diritti fondamentali che, in una società multiculturale, sembrano vedere incrinata la loro assolutezza e la loro universalità.

---

(140) Ad indirizzare verso questa nuova tendenza non sembra estranea, del resto, l'influenza esercitata dall'intervento della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che, con sentenza del 26 luglio 2005 n. 73316/01 ha condannato la Francia per non aver rispettato l'art. 4 c. 1 della Convenzione — « nessuno può essere tenuto in condizioni di schiavitù o servitù » — permettendo, nonostante l'esistenza di alcune fattispecie apposite, di lasciare nel caso concreto senza un'adeguata tutela penale una, per la Corte evidentissima, situazione di sfruttamento del lavoro e della persona identificantesi con una situazione di « servitù ». La Corte richiede in sostanza una fattispecie apposita che a una rubrica che ne porti il nome accompagni una definizione precisa di servitù: cfr. sul punto il commento di F. Massias, *L'arret* Siliadin. *L'esclavage domestique demande une incrimination spécifique*, in « Revue de science criminelle », 2006, p. 139.

(141) Il *Völkerstrafgesetzbuch* è la legge con cui la Germania ha attuato lo statuto della Corte penale internazionale; il n. 3 § 7 ridescrive la tratta e la schiavitù come crimini contro l'umanità secondo i criteri individuati nello statuto della Corte.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

FERDINANDO MAZZARELLA

LA SCOPERTA DI UN PARADIGMA COMPLESSO. L'« UNTERNEHMEN » NEL DIRITTO COMMERCIALE E NELLA DOTTRINA AUSTRO-TEDESCA DEL PRIMO NOVECENTO (*)

1. Compromessi, aperture e prospettive dell'HGB. — 2. Un nuovo rapporto tra diritto ed economia: verso la formazione di un « Wirtschaftsrecht ». — 3. L'« Unternehmen »: una genesi nell'"economico". — 4. L'individuazione dell'« Unternehmen » nel "giuridico". — 5. Da un piano oggettivo ad uno soggettivo: il « Recht am Unternehmen ». — 6. L'« Unternehmen als Rechtsobjekt »: fra valore unitario, protezione, trasferimento, esecuzione. — 7. L'« Unternehmen » fra guerra e dopoguerra: espansione di un contenitore, ramificazione di un paradigma, moltiplicazione di concetti. — 8. Fra anni Venti e Quaranta: alla ricerca di un « Unternehmensrecht ».

1. *Compromessi, aperture e prospettive dell'HGB.*

Nel 1897, in un'Europa attraversata dalle spinte associative e dalle logiche interrelazionali del « capitalismo organizzato », la Germania imperiale, ormai unita sul piano politico e compiutamente industrializzata sul piano economico, approdava ad una nuova codificazione di diritto commerciale, che ribaltava taluni schemi della tradizione giuridica ottocentesca (1). La principale novità,

---

(*) Il saggio che qui si pubblica è frutto di una ricerca condotta nel 2009 grazie ad una borsa di studio del *Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte* di Francoforte sul Meno.

(1) Sulla storia e sul processo di formazione dell'HGB, da ultimo, W. Schubert, *Die Entstehungsgeschichte des Handelsgesetzbuchs vom 10. Mai 1897*, in *Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897*, herausgegeben von W. Schubert, B. Schmiedel, C. Krampe, Frankfurt am Main, Klostermann, Band 1, *Gesetze und Entwürfe*, 1986, pp. 1-30; alle pp. 717-833 può leggersi il testo del Codice nella sua versione originale. Sull'HGB cfr. anche C. Bergfeld, *Deutschland*, *Handelsrecht*, in H. Coing, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, III/3, *Das 19. Jahrhundert*, *Gesetzgebung zu den Privatrechtlichen Sondergebieten*, München, Beck,

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

secondo Gierke (1841-1921), consisteva nel superamento del « sistema misto », oggettivo e soggettivo, caratteristico del Codice fino ad allora vigente, e nel passaggio « ad un sistema soggettivo puro »: il nuovo diritto commerciale, in altri termini, « avrebbe dovuto essere il diritto speciale dei commercianti » (2).

L'HGB, in effetti, abbandonava la categoria, prevista invece dall'ADHGB del 1861 e dagli altri codici di commercio europei, degli atti di commercio oggettivi o assoluti (« objektiven » o « absoluten Handelsgeschäfte »), "commerciali" a prescindere dalla qualità dei contraenti, con la conseguenza immediata di spostare il baricentro della disciplina legislativa dagli atti di commercio al commerciante, da un riferimento oggettivo (gli « Handelsgeschäfte ») ad un referente soggettivo (il « Kaufmann ») (3); ma con il

---

1986, pp. 2959-2966. Si vedano anche, per poter consultare il testo con pedissequo commento, K. LEHMANN und V. RING, *Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 2 Bände, Berlin, Heymanns, 1901-1902, ma anche F. LITTHAUER und A. MOSSE, *Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht)*, Berlin, Guttentag, 1915[15]. Per una versione meno risalente, con un commento sintetico articolo per articolo, si veda A. BAUMBACH und K. DUDEN, *Handelsgesetzbuch mit Nebengesetzen ohne Seerecht*, München und Berlin, Beck, 1962[15], con edizioni fino al 1995. La versione italiana del testo legislativo può leggersi in *Codice di commercio dell'Impero germanico*, trad. di L. Eusebio, Torino, Ute, 1897. Sulla tendenza all'associazionismo e allo sviluppo di formazioni sociali in tempo di « organisierter Kapitalismus » (Hilferdings) si veda, anche per l'ottimo panorama bibliografico, L. GALL, *Europa auf dem Weg in die Moderne. 1850-1890*, München, Oldenbourg, 1997[3], pp. 81-91 e 111-134, oltre alla concreta descrizione, già gremita di « Gruppen », « Familien », « Unternehmen », « Betriebe », « Arbeiterassoziationen », « Kapitalassoziationen », « Genossenschaften », di H. SCHULZE-DELITZSCH, *Die arbeitenden Klassen und das Assoziationswesen in Deutschland als Programm zu einem deutschen Kongreß*, Leipzig, 1858, in *Der europäische Liberalismus im 19. Jahrhundert. Texte zu seiner Entwicklung*, herausgegeben von L. Gall und R. Koch, Band 4, Frankfurt am Main-Berlin-Wien, Ullstein, 1981, pp. 163-202.

(2) O. GIERKE, *Der Entwurf des neuen Handelsgesetzbuches*, in « Zeitschrift für das Gesammte Handelsrecht », 45, 1896, p. 449: « die wichtigste grundsätzliche Abweichung vom Handelsgesetzbuche, die der Entwurf vorschlägt, besteht in einer veränderten Abgrenzung des Lebensbereiches, für den Handelsrecht gelten soll. Der Entwurf will das gemischte System des Handelsgesetzbuchs, das seine Herrschaftssphäre theils nach subjectiven und theils nach objectiven Gesichtspunkten absteckt, verlassen und zu dem rein subjectiven System zurückkehren. Das künftige Handelsrecht soll ein Sonderrecht der Kaufleute sein ».

(3) « Das Handelsrecht » — come osservato da C. BERGFELD, *Deutschland, Handelsrecht*, cit., p. 2963 — « ist wieder ein Sonderrecht für Kaufleute geworden ». Cfr.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

risultato, soprattutto, di stimolare in qualche misura la riflessione sullo statuto organizzativo del soggetto, sul modo e la forma con i quali il « Kaufmann » quegli « Handelsgeschäfte » avrebbe posto in essere: la commercialità di un atto non dipendeva più dalle sue caratteristiche intrinseche, ma dalla sua riconducibilità all'organizzazione complessiva di un soggetto qualificabile come "commerciale" (4).

Le indicazioni più importanti, in questo senso, discendevano dai §§. 1-4, per mezzo dei quali, alla fine, prendeva forma un sistema nuovo, non più chiuso nell'asfittica cerchia di una lista predeterminata di negozi, ma aperto alle più diverse manifestazioni della realtà economica. Il legislatore, infatti, come dichiarava in sede di lavori preparatori, non riteneva più sufficiente, di fronte ad uno sviluppo sempre più ricco e imprevedibile del mondo degli affari, una semplice enumerazione di atti, come quella proposta dall'ADHGB; rilevava, piuttosto, che l'attività commerciale si era andata connotando nel tempo più per le sue forme, le sue dimensioni, la sua spiccata vocazione ad intrecciare insieme atti diversi, che non per le specifiche caratteristiche dei singoli negozi (5). Lo sviluppo capitalistico, in particolare, aveva seguito dinamiche di gran lunga più complesse, innovative e articolate del commercio in senso economico, dello scambio in senso stretto, accentuando in special modo il

---

anche S. Amato, *L'impresa nell'evoluzione storica del diritto commerciale. Strutture sistematiche e modelli normativi*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », 1/1988, in particolare pp. 37-40, e B. Schmiedel, *Zur Entstehung des Ersten Buches: Handelsstand*, in *Quellen zum Handelsgesetzbuch*, cit., pp. 31-50.

(4) Cfr. M. Schmoeckel, *Rechtsgeschichte der Wirtschaft*, Tübingen, Mohr, 2008, pp. 108 ss., ma in particolare pp. 116-118.

(5) « Die Aufzählung dieser sogenannten Grundhandelsgeschäfte » — si legge nella relazione illustrativa all'HGB, pubblicata in *Quellen zum Handelsgesetzbuch*, cit., Band 2.1, *Denkschriften, Beratungen, Berichte*, 1987, p. 5 — « leidet, wie jede derartige Kasuistik, an einer gewissen Willkürlichkeit; mit dem praktischen Bedürfniß und den Anschauungen des Verkehrs steht sie nicht überall mehr im Einklang. Der Grund der meisten handelsrechtlichen Vorschriften beruht weniger auf einer besonderen Eigenthümlichkeit der einzelnen Geschäftsoperationen, aus denen sich der Handelsbetrieb zusammengesetzt, als vielmehr auf der Art dieses Betriebes selbst, namentlich auf dem Zusammentreffen zahlreicher, sich gegenseitig bedingender Geschäfte, die eine rasche und sichere Abwicklung erfordern und zugleich im Interesse aller Betheiligten eine gewisse Uebersichtlichkeit und Erkennbarkeit der geschäftlichen Verhältnisse des Unternehmers nothwendig machen ».

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

momento della produzione industriale e generando strutture economico-giuridiche caratterizzate dalla multifunzionalità degli atti, dalla complessità della macchina organizzativa, dalla latitudine dell'attività commerciale (6); con la conseguenza che il criterio di applicazione del diritto commerciale avrebbe dovuto determinarsi in base all'esistenza o no di un'organizzazione imprenditoriale, senza limitazioni derivanti dalla natura degli atti o dal tipo di merci, in maniera tale da attrarre tutte le attività esercitate « in forma commerciale e in grandi dimensioni », così da ricomprendere pure quelle, fino a quel momento ancora anacronisticamente escluse, che si fondavano sulla lavorazione di materie prime (stabilimenti ittici, fabbriche di porcellana, industrie estrattive, fabbriche di laterizi) o che consistevano nella stipula di contratti aventi ad oggetto beni immobili (7). Non era

(6) « Haben sich auch diese Bedürfnisse am frühesten und entschiedensten in dem zum Handel im engeren Sinne gehörenden Verkehre geltend gemacht, so sind doch mit der fortschreitenden gewerblichen Entwicklung ähnliche Verhältnisse bei vielen anderen Arten gewerblicher Unternehmungen eingetreten. … Die industriellen Betriebe unterstehen jetzt nur zum Theil dem Handelsrecht » (*Denkschriften*, cit., p. 6).

(7) *Denkschriften*, cit., pp. 5-7. In ordine all'esclusione degli atti aventi ad oggetto beni immobili, sancita dall'Art. 275 dell'ADHGB, i redattori dell'HGB (ivi, p. 7) constatavano come il mercato fosse ormai gremito di « Unternehmungen » che, sebbene avessero « nur solche Geschäfte zum Gegenstand », tuttavia operavano « kaufmännisch und in großem Umfange », sicché « es besteht kein Grund, Gewerbetreibende dieser Art von dem Kaufmannsstand obliegenden Pflichten zu entbinden oder ihnen die Rechte zu versagen, welche den fraglichen Pflichten gegenüberstehen ». Tanto più che fra queste « Unternehmungen » figuravano i costruttori, vale a dire quei soggetti economici che sempre più si erano andati strutturando e organizzando in forme imprenditoriali. Valutazioni politiche diverse, invece, avrebbero portato, in forza del §. 3 dell'HGB, che qui di seguito si trascrive, a sottrarre le attività di agricoltura e selvicoltura all'applicazione del diritto commerciale: « auf den Betrieb der Land- und Forstwirthschaft finden die Vorschriften der §§. 1, 2 keine Anwendung. II Ist mit dem Betriebe der Land- oder Forstwirthschaft ein Unternehmen verbunden, das nur ein Nebengewerbe des land- oder forstwirthschaftlichen Betriebs darstellt, so findet auf dieses der §. 2 mit der Maßgabe Anwendung, daß der Unternehmer berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, die Eintragung in das Handelsregister herbeizuführen; werden in dem Nebengewerbe Geschäfte der im §. 1 bezeichneten Art geschlossen, so gilt der Betrieb dessenungeachtet nur dann als Handelsgewerbe, wenn der Unternehmer von der Befugniß, seine Firma gemäß §. 2 in das Handelsregister eintragen zu lassen, Gebrauch gemacht hat. Ist die Eintragung erfolgt, so findet eine Löschung der Firma nur nach den allgemeinen Vorschriften statt, welche für die Löschung kaufmännischer Firmen gelten ».

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

più pensabile, in altri termini e nonostante l'opposto avviso di Gierke, che tramite disposizioni di tipo enumerativo, come gli Artt. 271 e 272 dell'ADHGB, si potesse realisticamente esaurire la complessità del paesaggio economico industriale, né che si potesse ancora giustificare, « di fronte alle relazioni odierne », una disposizione limitativa (per gli immobili) come il vecchio Art. 275, la cui portata, peraltro, mai era risultata chiara e la cui applicazione, infatti, aveva dato luogo in sede giurisprudenziale ad innumerevoli dubbi interpretativi (8).

Il nuovo §. 1, pertanto, che in nove gruppi enumerava le possibili « specie di negozi di un esercizio commerciale », andava coordinato con il successivo §. 2, nel quale il legislatore, al fine di fissare una regola generale che comprendesse ma al contempo superasse l'enumerazione del §. 1, specificava, riprendendo una formula dell'*Obligationenrecht* svizzero, quale fosse il segno di riconoscimento di un esercizio commerciale (9): non più il compimento di atti di commercio, ma l'esercizio di un'attività in forma commer-

(8) *Denkschriften*, cit., p. 7. O. Gierke, *Entwurf*, cit., p. 455, era invece dell'avviso che laddove ci fosse stata la necessità di un'estensione dell'« Handelsrecht », di un allargamento del concetto di « Kaufmann », « so wäre meines Erachtens doch die Befriedigung dieses Bedürfnisses durch Vermehrung der in § 1 aufgezählten Grundgeschäfte weitaus vorzuziehen »; bisognava, dunque, sebbene « die Enumerationsmethode » avesse « ihre Schattenseiten », aumentare l'elenco degli atti previsto dal §. 1, senza peraltro trascurare il fatto che molte disposizioni speciali giammai si sarebbero adattate a determinate categorie di soggetti, come gli « Handwerker » (pp. 456-459).

(9) §. 1: « Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuchs ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt. II Als Handelsgewerbe gilt jeder Gewerbebetrieb, der eine der nachstehend bezeichneten Arten von Geschäften zum Gegenstande hat: 1. die Anschaffung und Weiterveräußerung von beweglichen Sachen (Waaren) oder Werthpapieren, ohne Unterschied, ob die Waaren unverändert oder nach einer Bearbeitung oder Verarbeitung weiter veräußert werden; 2. die Uebernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung von Waaren für Andere, sofern der Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht; 3. die Uebernahme von Versicherungen gegen Prämie; 4. die Bankier- und Geldwechslergeschäfte; 5. die Uebernahme der Beförderung von Gütern oder Reisenden zur See, die Geschäfte der Frachtführer oder der zur Beförderung von Personen zu Lande oder auf Binnengewässern bestimmten Anstalten sowie die Geschäfte der Schleppschiffahrtsunternehmer; 6. die Geschäfte der Kommissionäre, der Spediteure oder der Lagerhalter; 7. die Geschäfte der Handlungsagenten oder der Handelsmäkler; 8. die Verlagsgeschäfte sowie die sonstigen Geschäfte des Buch- oder Kunsthandels; 9. die Geschäfte der Druckereien, sofern ihr Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgeht ».

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

ciale, talché sarebbe stato « Handelsgewerbe » ogni « Unternehmen » che avesse operato nel mercato commercialmente, cioè secondo le forme, le dimensioni e le logiche proprie di un'organizzazione imprenditoriale (10). In tal modo si raggiungeva il

(10) §. 2: « ein gewerbliches Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, gilt, auch wenn die Voraussetzungen des §. 1 Abs. 2 nicht vorliegen, als Handelsgewerbe im Sinne dieses Gesetzbuchs, sofern die Firma des Unternehmers in das Handelsregister eingetragen worden ist. Der Unternehmer ist verpflichtet, die Eintragung nach den für die Eintragung kaufmännischer Firmen geltenden Vorschriften herbeizuführen ». Le dimensioni dell'organizzazione collegata all'esercizio commerciale erano considerate rilevanti anche ai fini del successivo §. 4: « die Vorschriften über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokura finden auf Handwerker sowie auf Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, keine Anwendung. II Durch eine Vereinigung zum Betrieb eines Gewerbes, auf welches die bezeichneten Vorschriften keine Anwendung finden, kann eine offene Handelsgesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft nicht begründet werden. III Die Landesregierungen sind befugt, Bestimmungen zu erlassen, durch welche die Grenze des Kleingewerbes auf der Grundlage der nach dem Geschäftsumfange bemessenen Steuerpflicht oder in Ermangelung einer solchen Besteuerung nach anderen Merkmalen näher festgesetzt wird ». Le « modalità commerciali », vale a dire forma e dimensioni proprie di un'organizzazione imprenditoriale, erano già state fatte oggetto di specifica considerazione, come accennato, dal quarto comma dell'Art. 865 dell'*Obligationenrecht* svizzero del 1883, quale criterio per determinare l'obbligo di iscrizione nel registro di commercio: « wer ein Handels-, Fabrikations- oder anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt, ist verpflichtet, sich am Orte seiner Hauptniederlassung in das Handelsregister eintragen zu lassen. Hat er an einem anderen Orte eine Zweigniederlassung, so ist auch an diesem die Eintragung vorzunehmen ». Sul processo di formazione, con specifico riguardo al suo rapporto con il movimento democratico, e sulla matrice ideologica dell'*Obligationenrecht* svizzero si veda P. Caroni, *Der « demokratische » code unique von 1881. Eine Studie zur ideologischen Beziehung von Sonderrecht und Demokratie*, in *Das Obligationenrecht. 1883-1983*, Berner Ringvorlesung zum Jubiläum des schweizerischen Obligationenrechts, herausgegeben von P. Caroni, Bern und Stuttgart, Haupt, 1984, pp. 19-68. Per un tentativo di conferire maggiore concretezza al concetto di « Handelsgewerbe », di determinare in concreto, tramite l'individuazione di specifici requisiti, quando potesse e possa parlarsi di esercizio « in kaufmännischer Weise », cfr. P. Raisch, *Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts*, Karlsruhe, Müller, 1965, pp. 179-193, il quale pone l'accento, nel definire appunto un « Volltypus des Unternehmers », su cinque elementi, che egli desume da una lettura combinata delle disposizioni dell'HGB: l'autonomia, l'offerta generalizzata ad un pubblico indeterminato di persone, l'offerta di beni o servizi economicamente valutabili, l'esistenza di un'unità economica organizzata, la durata. Ne deriva la definizione seguente: « Unternehmer im Sinne des Handelsrechts ist, wer selbständig mittels einer

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

risultato, a giudizio dei redattori dell'HGB non più procrastinabile, da un lato di dilatare il concetto di « Kaufmann », affrancandolo dal compimento di specifici negozi e spostando l'asse dall'atto all'organizzazione, dall'altro di ampliare l'ambito del diritto commerciale senza aumentare l'elenco degli atti di commercio (11).

Per la prima volta, in forza di una clausola generale, si adottavano le modalità di esercizio e le dimensioni quali parametri per determinare l'applicazione del diritto commerciale, rendendo commerciali, oltre agli atti enumerati nel §. 1, anche i « gewerblichen Unternehmen » che « in ragione delle modalità e delle dimensioni » risultassero esercitati « in maniera commerciale », a condizione, però, che la ditta dell'« Unternehmer » fosse iscritta nel registro di commercio (12). Con un ardito gioco di tecnica legislativa, peraltro, tale da disegnare alla fine un sistema perfettamente circolare, que-

---

auf Dauer angelegten organisierten Wirtschaftseinheit anderen Marktteilnehmern wirtschaftlich werthafte Leistungen anbietet ».

(11) L'allargamento « des Kaufmannsbegriff » — spiegavano i redattori dell'HGB, in *Denkschriften*, cit., p. 8 — « wird hiernach als ein Bedürfniß anerkannt werden müssen ». Ma tale allargamento non poteva passare « durch eine Vermehrung der einzelnen Grundhandelsgeschäfte ». Il progetto, pertanto, seguiva « einen anderen Weg »: « er macht die Eigenschaft als Kaufmann, soweit dabei die bisherige Grenze überschritten wird, von einer doppelten Voraussetzung abhängig, die einerseits eine Kasuistik entbehrlich machen, andererseits durch ein äußerliches Merkmal für jedermann leicht erkennbar sein soll. Die eine Voraussetzung bezieht sich auf die durch Art und Umfgang des Unternehmens bedingte Betriebsweise, die andere besteht in der vorgängigen Eintragung des Unternehmers in das Handelsregister. Die Grundhandelsgeschäfte bleiben dabei in ihrer bisherigen rechtlichen Bedeutung bestehen; der gewerbsmäßige Betrieb derselben soll auch fernerhin die Eigenschaft als Kaufmann ohne Weiteres begründen. Hierzu tritt aber ergänzend die Anerkennung der Kaufmannseigenschaft für jeden sonstigen Gewerbetreibenden, dessen Unternehmen nach seiner Art und seinem Umfang einen nach kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert und dessen Firma in das Handelsregister eingetragen ist. Diese Eintragung herbeizuführen, wird den betreffenden Gewerbetreibenden zur Pflicht gemacht ».

(12) Non si ritenne opportuno, infatti, da parte dei redattori del Codice (*Denkschriften*, cit., p. 9), che a determinare la "commercialità" di un'attività e di un soggetto fossero solo le modalità e le dimensioni dell'esercizio. In determinate circostanze, infatti, avrebbe potuto far difetto una base sicura, che perciò « wird am besten durch das weitere Erforderniß der Eintragung in das Handelsregister geschaffen. Wer weder Grundhandelsgeschäfte betreibt noch in das Handelsregister eingetragen ist, kann danach unter keinen Umständen Kaufmann sein. Die Entscheidung darüber, ob ein Betrieb den oben bezeichneten sachlichen Voraussetzungen entspricht und ob

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

st'ultimo adempimento, la registrazione, si configurava non già come una scelta, ma come un vero e proprio obbligo per quell'« Unternehmer » che avesse esercitato un'attività in forma commerciale: sicché, in definitiva, chi esercitava un'attività in forma commerciale era obbligato a registrarsi e chi si fosse registrato sarebbe stato sottoposto alle disposizioni del Codice di commercio (13).

---

mithin eine Verpflichtung des Unternehmers besteht, sich in das Handelsregister eintragen zu lassen, liegt zunächts in der Hand des Registerrichters ». La registrazione avrebbe avuto effetti sostanziali anche ai fini del §. 5, che negava a chi fosse iscritto nel registro di commercio ogni possibilità di contestare la propria qualità « commerciale »: « ist eine Firma im Handelsregister eingetragen, so kann gegenüber demjenigen, welcher sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend gemacht werden, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei oder daß es zu den im §. 4 Abs. 1 bezeichneten Betrieben gehöre ». Va ricordato, tuttavia, che in realtà, in qualche modo superando il criterio dell'oggetto dell'atto o dell'attività ai fini del riconoscimento della commercialità di un soggetto e della sua conseguente sottoposizione alle norme del diritto commerciale, già il *Gesetz* del 4 luglio 1868, in particolare tramite il terzo comma del §. 11, aveva qualificato come « Kaufleute » e ricondotto alla disciplina giuscommercialistica dell'ADHGB le associazioni economiche e con scopo di lucro, indipendentemente dal fatto che esercitassero atti di commercio (« Genossenschaften gelten als Kaufleute im Sinne des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches, soweit dieses Gesetz keine abweichenden Vorschriften enthält »), e lo stesso aveva fatto, modificando gli Artt. 5 e 208 dell'ADHGB, nel senso di eliminare la parte che richiedeva che « der Gegenstand des Unternehmens in Handelsgeschäften besteht », il *Gesetz* dell'11 giugno 1870 per le società per azioni e per le società in accomandita per azioni (Art. 5: « die in Betreff der Kaufleute gegebenen Bestimmungen gelten in gleicher Weise in Betreff der Handelsgesellschaften, insbesondere auch der Kommanditgesellschaften auf Aktien und der Aktiengesellschaften. II Dieselben gelten auch in Betreff der öffentlichen Banken in den Grenzen ihres Handelsbetriebes, unbeschadet der für sie bestehenden Verordnungen »; Art. 208: « eine Aktiengesellschaft gilt als Handelsgesellschaft, auch wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht in Handelsgeschäften besteht. II Ueber die Errichtung und den Inhalt des Gesellschaftsvertrages (Statuts) muß eine gerichtliche oder notarielle Urkunde aufgenommen werden. III Zur Aktienzeichnung genügt eine schriftliche Erklärung »), come pure il terzo comma del §. 13 del *Gesetz* del 20 aprile 1892 per le società a responsabilità limitata (« die Gesellschaft gilt als Handelsgesellschaft im Sinne des Handelsgesetzbuchs »). Fino al §. 6 dell'HGB: « die in Betreff der Kaufleute gegebenen Vorschriften finden auch auf die Handelsgesellschaften Anwendung. II Die Rechte und Pflichten eines Vereins, dem das Gesetz ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Unternehmens die Eigenschaft eines Kaufmanns beilegt, werden durch die Vorschrift des §. 4 Abs. 1 nicht berührt ». Si vedano, su questo tema, la ricostruzione di V. AFFERNI, *Registro delle imprese. Cenni storici e di diritto comparato*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XV, Torino, Utet, 1968, pp. 187-188, e le considerazioni di P. RAISCH, *Geschichtliche Voraussetzungen*, cit., pp. 215-220.

(13) Il nuovo sistema, in conclusione, era così descritto da K. LEHMANN und V.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Con questo criterio, basato sulla forma, sulle modalità e sulle dimensioni dell'esercizio commerciale, non potevano considerarsi « Handelsgewerbe » gli studi medici, le scuole d'arte o gli istituti scientifici, ma dovevano considerarsi tali, ad esempio, tutte quelle « Unternehmungen », come gli uffici di consulenza giuridica, le compagnie teatrali o le imprese di mediazione, le quali, benché non ricomprese nell'enumerazione di cui al §. 1, consistevano in prestazioni di servizi e presupponevano per le loro dimensioni un esercizio in forma imprenditoriale (14). Ma soprattutto risultava archiviato il

---

RING, *Das Handelsgesetzbuch*, cit., Band 1, 1902, p. 6, n. 11: « das System des neuen Rechts ist weit komplizierter. Das neue Recht unterscheidet zwei Arten von Handelsgewerben: natürliche (§ 1 Abs. 2) oder Handelsgewerbe aus sich und künstliche oder Handelsgewerbe kraft Registrierung (§§ 2, 3). Das natürliche Handelsgewerbe ist das des alten Rechts, für das die Natur der Gewerbsgeschäfte als Umsatzgeschäfte entscheidend ist. Natürliches Handelsgewerbe ist dasjenige, dessen Gegenstand Grundhandelsgeschäfte bilden. … Bei dem natürlichen Handelsgewerbe bedarf es weiterer Erfordernisse, als des Gewerbebetriebes nicht, die Eintragung der Firma in das Handelsregister ist nicht Voraussetzung. Das natürliche Handelsgewerbe ist Handelsgewerbe aus sich. Es kann Großgewerbe und Kleingewerbe sein. — Das künstliche Handelsgewerbe der §§ 2, 3 bildet die angefügte Neuerung. Ausgehend von dem Grundgedanken, daß die aus dem alten Recht übernommene und nur wenig vermehrte Liste von Grundhandelsgeschäften für das Leben nicht ausreiche und daß auch bei Erstrebung möglichster Vollständigkeit in der Aufzählung die wechselnde wirtschaftliche Lage eine solche Liste schnell veralten lasse, hat der Gesetzgeber nach dem Vorbild des Schweizer Obligationenrechts jedes Großgewerbe, das nach seiner Art kaufmännischen Geschäftsbetrieb erfordert, sofern es nicht der Land- und Forstwirthschaft angehört, zum Handelsgewerbe unter der Voraussetzung erhoben, daß die Firma des Unternehmens in das Handelsregister eingetragen worden ist. Hier entscheidet also nicht die Natur des Betriebsgegenstandes, der kommerziell oder nicht kommerziell (im Sinne des § 93) sein kann (Geschäfte über Immobilien, Urproduktion), sondern die Anlage des Unternehmens, d. h. ob das Unternehmen dergestalt angelegt ist, daß zu seinem Betriebe großkaufmännische Einrichtungen erforderlich sind. Ein derartiges Gewerbe wird zum Handelsgewerbe mit der Registrierung. Dabei hat letzere kraft positiver Bestimmung eine weitreichende Bedeutung (§ 5). Der Eintrag im Handelsregister schneidet zu Gunsten dessen, der sich auf ihn beruft, jeden Einwand, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe in Wahrheit kein Handelsgewerbe sei, ab. So lange die Eintragung besteht, gilt das Gewerbe als Handelsgewerbe auch dann, wenn es z. B. der Land- oder Forstwirthschaft angehört. Demnach ist dieses Handelsgewerbe ein künstliches kraft Registrierung. Dieses künstliche Handelsgewerbe ist stets Großgewerbe ».

(14) K. LEHMANN und V. RING, *Das Handelsgesetzbuch*, cit., Band 1, p. 30, n. 1: « nicht fallen also unter § 2 trotz zu Grunde liegender Erwerbsabsicht die Unternehmungen von Aerzten (z. B. Privatkranken-, Privatentbindungs- … Privatirrenstalten,

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

modello di diritto commerciale incentrato sullo scambio, sulla circolazione, sul momento in senso stretto commerciale, con la conseguenza di superare in un sol colpo tutte le dispute sorte intorno alla natura dell'atto e di eliminare quindi ogni ragione di esclusione di quelle attività di produzione che non avessero a monte una compravendita. Se, infatti, la commercialità di un atto non passava più necessariamente dall'inclusione in un'enumerazione logicamente costruita sul momento economico dello scambio, con al vertice la compra per rivendere, ma sulla forma dell'esercizio, sulle sue dimensioni e sulle sue modalità, veniva meno ogni ragione di escludere, come fino ad allora la scienza giuridica e la giurisprudenza avevano sempre fatto, gli atti di quegli « Unternehmen » che, ad esempio, producevano e vendevano prodotti senza aver prima acquistato a monte le materie prime, avendole autonomamente ricavate da propri fondi, da proprie cave, miniere, giacimenti, bacini (15). Ma anche gli atti di quegli « Unternehmen », come la

---

Kliniken …), Künstlern (Malerschulen), wissenschaftlichen oder musikalischen Lehrern (private Mädchenschulen, Vorbereitungsanstalten zu Examina, Musikunterrichtsinstitute, Institute von Sprachlehrern, freie Gymnasien). Wohl aber gehören dahin Unternehmungen, bei denen es sich um Verdingung von Diensten handelt, z. B. Rechtskonsulentenbureaus, Pensionate, Theaterunternehmungen und Unternehmungen zu sonstigen Schaustellungen (Menagerien, Aquarien, zoologische Gärten), Detektivinstitute, Auskunftsbureaus, Inkassobureaus …, die Unternehmungen von Bücherrevisoren, Ingenieuren, Patentbureaus, vorausgesetzt, dass sie nach ihrem Umfang einen kaufmännischen Geschäftsbetrieb erfordern. Sodann die Unternehmungen von Vermittlern, soweit sie nicht bereits unter § 1 fallen, also Grundstücksvermittlern und Hypothekenmäklern, ferner Auktionatoren, Agenturbureaus, Lotteriekollekteuren. Auch die Unternehmungen von Bau- und Maurermeistern gehören hierher ».

(15) Sotto la vigenza dell'ADHGB era stata costantemente esclusa, perché non riconducibile all'Art. 271, n. 1, la commercialità di quell'impresa che, pur contando evidentemente su un'organizzazione, avesse attinto le materie prime da fondi propri (« Selbstproduktion »), avesse conseguito la proprietà delle materie prime non già in virtù di un atto di acquisto, ma tramite l'occupazione di risorse naturali, l'estrazione di minerali e fossili, la raccolta di frutti o un atto di liberalità; in questi casi, secondo Goldschmidt, Endemann, Hahn, Anschütz, Völderndorff, l'operazione non integrava un atto di commercio, perché mancava l'intermediazione, l'atto di scambio in senso stretto, senza nulla rilevare, sul piano degli effetti giuridici, la circostanza che a monte ci fossero un'unità organizzativa e una complessa macchina produttiva: cfr. A. ANSCHÜTZ und F. VÖLDERNDORFF, *Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche mit Ausschluß des Seerechtes*, Band 3, Erlangen, Palm & Enke, 1874, p. 7; W. ENDEMANN,

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

dottrina evidenziava, che costruivano, vendevano e commerciavano beni immobili, i cui atti di scambio erano stati fino ad allora sottratti alla sfera del diritto commerciale in forza della esplicita esclusione sancita dall'art. 275 dell'ADHGB (16).

Tanto più che il §. 343 considerava « Handelsgeschäfte », nel senso di atti sottoposti al diritto commerciale, « tutti i negozi compiuti da un commerciante nell'esercizio della sua attività commerciale », così trasversalmente attraendo nel perimetro del diritto commerciale tutti gli atti, di qualsivoglia natura e genere, che fossero collegati ad un'organizzazione imprenditoriale, ivi compresi, come avrebbe sottolineato Müller-Erzbach (1874-1959), gli atti preparatori, come l'acquisto di un fondo, e quelli dismissivi, come gli atti di

---

Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, Band 1, Leipzig, Fues, 1881, §. 14, p. 58; L. GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts*, Band 1, Stuttgart, Enke, 1875, §. 47, pp. 546-547; F. VON HAHN, *Commentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch*, Band 2, Braunschweig, Vieweg, 1867, pp. 5-6, §. 9. Ora, invece, con il nuovo regime dell'HGB, K. LEHMANN und V. RING, *Das Handelsgesetzbuch*, cit., Band 1, pp. 30-31, n. 1, potevano concludere che « wichtiger als diese Kategorien ist diejenige, bei der den Gegenstand des Unternehmens Rechtsgeschäfte über bewegliche Sachen oder Rechte bilde. Die sämmtlichen industriellen Betriebe, so weit sie nicht nach § 1 Handelsgewerbe sind, fallen unter § 2, insbesondere diejenigen, bei denen die Unternehmer selbstgewonnene Stoffe verarbeiten. Die Denkschrift führt als Beispiele an: Thonwaaren- oder Porzellanfabriken, welche die zu verarbeitende Erde auf dem von ihnen zu diesem Zweck erworbenen oder gepachteten Grund und Boden gewinnen, Ziegeleien, Rübenzuckerfabriken unter den ensprechenden Voraussetzungen … Weiter gehören hierher Gasfabriken, welche die Kohlen aus ihren Gruben, Bierbraucreien, welche den Hopfen aus ihren Pflanzungen, Branntweinbrenner, Essigfabrikanten, Kaltbrennereibesitzer, die den Stoff selbst produzieren. Sodann die Betriebe der Urproduktion, so weit sie nicht zur Land- und Forstwirthschaft gehören, insbesondere die Montanbetriebe, die Ausbeute von Steinbrüchen, Bernsteinlagern, Torfmooren, Guanolagern, Stahlbrunnen, aber auch Austernzucht, Hochseesicherei, Walfischfang, Laucherei u. s. w. Weiter diejenigen Betriebe, bei welchen es sich nicht um direkten Absatz, sondern nur um Vermiethung von Waaren handelt (Leihbibliotheken, Kostümvermiethungsinstitute). Endlich gehören hierher Unternehmungen, deren Gegenstand Grundstücksgeschäfte bilden, insbesondere die der Grundstücksspekulanten, der großen Bautischlereien, der Inhaber von hôtels garnis und Kurlogirhäusern ».

(16) « Irgendwelcher Art » — notavano nel coro unanime anche F. LITTHAUER und A. MOSSE, *Handelsgesetzbuch*, cit, p. 7, n. 2 — « insbesondere auch, wenn das Unternehmen sich auf unbewegliche Sachen bezieht, die früher von den Handelsgeschäften ausgeschlossen waren (Art. 275) ».

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

cessazione dell'impresa (17). E tanto più che il successivo §. 344 introduceva la presunzione in forza della quale gli atti compiuti da un commerciante, senza eccezione alcuna, avrebbero dovuto ritenersi, salvo prova contraria, inerenti alla sua attività commerciale e in quanto tali soggetti alla giurisdizione delle Camere (18); mentre il §. 345 stabiliva che, se la legge non avesse disposto diversamente, all'atto che fosse stato commerciale per una delle parti si sarebbero applicate le disposizioni dell'HGB (19).

Con l'HGB, pertanto, non si superava l'impostazione fondata sul molecolarismo del « Kaufmann » e degli « Handelsgeschäfte », ma si ponevano le basi per una concezione diversa del diritto commerciale, non solo perché si privilegiavano le modalità di esercizio rispetto ai singoli atti di commercio, non solo perché il momento della produzione recuperava terreno rispetto a quello dello scambio, ma anche, e di conseguenza, perché si delineava

(17) « Geschäfte » — avrebbe infatti chiarito R. MÜLLER-ERZBACH, *Deutsches Handelsrecht*, Tübingen, Mohr, 1928$^{2/3}$, p. 64 — « die das Eröffnen eines Handelsbetriebes erst vorbereiten, gehören ebenso hierher wie das Abwickeln eines Unternehmens bei dessen Einstellung. Nur reine Privatgeschäfte sind ausgeschlossen ». Di seguito il testo del §. 343: « Handelsgeschäfte sind alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören. II Die im §. 1 Abs. 2 bezeichneten Geschäfte sind auch dann Handelsgeschäfte, wenn sie von einem Kaufmann im Betriebe seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes geschlossen werden ».

(18) §. 344: « die von einem Kaufmanne vorgenommenen Rechtsgeschäfte gelten im Zweifel als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig. II Die von einem Kaufmanne gezeichneten Schuldscheine gelten als im Betriebe seines Handelsgewerbes gezeichnet, sofern nicht aus der Urkunde sich das Gegenteil ergiebt ». Vale la pena di ricordare che mentre la giurisdizione commerciale era stata soppressa in Olanda nel 1838 e in Spagna nel 1868, ed i ventitré tribunali di commercio del Regno d'Italia aboliti dalla legge 25 gennaio 1888, n. 5174 (art. 1: « i tribunali di commercio sono aboliti; gli affari di loro competenza sono devoluti ai tribunali civili e correzionali con le norme prescritte nelle materie commerciali »), in Germania la giurisdizione commerciale spettava, fin dall'ADHGB del 1861, alle « Kammern für Handelssachen bei den Landgerichten »: cfr sul punto H. COING, *Europäisches Privatrecht 1800 bis 1914*, Band 2, *19. Jahrhundert*, München, Beck, 1989, p. 549.

(19) §. 345: « auf ein Rechtsgeschäft, das für einen der beiden Theile ein Handelsgeschäft ist, kommen die Vorschriften über Handelsgeschäfte für beide Theile gleichmäßig zur Anwendung, soweit nicht aus diesen Vorschriften sich ein Anderes ergiebt ». Era qui confermato, com'è noto, l'Art. 277 dell'ADHGB, nel senso del quale anche gli artt. 54 e 870 del Codice di commercio italiano del 1882.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

un nuovo fulcro dell'esercizio commerciale, che non era né il commerciante né i singoli atti di commercio, bensì il complesso dei beni, dei valori e delle persone funzionalmente organizzati per l'esercizio dell'attività commerciale. I concetti chiave, formalmente, rimanevano, sotto il profilo soggettivo, « Kaufleute » e « Gesellschaften », sotto il profilo oggettivo « Handelsgeschäfte » e « Handelsgewerbe », ma i tempi erano maturi, ormai, affinché la scienza giuridica ponesse l'« Unternehmen » al centro del nuovo « Wirtschaftsrecht » (20).

2. *Un nuovo rapporto tra diritto ed economia: verso la formazione di un « Wirtschaftsrecht ».*

Nel generale clima di rinnovata attenzione per i fatti economici e sociali, sarebbe stata, in particolare, la scienza giuridica austro-tedesca, nei primi anni del Novecento, a cogliere per prima la peculiarità del fenomeno imprenditoriale e ad avvertire l'urgenza, pur nel delicato equilibrio fra romanisti e germanisti, di abbandonare i modelli tradizionali, quelli di derivazione romanistico-napoleonica, per adottarne dei nuovi, congeniali alla nuova realtà economico-sociale dell'Europa industriale. Contaminata dalle teoriche del diritto libero di Kantorowicz e dalla tesi del « lebendes Recht » di Ehrlich, la cultura germanica si fece portatrice di un messaggio nuovo, basato sulla dialettica necessaria tra diritto ed economia, tra « Recht » e « Wirtschaft » (21): l'« economia aveva bisogno del diritto », ma il diritto aveva bisogno dell'economia, di confrontarsi con le « energie vitali » sprigionate dal lavoro degli industriali, dei

(20) Si leggano, su questo cambiamento di prospettive, le suggestive pagine di P. Grossi, *Itinerarii dell'impresa*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 28, 1999, tomo II, specialmente pp. 999-1005 e *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Milano, Giuffrè, in particolare pp. 191-196.

(21) Sul rapporto tra « Recht » e « Wirtschaft » prima, durante e dopo la Rivoluzione industriale, nonché, da quest'angolo di osservazione, sui cambiamenti del diritto commerciale, sulla nascita di un « Industrierecht » e sull'affermarsi dell'« Unternehmen » quale perno dell'HGB, cfr. M. Schmoeckel, *Rechtsgeschichte der Wirtschaft*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

commercianti, degli artigiani e degli agricoltori (22). Nascevano i presupposti del « Wirtschaftsrecht », quale vero e proprio diritto dell'economia suggerito dall'ordine economico-sociale sottostante, plasmato sui fatti concreti e alimentato perciò da fonti alternative a quella legislativa, come la consuetudine, la giurisprudenza, la scienza giuridica e l'amministrazione (23).

La sua teorizzazione, sotto il profilo concettuale, sarebbe stata opera di Justus Wilhelm Hedemann (1878-1963), professore dal 1906 a Jena, il quale, nei primi anni Venti, avrebbe racchiuso nella formula del « Wirtschaftsrecht », sintetizzato nell'idea della necessità di un collegamento quotidiano tra diritto ed economia, il significato del movimento che dal 1910 si era concretizzato fra Jena e Lipsia in una serie di iniziative votate a rinsaldare il rapporto fra teoria e prassi e a promuovere « i giuristi del presente » a interpreti di un nuovo contesto fatto di tecnica, economia e società, fino alla fondazione, nel 1919, di un *Jenaer Institut für Wirtschaftsrecht* (24). Le prime avvisaglie di que-

---

(22) J.W. Hedemann, *Deutsches Wirtschaftsrecht. Ein Grundriss*, Berlin, Junker und Dünnhaupt, 1939, pp. 2 e 15.

(23) Il rapporto tra diritto ed economia assumeva senso e significato evidentemente diversi da quelli che aveva inteso G.D. Romagnosi, *Collezione degli articoli di economia politica e statistica civile*, Firenze, Piatti, 1835, p. 78, quando aveva osservato che l'« associazione fra il diritto e l'economia », la « consolidazione della pubblica economia colla giurisprudenza », stava nello scopo comune, che era l'« utile giusto », consistente nel « pareggiare fra i privati l'*utilità*, mediante l'inviolato e sicuro esercizio della comune libertà ». Il rapporto, nel discorso di Romagnosi, era inteso in termini di intervento che l'azione giuridica dello Stato poteva avere sull'economia e segnatamente sulla libertà economica degli individui. In breve, sul ruolo centrale assunto dall'economia già nel diritto tedesco del XIX secolo, sia sul piano scientifico che su quello legislativo, si vedano gli spunti suggeriti da H. Coing, *Rechtsentwicklung und Wirtschaftsentwicklung im 19. Jahrhundert als Fragestellung für die Rechtsgeschichte*, in *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*, Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag, herausgegeben von H. Sauermann und E.-J. Mestmäcker, Tübingen, Mohr, 1975, pp. 101-117, a giudizio del quale « das 19. Jahrhundert … ein großes Jahrhundert der Gesetzgebung [war], aber ebenso, vor allem in Deutschland, eine Blütezeit der Rechtswissenschaft, der Rechtsprechung und der Kautelarjurisprudenz » (p. 105).

(24) Nato il 24 aprile del 1878 a Brieg, in Slesia, Hedemann si abilitò il 16 ottobre del 1903 a Breslavia in diritto privato, diritto romano, diritto processuale civile e diritto dell'economia. Il 1° aprile del 1906 fu chiamato come professore straordinario dall'Università di Jena, dove divenne ordinario nel 1909 e rimase, nonostante le chiamate di università prestigiose (Francoforte, Colonia, Vienna, Lipsia), fino al 1936. Fece di Jena il centro di irradiazione delle nuove concezioni e vi fondò, in collaborazione con la

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

sta tendenza, in realtà, erano da ricondurre a quei movimenti che un po' in tutta Europa (e non solo), già nell'ultimo quarto dell'Ottocento, avevano cominciato a manifestarsi sotto diverse forme: la cosa, come spesso accade, esisteva prima del nome, il contenuto del contenente, il concetto della definizione (25). Era però sorprendente, come avrebbe

---

fondazione *Carl-Zeiss*, il *Jenaer Institut für Wirtschaftsrecht*. L'Istituto di Jena avrebbe cominciato a pubblicare dal 1921 le « Mitteilungen des Jenaer Instituts für Wirtschaftsrecht » e annoverato fra i suoi collaboratori, o comunque fra i suoi frequentatori, Hans Carl Nipperdey, Paul Gieseke, Hans Goldschmidt, Friedrich Darmstädter, Roland Freisler, George Löning, Karl Geiler, Heinrich Lehmann, Friedrich Klausing. Va ricordato che già nel 1908 era iniziata la pubblicazione della rivista « Technik und Wirtschaft » e dal 1912 della rivista « Recht und Wirtschaft ». Cfr., sul tema del « Wirtschaftsrecht », l'ottima messa a punto di H. Mohnhaupt, *Justus Wilhelm Hedemann und die Entwicklung der Disziplin „Wirtschaftsrecht"*, in « Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte », 25, 2003, pp. 238-268. Sul significato di « Wirtschaftsrecht », anche nell'ottica dei suoi rapporti con le diverse discipline giuridiche, F. Klausing, *Wirtschaftsrecht*, in *Beiträge zum Wirtschaftsrecht*, herausgegeben von F. Klausing, H.C. Nipperdey, A. Nutzbaum, Marburg in Hessen, Elwert, 1931, pp. 1-87. Sull'evoluzione del concetto di « Wirtschaftsrecht » nel XX secolo M. Stolleis, *Wie entsteht ein Wissenschaftszweig? Wirtschaftsrecht und Wirtschaftsverwaltungsrecht nach dem Ersten Weltkrieg*, in *Umwelt, Wirtschaft und Recht*, Wissenschaftliches Symposium aus Anlaß des 65. Geburtstages von Reiner Schmidt, herausgegeben von H. Bauer, D. Czybulka, W. Kahl, A. Voßkuhle, Tübingen, Mohr, 2002, pp. 1-13, nonché, più specificamente dal punto di vista dell'influenza della politica e dei suoi rapporti con il diritto e con l'economia, R. Wiethölter, *Die Position des Wirtschaftsrechts im sozialen Rechtsstaat*, in *Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung*, Festschrift zum 70. Geburstag von Franz Böhm, herausgegeben von H. Coing, H. Kronstein, E.-J. Mestmäcker, Karlsruhe, Müller, 1965, pp. 41-62. Sulla figura e la vita di Hedemann H. Mohnhaupt, *Justus Wilhelm Hedemann als Rechtshistoriker und Zivilrechtler vor und während der Epoche des Nationalsozialismus*, in *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus. Beiträge zur Geschichte einer Disziplin*, herausgegeben von M. Stolleis und D. Simon, Tübingen, Mohr, 1989, pp. 107-159.

(25) Si allude al movimento « giusliberista », secondo la fortunata formula di L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967, composto dalle varie anime del socialismo giuridico e della *Interessenjurisprudenz*, della *sociological jurisprudence* e del *legal realism*, del solidarismo giuridico e della *libre recherche scientifique*, della *Lebende Rechtslehre* e della *Freirechtsbewegung*, fino alla *freie Rechtsfindung* e al modernismo giuridico, che con prospettive, punti di vista e obiettivi diversi, convergevano nel porre i fatti economico-sociali alla base di ogni costruzione giuridica. Si vedano sul tema almeno i saggi di P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, e *"La scienza del diritto privato". Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo. 1893-1896*, Milano, Giuffrè, 1988, ma anche G. Fassò, *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », 1972, pp. 897-952, nonché, se si vuole, F. Mazzarella, *"Stato fluido"*

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

notato nel 1922 lo stesso Hedemann, quanto rapidamente questa formula avesse negli ultimi anni guadagnato terreno, imponendosi come perno centrale dell'attività di ricerca, come materia di studio nelle università e negli istituti, ma anche come vocabolo comune dei quotidiani e del dibattito politico (26).

Dai primi del Novecento sarebbe stato tutto un parlar di diritto ed economia, di nuove prospettive metodologiche, intrise di diritto libero e di diritto vivente, in virtù delle quali poter consentire al giudice, al giurista e all'amministratore di assecondare il flusso del « Wirtschaftsleben », di affrancarsi dagli schemi e dalle categorie delle impalcature tradizionali, di assicurare un'effettiva rispondenza

---

del diritto e ragionevolezza fra età moderna ed età contemporanea, in *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Atti del Convegno di Studi, Roma La Sapienza, 2-4 ottobre 2006, Roma, Aracne, 2007, tomo II, pp. 359-377. Anche in Germania, come in Francia e in Italia, lo sviluppo industriale aveva, specie nell'ultimo ventennio dell'Ottocento, condizionato, anche se in senso e con significati diversi, il rapporto tra diritto ed economia, catalizzando le attenzioni della scienza giuridica — è il caso, ad esempio, di Gustav Schmoller, Rudolf Stammler, Paul Oertmann e Wilhelm Arnold — verso i bisogni dell'ordine socio-economico, con i suoi istituti come le società, le banche, i brevetti, i marchi, la concorrenza: cfr. H. MOHNHAUPT, *Justus Wilhelm Hedemann und die Entwicklung der Disziplin „Wirtschaftsrecht"*, cit., specialmente pp. 247-256, e, dello stesso Autore, *Zum Verhältnis und Dialog zwischen Volkswirtschaftslehre und Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert*, in *Wirtschaft und Wirtschaftstheorien in Rechtsgeschichte und Philosophie*, herausgegeben von J.-F. Kervégan und H. Mohnhaupt, Frankfurt am Main, Klostermann, 2004, pp. 129-161.

(26) « Es ist erstaunlich » — annotava infatti J.W. HEDEMANN, *Grundzüge des Wirtschaftsrechts*, Mannheim-Berlin-Leipzig, Bensheimer, 1922, p. 7 — « wie rasch in drei oder vier oder fünf Jahren dieses Wort sich festgesetzt hat. In den Universitäten werden Vorlesungen darüber gehalten, Professuren begründet und eigene Institute eingerichtet. In der Literatur hat es längst seinen unentziehbaren Platz, vom gediegenen Lehrbuch herab bis zur platten Kartothek, in der Tagespresse begegnet man ihm genau so wie in den politischen Gesprächen. … Wahrlich, es muß sich um mehr wie um ein bloßes Schlagwort handeln ». Qualche anno più tardi, lo stesso J.W. HEDEMANN, *Wirtschaftsrecht*, in *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, herausgegeben von F. Stier-Somlo und A. Elster, Band 6, Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 1929, pp. 930-937, avrebbe felicemente sintetizzato il concetto scrivendo che mentre fino a dieci o vent'anni prima la formula del « Wirtschaftsrecht » era praticamente « unbekannt », ora, alla fine degli anni Venti, era diventata « in aller Munde, fast schon ein „geflügeltes Wort" », visto che « alles spricht von „Wirtschaft" und spricht täglich von ihr » (p. 930).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

fra il diritto applicato e il contesto socio-economico vissuto (27). Il diritto, al pari di ogni altra scienza, doveva registrare i cambiamenti economico-sociali, dotarsi di un « Wirtschaftsrecht », nulla più che una « viva componente dell'universo mentale » (28): ogni tempo, per dirla con Hedemann, aveva una sua « impronta », che anche i giuristi avrebbero dovuto saper cogliere e recepire (29).

Non c'era modo migliore, per spiegare l'idea di « Wirtschaftsrecht », che la similitudine con il « Naturrecht »: come nei secoli XVII e XVIII la natura aveva monopolizzato la scena, affiancando alla religione naturale e alla filosofia naturale un diritto naturale, così nel primo Novecento doveva riconoscersi all'economia la posizione di fattore egemone, guardare « l'economia come marchio di fabbrica di ogni nostra manifestazione di vita » (30). Talché, come c'erano la filosofia economica, la politica economica, la storia economica, la geografia economica, un giornalismo dell'economia e un ministero dell'economia, allo stesso modo ci sarebbe stato un « Wirtschaftsrecht », che non era, come qualcuno voleva far credere, un nuovo campo delimitato del diritto, un settore giuridico al pari del diritto di famiglia o di quello delle successioni, ma un modo di essere, una « Weltanschauung », una « Tönung » che tutto il diritto,

---

(27) Si citano qui solo F. RATHENAU, *Recht und Wirtschaft*, in « Preußisches Verwaltungs-Blatt », 32, Oktober 1910 bis September 1911, pp. 461-463, che invocava « eine Reaktion gegen den juristischen Schematismus, gegen die Allmacht des Gesetzgebers », aderendo alle proposte che venivano da Jena, a una metodologia che, muovendosi fra « Konstruktionsjurisprudenz » e « Freirechtschule », consentisse al giudice e all'amministratore di tener nel dovuto conto « die moderne Entwicklung der Technik und Industrie, wie überhaupt unseres gesamten Wirtschaftsleben », e M. RUMPF, *Recht und Wirtschaft*, in « Recht und Wirtschaft », 4, Januar 1912, pp. 89-92, per il quale « nur der Jurist, der von dem Vorrecht des wirklichen ordnungsbedürftigen Rechtslebens vor den abstrakten Begriffen überzeugt ist, ist außer Gefahr, vorschnell die zu schlichtenden sachlichen Interessen in das Schema einer abstrakten Rechtsregel zu pressen ».

(28) J.W. HEDEMANN, *Wirtschaftsrecht*, cit., p. 930.

(29) « Jede Zeit » — erano esattamente le parole di J.W. HEDEMANN, *Grundzüge*, cit., p. 8 — « oder wie man lebendiger zu sagen pflegt: jedes Zeitalter hat sein besonderes Gepräge, es ist eine Binsenwahrheit, daß auch die Juristen sich dem beugen müssen ». È ciò che Hedemann aveva fatto nell'illustrare *Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert. Ein Überblick über die Entfaltung des Privatrechts in Deutschland, Österreich, Frankreich und der Schweiz*, I, *Die Neuordnung des Verkehrslebens*, Berlin, Heymanns, 1910.

(30) J. W. HEDEMANN, *Grundzüge*, cit., pp. 8-11.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

dove in maniera più accesa dove in maniera più tenue, pervadeva e informava (31): l'economia, « dieser Grundton », contaminava tutto ciò « was heute Recht ist » (32).

Così, mentre i confini fra la legge e il contratto rapidamente sbiadivano, il diritto si colorava di economia, subiva l'influenza, i contenuti e i condizionamenti dell'"economico". La realtà giuridica, la determinazione di prestazioni o la soluzione di fattispecie concrete

---

(31) « Das ganze Recht » — scriveva infatti J.W. HEDEMANN, *Grundzüge*, cit., p. 11 — « erscheint durchsetzt von solcher Tönung, natürlich an manchen Stellen stärker an andern schwächer, aber jedenfalls bis in die entferntesten Teile hinein wie etwa das Familienrecht oder Kirchenrecht ». Prima di lui, nel senso di escludere che il « Wirtschaftsrecht » fosse un nuovo ambito disciplinare, già H.C. NIPPERDEY, *Zum Begriff des Wirtschaftsrechts*, in « Mitteilungen des Jenaer Instituts für Wirtschaftsrecht », 2, November 1921, pp. 1-4, il quale precisava che « das Wirtschaftsrecht ist keine neue Rechtsdisziplin, die etwa neben bürgerliches Recht, Handelsrecht, Strafrecht usw. zu treten hätte » e che esso era invece « eine neue Betrachtungsweise des wirtschaftlichen Rechtsstoffes », e soprattutto A. NUSSBAUM, *Das neue deutsche Wirtschaftsrecht. Eine systematische Übersicht über die Entwicklung des Privatrechts und der benachbarten Rechtsgebiete seit Ausbruch des Weltkrieges*, Berlin, Springer, 1920, p. III, secondo il quale « der Ausdruck „Wirtschaftsrecht" » postulava « selbstverständlich nicht eine neue Disziplin », ma era « nur eine Überschrift ». Più articolata la posizione di F. KLAUSING, *Wirtschaftsrecht*, cit., pp. 17-74, il quale, pur elevando « den Begriff „Wirtschaftsrecht" zu einem wirklich praktikablen Instrument unseres Arsenals an juristischen Verständigungsmitteln », riteneva infine, in un certo senso cambiando idea rispetto a sue precedenti conclusioni, che il « Wirtschaftsrecht » dovesse avviarsi a costituire una disciplina, da collocare, in particolare, nel campo del diritto pubblico. Nel 1929 lo stesso J.W. HEDEMANN, *Wirtschaftsrecht*, cit., p. 933, chiariva che « die weltanschauliche Theorie » significava che « das Wirtschaftsrecht als eine Erscheinung des allgemeinen Zeitgeistiges bestimmt und erklärt wird », che esso era « der Grundton des Rechtsganzen in unserer Zeit ». Sulla « weltanschauliche Theorie » di Hedemann, questa concezione del « Wirtschaftsrecht » come « Weltanschauung », H. MOHNHAUPT, *Justus Wilhelm Hedemann und die Entwicklung der Disziplin „Wirtschaftsrecht"*, cit., pp. 262-264.

(32) J.W. HEDEMANN, *Grundzüge*, cit., p. 11. Già due anni prima sempre J.W. HEDEMANN, *Zur Einführung in die Rechtswissenschaft*, Jena, Kämpfe, 1919, p. 1, aveva sottolineato l'indispensabilità di un mutuo ed incessante scambio di conoscenze fra i molti ambiti scientifici, riferendosi in particolare al fatto che la « herrschende Weltanschauung » imponeva alla scienza giuridica « den nötigen Zusammenhang zwischen ihrem Wissen und dem Wissen anderer Fachgelehrter ». Più precisamente, « das Studium der Rechtswissenschaft », che pure era una « Spezialwissenschaft », richiedeva continue incursioni nel campo di un'altra Facoltà: « der innige Zusammenhang zwischen Wirtschaft und Recht macht den Besuch volkswirtschaftlicher Vorlesungen zur Notwendigkeit ».

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

sempre meno dipendevano da uno specifico testo legislativo o dalle clausole di un contratto e sempre più risentivano di concrete manifestazioni della vita economica (i formulari di una società, le condizioni imposte dai grandi gruppi industriali, le dinamiche interne ad una società per azioni, l'organizzazione delle fabbriche) (33). Era su questo spartito, sul « Wirtschaftsleben », che si scandivano i ritmi quotidiani della vita giuridica; ed era su queste forme, di conseguenza, che il diritto andava modellato (34).

Perciò, con tutti i suoi risvolti in termini di dimensione collettiva, trama complessa e statuto organizzativo, il mondo della produzione e dell'industria diventava il punto di partenza obbligato per la costruzione di un diritto commerciale destinato a ribaltare gli schemi astratti della tradizione e a passare dalle categorie della proprietà, dell'atto di commercio e dell'individuo a quelle dell'impresa, dell'azienda e del lavoro (35). La cultura giuridica — avrebbe ammesso al principio del 1912 Max Rumpf (1878-1953), uno dei pionieri del « Wirtschaftsrecht » — si trovava a fronteggiare un compito di grande responsabilità: quello di scoprire e giuridicamente rappresentare, in tempo di « individualismo atomizzante », i fili che tenevano insieme le formazioni sociali e le organizzazioni, nonché di spiegare i nessi e le relazioni che collegavano queste realtà collettive e complesse alle diverse manifestazioni del "giuridico" (36).

---

(33) « Vielmehr bestimmt über sie das Formular der Verbände, die Konditionen großer Konzerne, die Bedingungen ganzer Vereinigungen anonymer Gesellschaften, die Arbeitsordnungen der Fabriken oder die Hausordnungen der Mietskasernen, die Richtlinien, die ein Betriebsrat zusammen mit dem Unternehmer für die Einstellung von Arbeitern entworfen hat, oder das Reglement für die Werkwohnungen, das in ähnlicher Weise zustande gekommen ist » (J.W. Hedemann, *Grundzüge*, cit., p. 12).

(34) Ivi, p. 13.

(35) Nel primo numero delle « Mitteilungen », la rivista dell'Istituto di Jena, J.W. Hedemann, *Ziele des Instituts*, in « Mitteilungen des Jenaer Instituts für Wirtschaftsrecht », 1, Mai 1921, p. 2, annunciava quali fossero gli scopi e le prospettive dell'Istituto, tracciando anche un quadro degli ambiti disciplinari interessati dal « Wirtschaftsrecht », fra i quali, in primo luogo, « das Organisationswesen der Gegenwart (Recht der Verbände), das wirtschaftliche Vertragsrecht (Recht der Lieferungsverhältnisse), das neue Arbeitsrecht (soweit es nicht schon in den anderen Gebieten enthalten ist), das Bodenrecht (insbesondere Siedlungsfragen) ».

(36) M. Rumpf, *Recht und Wirtschaft*, cit., p. 91: « die Rechtstheorie hat heute die große Aufgabe, den nach den Zeiten eines atomisierenden Individualismus und

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Il diritto patrimoniale si impregnava di diritto dell'economia, con al centro l'« Unternehmen », quale paradigma collettivo e complesso che, secondo il messaggio divulgato nei primi anni del Novecento da Ohmeyer, Pisko, Müller-Erzbach, Isay, Geller, ripudiava ogni chiave di lettura semplice, atomistica, individualistica (37).

3. *L'« Unternehmen »: una genesi nell'"economico".*

Al principio del nuovo secolo, sulla scia delle nuove premesse epistemologiche, Kamillo Ohmeyer sganciava il fenomeno giuridico dal diritto positivo, negando al secondo, che per forza di cose soffriva i ritmi del "politico", e riconoscendo al primo, che viveva « nel pieno flusso del divenire », la capacità di seguire il corso mutevole degli eventi (38). Nel segno della filosofia eraclitea, della massima « *πάντα ῥεί* », il giurista austriaco constatava che nelle materie più sensibili al cambiamento economico-sociale, come appunto quella che gravitava intorno all'« Unternehmen », « il diritto positivo non offriva] norme sufficienti », e che, anzi, le lacune della legge lasciavano all'interprete, nel decidere di questa o di quella fattispecie concreta, « ampi margini di movimento » (39).

Spezialistentums einmal wieder neu entdecken Zusammenhang zwischen den Rechtsgenossen, dem Gesetze und den Rechtspflegeorganen, die von Willenselementen stark gesättigte Spannung zwischen diesen verschiedenen Trägern des Rechtslebens, erst einmal klar zu sehen, möglichst intensiv zu erfassen und dann den Sinn dieses Zusammenhangs zu deuten ».

(37) Ci sembrano significative, riguardo ai nessi tra le nuove prospettive scientifiche e la dimensione collettiva e complessa dell'« Unternehmen », le parole di uno dei tardi protagonisti del « Wirtschaftsrecht », F. KLAUSING, *Wirtschaftsrecht*, cit., p. 5: « „Wirtschaftsrecht" ist das Recht der in irgend einer Form „gebundenen", „organisierten" Wirtschaft. … Manche beziehen als kleinstes „Kollektivum" auch das (Einzel- oder Gesellschafts-) Unternehmen als solches ein und gewinnen damit den Anschluß an die vom Handels- sowie auch vom Arbeitsrecht erfaßten Tatbestände. … Damit nähert man sich wiederum der Lehre, die vom, „Wirtschaftsrecht" als dem Recht der „gebundenen" Wirtschaft spricht ».

(38) K.E. VON OHMEYER, *Das Unternehmen als Rechtsobjekt*, Wien, Manzsche, 1906, p. 5.

(39) *Ibidem*. Perciò — proseguiva Ohmeyer — « bei dieser Sachlage », nella costruzione del quadro giuridico attinente all'« Unternehmen », non ci si poteva sorprendere « wenn das im folgenden vorgeführte Bild manchmal die scharfen Konturen vermissen läßt, welche für seine Zeichnung erwünscht wären und wenn für die vorge-

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Il concetto di « Unternehmen », in particolare, apparteneva proprio a quella parte del diritto privato che traeva le sue ragioni, le sue finalità e i suoi contenuti dalle esigenze e dai bisogni « des praktischen Lebens » (40). Era un campo nel quale il rapporto fra economia e diritto, « der Zusammenhang von Wirtschaft und Recht », giuocava un ruolo centrale, talché solo immergendosi nel ventre economico della società si sarebbero potuti cogliere i nessi che collegavano le dinamiche di mercato al diritto, le norme giuridiche alla vita economica (41). Solo a contatto con la vita di ogni giorno, ascoltando i bisogni che si levavano dalla prassi degli affari, il diritto commerciale avrebbe potuto assolvere, secondo il più tardo affresco di Müller-Erzbach, il gravoso compito di favorire l'economia: come non erano « le mura ma i soldati a difendere una città », così non erano « le leggi ma gli uomini a determinare lo stato culturale e il progresso economico di una nazione » (42).

---

brachten Behauptungen, mangels einer *communis opinio*, oft nur das Gewicht der eigenen bescheidenen Meinung in die Wagschale gelegt wird » (*ibidem*).

(40) *Ibidem*. Nell'ottica del diritto tedesco contemporaneo, per un punto di vista sull'« Unternehmensbegriff », i suoi possibili significati, i suoi caratteri distintivi, le sue vicende, la sua protezione, K. Schmidt, *Handelsrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, Heymanns, 1994[4], pp. 63-275.

(41) K.E. von Ohmeyer, *Das Unternehmen*, cit., pp. 5-6. Si veda, anche sull'influenza determinante che l'economia e la scienza economica ebbero sulla formulazione della nozione giuridica di « Unternehmen », P. Raisch, *Geschichtliche Voraussetzungen*, cit., in particolare pp. 121-139. Cfr. inoltre la messa a punto di T. Raiser, *Das Unternehmen als Organisation. Kritik und Erneuerung der juristischen Unternehmenslehre*, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1969, anche per un quadro delle diverse posizioni esistenti nella dottrina tedesca sulla natura dell'« Unternehmen ».

(42) R. Müller-Erzbach, *Deutsches Handelsrecht*, cit., p. 48: « dem Handelsrecht ist die Aufgabe gestellt, die wirtschaftliche Spannkraft des Landes zu steigern, m. a. Worten, sein Ziel ist, die Unternehmungslust anzuregen, ein leichtes Anknüpfen und ein rasches reibungsloses Abwickeln der Geschäfte zu ermöglichen und die bestehenden Unternehmen in ihrem Bestande zu sichern. Nur im engsten Anschluß an das Leben und in feinster Wertung der Geschäftsbedürfnisse kann das Handelsrecht dieser Aufgabe gerecht werden. Doch darf man seinen Einfluß und seine Einwirkungsmöglichkeit nicht überschätzen. Wie es nicht Mauern, sondern Soldaten sind, die eine Stadt verteidigen, so sind es Menschen und nicht Gesetze, die den Kultur- und Wirtschaftsstand eines Landes bestimmen. Nur dann werden die wirtschaftlichen Absichten des Gesetzgebers ihrer Verwirklichung nahe kommen, wenn und solange es gelingt, Menschen zu erziehen, die Einsicht und Entschlußkraft mit zäher Beharrungskraft und Gewissenhaftigkeit verbinden ».

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Da quest'angolo visuale, ben immerso nel cuore pulsante della vita economica, l'osservatore non poteva che scorgere, quale tratto caratterizzante l'economia industriale, la dimensione collettiva del fenomeno imprenditoriale, la rilevanza degli aspetti organizzativi, la trasversalità degli interessi. Bastava riflettere sul fatto che l'esistenza, ma ancor di più l'estinzione, di questa o di quell'altra realtà imprenditoriale avrebbe condizionato e determinato « non solo la vita del titolare, ma le fortune e le sventure di molte altre persone (operai, impiegati, contadini, etc.) » (43). La dissoluzione di un « Unternehmen », chiariva Müller-Erzbach, provocava la perdita di tutti i valori ad esso collegati, il definitivo disperdersi di un patrimonio di esperienze, il tramonto di un valore assoluto, che non apparteneva solo all'imprenditore, ma ai lavoratori e alla comunità tutta; la dissoluzione di un « Unternehmen » non danneggiava solo l'« Un-

(43) K.E. VON OHMEYER, *Das Unternehmen*, cit., p. 6. Erano i presupposti della "concezione sociale", dell'« Unternehmen » come luogo di incontro e di contemperamento degli interessi di diversi gruppi, di una « Unternehmensverfassung », per dirla con H.W. KÖHLER, *Rechtsform und Unternehmensverfassung*, in « Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft », 115, 1959, pp. 716-746, funzionale « nicht mehr nur einem einzelnen Interesse exklusiv, sondern allen am Unternehmen konkret beteiligten Gruppen: den Eigentümern bzw. Kapitaleignern, den Gläubigern, den Arbeitnehmern und in einem weiteren Sinne auch den Lieferanten und Abnehmern » (p. 721); una « Unternehmensverfassung », ancora secondo H.W. KÖHLER, *Unternehmensverfassung und Aktienrechtsreform*, in « Juristenzeitung », 1956, pp. 137-142, « interessenpluralistisch »: imprenditori, soci, proprietari, operai, collaboratori, creditori, consumatori (da cui l'esigenza di armonizzazione dell'« Interessenpluralismus » e di coordinamento dei « Gruppeninteressen »). Cfr. sul tema anche K. BALLERSTEDT, *Unternehmen und Wirtschaftsverfassung*, in « Juristenzeitung », 1951, pp. 486-493; T. RAISER, *Das Unternehmen*, cit., p. 10; ID., *Unternehmen und juristische Person*, in *Festgabe Zivilrechtslehrer 1934/1935*, herausgegeben von W. Hadding, Berlin-New York, Walter de Gruyter & Co., 1999, in particolare pp. 489-504; nonché, specificamente sulle strutture organizzative, gli organi di rappresentanza dei diversi gruppi e le forme di controllo dei differenti interessi esistenti all'interno degli « Unternehmen » riconducibili a figure societarie, N. HORN, *Aktienrechtliche Unternehmensorganisation in der Hochindustrialisierung (1860-1920)*, in *Recht und Entwicklung der Großunternehmen im 19. und frühen 20. Jahrhundert. Wirtschafts-, sozial- und rechtshistorische Untersuchungen zur Industrialisierung in Deutschland, Frankreich, England und den USA*, herausgegeben von N. Horn / J. Kocka, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1979, pp. 123-189.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

ternehmer », ma anche « la collettività », « un interesse generale », « un interesse pubblico » (44).

Il superamento della prospettiva individualistica e semplice, atomistica e molecolare, come si vede, era un fatto non più procrastinabile. L'impresa del capitalismo industriale non poteva essere spiegata dai canoni dell'individualismo giuridico e dalle « concezioni formalistiche della proprietà », da finzioni ancorate all'impostazione napoleonica di un diritto "semplice", perché era una realtà complessa, era innanzitutto organizzazione di persone e beni stabilmente coordinati per l'esercizio di un'attività economica produttiva (45). Non era funzionale agli interessi di un solo individuo, ma a quelli di molteplici collettività, come quella degli imprenditori, dei lavoratori, dei consumatori, oltre che, come sarebbe stato enfatizzato dalle ideologie di regime, agli interessi dello Stato e della produzione nazionale (46). Non si poteva spiegare e rappresentare l'assetto

(44) R. Müller-Erzbach, *Die Erhaltung des Unternehmens*, in « Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht », 61, 1908, specialmente pp. 361-364.

(45) E. Gliozzi, *Dalla proprietà all'impresa*, Milano, FrancoAngeli, 1994[8], pp. 103-141. Si veda sul tema soprattutto P. Grossi, *Itinerarii dell'impresa*, cit., pp. 999-1005 e *Scienza giuridica italiana*, cit., specialmente pp. 190-196, ma anche S. Rodotà, *Scienza giuridica ufficiale e definizioni della proprietà*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », 2/1972, in particolare pp. 458-459.

(46) Sulla spiegazione dell'« Unternehmen » in termini di organizzazione sociale, « als eine Organisation, deren Hauptzweck darin liegt, Güter und Dienstleistungen in der Gesellschaft zu produzieren und/oder zu verteilen », e sul concetto sociologico di « Organisation », sui suoi nessi con quello economico di « Unternehmen », sulle relazioni interne all'organizzazione, sulla sua struttura, le sue modalità di azione e di decisione, T. Raiser, *Das Unternehmen*, cit., specialmente pp. 93-116, nonché, specie per la ricostruzione del concetto di « Unternehmen », nel caso della società per azioni, come entità autonoma dai suoi azionisti, come « Unternehmen an sich », secondo la teoria di Rathenau (1917) e la formula di Haussmann (1927), i cui interessi trascendono quelli privati per coinvolgere quelli della comunità tutta e quindi quelli dello Stato, A. Riechers, *Das Unternehmen an sich: die Entwicklung eines Begriffes in der Aktienrechtsdiskussion des 20. Jahrhunderts*, Tübingen, Mohr, 1996, H.W. Köhler, *Unternehmensverfassung und Aktienrechtsreform*, cit., e S. Amato, *L'impresa nell'evoluzione storica*, cit., pp. 40-44. La tesi arriva a concepire l'« Unternehmen » come una comunità, un organismo vivente, un soggetto autonomo e distinto dalle persone che ne fanno parte, un « Unternehmen an sich », in una prospettiva che induce a configurare l'interesse dell'« Unternehmen » come altro da quello dei singoli, l'interesse della società per azioni come altro da quello dei singoli azionisti (A. Riechers, *Das Unternehmen an sich*, cit., specialmente pp. 20-25). Più in generale, ai fini di un panorama, in chiave storica e

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

produttivo del capitalismo industriale secondo le logiche dell'individuo e dei singoli atti da lui compiuti, continuare a concepire l'attività del capitalista come una serie di atti di scambio e di trasferimento, senza considerare contemporaneamente le altre componenti soggettive, a cominciare dai lavoratori, ed oggettive, materiali e immateriali, mobili e immobili, che componevano ed obiettivamente condizionavano la struttura dell'organizzazione imprenditoriale.

Le logiche dell'economia industriale, come scriveva Rudolf Isay (1886-1956) nel 1910, sarebbero rimaste incomprensibili fintantoché ci si fosse ostinati a spiegarle in base alle azioni, alle vicende e alle iniziative dei singoli individui (47). Come accaduto in passato, infatti, i singoli individui erano inclini, e forse anche obbligati, ad unirsi agli altri, formando in primo luogo dei gruppi e poi via via delle « unità economiche », delle « Wirtschaftseinheiten », che assorbivano il contributo dei singoli, fondendo e sinergicamente combinando le prestazioni economiche dei loro membri. Erano queste unità economiche, la famiglia e le altre associazioni di questa natura, gli enti e le istituzioni (in special modo i comuni e lo Stato), a costituire, nella loro unione complessiva, « den Organismus des volkswirtschaftlichen Gesamtkörpers » (48).

Ma se la famiglia aveva avuto un ruolo chiave nell'economia agraria e commerciale del Medioevo, più tardi, in tempo di industrializzazione, nel secolo XIX e al principio del XX, erano altre le formazioni sociali intorno alle quali aveva cominciato a gravitare il processo di produzione, perché altre erano le dinamiche economiche e le spinte di aggregazione sociale. Tramontato il primato del

---

teorica, delle possibili categorie collettive (corporazione, istituzione, persona giuridica, organizzazione, fondazione, *corporation*, etc.) applicabili o comunque proposte per un'applicazione all'« Unternehmen », P. NOBEL, *Anstalt und Unternehmen. Dogmengeschichtliche und vergleichende Vorstudien*, Diessenhofen, Rüegger, 1978.

(47) R. ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, Berlin, Vahlen, 1910, p. 1. Sul libro di Isay può leggersi la recensione, in verità non priva di rilievi critici, di R. MÜLLER-ERZBACH, in « Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht », 71, 1912, pp. 417-428. Su Isay cfr. F. GAUL, *Der Jurist Rudolf Isay (1886-1956). Ein verantwortungsbewusster Vermittler im Spannungsfeld zwischen dynamischer Rechtsschöpfung, ökonomischem Wandel und technischem Fortschritt*, Frankfurt am Main, Lang, 2005, specialmente pp. 237 ss.

(48) R. ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, cit., p. 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

commerciante, quale specifica forma di individuo-proprietario, e superata la prospettiva molecolare degli atti di commercio, il nuovo protagonista era diventato l'imprenditore, non già come individuo, ma come originario artefice di una struttura organizzativa complessa. Con l'apporto di capitale, la costruzione di officine, fabbriche, depositi e negozi, l'acquisto di merci e materie prime, l'assunzione di lavoratori, impiegati e operai, la spedizione di agenti e la fondazione di filiali in tutto il mondo, l'« Unternehmer » formava un organismo di mezzi di produzione a struttura diffusa e dall'energia dirompente, che in virtù della sua identità caratterizzante avrebbe goduto di autonoma esistenza, sarebbe sopravvissuto al suo fondatore e avrebbe attraversato più generazioni, anche se a pochi anni dalla sua creazione non fosse rimasto molto dei suoi elementi originari (49).

Il nuovo punto di partenza, per chi avesse voluto comprendere la realtà giuridica dell'era industriale, non poteva che essere la nozione economica di « Unternehmen », che implicava innanzitutto « etwas Einheitliches », un'idea di totalità, di unità, di complessità (50); designava un complesso organizzato di persone e di cose, le più diverse e le più svariate, un insieme di beni, materiali e immateriali, dai rapporti giuridici agli immobili, dal lavoro ai segreti di fabbrica, dai contratti ai beni mobili, dai diritti alle obbligazioni, dalla reputazione all'avviamento, riuniti e assemblati per il perseguimento di un medesimo fine (51). Con una precisazione essenziale,

(49) Il ragionamento è importante e conviene trascrivere le esatte parole di R. Isay, *Das Recht am Unternehmen*, cit., p. 5: « in aller Regel aber ist jeder, der sich nicht in abhängiger Stellung befindet, Unternehmer. Er schafft sich, mit mehr oder weniger Kapital, einen Organismus von Produktionsmitteln; er erbaut Werkstätten, Fabriken, Lagerhäuser und Kaufläden, kauft Rohstoffe und Waren, mietet Arbeiter und Angestellte, entsendet Abgesandte überallhin und gründet Niederlassungen im ganzen Reiche und auf der ganzen Erde. Auf diese Weise schafft er einen Organismus von häufig feinster Struktur und gewaltigster Kraft, einen Organismus, der sich unablässig verzehrt und ständig erneut, der immer derselbe bleibt und Generationen überdauert, obwohl nach wenigen Jahren vielleicht schon kein Stein des ursprünglichen Baues mehr vorhanden ist ».

(50) È quel « *Sinneinheit* des Unternehmens » nel quale confluivano, come illustrato da P. Raisch, *Geschichtliche Voraussetzungen*, cit., p. 120, tutte le diverse teorie e prospettive dei giuristi che si misuravano con questo nuovo concetto.

(51) « Das Unternehmen im wirtschaftlichen Sinne » — scriveva K.E. von

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

però: l'« Unternehmen » era non già la « Summe » di tutte queste « Bestandteile », bensì « die Organisation » che stava al di sopra di esse, teneva loro insieme e rendeva loro adatte « al raggiungimento dello scopo economico al quale sono unitariamente rivolte » (52).

4. *L'individuazione dell'« Unternehmen » nel "giuridico".*

Per il giurista, ovviamente, il primo problema era quello di stabilire se il concetto economico di « Unternehmen » trovasse riscontro sul piano giuridico, se dal diritto vigente potessero trarsi indicazioni utili sulla natura complessa, unitaria e collettiva degli organismi imprenditoriali, se « questo concetto economico di Unternehmen » avesse « anche in campo giuridico un suo significato » (53). Specialmente perché, come rilevava Leo Geller (1844-1925), nell'ordinamento del diritto privato, sotto il profilo definitorio, non figurava certo l'« Unternehmen an sich », ma solo

---

OHMEYER, *Das Unternehmen*, cit., p. 10, rifacendosi al commentario di Hermann Staub e Oskar Pisko — « ist stets etwas Einheitliches, ein Komplex der verschiedenartigsten Dinge, materieller und immaterieller Güter, die für den gleichartigen Zweck zusammengefasst sind. Es gehören dazu: „die zugehörigen beweglichen und unbeweglichen Gegenstände, die zugehörigen Rechte und die sogenannten Chancen des Geschäftes, d. h. die tatsächlichen Beziehungen, welche den Betrieb ermöglichen oder fördern, mögen sie nun in Fabrikationsgeheimnissen oder in der Kenntnis gebaren oder hervorragende Leistungen erworbenen geschäflichen Vertrauen oder Ruf bestehen; auf der anderen Seite gehören dazu auch die Verbindlichkeiten des Geschäftes" ». E prima, a p. 8: l'« Unternehmen », per il momento sempre in senso economico, « bezeichnet uns eine zur Erreichung eines wirtschaftlichen Zwecks organisierte Vereinigung von Gütern und vermögenswerten Beziehungen, eine Zusammenfassung bestimmter Vermögensmassen und imponderabiler Vermögenswerte zwecks Erreichung eines gemeinsamen wirtschaftlichen Erfolges ».

(52) *Ibidem*.

(53) K.E. VON OHMEYER, *Das Unternehmen*, cit., p. 11. Sulla difficoltà, nonostante « Recht und Wirtschaft sind keine Gegensätze, sondern zwei Seiten ein und derselben Wirklichkeit », di costruire sul piano giuridico una nozione di « Unternehmen » in grado di riflettere la realtà economica, si vedano le stimolanti riflessioni di E. FECHNER, *Das wirtschaftliche Unternehmen in der Rechtswissenschaft*, in *Antrittsvorlesungen der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn a. Rh.*, herausgegeben von K.F. Chudoba, Heft 7, Bonn, Scheur, 1942, pp. 1-15, il quale concludeva nel senso di considerare « einen einheitlichen Unternehmensbegriff in der Rechtswissenschaft nicht nur für möglich, sondern — aus den angeführten Gründen — sogar für notwendig ».

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

« i singoli atti d'acquito e i singoli negozi dell'esercizio commerciale »; si aveva a che fare solo con gli uomini quali « soggetti di diritto » e con le cose quali « oggetti di diritto », solo con le « disjunktiven und konjunktiven Beziehungen » riguardanti l'« Io » e l'« Avere » (54).

In una serie di circostanze, tuttavia, il legislatore aveva dato mostra di appropriarsi, occasionalmente e forse inconsapevolmente, della concezione dell'« Unternehmen » come entità unitaria (« als ein Ganzes »), di quell'idea di unità dell'organizzazione imprenditoriale che scaturiva dall'osservazione della prassi (55). Le esigenze della vita commerciale e le « quotidiane manifestazioni della vita giuridica », per usare le parole di Ohmeyer, sollevavano, infatti, una serie di questioni concrete, dal trasferimento alla cessione dell'azienda, dalla successione alla locazione dell'esercizio commerciale, dalla cessione della ditta a quella del marchio, dall'esecuzione forzata al fallimento, per la cui disciplina esistevano tracce sparse di una regolamentazione legislativa (56). Anche da questo frammentario diritto positivo vigente, dalle disposizioni giuridiche che disciplinavano le specifiche vicissitudini di « Handelsgeschäfte » e « Betriebe », traspariva nitida l'idea della « Unternehmenseinheit », dell'unità collettiva e organizzata connessa all'esercizio di un'attività commerciale (57).

I primi segni, in questo senso, erano senz'altro da cogliere nelle norme che contemplavano, in Austria come in Germania, la possibilità di trasferimento « eines Handelsgeschäftes », nelle quali chia-

---

(54) L. Geller, *Das Unternehmen und seine Beziehung zu Firma, Schild und Warenzeichen*, München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1913, p. 2. Il libro di Geller, recensito in Germania in « Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts », 58, 1914, pp. 546-548, era la sintesi di una serie di articoli, tutti pubblicati nell'« Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis », negli anni 1908-1910, con il medesimo titolo *Das Unternehmen. Neue kritische Untersuchungen über sein Wesen, die Bedingungen seiner Übertragbarkeit und seine vermeintliche Zugrifflichkeit*.

(55) R. Isay, *Das Recht am Unternehmen*, cit., p. 2: « der deutschen privatrechtlichen Gesetzgebung, deren Gebiet das Unternehmen doch angehört, ist bis zum heutigen Tage sowohl das Wort wie der Begriff des Unternehmens nahezu völlig fremd geblieben. Die Einheit der Unternehmung ist ausschließlich vom Leben geschaffen worden; erst allmählich schickt das Recht sich an, sie als Einheit anzuerkennen ».

(56) K.E. von Ohmeyer, *Das Unternehmen*, cit., p. 11.

(57) Ivi, p. 12.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

ramente si presupponeva, quale oggetto del trasferimento, « das gesamte Geschäftsvermögen, die Warenvorräte, die Betriebsmittel, die Geschäftsaktiven » (58). Quando il §. 22 dell'HGB, infatti, riconosceva il diritto di continuare ad utilizzare la « Firma » del dante causa a chi avesse acquistato, *inter* vivos o *mortis causa*, ricevuto in usufrutto, in locazione o comunque ad altro titolo un « Handelsgeschäft », e i §§. 25, 26 e 27 sancivano la responsabilità del nuovo imprenditore per tutte le obbligazioni preesistenti, era chiaro che l'« Handelsgeschäft » contemplato dal legislatore non fosse un atto di commercio isolato, né un singolo bene mobile o immobile, ma l'esercizio commerciale nella sua unità imprenditoriale organizzata (59). Il che, questo « Charakter des Unternehmens

(58) *Ibidem*. L'opinione, in dottrina, era largamente condivisa: cfr. in questo senso R. Isay, *Das Recht am Unternehmen*, cit., p. 2.

(59) Già l'Art. 22 del precedente Codice di commercio, l'ADHGB del 1861, aveva riconosciuto, come ricordava O. Pisko, *Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs*, Wien, Manzsche, 1907, pp. 1-4, il diritto di utilizzare la precedente « Firma » a colui che fosse subentrato in un « bestehendes Handelsgeschäft ». Il nuovo §. 22 dell'HGB, sulla falsariga del precedente, stabiliva che « wer ein bestehendes Handelsgeschäft unter Lebenden oder von Todeswegen erwirbt, darf für das Geschäft die bisherige Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführen, wenn der bisherige Geschäftsinhaber oder dessen Erben in die Fortführung der Firma ausdrücklich willigen. Die Verpflichtung einer Aktiengesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, die im §. 20 vorgeschriebene Bezeichnung in ihre Firma aufzunehmen, wird hierdurch nicht berührt. II Wird ein Handelsgeschäft auf Grund eines Nießbrauchs, eines Pachtvertrags oder eines ähnlichen Verhältnisses übernommen, so finden diese Vorschriften entsprechende Anwendung ». Il §. 25, invece, disciplinava la successione nei contratti e la responsabilità di colui che fosse subentrato in un precedente esercizio commerciale: « wer ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältniß andeutenden Zusatzes fortführt, haftet für alle im Betriebe des Geschäft begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers. Die in dem Betriebe begründeten Forderungen gelten den Schuldnern gegenüber als auf den Erwerber übergegangen, falls der bisherige Inhaber oder seine Erben in die Fortführung der Firma gewilligt haben. II Eine abweichende Vereinbarung ist einem Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder von dem Erwerber oder dem Veräußerer dem Dritten mitgetheilt worden ist. III Wird die Firma nicht fortgeführt, so haftet der Erwerber eines Handelsgeschäfts für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten nur, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, insbesondere wenn die Uebernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise von dem Erwerber bekannt gemacht worden ist ». Il §. 26 introduceva la prescrizione di cinque anni per le pretese dei creditori contro il precedente imprenditore: « ist der

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

als Einheit », era puntualmente confermato, sul fronte del diritto austriaco, dalle disposizioni della *Gewerbeordnung* che regolavano la locazione, l'usufrutto e il trasferimento di un « Gewerbe », la sostituzione e la successione, *inter vivos* e *mortis causa*, nell'esercizio commerciale (60).

Erwerber des Handelsgeschäfts auf Grund der Fortführung der Firma oder auf Grund der im §. 25 Abs. 3 bezeichneten Bekanntmachung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten haftbar, so verjähren die Ansprüche der Gläubiger gegen dem früheren Inhaber mit dem Ablaufe von fünf Jahren, falls nicht nach den allgemeinen Vorschriften die Verjährung schon früher eintritt. II Die Verjährung beginnt im Falle des §. 25 Abs. 1 mit dem Ende des Tages, an welchem der neue Inhaber der Firma in das Handelsregister des Gerichts der Hauptniederlassung eingetragen worden ist, im Falle des §. 25 Abs. 3 mit dem Ende des Tages, an welchem die Kundmachung der Üebernahme stattgefunden hat. Konnte der Gläubiger die Leistung erst in einem späteren Zeitpunkte verlangen, so beginnt die Verjährung mit diesem Zeitpunkte ». Il §. 27 fissava i criteri per determinare la responsabilità dell'erede che fosse subentrato nell'« Handelsgeschäft » del *de cuius*: « wird ein zu einem Nachlasse gehörendes Handelsgeschäft von dem Erben fortgeführt, so finden auf die Haftung des Erben für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten die Vorschriften des §. 25 entsprechende Anwendung. II Die unbeschränkte Haftung nach §. 25 Abs. 1 tritt nicht ein, wenn die Fortführung des Geschäfts vor dem Ablaufe von drei Monaten nach dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe von dem Anfalle der Erbschaft Kenntniß erlangt hat, eingestellt wird. Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften des §. 206 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung. Ist bei dem Ablaufe der drei Monate das Recht zur Ausschlagung der Erbschaft noch nicht verloren, so erdingt die Frist nicht vor dem Ablaufe der Ausschlagungsfrist ».

(60) K.E. von Ohmeyer, *Das Unternehmen*, cit., p. 13. Modificata dalle leggi del 15 marzo 1883 e dell'8 marzo 1885, la « Gewerbe-Ordnung » austriaca era stata introdotta dall'Imperatore Francesco Giuseppe con il *Kaiserliches Patent* del 20 dicembre 1859. A seguito dell'emanazione delle suddette leggi di modifica, il §. 2, *Eigenberechtigung*, recitava: « zum selbstständigen Betriebe eines Gewerbes wird in der Regel erfordert, daß der Unternehmer sein Vermögen selbst zu verwalten berechtigt sei. II Für Rechnung von Personen, denen die freie Verwaltung ihres Vermögens nicht eingeräumt ist, können Gewerbe nur mit Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter und des competenten Gerichtes, durch einen geeigneten Stellvertreter (Geschäftsführer) oder Pächter (§. 55) betrieben werden. III Das Geschlecht begründet in Bezug auf die Zulassung zum Gewerbsbetriebe keinen Unterschied »; il §. 3, *Juristische Personen*: « juristische Personen können unter den gleichen Bedingungen wie einzelne Individuen Gewerbe betreiben, müssen aber einen geeigneten Stellvertreter (Geschäftsführer) oder Pächter (§. 55) bestellen »; il §. 19: « eine und dieselbe Person darf in einer und derselben Ortschaft zur Ausübung des Ausschankes und des Kleinverschleißes von gebrannten geistigen Getränken (§. 16 d) nur Eine; zur Ausübung der übrigen im §. 16 aufgezählten Saft- und Schankgewerbe höchstens zwei Concessionen erwerben, pachten oder als Stellvertreter

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Ancor più eloquente, sul versante dei rapporti tra « Firma » e « Handelsgeschäft », era il §. 23 dell'HGB, che consentiva bensì il trasferimento della « Handelsfirma », vale a dire del « nome, con il quale egli [il commerciante] conduce i suoi affari e firma nel commercio » (§. 17), ma solo insieme all'« Handelsgeschäft » per il quale era utilizzata (61). Non si diceva cosa fosse quell'« Handelsge-

übernehmen. II Das Saft- und Schankgewerbe ist in der Regel persönlich von dem Concessionsinhaber auszüben. III Die Ausübung des Gewerbes durch einen Stellvertreter, oder die Verpachtung ist von der Gewerbsbehörde nur aus wichtigen Gründen zu genehmigen. IV Der Betrieb solcher Gewerbe durch einen Stellvertreter oder Pächter ohne vorher erlangte Genehmigung durch die Gewerbsbehörde wird sowohl an dem Gewerbsinhaber, als an dem Stellvertreter oder Pächter nach Maßgabe des von den Uebertretungen und Strafen handelnden achten Hauptstückes der Gewerbeordnung geahndet »; il §. 55, intitolato *Stellvertreter (Geschäftsführer) oder Pächter*, regolava la sostituzione *nel* e la locazione *del* « Gewerbe »: « jeder Gewerbetreibende kann sein Gewerbe auch durch einen Stellvertreter (Geschäftsführer) ausüben oder dasselbe verpachten. Die Afterpachtung eines Gewerbes ist nicht gestattet. II Ein Stellvertreter (Geschäftsführer) oder Pächter muß immer, gleich dem Gewerbsinhaber selbst, die für den selbstständigen Betrieb des betreffenden Gewerbes erforderlichen Eigenschaften besitzen. Es ist daher bei freien und handwerksmäßigen Gewerben der Stellvertreter (Geschäftsführer) oder Pächter von dem Gewerbsinhaber der Gewerbsbehörde anzuzeigen und bei concessionirten Gewerben vom Gewerbsinhaber die Genehmigung der Gewerbsbehörde einzuholen. III Hinsichtlich der Saft- und Schankgewerbe enthält §. 19 die Bestimmung. IV Die Bestimmungen dieses Paragraphen gelten auch von dem Eigenthümer eines Realgewerbes, welcher die gesetzliche Eignung zur Ausübung desselben nicht besitzt, und es durch einen Stellvertreter (Geschäftsführer) oder Pächter betreiben will »; il §. 56, infine, *Uebergang der Gewerbe*, disciplinava la successione: « nach dem Tode eines Gewerbetreibenden hat der Erbe oder Legatar, wenn er das Gewerbe fortführen will, dasselbe auf eigenen Namen neu anzumelden. II Deßgleichen hat eine neue Anmeldung stattzufinden, wenn ein Gewerbsetablissements durch Acte unter Lebenden auf einen Anderen übertragen wird. III Ist das Gewerbe ein concessionirtes, so bedarf es in beiden Fällen einer neuen Concession. IV Nur für Rechnung der Witwe für die Dauer ihres Witwenstandes oder der minderjährigen Erben bis zur erreichten Großjährigkeit kann ein concessionirtes oder handwerksmäßiges Gewerbe auf Grundlage der alten Concession, beziehungsweise des alten Gewerbescheines fortgeführt werden. V Zur Fortführung eines Gewerbes für Rechnung der Massa während einer Concurs- oder Verlassenschaftsabhandlung bedarf es weder einer neuen Anmeldung noch Concession. VI In diesem, wie im vorhergehenden Falle ist, wenn die Natur des Gewerbes es fordert, ein nach §. 55 geeigneter Stellvertreter (Geschäftsführer) zu bestellen ».

(61) Il §. 23 dell'HGB, che discendeva dall'Art. 23 dell'ADHGB (« die Veräußerung einer Firma als solcher, abgesondert von dem Handelsgeschäft, für welches sie bisher geführt wurde, ist nicht zulässig »), stabiliva che « die Firma kann nicht ohne das Handelsgeschäft, für welches sie geführt wird, veräußert werden ».

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

schäft » senza il quale era vietato il trasferimento della « Firma », ma era chiaro, come si sarebbe osservato nel commentario di Makower (1830-1897), che si alludesse non a un singolo atto di commercio, un singolo negozio, un singolo bene, bensì a un « Vermögensinbegriff » e più precisamente a un'entità patrimoniale complessa, che non comprendeva « solo l'insieme dei beni materiali e dei crediti », ma anche e soprattutto « die Organisation, das ganze Unternehmen » (62). La « Firma », che il legislatore aveva evidentemente inteso come l'elemento in grado di identificare l'intera organizzazione imprenditoriale, non avrebbe potuto trasferirsi, in altri termini, senza tutto il « complesso dei rapporti giuridici e delle attività » che formavano « das Handelsgeschäft », cioè, appunto, senza l'« Unternehmen » unitariamente inteso (63).

C'erano poi tutte quelle disposizioni, come i §§. 9 e 20 del *Gesetz* austriaco sulla protezione dei marchi, che, "agganciando" le sorti del marchio alle vicende dell'« Unternehmen », decretavano l'estinzione della « Marke » con la fine dell'« Unternehmen » e disponevano il suo trasferimento in caso di successione nell'« Unternehmen » (64); o come il §. 7 della legge tedesca per la protezione

(62) *Handelsgesetzbuch mit Kommentar*, herausgegeben von H. Makower, Band 1, bearbeitet von F. Makower, Berlin, Guttentag, 1906[13], p. 112.

(63) « Die Firma » — ragionava a tal proposito K.E. von Ohmeyer, *Das Unternehmen*, cit., p. 12 — « bildet als jener Faktor, welcher die konkrete Organisation individualisiert, ein untrennbares Akzessorium des Unternehmens ». Cfr. anche R. Isay, *Das Recht am Unternehmen*, cit., p. 2, e O. Pisko, *Das Unternehmen*, cit., pp. 1-4.

(64) §. 9 del *Gesetz* del 6 gennaio 1890: « das Markenrecht klebt an dem Unternehmen, für welches die Marke bestimmt ist, erlischt mit demselben und übergeht im Falle des Besitzwechsels an den neuen Besitzer. II In dem letzteren Falle hat jedoch, außer wenn das Unternehmen durch die Witwe oder einen minderjährigen Erben des Markeninhabers, oder für Rechnung einer Verlassenschafts- oder Concursmassa fortgeführt wird, der neue Besitzer binnen drei Monaten nach erfolgter Erwerbung des Besitzes die Marke auf seinen Namen umschreiben zu lassen, widrigenfalls das Markenrecht erlischt ». Con la riforma del 17 marzo 1913, peraltro, il secondo comma del §. 9 sarebbe stato sostituito dal seguente: « der neue Besitzer hat jedoch, wenn er das Unternehmen nicht unter der unveränderten Firma fortführt, die Umschreibung der Marke zu erwirken. Solange diese im Register der Handels- und Gewerbekammer nicht vollzogen ist, kann er das Markenrecht nicht geltend machen und können alle amtlichen Verständigungen, welche die Marke betreffen, mit Wirkung gegen ihn an den eingetragenen Inhaber der Marke oder seinen eingetragenen Vertreter zugestellt werden ». Il §.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

dei segni distintivi del prodotto, che fissava la regola secondo la quale il marchio avrebbe potuto trasferirsi solo insieme al « Geschäftsbetrieb » al quale apparteneva (65). Anche in questo caso, al fine di penetrare la logica che sottintendeva la scelta di associare il marchio del prodotto all'« Unternehmen » o al « Betrieb », occorreva presumere che alla base di un esercizio commerciale ci fosse un bene complesso e unitario: nel momento in cui, infatti, si ipotizzava sul piano legislativo un collegamento necessario fra il diritto sul bene immateriale e l'« Unternehmen », non si poteva non assegnare « al concetto unitario di Unternehmen un più ampio spazio e un più decisivo significato in campo giuridico » (66).

Era perciò evidente, almeno per chi avesse voluto guardarlo con lenti appropriate, che il quadro legislativo era gremito di riferimenti a quell'unità giuridica organizzata che sul piano economico costituiva l'« Unternehmen », anche perché, volendo, l'elenco

---

20, invece, stabiliva: « zur Umschreibung des Markenrechtes im Sinne des §. 9 hat der Bewerber den Beweis der Erwerbung der betreffenden Unternehmung beizubringen. II Die Umschreibung unterliegt der gleichen Taxe wie die erste Registrierung (§. 15) und ist dieselbe sowohl auf der für die Partei bestimmten Bestätigung (§. 13, Absatz 2), als im Register der Handels- und Gewerbekammer (§. 17) anzumerken und zu veröffentlichen (§. 17, Schlussabsatz) ».

(65) Il §. 7 del *Gesetz zum Schutz der Waarenbezeichnungen* tedesco del 12 maggio 1894, che sostituiva il *Reichsgesetz über Markenschutz* del 30 novembre 1874 e che sarebbe stato aggiornato dal *Gesetz* del 31 marzo 1913, infatti, disponeva: « das durch die Anmeldung oder Eintragung eines Waarenzeichens begründete Recht geht auf die Erben über und kann durch Vertrag oder durch Verfügung von Todeswegen auf Andere übertragen werden. Das Recht kann jedoch nur mit dem Geschäftsbetriebe, zu welchem das Waarenzeichen gehört, auf einen Anderen übergehen. Der Uebergang wird auf Antrag des Rechtsnachfolgers in der Zeichenrolle vermerkt, sofern die Einwilligung des Berechtigten in beweisender Form beigebracht wird. Ist der Berechtigte verstorben, so ist der Nachweis der Rechtsnachfolge zu führen. II Solange der Uebergang in der Zeichenrolle nicht vermerkt ist, kann der Rechtsnachfolger sein Recht aus der Eintragung des Waarenzeichens nicht geltend machen. III Verfügungen und Beschlüsse des Patentamts, welche einer Zustellung an den Inhaber des Zeichens bedürfen, sind stets an den eingetragenen Inhaber zu richten. Ergibt sich, daß derselbe verstorben ist, so kann das Patentamt nach seinem Ermessen die Zustellung als bewirkt ansehen oder zum Zweck der Zustellung an die Erben deren Ermittelung veranlassen ».

(66) K.E. VON OHMEYER, *Das Unternehmen*, cit., p. 17. Sui collegamenti tra marchio, imprenditore, impresa e azienda nell'età industriale sia consentito rinviare a F. MAZZARELLA, *Nel* segno *dei tempi. Marchi persone e cose dalla corporazione medievale all'impresa globale*, Milano, Giuffrè, 2005, specialmente pp. 81-175.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

di norme poteva anche proseguire. Bastava guardare il §. 5 del *Patentgesetz* tedesco del 7 aprile 1891, che ammetteva il trasferimento o la cessione del diritto di sfruttare un'invenzione industriale solo « zusammen mit dem Betriebe » (67); il §. 16 della legge tedesca contro la concorrenza sleale, che vietava l'impiego di segni distintivi secondo forme o modalità idonee a ingenerare confusione con i segni distintivi « eines gewerblichen Unternehmens » (68); la disci-

(67) Cfr. O. Pisko, *Das Unternehmen*, cit., pp. 1-4. Di seguito il testo del §. 5 del *Patentgesetz* tedesco del 7 aprile 1891, che sostituiva la legge per la protezione dei brevetti industriali del 25 maggio 1877 e che sarebbe stato poi riformato dal *Gesetz betreffend den Patentausführungszwang* del 6 giugno 1911: « die Wirkung des Patents tritt gegen denjenigen nicht ein, welcher zur Zeit der Anmeldung bereits im Inlande die Erfindung in Benutzung genommen oder die zur Benutzung erforderlichen Veranstaltungen getroffen hatte. Derselbe ist befugt, die Erfindung für die Bedürfnisse seines eigenen Betriebes in eigenen oder fremden Werkstätten auszunutzen. Diese Befugniß kann nur zusammen mit dem Betriebe vererbt oder veräußert werden. II Die Wirkung des Patents tritt ferner insoweit nicht ein, als die Erfindung nach Bestimmung des Reichskanzlers für das Heer oder für die Flotte oder sonst im Interesse der öffentlichen Wohlfahrt benutzt werden soll. Doch hat der Patentinhaber in diesem Falle gegenüber dem Reiche oder dem Staate, welcher in seinem besonderen Interesse die Beschränkung des Patents beantragt hat, Anspruch auf angemessene Vergütung, welche in Ermangelung einer Verständigung im Rechtswege festgesetzt wird. III Auf Einrichtungen an Fahrzeugen, welche nur vorübergehend in das Inland gelangen, erstreckt sich die Wirkung des Patents nicht ». I dibattiti sul ruolo dello Stato, le discussioni sulle ragioni di una protezione legislativa dei brevetti di invenzione e le preoccupazioni sui possibili ostacoli alla libera circolazione che precedettero l'emanazione del *Reichspatentgesetz* fin dai tempi dello *Zollverein* sono ricostruiti da M. Seckelmann, *Industrialisierung, Internationalisierung und Patentrecht im Deutschen Reich. 1871-1914*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2006, pp. 107-179, ma sia consentito rinviare anche a F. Mazzarella, *Diritto e invenzioni. Un'introduzione storica*, in corso di pubblicazione in « Rivista di storia del diritto italiano », 83, 2010.

(68) §. 16 del *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* del 7 giugno 1909: « wer im geschäflichen Verkehr einen Namen, eine Firma oder die besondere Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts, eines gewerblichen Unternehmens oder einer Druckschrift in einer Weise benutzt, welche geeignet ist, Verwechselungen mit dem Namen, der Firma oder der besonderen Bezeichnung hervorzurufen, deren sich ein anderer befugterweise bedient, kann von diesem auf Unterlassung der Benutzung in Anspruch genommen werden. II Der Benutzende ist dem Verletzten zum Ersatze des Schadens verpflichtet, wenn er wußte oder wissen mußte, daß die mißbräuchliche Art der Benutzung geeignet war, Verwechselungen hervorzurufen. III Der besonderen Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts stehen solche Geschäftsabzeichen und sonstigen zur Unterscheidung des Geschäfts von anderen Geschäften bestimmten Einrichtungen gleich, welche innerhalb

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

plina codicistica sui rapporti tra singoli soci e patrimonio sociale, con la norma che nel caso ricorressero i presupposti per l'esclusione di uno dei due soci di una società consentiva a quello che fosse rimasto « das Geschäft [...] zu übernehmen » (69); i §§. 1405 e 1452 del BGB, in virtù dei quali la donna che con il consenso del marito avesse autonomamente esercitato un « Betrieb » a scopo di lucro, non avrebbe poi avuto bisogno della di lui autorizzazione per il compimento dei singoli « negozi giuridici » inerenti all'esercizio commerciale (70); i §§. 112 e 1651 del BGB, in base ai quali il rappresentante legale avrebbe potuto autorizzare il minore ad esercitare in proprio un « Betrieb » a scopo di lucro e tutto ciò che questi avesse acquisito attraverso l'esercizio autonomo dell'esercizio commerciale avrebbe costituito « patrimonio libero » (71); il §. 151

---

beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichen des Erwerbsgeschäfts gelten. Auf den Schutz von Warenzeichen und Ausstattungen finden diese Vorschriften keine Anwendung. IV Die Vorschrift des § 13 Abs. 3 findet entsprechende Anwendung ». Cfr., sul §. 16, il commento di D. Baer, *Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909 mit Erläuterungen*, Berlin, Puttkammer & Mühlbrecht, 1913, pp. 311-337.

(69) §. 142 HGB: « sind nur zwei Gesellschafter vorhanden, so kann, wenn in der Person des einen von ihnen die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen bei einer größeren Zahl von Gesellschaftern seine Ausschließung aus der Gesellschaft zulässig sein würde, der andere Gesellschafter auf seinen Antrag vom Gerichte für berechtigt erklärt werden, das Geschäft ohne Liquidation mit Aktiven und Passiven zu übernehmen. II Macht bei einer aus zwei Gesellschaftern bestehenden Gesellschaft ein Privatgläubiger des einen Gesellschafters von der ihm nach §. 135 zustehenden Befugniß Gebrauch oder wird über das Vermögen des einen Gesellschafters der Konkurs eröffnet, so ist der andere Gesellschafter berechtigt, das Geschäft in der bezeichneten Weise zu übernehmen. III Auf die Auseinandersetzung finden die für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der Gesellschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung ».

(70) §. 1405: « erteilt der Mann der Frau die Einwilligung zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts, so ist seine Zustimmung zu solchen Rechtsgeschäften und Rechtsstreitigkeiten nicht erforderlich, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt. Einseitige Rechtsgeschäfte, die sich auf das Erwerbsgeschäft beziehen, sind der Frau gegenüber vorzunehmen. II Der Einwilligung des Mannes in den Geschäftsbetrieb steht es gleich, wenn die Frau mit Wissen und ohne Einspruch des Mannes das Erwerbsgeschäft betreibt. III Dritten gegenüber ist ein Einspruch und der Widerruf der Einwilligung nur nach Maßgabe des §. 1435 wirksam »; §. 1452: « auf den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts durch die Frau finden die Vorschriften des §. 1405 entsprechende Anwendung ».

(71) Si veda R. Isay, *Das Recht am Unternehmen*, cit., p. 3. In base al §. 112,

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

della legge sull'assicurazione, nella parte in cui prevedeva che in caso di cessione « des Unternehmens », a titolo di vendita, usufrutto, locazione o altro, l'avente causa sarebbe subentrato nel contratto, assumendo tutti i diritti e gli obblighi che ne discendevano (72).

Senza naturalmente dimenticare tutte quelle circostanze, riscontrabili nei casi di esecuzione forzata, amministrazione coatta, fallimento, in presenza delle quali il legislatore ipotizzava un trasferimento, una modificazione o una compressione dell'« Unternehmen » anche contro la volontà del suo titolare (73). Era il caso dei §§. 341 ss. della *Executionsordnung* austriaca del 27 maggio 1896, che contemplavano e consentivano, come Geller illustrava, il pignoramento, la cessione forzata e l'amministrazione giudiziaria di « gewerbliche Unternehmungen, Fabriksetablissements, Handelsbe-

---

« ermächtigt der gesetzliche Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts den Minderjährigen zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts, so ist der Minderjährige für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, welche der Geschäftsbetrieb mit sich bringt. Ausgenommen sind Rechtsgeschäfte, zu denen der Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf. II Die Ermächtigung kann von dem Vertreter nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zurückgenommen werden »; ai sensi del §. 1651, inoltre, « freies Vermögen ist: 1. was das Kind durch seine Arbeit oder durch den ihm nach §. 112 gestatteten selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts erwirbt; 2. was das Kind von Todeswegen erwirbt oder was ihm unter Lebenden von einem Dritten unentgeltlich zugewendet wird, wenn der Erblasser durch letztwillige Verfügung, der Dritte bei der Zuwendung bestimmt hat, daß das Vermögen der Nutznießung entzogen sein soll. II Die Vorschriften des §. 1638 Abs. 2 finden entsprechende Anwendung ».

(72) §. 151 del *Versicherungsvertragsgesetz* del 30 maggio 1908: « ist die Versicherung für die Haftpflicht aus einem geschäftlichen Betriebe des Versicherungsnehmers genommen, so erstreckt sie sich auf die Haftpflicht der Vertreter des Versicherungsnehmers sowie auf die Haftpflicht solcher Personen, welche er zur Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebes oder eines Teiles des Betriebs angestellt hat. Die Versicherung gilt insoweit als für fremde Rechnung genommen. II Wird im Falle des Abs. 1 das Unternehmen an einen Dritten veräußert oder auf Grund eines Nießbrauchs, eines Pachtvertrags oder eines ähnlichen Verhältnisses von einem Dritten übernommen, so tritt an Stelle des Versicherungsnehmers der Dritte in die während der Dauer seiner Berechtigung sich aus dem Versicherungsverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein. Die Vorschriften des § 69 Abs. 2, 3 und der §§ 70, 71 finden entsprechende Anwendung ».

(73) O. Pisko, *Das Unternehmen*, cit., pp. 3-4, e R. Isay, *Das Recht am Unternehmen*, cit., pp. 188-203.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

triebe und ähnliche wirtschaftliche Unternehmungen » (74); dei §§. 142 e 148 della *Concursordnung* austriaca, con cui si prevedeva, in caso di insolvenza, la possibilità da un lato di proseguire il « Geschäft » « per conto della massa », dall'altro di sfruttare il « Geschäft » del debitore attraverso la cessione (75); dei §§. 117, 129, 130

(74) L. GELLER, *Das Unternehmen und seine Beziehung*, cit., p. 9 e soprattutto pp. 132-171. Il §. 341, la prima delle « besondere Bestimmungen über die Execution auf gewerbliche Unternehmungen, Fabriksetablissements u.s.w. », stabiliva che « auf gewerbliche Unternehmungen, Fabriksetablissements, Handelsbetriebe und ähnliche wirtschaftliche Unternehmungen kann die Execution auf Antrag durch Zwangsverwaltung (§. 334) oder durch Verpachtung (§. 340) geführt werden. Bei handwerksmäßigen und bei solchen concessionirten Gewerben, zu deren Antritt eine besondere Befähigung erforderlich ist, findet die Execution durch Zwangsverwaltung oder Verpachtung nicht statt, wenn das Gewerbe vom Gewerbeinhaber allein oder mit höchstens vier Hilfsarbeitern ausgeübt wird. II Bedarf die Ausübung des Gewerbes oder der Betrieb eines anderen Unternehmens durch einen Stellvertreter nach den darüber bestehenden Vorschriften der Genehmigung der Verwaltungsbehörden und soll infolge der Bewilligung der Zwangsverwaltung die Geschäftsführung auf den Verwalter selbst übergehen, so ist der Beschluss des Executionsgerichtes, durch welchen der Verwalter ernannt wird, vor Zustellung an die Betheiligten der zuständigen Verwaltungsbehörde zur Genehmigung vorzulegen. III Gleiches gilt hinsichtlich des über die Verpachtung eines Gewerbes ergehenden Beschlusses, insoferne für die Verpachtung die Einholung der Genehmigung der Verwaltungsbehörde vorgeschrieben ist ».

(75) O. PISKO, *Das Unternehmen*, cit., p. 137. Sia consentito rinviare a F. MAZZARELLA, *Fallimento, autonomia contrattuale, impresa: itinerarii e figure fra Otto e Novecento*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di F. Di Marzio e F. Macario, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 161-204, ma specialmente 194-204. Il §. 142 della *Concursordnung* austriaca del 25 dicembre 1868, in 257 paragrafi, modificata dalla legge del 25 maggio 1883 e completata dalla legge del 16 marzo 1884 sulla revoca degli atti in frode, disponeva: « solange die allgemeine Liquidirungstagfahrt nicht abgehalten ist, hat sich die Verwaltung in der Regel auf die Ermittlung, Sicherstellung und vorläufige Benützung der Masse zu beschränken. II Die einstweilige Fortführung des Geschäftes des Gemeinschuldners ist zulässig, wenn dieselbe zum Vortheile der Masse gereicht oder wenn durch die Einstellung des Geschäftes die begründete Aussicht auf einen Ausgleich vereitelt oder verringert wird. III Die Veräußerung von beweglichen Gütern hat auch außer dem Falle, in welchem die Fortführung des Geschäftes des Gemeinschulders dieselbe mit sich bringt, dann sofort zu erfolgen, wenn sie zur Abwendung eines bevorstehenden Schadens als nothwendig erscheint; sie kann jederzeit verfügt werden, wenn sie sich zur Sicherung eines offenbaren Vortheiles als geeignet darstellt und wenn nicht ein angemeldeter oder sonst bekannter Rückforderungsanspruch entgegensteht. IV Die Veräußerung von unbeweglichen Gütern dagegen darf vor Abhaltung der allgemeinen Liquidirungstagfahrt nur dann geschehen, wenn außerordentliche Umstände deren Vornahme zur Abwendung eines großen Nachtheiles dringend erheischen, und selbst in

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

e 134 della *Konkursordnung* tedesca, dai quali si desumeva che l'esercizio del « Geschäft im Ganzen », con i benefici del suo sfruttamento, soggiaceva all'amministrazione del fallimento e che una sua eventuale cessione, a differenza di una dismissione separata delle sue singole parti, avrebbe dovuto valutarsi in termini unitari e omnicomprensivi (76).

---

diesem Falle hat die Veräußerung, wenn nicht sehr wichtige Gründe eine andere Veräußerungsart empfehlen, in der im Executionsverfahren vorgeschrieben Weise vor sich zu gehen ». Il §. 148: « die nachbenannten Geschäfte und Rechtshandlungen können vor Abhaltung der allgemeinen Liquidirungstagfahrt nur mit Ermächtigung des Concursgerichtes, nach Abhaltung derselben nur auf Grundlage eines Beschlusses der Gläubigerschaft (§. 144) unternommen werden: a) die Veräußerung eines unbeweglichen Gutes, einer Gerechtsame oder eines Seeschiffes mit theilweiser oder gänzlicher Umgehung des im Executionsverfahren vorgeschriebenen Vorganges oder die Anerkennung eines Rückforderungsanspruches in Ansehung dieser Gegenstände; b) die Abtretung von industriellen oder Handelsunternehmungen, welche zur Masse gehören oder woran der Gemeinschuldner unter persönlicher Haftung betheiligt war, im Vergleichswege mit Last und Vortheil oder überhaupt unter solchen Bedingungen, durch welche die Haftung der Masse oder der Umfang ihrer Ansprüche wesentlich geändert wird ».

(76) Si vedano O. PISKO, *Das Unternehmen*, cit., p. 140, e R. MÜLLER-ERZBACH, *Deutsches Handelsrecht*, cit., p. 85, il quale ultimo muoveva infatti proprio dai §§. 1, 117/2, 129/2, 130 e 134 della *Konkursordnung* tedesca per ribadire che « auch das deutsche Reichsrecht die Möglichkeit [gewährt], das Unternehmen als Ganzes zu verwerten ». Sia consentito rinviare di nuovo a F. MAZZARELLA, *Fallimento, autonomia contrattuale, impresa*, cit., pp. 194-204. Di seguito il §. 117 (e via via gli altri menzionati) della *Konkursordnung* tedesca del 10 febbraio 1877: « nach der Eröffnung des Verfahrens hat der Verwalter das gesammte zur Konkursmasse gehörige Vermögen sofort in Besitz und Verwaltung zu nehmen und dasselbe zu verwerthen. II Die Geschäftsbücher des Gemeinschuldners dürfen nur mit dem Geschäft im Ganzen und nur insoweit veräußert werden, als sie zur Fortführung des Geschäftsbetriebes unentbehrlich sind »; §. 129: « bis zur Beschlußfassung durch eine Gläubigerversammlung kann der Verwalter mit Genehmigung des Gerichts oder, wenn von dem Gerichte ein Gläubigerausschuß bestellt ist, mit dessen Genehmigung dem Gemeinschuldner und der Familie desselben nothdürftigen Unterhalt aus der Konkursmasse gewähren. II Bis zur Beschlußfassung durch eine Gläubigerversammlung hat der Verwalter nach seinem Ermessen das Geschäft des Gemeinschuldners zu schließen oder fortzuführen und die Gelder, Werthpapiere und Kostbarkeiten nach Anordnung des Gerichts zu hinterlegen. Ist von dem Gerichte ein Gläubigerausschuß bestellt, so beschließt dieser über die Schließung oder die Fortführung des Geschäfts und über die Hinterlegung der Gelder, Werthpapiere und Kostbarkeiten »; §. 130: « soll nach § 129 das Geschäft des Gemeinschuldners geschlossen werden, so hat der Verwalter vor der Beschlußfassung des Gläubigerausschusses oder, wenn ein Gläubigerausschuß nicht bestellt ist, vor der Schließung des Geschäfts dem Gemeinschuldner, sofern derselbe ohne Aufschub zu erlangen ist, von

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Grazie a questo mosaico legislativo, formato dagli apporti che, tessera dopo tessera, fornivano i protagonisti di quest'avventura scientifica, si profilava una tendenziale linea di convergenza tra diritto ed economia, fondata sul fatto che anche sul piano giuridico, come su quello economico, l'« Unternehmen » si presentava come « unità », « totalità » distinta bensì dalle singole parti, ma distinta soprattutto dalla loro somma; un bene complesso e collettivo, la cui identità prescindeva da quella delle cose e dei diritti che contingentemente la formavano e il cui carattere discendeva dall'« organizzazione unificante » che ne faceva un bene unico, anche e soprattutto nel momento della circolazione giuridica (77).

L'« Unternehmen », anche sotto il profilo giuridico, risultava un insieme complesso e organizzato di beni e diritti di diversa natura, una « Rechtseinheit », complessa e trasversale, che nella misura in cui comprendeva al suo interno non solo beni materiali, ma anche diritti, non solo entità corporali, ma anche rapporti giuridici e contratti, non solo categorie statiche, ma anche organiz-

---

der beabsichtigten Maßregel Mittheilung zu machen. II Das Gericht kann auf Antrag des Gemeinschuldners die Schließung des Geschäfts untersagen, wenn der Gemeinschuldner einen Zwangsvergleichsvorschlag eingereicht hat »; §. 134: « der Verwalter hat die Genehmigung des Gläubigerausschusses oder, wenn ein solcher nicht bestellt ist, die Genehmigung einer Gläubigerversammlung einzuholen: 1. wenn ein unbeweglicher Gegenstand aus freier Hand, oder das Geschäft oder das Waarenlager des Gemeinschuldners im Ganzen, oder das Recht auf den Bezug wiederkehrender Einkünfte veräußert werden soll; 2. wenn Darlehen aufgenommen, fremde Verbindlichkeiten übernommen, zur Masse gehörige Gegenstände verpfändet, oder Grundstücke erstanden werden sollen ».

(77) Se non altro in ragione della sua chiarezza, la definizione di K.E. VON OHMEYER, *Das Unternehmen*, cit., p. 20, merita di essere qui interamente trascritta: « auch im juristischen Sinne gilt das Unternehmen als besonderes Objekt, als eine Einheit, welche sich in Gegensatz stellt zu ihren Bestandteilen und insbesondere auch zu der Summe ihrer Bestandteile. Auch für den Rechtsverkehr erhält das einigende Moment der Organisation des Unternehmensbetriebes seine wesentliche Bedeutung. Das Unternehmen ist etwas einheitliches, das von den einzelnen durch dasselbe umfaßten Sachen und Rechten differiert, woraus sich ergibt, daß für die Identität und den Bestand des Unternehmens die Identität der Bestandteile nicht gefordert wird. Und zweitens: die Rechtseinheit des Unternehmens hat im geltenden Gesetze im allgemeinen diese Intensität nicht erhalten, daß durch sie bei Bestand des Unternehmens ein gesondertes rechtliches Schicksal der Unternehmensbestandteile, insbesondere ein Sonderzugriff auf dieselben ausgeschlossen würde ».

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

zazione, energie e attività, rendeva insufficienti e inadeguate le categorie giuridiche tradizionali, prima fra tutte la « körperliche Gesammtsache » del §. 302 dell'ABGB (78). La « Unternehmenseinheit » implicava l'esistenza di un'entità giuridica, al suo interno eterogenea ma al suo esterno unitaria, composta da una molteplicità di persone, rapporti, energie e beni, valutabile come « Rechtsobjekt » nel suo complesso e soggetta nella sua interezza ad un'autorità, una vera e propria « Herrschaft », diversa da quella che investiva le singole parti, i singoli beni, i singoli rapporti, i singoli

(78) §. 302: « ein Inbegriff von mehreren besonderen Sachen, die als eine Sache angesehen, und mit einem gemeinschaftlichen Nahmen bezeichnet zu werden pflegen, macht eine Gesammtsache aus, und wird als ein Ganzes betrachtet ». Si veda, sul §. 302, il commento di M. von Stubenrauch, *Commentar zum österreischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche*, Wien, Manz, 1892[6], Band 1, p. 387, il quale, infatti, ancora nel 1892, portava come esempi di « Gesammtsache » un gregge o una biblioteca. Sull'ABGB, Codice civile generale per i territori ereditari tedeschi della Monarchia asburgica, promulgato a Vienna da Francesco I il 1° giugno del 1811 ed entrato in vigore il 1° gennaio dell'anno successivo, si veda innanzitutto il commento che alla sua stessa opera fece F. von Zeiller (1751-1828), *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie*, Bände 1-7 (indice alfabetico compreso), Wien und Triest, Geistinger, 1811-1813, se si vuole nella traduzione italiana *Commentario sopra il Codice civile universale della monarchia austriaca*, voll. 1-7 (indice alfabetico compreso), Venezia, Picotti, 1815-1816. Si vedano poi W. Brauneder, *Geschlossenheit der Kodifikation? Die Verweisungen im ABGB*, in *L'ABGB e la codificazione asburgica in Italia e in Europa*, Atti del Convegno Internazionale, Pavia, 11-12 ottobre 2002, a cura di P. Caroni ed E. Dezza, Padova, Cedam, 2006, pp. 1-34; E. Dezza, *Lezioni di storia della codificazione civile. Il* Code civil *(1804) e l'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch *(ABGB, 1812)*, Torino, Giappichelli, 2000[2], pp. 137-162; G. Solari, *Filosofia del diritto privato*, vol. I., *Individualismo e diritto privato* (1911), Torino, Giappichelli, 1959, pp. 202-207; nonché, per specifici aspetti, i diversi contributi contenuti nel sopra citato volume collettaneo *L'ABGB e la codificazione asburgica in Italia e in Europa*. Per un breve bilancio al momento del centenario R. Bonini, *Il diritto privato dal nuovo secolo alla prima guerra mondiale. Linee di storia giuridica italiana ed europea*, Bologna, Pàtron, 1996, pp. 15-17 e 131-141. Inoltre F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen, Vandenhoeck u. Ruprecht, 1967, trad. it. *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 511-518, e G. Wesenberg und G. Wesener, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung*, ed. it. *Storia del diritto privato in Europa*, a cura di P. Cappellini e M.C. Dalbosco, Padova, Cedam, 1999, pp. 218-222 e la bibliografia citata alle pp. 224-226.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

diritti (79). Non era in termini di proprietà né di *universitas facti* che si poteva realisticamente pensare di definire l'« Unternehmen », perché il concetto trascendeva le dinamiche consuete delle cose corporali e i confini unilineari della proprietà, assumendo semmai i caratteri di un patrimonio speciale, di una *universitas iuris* (80). La codificazione austriaca del 1811, pertanto, non forniva « basi sicure » alla costruzione scientifica « del concetto di Unternehmen », come più in generale ogni definizione giuridica incentrata sulla considerazione di una moltitudine di cose corporali ovvero di diritti di proprietà su cose corporali, ivi comprese quelle da ultimo ricavabili dal nuovo impianto del BGB (81).

La natura degli atti, dei contratti, dei negozi, la qualità del soggetto, il tipo di beni e la tipologia dell'attività non incidevano sull'esistenza di un « Unternehmen ». Come ricostruiva Geller, l'« Unternehmen » poteva avere finalità e oggetti diversi (produzione, lavoro, servizi, assicurazione, credito), distinguersi per il profilo soggettivo (ditta individuale, società, associazione, ente),

---

(79) K.E. von Ohmeyer, *Das Unternehmen*, cit., pp. 18-19. Ciò implicava — come Ohmeyer avrebbe precisato oltre — che l'« Unternehmen » era altro dalle sue componenti, la sua identità non dipendeva da quella delle singole parti, le quali avrebbero nel tempo potuto cambiare, estinguersi o essere alienate, senza che la « Rechtseinheit » dell'« Unternehmen » ne risentisse: « Identität und Bestand des Unternehmens ist von dem Wechsel seiner Bestandteile unabhängig, die Bestandteile können sich verändern, mehren oder mindern, ohne daß die Identität der Unternehmung berührt wird » (ivi, p. 23).

(80) Chiarissime, in proposito, erano le parole di K.E. von Ohmeyer, *Das Unternehmen*, cit., pp. 15-16: « nun bedarf es aber keiner Hervorhebung, daß das juristische Gebilde des zusammengesetzten Sachkörpers für die Darstellung des Unternehmensbegriffes nicht genügt. Man denke etwa an eine Industrie, die in gemieteten Räumen, an eine Unternehmung, die in gepachteten Lokalitäten betrieben wird; sie alle sind Betriebe, bei welchen nicht die Fabriks- oder sonstige Industrierealität mit Bestandteilen, sondern das Recht am Reale mit den Produktionsmitteln usw. die Grundlage des Unternehmens bildet. Die Vereinigung von Rechten der verschiedensten Art also und nicht lediglich eine solche von körperlichen Sachen oder, wie richtiger zu sagen, des Eigentumsrechts an körperlichen Sachen steht beim Unternehmen in Frage und, wie noch auszuführen, muß an den weiteren Begriff des Sondervermögens, bzw. der universitas juris angeknüpft werden, um dem vorliegenden Verhältnisse gerecht zu werden ».

(81) Ivi, pp. 14-15. Il riferimento era in particolare al condizionamento derivante dal §. 90 del BGB: « Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände ».

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

caratterizzarsi per i fattori di capacità produttiva, qualificarsi per il suo rapporto con il potere pubblico, differenziarsi in ragione dell'elemento temporale o dell'elemento logistico (82). Indipendentemente da tutto ciò, l'aspetto essenziale era e rimaneva la totalità, il complesso unitario creato e tenuto insieme dallo scopo economico (83). E tale compattezza, la forza capace di tenere insieme in un tutto unitario il complesso eterogeneo di beni e persone, discendeva direttamente, sotto il profilo giuridico non meno che sotto quello economico, da quel che Ohmeyer battezzava l'« Imponderabile der Organisation » (84); vale a dire, come sottolineava Oskar Pisko (1876-1939), l'« Organisation der Produktionsmittel », che si manifestava nelle tecniche di confezionamento, nei canali di credito,

(82) Precisamente, L. GELLER, *Das Unternehmen. Neue kritische Untersuchungen über sein Wesen, die Bedingungen seiner Übertragbarkeit und seine vermeintliche Zugrifflichkeit*, III, in « Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis », 27, 1909, pp. 881-896 e 977-992, ma anche *Das Unternehmen und seine Beziehung*, cit., pp. 38-70, osservava che l'« Unternehmen » poteva avere finalità e oggetti diversi: « Produktionsunternehmungen », « Arbeitsunternehmungen », « Sachgebrauchsleistungen », « Kombinierte Unternehmungen », « Bankunternehmungen », « Versicherungsunternehmungen »; distinguersi per il profilo soggettivo: « Einzelunternehmen » (imprenditore persona fisica, ditta individuale), « Gesellschaftliche Unternehmungen » (società in nome collettivo, società a responsabilità limitata, società per azioni, società in accomandita per azioni), « Genossenschaftliche Unternehmungen » (associazioni di persone, ma anche associazioni di associazioni), « Gebietskörperschaftliche Unternehmungen » (enti territoriali, associazioni regionali); caratterizzarsi per i fattori di capacità produttiva: soggettivi (qualità personali, competenze tecniche, specializzazione artistica), oggettivi (macchine, animali, denaro, beni mobili, edifici, terreni); qualificarsi per il suo rapporto con il potere pubblico: « Freie Unternehmungen », esenti da provvedimenti autorizzatorii, e « Verliehene Unternehmungen », che richiedevano un'approvazione preventiva o una concessione dell'autorità statale; differenziarsi in ragione dell'elemento temporale: « Unternehmen » occasionali o temporanei, come quelli che operavano tramite contratti d'opera, compravendite e locazioni, e « Unternehmen » continui o permanenti; differenziarsi infine in ragione dell'elemento spaziale: « Stehende Unternehmungen » e « Ambulante Unternehmungen ».

(83) « Auch im juristischen Sinne » — spiegava infatti K.E. VON OHMEYER, *Das Unternehmen*, cit., p. 20 — « stellt das Unternehmen eine durch den wirtschaftlichen Zweck geschaffene und getragene Einheit dar ». E poco dopo: « der wirtschaftliche Zweck also, der Betrieb zum Zwecke der Produktion oder des Handels schafft und charakterisiert den Unternehmensbegriff als rechtliche Einheit, er begründet die universitas juris, als welche wir das Unternehmen erklären » (ivi, p. 21).

(84) Ivi, p. 20.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

nell'approvigionamento delle materie prime, nell'ordine impresso ai fattori di produzione, nella gestione delle macchine, nella conservazione delle scorte di magazzino, nella creazione di un gruppo di collaboratori e di corrispondenti, nell'assunzione e nella formazione di personale, nell'introduzione di un ordine di servizio per le relazioni aziendali (85). Donde discendevano, per usare le parole di Geller, fattori diversi come la « Besitzenergie », la « Qualität der Kundbarkeit », il « Kapazitätsfaktor », l'« Intensitätsfaktor », la « Geneigtheit » (86).

La proprietà, gli atti di commercio, i rapporti tra individui passavano in secondo piano di fronte all'« unità giuridica » dell'« Unternehmen », che in virtù dello scopo economico e dell'organizzazione unificante diventava esso stesso, quale complesso unitario e al di là dello stato giuridico delle singole parti, un « einheitliches Rechtsobjekt » dell'ordine giuridico. Non già un oggetto ideale, astratto e fittizio, ma un bene reale, comprendente beni economici, cose materiali, fattori tecnici, rapporti giuridici, diritti e valori, collegati da un'organizzazione che imprimeva loro una destinazione imprenditoriale e che al contempo li costituiva in « Rechtseinheit », differenziando ciascuna parte, la loro somma e la loro molteplicità, dal tutto unico dell'« Unternehmen » (87). Crollava, per la prima

(85) O. Pisko, *Das Unternehmen*, cit., p. 19.

(86) L. Geller, *Das Unternehmen. Neue kritische*, cit., II, pp. 6-9, ma anche, successivamente, *Das Unternehmen und seine Beziehung*, cit., pp. 22-25. La capacità dell'impresa, in particolare, comprendeva tre profili collegati: « 1. ihren subjektiven Träger — den Unternehmer, der sowohl eine Einzelperson wie eine Gesellschaft, eine Genossenschaft, ein Gebietsverband, kurz, ein Kollektivsubjekt verschiedener Verfassung sein kann; 2. die spezifischen Inhalte ihrer polaren Willenzustände, nämlich: a) des Erwerbsstrebens, das — in der Epoche der Geldwirtschaft — zwar in der Regel auf Geld gerichtet ist, in thesi jedoch auch auf etwas anderes gerichtet sein kann, dann b) der Umsatzbereitschaft — den Gegenstand des Angebots, der eine individuell oder generell bestimmte Sache, der Gebrauch oder Genuß einer solchen, eine Dienst- oder Arbeitsleistung oder eine Kombination von Sach-, Gebrauchs- und Arbeitsleistungen sein kann; 3. das dem Subjekte zur Verfügung stehende Mittel, worauf sie beruht — den Produktionsfaktor, der in einem Sachgute oder einem Inbegriffe von Sachgütern, in persönlicher Energie sowie in einer Kombination von sachlicher und persönlicher Energie bestehen kann. Jeder dieser Bestandteile ist an der Funktion der Unternehmenskapazität in seiner spezifischen Weise beteiligt » (*Das Unternehmen und ihre Beziehung*, cit., p. 29).

(87) K.E. von Ohmeyer, *Das Unternehmen*, cit., pp. 22-23, a tal proposito,

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

volta, grazie al lavoro in profondità di Ohmeyer, Pisko, Müller-Erzbach, Isay e Geller, la visione « atomistica », molecolare, individualistica e pulviscolare del diritto commerciale; si chiudeva, per dirla con uno dei protagonisti, « mit der atomistischen Auffassung des Unternehmens als eines bloßen Konglomerats von Sachen und Rechten » (88).

5. *Da un piano oggettivo ad uno soggettivo: il « Recht am Unternehmen ».*

A partire da queste considerazioni, la scienza giuridica iniziava ad ipotizzare l'esistenza di un autonomo diritto soggettivo sull'« Unternehmen » e a configurare l'« Unternehmen » « quale oggetto di diritti e di negozi giuridici » (89). L'idea di un complesso giuridico

---

precisava, « um einem Mißverständnisse vorzubeugen », che « das Unternehmen als einheitliches Rechtsobjekt ist auch uns nicht ein ideelles Begriffsganze, ein fingiertes, künstliches Rechtsobjekt, welches nur in der Gedankenwelt existiert — mit der herrschenden Lehre erachten wir solche Erweiterung des Begriffes „Rechtsobjekt" für unhaltbar — sondern wir gehen auf die im Unternehmen enthaltenen wirtschaftlichen Güter, die körperlichen Sachen, die Forderungs- und anderen Rechte, die einzelnen Betriebsbefugnisse und die sonstigen Vermögenswerte, die im Unternehmen enthalten sind, zurück ». E R. Isay, *Das Recht am Unternehmen*, cit., pp. 45-46: « außerdem aber entsteht nur durch die Schaffung eines Organismus von Produktionsmitteln ein von der Person unabhängiges Rechtsgut »; « in dem Begriff des Organismus sind folgende drei Merkmale enthalten: die Personen und wirtschaftlichen Güter, welche das Unternehmen bilden, müssen erstlich dauernd miteinander vereinigt sein. Ferner müssen sie einem und demselben Zweck (nämlich dem Erwerbe des Unternehmers) dienen, einem einzigen Willen gehorchen. Und endlich muß diese Zweckbestimmung auch in dem Gefüge der Unternehmensbestandteile zum Ausdruck kommen; sie darf nicht ein bloß subjektiver Gedanke des Unternehmers bleiben, sondern muß ein dem Unternehmen immanentes Immaterialgut werden ».

(88) R. Isay, *Das Recht am Unternehmen*, cit., p. 37.

(89) Così O. Pisko, *Das Unternehmen*, cit., pp. 5-9. Una prospettiva filosofica, interessante anche se a tratti forse eccessivamente teorica, sull'« Unternehmen » come oggetto giuridico, segnatamente come « Gegenstandseinheit », visto sotto il profilo — ora antropologico, ora esistenziale e ora patrimoniale — del rapporto fra uomo e uomo, uomo e bene, persona e cosa, ma anche fra l'intero e le sue parti, è quella proposta da F. Brecher, *Das Unternehmen als Rechtsgegenstand. Rechtstheoretische Grundlegung*, Bonn, Röhrscheid, 1953. In ultima analisi, come dallo stesso Autore sintetizzato, il tentativo mira « aus der Kategorie der Gegenständlichkeit die Gegenstandsqualität des Unternehmens, aus dem Wesen der Gegenstandseinheit seinen Charakter als Oberein-

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

unitario suggeriva a Isay la necessità di riconoscere, a fianco di singoli diritti (di proprietà, di credito, di privativa, etc.), un unico diritto soggettivo che comprendesse l'insieme e lo riconducesse ad unità (90). Ogni enumerazione di beni, infatti, avrebbe fatto difetto

---

heit und aus der voluntaristisch-utilitaristischen Einstellung des Subjektes seine individuelle Eigenart zu entwickeln » (ivi, p. 128).

(90) A tal fine, R. ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, cit., p. 21, argomentava che « das Unternehmen … ein Inbegriff von Sachen und Rechten [ist], oder, natürlicher und wirtschaftlich richtiger gesprochen, es … ein Inbegriff von Produktionsfaktoren, von Wirtschaftsgütern und Menschen („Natur, Kapital und Arbeit") [ist]. Das läßt sich nicht bestreiten. Ein Unternehmen ist, sofern man es ganz nüchtern und ohne Spitzfindigkeit ansieht, ein Aggregat von Grundstücken, Gebäuden, Maschinen, Rohstoffen, Waren, Bargeld, Arbeitern, Ingenieuren, Reisenden, Buchhaltern, Pferden, Wagen, Automobilen, Bahnanschlußgleisen, Schiffen, Erfindungen, Warenzeichen, Wechseln, Effekten, Kundenforderungen usw. usw. Diese Aufzählung genügt schon, um es ganz widersinnig erscheinen zu lassen, daß alle diese disparaten Dinge von einem einzigen subjektiven Rechte umspannt und dadurch zu einer Einheit zusammengeschweißt werden sollten ». « Die Existenz eines besonderen subjektiven Rechts am Unternehmen » — Isay aveva già chiarito (ivi, pp. 13-14) — « kann selbstverständlich nur dann anerkannt werden, wenn das Unternehmen auch wirklich ein selbständiges, schutzfähiges Rechtsgut ist, welches sich in das System der nach unserem Rechte anerkannten Rechtsgüter harmonisch einfügt. Sie wäre zu leugnen, wenn man in dem Unternehmen nichts weiter zu erblicken hätte, als etwa ein Aggregat von Gütern oder von Tätigkeiten ». A favore di questa tesi, d'altronde, sembravano deporre, come rilevava lo stesso Isay (ivi, p. 13), norme come il §. 14 del *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* tedesco del 7 giugno 1909, che, vietando e sanzionando il comportamento dannoso di chi avesse diffuso notizie false sul conto di altro esercizio commerciale, apprestava una tutela all'« Unternehmen » unitariamente inteso: « wer zu Zwecken des Wettbewerbs über das Erwerbsgeschäft eines anderen, über die Person des Inhabers oder Leiters des Geschäfts, über die Waren oder gewerblichen Leistungen eines anderen Tatsachen behauptet oder verbreitet, die geeignet sind, den Betrieb des Geschäfts oder den Kredit des Inhabers zu schädigen, ist, sofern die Tatsachen nicht erweislich wahr sind, dem Verletzten zum Ersatze des entstandenen Schadens verpflichtet. Der Verletzte kann auch den Anspruch geltend machen, daß die Behauptung oder Verbreitung der Tatsachen unterbleibe. II Handelt es sich um vertrauliche Mitteilungen und hat der Mitteilende oder der Empfänger der Mitteilung an ihr ein berechtigtes Interesse, so ist der Anspruch auf Unterlassung nur zulässig, wenn die Tatsachen der Wahrheit zuwider behauptet oder verbreitet sind. Der Anspruch auf Schadensersatz kann nur geltend gemacht werden, wenn der Mitteilende die Unrichtigkeit der Tatsachen kannte oder kennen mußte. III Die Vorschrift des § 13 Abs. 3 findet entsprechende Anwendung ». Cfr. anche D. BAER, *Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, cit., pp. 288-301. Contro, R. MÜLLER-ERZBACH, recensione a R. Isay, *Das Recht am Unternehmen*, cit., p. 425.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

nella menzione dell'elemento più importante: la catena spirituale, il vincolo immateriale che teneva insieme, in un corpo unico, le singole parti. Non bastavano una fabbrica, delle macchine, delle materie prime e degli operai per fare un « Unternehmen », né un mucchio disordinato di beni e di persone; occorreva che i mattoni facessero un edificio, che i singoli punti fossero in relazione reciproca, che le macchine si collegassero, che i lavoratori coordinassero le prestazioni, che i luoghi e i trasporti si intrecciassero, che tutte le parti si volgessero al medesimo fine, che tutto, infine, fosse armonicamente governato da « un elemento spirituale », da un criterio unificante, da una « organisatorische Idee » (91). L'« Unternehmen » era un'opera d'arte, una creazione geniale, un prodotto del più sagace lavoro spirituale (92). Ed era questo bene immateriale, questo elemento spirituale, questo impianto organizzativo a costituire, nella sua unità e nella sua unicità, l'oggetto dell'unitario « Recht am Unternehmen » (93).

---

(91) Così sempre R. Isay, *Das Recht am Unternehmen*, cit., p. 24, il quale spiegava: « trotzdem ist nach deutschem Recht ein einheitliches Recht am Unternehmen möglich, und zwar als Recht an einem Immaterialgut, das sich in dem Unternehmen verkörpert. Denn ein Unternehmen erschöpft sich nicht in den verschiedenen Bestandteilen, die wir oben aufgezählt haben; bei jener Aufzählung fehlte das Wichtigste, nämlich das geistige Band, welches die Teile zusammenhält. Wer sich ein Fabrikgrundstück kauft, irgendwelche ganz disparate Maschinen und Rohstoffe anschafft und eine Anzahl Arbeiter engagiert, hat sich kein Unternehmen gegründet; ein Haufen zusammengewürfelter Sachen und Menschen bildet kein Unternehmen. Vielmehr ist das Unternehmen ein kunstvolles Gebäude, bei dem nach wohlerwogenen Gesichtspunkten ein Glied zum andern gefügt ist. Alle Bestandteile müssen zusammenwirken zu dem einen Zweck, der das Unternehmen beherrscht. Die Maschinen müssen ineinandergreifen, derart, daß ein Stück, welches sie alle passiert hat, zum fertigen Produkt umgeschaffen ist. Die Arbeiter und Angestellten müssen sich in ihren Leistungen und Fähigkeiten ergänzen und nach einem einheitlichen Plan arbeiten. Das Unternehmen muß sich den vorhandenen Naturbedingungen, der örtlichen Lage, der Bodenbeschaffenheit und den Bodenschätzen sowie den Transportbedingungen anpassen. Und es muß sich auch einordnen in den allgemeinen Gang der Volkswirtschaft und hier eine, wenn auch nicht sehr bedeutsame, so doch immerhin wesentliche Funktion verrichten » (pp. 23-24).

(92) Esattamente in questi termini R. Isay, *Das Recht am Unternehmen*, cit., p. 24: « ein Unternehmen ist gleichfalls ein Kunstwerk, eine geniale Schöpfung, ein Produkt scharfsinnigster geistiger Arbeit ».

(93) Era ancora R. Isay, *Das Recht am Unternehmen*, cit., p. 24, a chiarire che « es … hiernach keinem Zweifel unterliegen [dürfte], daß in dem Unternehmen, in dem

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Come ogni altro bene immateriale, naturalmente, anche l'« Unternehmen » si sarebbe poi di volta in volta manifestato, al pari delle invenzioni, delle opere d'arte e dei segni distintivi, in elementi materiali, ma nessuno avrebbe mai pensato di risolvere il bene immateriale nelle sue occasionali estrinsecazioni materiali, né di identificare il corrispondente diritto sul bene immateriale con i singoli diritti sugli elementi materiali. Una cosa erano i diritti sulle macchine, sulle merci, sulle materie prime, nei rapporti di lavoro e nei rapporti con i fornitori; un'altra cosa era il diritto sull'« Unternehmen » unitariamente considerato: il « Recht am Unternehmen » era altro dall'« Eigentum an den Unternehmensbestandteilen » (94). Esso si estendeva anche e soprattutto a quegli elementi immateriali che dell'« Unternehmen » facevano un tutto unitario, quelle « Chancen » che connotavano l'impresa, ne determinavano l'identità sostanziale, le potenzialità e l'attrattività dinanzi al pubblico, ai consumatori, alla clientela: innanzitutto l'organizzazione; in secondo luogo il patrimonio di esperienze, conoscenze e professionalità accumulatosi negli anni da una generazione di imprenditori, impiegati e operai all'altra; infine i rapporti con i fornitori e con la clientela, e sotto questo punto di vista la reputazione, la fama, la visibilità, il prestigio, il nome e il credito dell'esercizio commerciale (95). Tutto questo, che qualificava un bene unitario e che aveva

---

Komplex von Personen und Wirtschaftsgütern eine organisatorische Idee, ein Immaterialgut enthalten ist, das den ihm vom Reichsgericht gewährten Schutz in höchstem Grade verdient. Dieses Gut, das der Unternehmer durch seine Arbeit geschaffen hat, ist der Gegenstand des Rechts am Unternehmen ».

(94) Ivi, p. 28.

(95) « Unter den Chancen » — precisava R. ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, cit., pp. 30-31 — « kann man im wesentlichen drei Gruppen unterschieden. Die eine Gruppe wird gebildet durch die zweckmäßige Einrichtung und Gliederung des Unternehmens, also dasjenige, was wir als „Organisation" bezeichnet und bisher geflissentlich allein besprochen haben. Zur zweiten Gruppen gehören die Erfahrungen, welche in jedem Unternehmen allmählich angesammelt und durch mündliche und schriftliche Tradition von einer Generation der Inhaber, Angestellten und Arbeiter auf die andere als wertvoller Schatz vererbt werden. Es sind dies die Kenntnis der Bezugsquellen und der Kunden, besonders günstiger Fabrikations- und Arbeitsmethoden usw., kurz all das, was man im allgemeinen als Geschäftsgeheimnisse bezeichnet, wenn es auch für unsere Zwecke keineswegs begriffswesentlich ist, daß diese Kenntnisse und Erfahrungen geheim gehalten werden. Zur dritten Gruppe endlich gehören die Beziehungen zu Lieferanten und Kunden, Ruf, Ansehen und Kredit des Geschäfts ».

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

un valore autonomo, costituiva uno specifico insieme di « Immaterialgüter », l'oggetto di un diritto soggettivo che non faceva capo alla persona dell'imprenditore, all'« einzelne zum Unternehmen gehörige Individuum », ma all'« insieme delle persone e dei beni economici racchiusi nell'Unternehmen » (96).

Il titolare del diritto, di conseguenza, non era più il « Kaufmann » in senso tradizionale, l'individuo proprietario delle merci, ma colui, persona fisica o giuridica, in nome del quale veniva esercitato l'« Unternehmen », con l'assunzione del corrispondente rischio d'impresa e l'aspettativa del più largo profitto: poteva essere l'affittuario, l'usufruttuario, il curatore fallimentare, l'amministratore giudiziario, l'acquirente, l'erede (97). Era un'impostazione nuova, che sovvertiva la logica individualistica del diritto commerciale e la concezione dominicale del diritto patrimoniale, distinguendo nitidamente fra proprietà e gestione dell'« Unternehmen », fra « Kaufmann » e « Unternehmen », fra i diritti del primo, che erano individuali, e quelli del secondo, che erano patrimoniali, fra la reputazione dell'uno e quella dell'altro, fra la clientela dell'uno, che si basava sul valore e sulle capacità individuali della persona, e quella dell'altro, che si basava sull'organizzazione e sulla forza del capitale, (98). Il « Recht am Unternehmen » dava protezione all'« Unterneh-

(96) Ivi, p. 31.

(97) Cfr. R. Isay, *Das Recht am Unternehmen*, cit., pp. 67-70. « Dem Nießbraucher, dem Pächter und selbst einem völlig rechtlosen Inhaber » — spiegava ancora Isay — « steht daher das Recht am Unternehmen zu. Das ist auch ganz in der Ordnung. Denn ihnen, nicht dem Eigentümer der zum Geschäft gehörigen Sachen, dient die Organisation des Geschäfts, sie benutzen die Erfahrungen und Geschäftsgeheimnisse, ihnen folgt die Kundschaft. Nicht die Eigentümer, sondern sie selbst sind somit Träger der im Unternehmen verkörperten Rechtsgüter, und sie müssen daher auch in der Lage sein, letztere gegen Verletzung von dritter Seite zu schützen, da sie in erster Linie durch den unlauteren Wettbewerb der Konkurrenten geschädigt werden » (ivi, pp. 70-71).

(98) Ivi, p. 32. La clientela del « Kaufmann » era semplicemente « eine persönliche Eigenschaft des Geschäftsinhabers, genau so, wie seine Ehre oder sein persönlicher Kredit, und sie ist daher als reines Persönlichkeitsgut möglicherweise Gegenstand eines Individualrechts, aber ein selbständiges, veräußerliches Rechtsobjekt ist sie zweifellos nicht; sie hängt an der Person des Inhabers und erlischt mit ihr », mentre quella dell'« Unternehmen » « seit der modernen Verkehrsentwicklung weitaus häufigere Art der Kundschaft dagegen ist eine Eigenschaft des Unternehmens und wird daher gleichfalls durch das Recht am Unternehmen mit umfaßt » (*ibidem*).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

men » in sé, indipendentemente dal titolare dell'esercizio commerciale, andava a completare quel « diritto della personalità » che parte della dottrina riconosceva a ciascun commerciante in relazione all'attività da lui esercitata (99).

6. *L'« Unternehmen als Rechtsobjekt »: fra valore unitario, protezione, trasferimento, esecuzione.*

Così configurato, evidentemente, il « Recht am Unternehmen » postulava la determinazione di un valore unitario, che avrebbe rappresentato, di volta in volta, il parametro di riferimento per le innumerevoli occasioni di circolazione e di trasferimento, ma anche di lesione, danneggiamento, fallimento o procedimento esecutivo. L'esistenza di un « Unternehmen », spiegava infatti Pisko, implicava l'impiego di un complesso di beni e l'esercizio di una serie di diritti, i quali, tutti insieme considerati, contribuivano a creare una determinata capacità di produzione e di profitto (« Möglichkeit der Produktion », « Erwerbstätigkeit ») e generavano « un autonomo valore patrimoniale » (100). In ragione di questa combinazione di capitale e lavoro, di quella che Pisko denominava l'« Organisation der Produktionsmittel oder gesicherte Absatzgelegenheit », l'imprenditore suscitava nel pubblico la convinzione che « i beni prodotti nella sua azienda fossero migliori o comunque più convenienti di quelli prodotti nelle aziende concorrenti » (101). Con la conseguenza che chi avesse acquistato o comunque ricevuto un « Unternehmen », lo avrebbe fatto con un'aspettativa di guadagno e di produzione commisurata non già a questo o a quell'altro elemento, ma all'organizzazione nel suo complesso, all'« Organisation der

(99) « Das Recht am Unternehmen » — concludeva R. ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, cit., p. 16 — « ergreift dagegen ein außerhalb der Persönlichkeit liegendes Gut. Es besteht daher so lange, als dieses noch vorhanden ist, überdauert eine etwaige Betriebseinstellung und kann ohne Schwierigkeit auf andere übertragen werden. Das Recht am Unternehmen gewährt also Schutz, wo das Betätigungsrecht versagt. Weitere Fälle der Art werden wir noch kennen lernen ». Sulla definizione in termini di « Individualrechte » (Kohler) dei diritti dell'imprenditore sull'attività d'impresa e sui segni distintivi si veda, volendo, F. MAZZARELLA, *Nel* segno *dei tempi*, cit., pp. 99-123.

(100) O. PISKO, *Das Unternehmen*, cit., p. 17.

(101) *Ibidem*.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Produktionsmittel », e, più precisamente, all'autonomo « valore patrimoniale » che l'« Unternehmen » presentava, anche nel caso in cui, se si vuole difficile ma non impossibile, mancassero del tutto nell'organizzazione imprenditoriale beni materiali (102).

L'organizzazione dell'attività d'impresa, del complesso aziendale, del programma lavorativo, delle macchine e degli attrezzi aveva un valore patrimoniale unitario, che rappresentava l'essenza stessa dell'« Unternehmen », costituiva il bene da proteggere e poteva essere oggetto di specifici contratti (103). La proprietà di singoli beni, l'esercizio di singole attività, l'adempimento di singole prestazioni, la stipula di singoli negozi, l'espletamento di singole mansioni avevano un valore patrimoniale ed un ruolo rilevante, come lo avevano il montaggio dei macchinari e la manutenzione degli attrezzi, ma il successo di un'attività imprenditoriale stava nella realizzazione dell'unità di fabbrica, nel coordinamento giuridico delle parti, dei rapporti, degli accessori (104). L'organizzazione dei fattori di produzione, la produttività e le potenzialità di guadagno (non il guadagno effettivo, come precisava Geller, ma quello potenziale) costituivano perciò l'essenza stessa dell'« Unternehmen », il valore da proteggere, il vero corrispettivo del prezzo d'acquisto o del canone di locazione (105). Sicché, entrando il « Recht am Unternehmen » nell'ordina-

(102) O. Pisko, *Das Unternehmen*, cit., pp. 16-17. Nello stesso senso R. Müller-Erzbach, recensione a R. Isay, *Das Recht am Unternehmen*, cit., p. 424, secondo il quale, talvolta, erano i soli rapporti commerciali e le « Chancen » di incrementarli a rappresentare il valore dell'« Unternehmen »: « diese beiden Werte, die vorhandenen Geschäftsbeziehungen und die Chancen zur Anknüpfung neuer Verbindungen, machen bei manchen Geschäften, so bei den eben genannten, geradezu den Hauptwert des ganzen Unternehmens aus. Es zeigt ferner das Unternehmen eine eigentümlich wertsteigernde Tätigkeit darin, daß es die dem Betriebe des Unternehmens dienenden Bestandteile, die Maschinen, Schiffe, Fabriken, Lagerhäuser, Schächte dauernd über dem Verkaufswert, dem meist weit höheren Gebrauchswert, erhält ».

(103) R. Müller-Erzbach, *Der Schutz der Unternehmerarbeit*, in « Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht », 64, 1909, pp. 530-549.

(104) O. Pisko, *Das Unternehmen*, cit., pp. 19-20.

(105) Al punto che, come spiegava in particolare O. Pisko, *Das Unternehmen*, cit., p. 18, in difetto di tali elementi non avrebbe avuto senso parlare di titolarità di un « Unternehmen », come non avrebbe avuto senso, senza un loro trasferimento, parlare di trasferimento dell'« Unternehmen »: « das wirtschaftliche Leben zeigt nun die Erscheinung, daß jemand, der eine Organisation der Produktionsmittel oder eine gesicherte Absatzgelegenheit geschaffen hat, diese Vorteile unter Umständen einem andern

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

mento giuridico con la medesima dignità di ogni altro diritto soggettivo, si rendeva necessaria una considerazione generalissima delle sue possibili manifestazioni, una riflessione ad ampio spettro sulle potenziali occasioni nelle quali esso avrebbe concretamente potuto assumere rilievo, ovvero, e meglio, sulle occasioni nelle quali avesse assunto rilievo il suo valore unitario (106).

Come ogni altro diritto soggettivo, innanzitutto, il « Recht am Unternehmen » avrebbe dovuto godere nell'ordinamento giuridico di protezione, specialmente se si fosse considerato che si aveva a che fare con un diritto per sua vocazione destinato a entrare in contatto con una massa indefinita di soggetti, a confrontarsi dinamicamente in un'economia di mercato e a rimanere oggetto di quotidiane aggressioni, minacce, danneggiamenti. A tal fine, in linea generale, era possibile ipotizzare — come la giurisprudenza, sotto forma di « Recht am Gewerbebetrieb », aveva cominciato a fare, sia pur a fasi e con punti di vista diversi, fin dai primi anni del Novecento — una protezione discendente dall'obbligo, sancito dal §. 823 del BGB, di risarcire il danno illecitamente recato alla vita, al corpo, alla salute,

---

für den von ihm zu beginnenden gleichartigen Gewerbebetrieb überlassen kann. Organisation der Produktionsmittel und gesicherte Absatzgelegenheit bilden bei Veräußerung oder Verpachtung eines Unternehmens die Gegenleistung für den Kaufpreis oder Pachtzins oder den Teil des Preises, der den Wert oder Pachtwert der vorhandenen mitübertragenen Aktiven übersteigt. Sie bilden also den Gegenstand jener Geschäfte, die als Veräußerung oder Verpachtung eines Unternehmens bezeichnet werden. Ohne vorhandene Organisation der Produktionsmittel und gesicherte Absatzgelegenheit kann man nur von dem Betriebe, nicht von dem Besitze eines Unternehmens reden; ohne Übertragung der Organisation der Produktionsmittel oder der gesicherten Absatzgelegenheit kann man nicht von einer Übertragung eines Unternehmens reden ». Era un punto nel quale molto insisteva anche L. GELLER, *Das Unternehmen. Neue kritische*, cit., II, specialmente pp. 5-6, ma anche, successivamente, *Das Unternehmen und seine Beziehung*, cit., pp. 21-22: « das Wesen des Unternehmens liegt demnach nicht in dem Betriebe oder den Erscheinungen, die wir als Betrieb zusammenfassen, sondern in dem, was diese Erscheinungen zusammenfassen und zu einem Betriebe macht. Oder mit anderen Worten: es liegt nicht in dem wirklichen Erwerbe, der sich mit den Umsatzgeschäften vollzieht, sondern in der Erwerbsmöglichkeit, die mit der Umsatzbereitschaft und ihrer Kundbarkeit in dem Publikum, dem sie sich ankündigt, gegeben ist ».

(106) Cfr. G. DILCHER und R. LAUDA, *Das Unternehmen als Gegenstand und Anknüpfungspunkt rechtlicher Regelungen in Deutschland. 1860-1920*, in *Recht und Entwicklung der Großunternehmen*, cit., specialmente pp. 548-558.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

alla libertà o alla proprietà altrui (107). Specialmente in una prima fase, compresa tra il 1900 e il 1909, la giurisprudenza avrebbe così colmato la lacuna lasciata dalla legge contro la concorrenza sleale del 1896, nella quale, in effetti, mancava una clausola generale di protezione (108).

Poiché, tuttavia, l'« Unternehmen » non era un bene materiale, né era in termini di proprietà che poteva realisticamente risolversi il rapporto fra il titolare dell'esercizio commerciale e l'organizzazione imprenditoriale, né, ancora, quella del §. 823 rappresentava una norma di portata generale, sarebbe stato meglio articolare in dettaglio le specifiche manifestazioni del nuovo diritto soggettivo. Il suo contenuto, infatti, si concretizzava in primo luogo nel pacifico e indisturbato esercizio dell'attività d'impresa, con tutto ciò che questo implicava in termini di protezione dell'organizzazione, del marchio, della ditta, dell'insegna, dei brevetti, della clientela, della reputazione e delle esperienze, contro atti pregiudizievoli, usi non autorizzati, comportamenti illeciti, concorrenza sleale (109).

Sotto quest'ultimo profilo, in particolare, il diritto sull'« Un-

---

(107) §. 823: « wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. II Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalte des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein ». Sul tema si vedano in particolare R. SACK, *Das Recht am Gewerbebetrieb. Geschichte und Dogmatik*, Tübingen, Mohr, 2007 e W. FIKENTSCHER, *Das Recht am Gewerbebetrieb (Unternehmen) als „sonstiges Recht" im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs. Eine kritische Übersicht*, in *Das Unternehmen in der Rechtsordnung*, Festgabe für Heinrich Kronstein aus Anlass seines 70. Geburtstages, herausgegeben von K.H. Biedenkopf, H. Coing, E.-J. Mestmäcker, Karlsruhe, Müller, 1967, pp. 261-304. Si vedano anche G. DILCHER und R. LAUDA, *Das Unternehmen als Gegenstand*, cit., pp. 556-558 e R. WIETHÖLTER, *Zur politischen Funktion des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb*, in « Kritische Justiz », 3, 1970, pp. 121-139.

(108) R. SACK, *Das Recht am Gewerbebetrieb*, cit., pp. 7- 41, mentre sull'uso del §. 826 BGB pp. 201-223.

(109) « Inhalt des Rechts am Unternehmen » — sintetizzava a tal proposito R. ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, cit., p. 57 — « ist die ungestörte Ausnutzung des Unternehmens, „die ausschließliche kaufmännische Ausbeutung der in dem Unternehmen haftenden Erwerbskraft". Durch jenes Recht werden die im Unternehmen verkör-

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

ternehmen » poteva essere leso per effetto dell'uso, da parte di un terzo, dei beni immateriali propri dell'« Unternehmen », come nel caso dello sfruttamento di segreti di fabbrica o dell'uso abusivo dei segni distintivi, ma anche a seguito di un atto di concorrenza sleale, di una lesione all'organizzazione imprenditoriale, perpetrata ad esempio mediante interventi nell'ordine interno, pubblicazione e divulgazione dei segreti di fabbrica, sottrazione della clientela attraverso sviamento o pubblicità ingannevole (110). In questi casi, evidentemente, l'accertamento in sede processuale di un pregiudizio imponeva un risarcimento che prendesse come parametro, ad esempio nel caso di concorrenza sleale, ma anche in quelli più specifici di contraffazione del marchio o di usurpazione della ditta, non già il singolo atto di commercio occasionalmente interessato, né la persona del commerciante, ma il valore unitario dell'« Unternehmen als Ganzes ».

Ancor più chiaramente, peraltro, l'unitario « Recht am Unternehmen » si manifestava quando fosse stato fatto oggetto di rapporti giuridici volontari, di negozi giuridici e contratti, specie nei casi di circolazione giuridica. L'« Unternehmen », in quanto « patrimonio speciale », poteva infatti essere oggetto di rapporti giuridici obbligatori, ma poteva più comunemente farsi oggetto di trasferimento, alienazione e cessione, configurandosi quale vero e proprio oggetto del traffico giuridico, da poter sfruttare quindi anche attraverso la cessione a terzi (111): la « Unternehmensorganisation », per usare le

---

perten Immaterialgüter, Organisation, Erfahrungen und Kundschaft vor Beeinträchtigung und Vernichtung, sowie vor der Benutzung durch unbefugte Dritte geschützt ».

(110) Ivi, pp. 57-58. Alcuni nessi fra diritti di privativa, concorrenza sleale e organizzazione imprenditoriale sono messi in luce da E. WADLE, *Gewerbliche Schutzrechte und Unternehmensorganisation*, in *Recht und Entwicklung der Großunternehmen*, cit., pp. 343-365.

(111) Sempre secondo R. ISAY, *Das Recht am Unternehmen*, cit., pp. 41-42, « daher ist das Unternehmen ein Inbegriff von Rechten mannigfaltiger Art, von Eigentums-, Forderungs-, Patent- und Zeichenrechten, also eine Art Sondervermögen, das zwar nicht rechtlich, aber doch tatsächlich von dem übrigen Vermögen des Inhabers getrennt ist und als Ganzes Gegenstand von Rechtsverhältnissen, vor allem von obligatorischen Rechtsgeschäften, sein kann ». In conseguenza di ciò, come spiegava O. PISKO, *Das Unternehmen*, cit., p. 19, « das Unternehmen im objektiven Sinne bildet eine den Erfolg einer Erwerbstätigkeit sichernde oder fördernde Organisation der Produktionsmittel oder gesicherte Absatzgelegenheit, die der Gewerbetreibende entweder durch

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

parole di Ohmeyer, si obiettivizzava « nel collegamento delle singole parti », configurando anche per il traffico giuridico un oggetto unico ed unitario: « das besondere Rechtsobjekt des „Unternehmens“ » (112).

La successione nell'« Unternehmen », pertanto, non era più — osservava Geller — una « mera illusione », ma una « realtà concreta ed effettiva », che si perfezionava mediante il trasferimento di quegli elementi caratterizzanti, quei « Merkmale », che rappresentavano l'« Unternehmen » e che recavano in dote la clientela (113). Tutto stava nell'individuazione di quell'elemento o di quegli elementi che, connotando l'« Unternehmen », avrebbero con il loro trasferimento determinato il trasferimento dell'intero. Occorreva, in altri termini, affinché si realizzasse il trasferimento dell'« Unternehmen », che il dante causa trasferisse quegli elementi economici e quei beni giuridici che avrebbero messo l'avente causa nelle condizioni di esercitare in nome proprio l'attività commerciale (114). Il che, evidentemente, non implicava un trasferimento di tutti i beni, tutti i rapporti e tutti i diritti, ma solo degli elementi caratterizzanti l'intero, di quelli, soprattutto, che identificavano l'« Unternehmen » agli occhi del pubblico (115). Poiché, però, ciascun « Unternehmen » aveva una sua specifica identità, non era possibile stabilire una volta per tutte quali fossero i beni da trasferire, ma solo enunciare il principio per cui occorreva trasferire gli specifici valori che rappresentavano l'« Unternehmen », vale a dire, di volta in volta, l'organizzazione,

---

eigene Arbeit oder durch Überlassung an einem Dritten zum Zwecke der Förderung seiner gleichartigen Erwerbstätigkeit verwerten kann ».

(112) K.E. von Ohmeyer, *Das Unternehmen*, cit., p. 23.

(113) L. Geller, *Das Unternehmen. Neue kritische*, cit., *Schluß*, in « Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis », 28, 1910, p. 985.

(114) « Wer das Recht an seinem Unternehmen auf einen anderen übertragen will » — spiegava infatti R. Isay, *Das Recht am Unternehmen*, cit., p. 72 — « muß diesen dergestalt in den Besitz der das Unternehmen bildenden wirtschaftlichen Güter setzen, daß der Erwerber nunmehr in der Lage ist, das Unternehmen auf seinen eigenen Namen zu betreiben ».

(115) Come scriveva L. Geller, *Das Unternehmen. Neue kritische*, cit., *Schluß*, p. 985, occorreva trasferire « das Unternehmen in seiner objektiven Erscheinung, nach wie vor dem Subjektswechsel in die Wahrnehmung des Publikums als das nämliche ..., so bewahrt es eben seine Kontinuität, und der Subjektswechsel bedeutet nur eine Nachfolge in das Unternehmen ».

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

per la quale potevano essere importanti gli impianti di produzione e i lavoratori; il patrimonio di esperienze, per il quale erano determinanti il personale e le scritture; infine la clientela, per la quale erano fondamentali i negozi, il marchio e la ditta (116).

La consonanza di opinioni, anche su questo specifico punto, era completa. Il trasferimento dell'« Unternehmen », secondo Pisko, determinava il passaggio all'avente causa non di alcuni beni, né di singoli contratti, ma di una « Organisation der Produktionsmittel », in virtù della quale il nuovo titolare avrebbe potuto contare non solo su un complesso ordinato di « fattori materiali di produzione », ma anche e soprattutto su una collaudata « organizzazione della forza lavoro » (117). Insieme alle cose, agli immobili e alle macchine, infatti, passavano nel patrimonio dell'avente causa anche i rapporti giuridici, e fra essi i rapporti di lavoro con operai, impiegati, collaboratori. Non contava, evidentemente, che verso il nuovo imprenditore "trasmigrassero" singolarmente tutti i lavoratori, giacché gli eventuali vuoti lasciati da alcuni sarebbero stati riempiti dall'assunzione di altri, senza che tale ricambio potesse alterare l'« organizzazione comune della forza lavoro » e con essa l'identità dell'« Unternehmen » (118).

---

(116) « Welche Elemente im einzelnen Falle ausreichen » — confermava infatti R. Isay, *Das Recht am Unternehmen*, cit., p. 74 — « läßt sich kaum allgemein sagen, denn die konkreten Verhältnisse sind zu mannigfaltiger Natur. Wo der Wert des Unternehmens besonders in seiner vorzüglichen Organisation besteht, da wird die Übertragung der Fabrikeinrichtung und die Übernahme des Personals von großer Bedeutung sein. Die Übernahme des Personals sowie ferner der Handelsbücher, Zeichnungen und Rezepte ist wesentlich für den Erwerb der Geschäftserfahrungen. Der Erwerb der Kundschaft endlich hängt häufig von dem Erwerb des Ladens, der Firma und der Warenzeichen ab. Doch lassen sich irgendwelche allgemeinen Regeln hierüber nicht aufstellen ».

(117) O. Pisko, *Das Unternehmen*, cit., p. 23.

(118) Il ragionamento della scienza giuridica, in particolare di O. Pisko, *Das Unternehmen*, cit., p. 24, era anche sul piano logico ineccepibile: « wird aber das Dienstverhältnis mit dem neuen Prinzipal fortgesetzt, so erfolgt die Weiterleistung der Dienste naturgemäß im Rahmen der Organisation, die der frühere Prinzipal seinem Betriebe gegeben hat; die Organisation bleibt also auch für den Nachfolger erhalten und für ihn verwertbar, und zwar auch dann, wenn gegen die begründete Erwartung einzelne Angestellte das Dienstverhältnis mit dem neuen Prinzipal nicht fortsetzen; derartige Lücken lassen sich immer leicht ergänzen, ohne daß die Gesamtorganisation der Arbeitskräfte in ihrem Bestande alteriert wurde. Was von den Dienstleistungen der

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Trasferimento dell'« Unternehmen » significava trasferimento dell'« Organisation », ma significava, più precisamente, « trasferimento della sua capacità di vendita », del suo avviamento, delle sue potenzialità, della sua clientela, vale a dire, in concreto, di quell'elemento o di quegli elementi dell'organizzazione imprenditoriale che rendessero possibile la prosecuzione dell'esercizio commerciale e consentissero al pubblico la sua identificazione (119). Di regola, peraltro, il trasferimento si sarebbe perfezionato con la trasmissione all'avente causa di quei fattori che tipicamente formavano l'organizzazione produttiva, come gli impianti, i locali aziendali, il nome commerciale, l'insegna e il marchio, ma talvolta poteva accadere che bastasse molto meno, che non fosse necessario il trasferimento di fattori di produzione materiali o che l'individuazione dell'« Unternehmen » passasse da elementi diversi dal nome commerciale, come nel caso di un albergo, i cui locali, a differenza di quanto accadeva per gli uffici di una banca, erano per la clientela fondamentali, o come per una farmacia o per un *Cafè*, riguardo ai quali i clienti solitamente non conoscevano il nome dell'imprenditore ma solo quello degli stabilimenti, o come nel caso di un giornale, il cui proprietario era quasi sempre sconosciuto ai lettori e per il quale erano invece essenziali la testata e il gruppo di giornalisti (120).

Angestellten gesagt wurde, gilt auch für die Personen, die, ohne in einem ständigen Dienstverhältnisse zum Prinzipale zu stehen, einem bestimmten Unternehmen ihre Arbeit bloß gelegentlich widmen, wie z.B. die ständigen Mitarbeiter einer Zeitung ».

(119) Ivi, pp. 23-30. « Das Wesentliche » — si legge anche nell'*Handelsgesetzbuch mit Kommentar*, herausgegeben von H. Makower, cit., p. 112 — era « die Übertragung der Organisation », mentre talvolta « die etwaige Mitveräußerung körperlicher Gegenstände ist dann nur ein nebensächlicher Bestandteil des Vertrages », dal momento che solo « diejenigen Bestandteile … mitübertragen werden [müssen], die für die Fortführung des Handelsgeschäfts sind »; perciò « ein Geschäft ist auch dann erworben, wenn nur die Waren und die etwa vorhandenen Forderungen, nicht aber die Schulden (oder nur die Waren und die etwa vorhandenen Schulden, nicht aber die Forderungen, ROH. 2 154) übernommen werden ».

(120) « Zu beachten ist aber » — a tal proposito avvertiva O. Pisko, *Das Unternehmen*, cit., pp. 28-29 — « daß nicht immer dort, wo in einem Gewerbebetriebe eines der genannten Momente vorkommt, dieses einen das Gewerbe gegenüber dem Publikum individualisierenden Faktor mit der Wirkung bilden muß, daß die Neigung des Publikums, die in dem Gewerbebetrieb erzeugten Leistungen entgegenzunehmen, gerade an dieses Moment geknüpft ist. So wird bei einem Bankiergewerbe das Lokal, in dem die Bureaus untergebracht sind, für die Erhaltung des Kundenkreises kaum von

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Nemmeno il trasferimento del nome commerciale, vietato dalla legge se non collegato al corrispondente « Unternehmen », sarebbe stato sempre idoneo « a trasmettere la capacità di vendita » (121).

Infine, il « Recht am Unternehmen » assumeva rilievo « als Befriedigungsmittel », quale mezzo di soddisfazione di pretese creditorie, attuali o potenziali, individuali o collettive, in tutte quelle circostanze nelle quali l'unitarietà dell'« Unternehmen », la sua « Rechtseinheit », il suo essere « Rechtsgut » e dunque il suo generare un valore patrimoniale diverso da quello delle singole parti, potessero avere un peso, più o meno determinante, nel risolvere le sorti di un rapporto obbligatorio. Era il caso del fallimento, che in forza della *Concursordnung* austriaca e della *Konkursordnung* tedesca si estendeva al bene « Unternehmen » unitariamente considerato, ma anche dell'esecuzione forzata, che, come dimostrava Pisko occupandosi dell'« Unternehmen » « als Executionsobjekt », colpiva l'insieme dell'unità organizzata ed ogni sua parte (122); ma

---

Bedeutung sein; das Gegenstück bildet der Betrieb eines Gasthauses, bei dem die Erhaltung des erworbenen Kundenkreises von der Identität des Betriebslokales abhängig ist. Auch die Firma ist nicht immer der Faktor, der einen Gewerbebetrieb gegenüber dem Verkehr individualisiert; bei Apotheken, Gasthäusern, Kaffeehäusern hat sich das Publikum gewöhnt, nur auf den Etablissementsnamen zu sehen und den bürgerlichen Namen oder die Firma des Unternehmens nicht zu beachten. Bei Zeitungsunternehmungen ist in der Regel die Firma des Eigentümers dem Publikum völlig unbekannt. Auch bei Gewerbebetrieben anderer Art ist in einzelnen Fällen in der Vorstellung des Publikums nicht der Name, die Firma des Gewerbetreibenden, sondern nur der Name des Etablissements lebendig und knüpft sich die die Grundlage des sicheren Absatzes bildende Vorstellung, in diesem Gewerbebetriebe geeignete Produkte zu erhalten, nur an die Bezeichnung des Etablissements ».

(121) Ivi, p. 29.

(122) Ivi, pp. 5-9. In Austria l'esecuzione forzata sull'« Unternehmen » era possibile grazie ai §§. 341 ss. della *Executionsordnung*; in Germania, invece, il diritto vigente non l'ammetteva, sicché la scienza giuridica, a cominciare da Isay e Müller-Erzbach, auspicava una modifica legislativa nel senso della disciplina austriaca. « Ebenso scheint mir » — osservava in proposito R. Isay, *Das Recht am Unternehmen*, cit., p. 198 — « auch die Einführung einer Zwangsvollstreckung in das Unternehmen erstrebenswert zu sein, wenn auch nicht so unbedingt wie die des Pfandrechts. Nach geltendem Recht ist die Zwangsvollstreckung in das Unternehmen als solches, abgesehen von dem Fall des Konkurses, noch unmöglicher als die Begründung eines pfandrechtsähnlichen Verhältnisses ». Dello stesso avviso R. Müller-Erzbach, *Der Schutz der Unternehmerarbeit*, cit., pp. 546-549. In merito a « die „Execution auf Unternehmungen" — ein

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

soprattutto del diritto di pegno, che avrebbe potuto costituirsi a favore di un creditore comune, come un fornitore o un locatore, ma anche, con una funzione centrale per l'economia industriale, a favore di un istituto di credito per la concessione di un finanziamento (123).

Dalla vendita alla locazione, dal pegno al fallimento, l'« Unternehmen », quale unità giuridica, si configurava, pertanto, come un « Rechtsobjekt », che non si lasciava inquadrare in nessuno dei due gruppi di cose che l'ABGB aveva previsto, né in quello delle « körperliche Sachen », né in quello delle « unkörperliche Sachen », vale a dire i « Rechte » (124). La previsione del §. 433 del BGB, che menzionava soltanto « cose e diritti come oggetti del contratto di compravendita », non poteva, sotto questo profilo, leggersi come una tassativa enumerazione dei beni suscettibili di trasferimento, ma come un generico enunciato, al quale faceva ricorso il legislatore in sede di determinazione degli obblighi del venditore (125); sicché la circolazione del « Recht am Unternehmen », a prescindere dalla separata vendita di singole parti, avrebbe potuto aver luogo, *uno actu*, in virtù di ogni genere di trasferimento, sia *inter vivos* che *mortis causa*, sia a titolo gratuito che a titolo oneroso, per effetto di una cessione, di una successione ereditaria, di una locazione, di un usufrutto, ma anche nell'eventualità di trasferimento coattivo, come nei casi di fallimento ed esecuzione forzata (126).

---

gesetzgeberisches Abenteuer » cfr. L. GELLER, *Das Unternehmen und seine Beziehung*, cit., pp. 132-171. Per un approfondimento di questi aspetti sia consentito rinviare a F. MAZZARELLA, *Fallimento, autonomia contrattuale, impresa*, cit., pp. 194-204.

(123) G. DILCHER und R. LAUDA, *Das Unternehmen als Gegenstand*, cit., pp. 553-554.

(124) O. PISKO, *Das Unternehmen*, cit., p. 47.

(125) §. 433: « durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigenthum an der Sache zu verschaffen. Der Verkäufer eines Rechtes ist verpflichtet, dem Käufer das Recht zu verschaffen und, wenn das Recht zum Besitz einer Sache berechtigt, die Sache zu übergeben. II Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen ».

(126) O. PISKO, *Das Unternehmen*, cit., pp. 88-173.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

7. *L'« Unternehmen » fra guerra e dopoguerra: espansione di un contenitore, ramificazione di un paradigma, moltiplicazione di concetti.*

Nel 1920, ancora forte l'eco del conflitto mondiale e da poco firmato il trattato di Versailles che avrebbe umiliato la Germania fino a produrre nel lungo periodo conseguenze inimmaginabili, un giovane di appena 26 anni, Hellmuth Reiche, registrava, nella sua dissertazione per l'addottoramento, le sparse voci, in dottrina e in giurisprudenza, che si levavano contro « la necessità e l'utilità » di un diritto soggettivo sull'« Unternehmen » (127). Al termine del suo libello, il giurista tedesco concludeva che in base al diritto vigente non c'era alcun punto fermo per l'accoglimento « eines absoluten Rechts am Gewerbebetriebe », nessuna giurisprudenza costante, nessuna convergenza in dottrina sull'esistenza, la natura, le dimensioni e gli effetti di questo diritto, e che pertanto, fintantoché si fosse configurato come una « totalità giuridica », mai l'« Unternehemen » avrebbe potuto ricevere autonoma protezione, formare l'oggetto di un contratto ad effetti reali, né, in generale, di un negozio dispositivo (128): il « Kaufmann », « all'occorrenza », avrebbe potuto beneficiare solo della tutela apprestata dalla legge e segnatamente di quella contenuta nel §. 1 della legge sulla concorrenza del 1909,

(127) H. Reiche, *Das Recht am Unternehmen*, Greifswald, Poettke, 1920. Le notizie biografiche ci giungono dallo stesso Reiche, che in calce al suo libello riportava un breve *curriculum vitae*: nato a Berlino il 13 luglio del 1894, aveva frequentato nella città natale la scuola e il ginnasio, prima di intraprendere gli studi giuridici. Nel 1914, al prorompere della prima guerra mondiale, era partito volontario, interrompendo così quella carriera universitaria che avrebbe ripreso a Berlino nell'anno accademico 1918/1919, fino alla laurea presso l'università di Greifswald.

(128) « Angesichts dieser Verhältnisse » — scriveva H. Reiche, *Das Recht am Unternehmen*, cit., pp. 63-64 — « muß die Existenz eines subjektiven Privatrechts am Gewerbebetriebe verneint werden. Dieser Schluß wird auch bedingt durch die Auffassung des Unternehmens als einer Rechtsgesamtheit. Denn als solche kann das Unternehmen als Ganzes wohl zum Gegenstand obligatorischer Rechtsgeschäfte gemacht, nicht aber mit dinglichen Rechten belastet werden. Insbesondere ist es unmöglich, diesen ganzen, durch die Organisation zusammengehaltenen Komplex verschiedenster Gegenstände mit einem einheitlichen Ausschlußrecht zu umspannen ».

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

oltre, eventualmente, a quella generale dettata dai §§. 823 e 1004 del BGB (129).

In realtà, tuttavia, le condizioni politiche, sociali, economiche e culturali che erano progressivamente maturate negli ex Imperi centrali durante e dopo la Grande Guerra non autorizzavano affatto a rinunciare così arrendevolmente a una nozione unitaria di « Unternehmen », non inducevano a sminuire l'utilità di una tavola di figure giuridiche per mezzo delle quali filtrare la complessità organizzativa e la dimensione collettiva proprie del modello capitalistico di produzione, né suggerivano di rallentare i ritmi della discussione che ormai da anni gravitava intorno al concetto di « Unternehmen ». Se possibile, anzi, andavano affermandosi alcune novità, specialmente sul piano economico e su quello politico, che avrebbero finito in qualche modo per stimolare l'interesse verso la sfera industriale e per alimentare la ricerca di un tessuto concettuale in grado di rispecchiare i mutevoli equilibri del sistema economico.

La prima Guerra Mondiale, infatti, aveva ulteriormente rafforzato il ruolo della grande industria e accentuato quel processo di interventismo statale in materia di economia che già la Germania di Bismarck (1815-1898), prima, e di Guglielmo II (1859-1941), dopo, aveva avviato, da un lato determinando un sensibile avvicinamento fra Stato e società, dall'altro favorendo la costruzione dottrinale di uno specifico diritto amministrativo, un diritto industriale, un « Wirtschaftsverwaltungsrecht » (130). Già dal 1873, dai tempi del

(129) Ivi, p. 65. Il §. 1 della legge contro la concorrenza sleale del 7 giugno 1909 aveva finalmente introdotto una « Generalklausel », in forza della quale « wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden ». Cfr. il commento di D. Baer, *Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, cit., pp. 28-53. Del §. 823 del BGB, riguardante l'illecito aquiliano, si è già detto; il §. 1004 riconosceva al proprietario il diritto di chiedere la rimozione del pregiudizio recato alla sua proprietà: « wird das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt, so kann der Eigentümer von dem Störer die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen. II Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist ».

(130) M. Stolleis, *Wie entsteht ein Wissenschaftszweig?*, cit., pp. 1-13. Si vedano anche, dello stesso Autore, *Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche*

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

"Kulturkampf" e della "Große Depression", le ragioni di un intervento dello Stato nella sfera economica si erano andate moltiplicando, di pari passo con quelle che denunciavano l'insufficienza degli automatismi liberali, passando per una legislazione sociale e per un corpo di leggi in materia di concorrenza sleale, brevetti, marchi, traffico degli autoveicoli, associazioni, società, borsa, banche, assicurazioni, diritti d'autore, fisco (131).

Recht, in « Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte », 11, 1989, specialmente pp. 134-147, e *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Band 3, *Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur. 1914-1945*, München, Beck, 1999, pp. 226-234. Sull'avvicinamento, nel segno di una politica di interventismo economico, fra Stato e società nella prima metà del Novecento in Austria e in Germania, ma soprattutto sulla nascita e sulle trasformazioni di un « Verwaltungsrecht » chiamato a ridefinire gli equilibri fra diritto pubblico e diritto privato e a disciplinare una burocrazia fondata su modelli consensualistici, accanto a quelli imperativi, si veda B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano, Giuffrè, 1987.

(131) Sull'interventismo statale nell'economia, sotto il profilo politico, storico, giuridico, sociale e filosofico, D. KLIPPEL, *Der liberale Interventionsstaat. Staatszweck und Staatstätigkeit in der deutschen politischen Theorie des 18. und der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, in *Recht und Rechtswissenschaft im mitteldeutschen Raum*, herausgegeben von H. Lück, Köln, Weimar und Wien, Böhlau, 1998, pp. 77-103; M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Band 3, *Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft*, cit., pp. 44-48; U. SCHEUNER und A. SCHÜLE, *Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft. Rechtsformen und Rechtsschutz*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 11, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1954, pp. 1-152; M. VEC, *Interventionsstaat*, in corso di pubblicazione nella seconda edizione dell'*Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, herausgegeben von A. Cordes, H. Lück und D. Werkmüller, Berlin. Si veda anche, volendo, F. MAZZARELLA, *Percorsi dell'individualismo giuridico. Dal proprietario all'azionista delle multinazionali*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », 1/2004, in particolare pp. 53-57. Sulle condizioni politiche nelle quali maturarono le scelte di interventismo della Germania, sul programma politico-sociale formulato da Bismarck fin dal 1871 e sulle linee generali dell'intervento legislativo compiuto durante l'età guglielmina nell'industria, nel commercio, nel lavoro e nell'agricoltura, L. GALL, *Bismarck. Der weiße Revolutionär*, Frankfurt am Main/Berlin, Ullstein, 1990[23], specialmente pp. 597-618 e 642-683, nonché, per un primo inquadramento generale in tema di interventismo economico nell'Europa del primo Novecento, A. BRIGGS, *L'economia mondiale: interdipendenza e pianificazione*, in *The New Cambridge Modern History*, vol. XII, *The Shifting Balance of World Forces (1898-1945)*, edited by C.L. Mowat, Cambridge, Cambridge University Press, 1968, trad. it. *Storia del Mondo Moderno*, vol. XII, *I grandi conflitti mondiali (1898-1945)*, Milano, Garzanti, 1972, pp. 41-96.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Con l'entrata in guerra, tuttavia, lo sforzo richiesto a tutte le componenti del paese, dal legislatore alla scienza giuridica, dall'industria al lavoro, aumentò vertiginosamente, richiedendo una « cooperazione di intensità fino ad allora sconosciuta » (132). Le commesse di armamenti rappresentarono solo un momento, e neanche il più importante, di un ventaglio di iniziative — dalla creazione di organizzazioni di guerra (« Kriegs-Aktiengesellschaft », « G.m.b.H. », « Abrechnungsstelle », « Kriegsausschuß ») alla diretta partecipazione dello Stato alle forme societarie tradizionali, dall'intervento in materia di fonti energetiche e produzione di materie prime all'introduzione di calmieri e misure limitative per il mercato, dalla creazione di una burocrazia di guerra (ministeri, dipartimenti, uffici, divisioni, sezioni) all'imposizione di sequestri e confische — che modificarono, all'insegna di una sempre più fitta commistione fra categorie del diritto pubblico e del diritto privato, la fisionomia dell'assetto giuridico tradizionale, per forza di cose sollecitando una riflessione scientifica ed una sistemazione dogmatica dei nuovi campi del « Verwaltungsrecht », dell'« Industrierecht », del « Sozialrecht » e dell'« Arbeitsrecht » (133). L'« Unternehmen », da questo stato di cose, usciva

(132) M. Stolleis, *Die Entstehung des Interventionsstaates*, cit., p. 143, ma anche, dello stesso Autore, *Wie entsteht ein Wissenschaftszweig?*, cit. Cfr. anche L. Gall, *Europa*, cit., pp. 72-91.

(133) Sono fondamentali, a questo proposito, le riflessioni, che costituiscono anche una sorta di resoconto, di E. Heymann, *Die Rechtsformen der militärischen Kriegswirtschaft als Grundlage des neuen deutschen Industrierechts*, Marburg in Hessen, Elwert, 1921, membro permanente, insieme a Werner Sombart, Wilhelm Franz, Kurt Wiedenfels, Ernst Francke, Otto Göbel, Ernst Tießen, Wilhelm Völcker, Erns Helft, della commissione scientifica del ministero di guerra prussiano. Heymann, prima di illustrare le diverse forme giuridiche dell'intervento statale nell'economia e nell'industria, spiegava come il diritto di guerra avesse interessato il diritto di proprietà e l'espropriazione, il diritto dei contratti, il diritto delle società commerciali e dei sindacati, ma soprattutto « das Recht des Unternehmens und das Arbeiterrecht, daneben Verfassungs- und Verwaltungsrecht, selbst Zivilprozeß und Teile des Strafrechts » (p. 8). L'« Industrierecht des Krieges », in particolare, dimostrava chiaramente che il « Gewerberecht ebenso wie unser Handelsrecht im Kerne Privatrecht ist. Das öffentliche Recht gibt ihm einen Überbau, der in die privatrechtlichen Gebilde nur modifizierend eingreift ». Si vedano anche A. Nussbaum, *Das neue deutsche Wirtschaftsrecht*, cit., che già nel 1920, oltre ad offrire un quadro della burocrazia, della legislazione e del diritto formatisi nel corso del conflitto, notava come con la guerra mondiale fosse iniziato « für die ganze Kulturwelt ein neuer Abschnitt der Rechtsentwicklung » e registrava « eine

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

ulteriormente responsabilizzato, confermandosi quale ideale luogo di incontro fra gli interessi privati « des einzelnen Unternehmers » e quelli « des einzelnen Arbeiters », entrambi affiancati, se non addirittura superati, dall'interesse pubblico della comunità (134). L'« Industrierecht », come annotava Heymann (1870-1946) nel 1921, era nel pieno di un cambiamento morfologico, che, iniziato nel 1914 con lo sviluppo « unserer militärischen Zwangswirtschaft », imponeva ai giuristi di confrontarsi con le nuove « Rechtsnormen » e le nuove « Rechtsformen » che si erano via via andate innestando nel tronco unitario dell'ordinamento (135).

Inoltre, la sfera dell'"economico" aveva guadagnato un ruolo, anche sul piano costituzionale, che fino ad allora non aveva avuto o che almeno non le era stato ufficialmente riconosciuto, di modo che, al culmine di questo processo, l'« Unternehmen » finiva con l'intaccare, nell'ambito del diritto patrimoniale, l'indiscusso monopolio del quale godeva la proprietà. Nella Costituzione di Weimar, la *Verfassung des Deutschen Reiches* dell'11 agosto 1919, nata nel mezzo delle correnti antitetiche provenienti dalla tradizione liberale, dalla rivoluzione bolscevica e dal desiderio di cambiamento conseguente alla disfatta bellica, un'intera parte, il *Fünfter Abschnitt*, veniva per la prima volta dedicata al « Wirtschaftsleben », alla sfera economica, ai rapporti che da essa scaturivano e che su di essa si fondavano (136).

Verschiebung der Grenzen zwischen öffentlichem und privatem Recht » (p. 1); e sull'evoluzione del rapporto fra Stato, legislazione ed economia, sui lineamenti e sulle nuove prospettive del « Wirtschaftsrecht », fino al Nazionalsocialismo, J.W. HEDEMANN, *Deutsches Wirtschaftsrecht*, cit., nonché, dello stesso Autore, specie per una letteratura sul rapporto fra « Wirtschaftsrecht » e « Krieg », *Wirtschaftsrecht*, cit., pp. 931-932. In generale M. STOLLEIS, *Die Entstehung des Interventionsstaates*, cit., pp. 143-147, e, sulle possibili forme e misure dell'interventismo statale, U. SCHEUNER und A. SCHÜLE, *Die staatliche Intervention*, cit., specialmente pp. 26-45.

(134) E. HEYMANN, *Die Rechtsformen*, cit., p. 9.

(135) Ivi, p. 5.

(136) Cfr. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 232-238. Si vedano anche G. GOZZI, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2003, in particolare pp. 77-115; K.W. NÖRR, *Die Republik der Wirtschaft. Recht, Wirtschaft und Staat in der Geschichte Westdeutschlands*, Teil I, *Von der Besatzungszeit bis zur Großen Koalition*, Tübingen, Mohr, 1999, pp. 12-18; G. OESTREICH, *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 132-138; A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna, Il Mulino, pp. 597-600. Per un'introdu-

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Ciò avveniva, conformemente ai tempi, in una prospettiva pluralistica e socializzante, che, rilevando i profili collettivi e organizzativi della struttura economica industriale, teneva insieme il diritto d'impresa e quello del lavoro, riconosceva la libertà economica e introduceva la categoria dei diritti sociali, sanciva la libertà d'associazione e registrava la complessità dei gruppi, assicurava protezione al diritto di proprietà e ne imponeva un esercizio conforme all'interesse comune (137). Al cuore di questo corpo, l'« Unternehmen » si pre-

---

zione storica alla Repubblica di Weimar si vedano almeno A.S. ERUSALIMSKIJ, *Da Bismarck a Hitler. L'imperialismo tedesco nel XX secolo*, vol. I, Roma, Editori Riuniti, 1974[2]; C. KLEIN, *La repubblica di Weimar*, Milano, Mursia, 1970; W. LAQUER, *La Repubblica di Weimar*, Milano, Rizzoli, 1977; A. ROSENBERG, *Storia della Repubblica di Weimar*, Firenze, Sansoni, 1972.

(137) È l'ottica del « comunitarismo weimariano », sul quale cfr. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., pp. 232-238. Il riconoscimento della libertà economica, industriale e commerciale era contenuto, fermi restando i limiti del bene pubblico, della giustizia sociale e della legge, nell'Art. 151 (« die Ordnung des Wirtschaftslebens muß den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen. In diesen Grenzen ist die wirtschaftliche Freiheit des einzelnen zu sichern. II Gesetzlicher Zwang ist nur zulässig zur Verwirklichung bedrohter Rechte oder im Dienst überragender Forderungen des Gemeinwohls. III Die Freiheit des Handels und Gewerbes wird nach Maßgabe der Reichsgesetze gewährleistet »); il riconoscimento della libertà contrattuale, con la proibizione dell'usura e nei limiti della legge e del buon costume, nell'Art. 152 (« im Wirtschaftsverkehr gilt Vertragsfreiheit nach Maßgabe der Gesetze. II Wucher ist verboten. Rechtsgeschäfte, die gegen die guten Sitten verstoßen, sind nichtig »); il lavoro era protetto dall'Art. 157, che prevedeva anche la formazione di un autonomo diritto del lavoro (« die Arbeitskraft steht unter dem besonderen Schutz des Reichs. II Das Reich schafft ein einheitliches Arbeitsrecht »); alla libertà d'associazione era dedicato innanzitutto l'Art. 159 (« die Vereinigungsfreiheit zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet. Alle Abreden und Maßnahmen, welche diese Freiheit einzuschränken oder zu behindern suchen, sind rechtswidrig »), mentre gli altri diritti sociali (casa, salute, mantenimento, maternità) erano disciplinati dagli Artt. 155, 160, 161, 162, 163 e 164; la proprietà privata era riconosciuta dall'Art. 153, in forza del quale, però, per un verso, si prevedeva anche la possibilità dell'espropriazione, per altro verso, soprattutto, si imponeva un complesso di obblighi (« Eigentum verpflichtet ») e un esercizio conforme al bene comune (« das Eigentum wird von der Verfassung gewährleistet. Sein Inhalt und seine Schranken ergeben sich aus den Gesetzen. II Eine Enteignung kann nur zum Wohle der Allgemeinheit und auf gesetzlicher Grundlage vorgenommen werden. Sie erfolgt gegen angemessene Entschädigung soweit nicht ein Reichsgesetz etwas anderes bestimmt. Wegen der Höhe der Entschädigung ist im Streitfalle der Rechtsweg bei den ordentlichen Gerichten offen zu

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

sentava nella sua veste unitaria e complessa, come una delle collettività che animavano, insieme alla famiglia, alle unioni sindacali e alle associazioni con scopo di lucro, l'ordine socio-economico racchiuso nell'orizzonte statale. Operai e impiegati, all'interno della comunità d'impresa, avrebbero dovuto collaborare con gli « Unternehmer » per favorire lo sviluppo economico delle energie produttive (138); restava ferma, per lo Stato, la possibilità di « socializzare », in via legislativa, le « private wirtschaftliche Unternehmungen », di concorrere, direttamente o indirettamente, all'amministrazione di « wirtschaftlicher Unternehmungen und Verbände » e soprattutto

---

halten, soweit Reichsgesetze nichts anderes bestimmen. Enteignung durch das Reich gegenüber Ländern, Gemeinden und gemeinnützigen Verbänden kann nur gegen Entschädigung erfolgen. III Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste »).

(138) Art. 165: « die Arbeiter und Angestellten sind dazu berufen, gleichberechtigt in Gemeinschaft mit den Unternehmern an der Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen sowie an der gesamten wirtschaftlichen Entwicklung der produktiven Kräfte mitzuwirken. Die beiderseitigen Organisationen und ihre Vereinbarungen werden anerkannt. II Die Arbeiter und Angestellten erhalten zur Wahrnehmung ihrer sozialen und wirtschaftlichen Interessen gesetzliche Vertretungen in Betriebsarbeiterräten sowie in nach Wirtschaftsgebieten gegliederten Bezirksarbeiterräten und in einem Reichsarbeiterrat. III Die Bezirksarbeiterräte und der Reichsarbeiterrat treten zur Erfüllung der gesamten wirtschaftlichen Aufgaben und zur Mitwirkung bei der Ausführung der Sozialisierungsgesetze mit den Vertretungen der Unternehmer und sonst beteiligter Volkskreise zu Bezirkswirtschaftsräten und zu einem Reichswirtschaftsrat zusammen. Die Bezirkswirtschaftsräte und der Reichswirtschaftsrat sind so zu gestalten, daß alle wichtigen Berufsgruppen entsprechend ihrer wirtschaftlichen und sozialen Bedeutung darin vertreten sind. IV Sozialpolitische und wirtschaftspolitische Gesetzentwürfe von grundlegender Bedeutung sollen von der Reichsregierung vor ihrer Einbringung dem Reichswirtschaftsrat zur Begutachtung vorgelegt werden. Der Reichswirtschaftsrat hat das Recht, selbst solche Gesetzesvorlagen zu beantragen. Stimmt ihnen die Reichsregierung nicht zu, so hat sie trotzdem die Vorlage unter Darlegung ihres Standpunkts beim Reichstag einzubringen. Der Reichswirtschaftsrat kann die Vorlage durch eines seiner Mitglieder vor dem Reichstag vertreten lassen. V Den Arbeiter- und Wirtschaftsräten können auf den ihnen überwiesenen Gebieten Kontroll- und Verwaltungsbefugnisse übertragen werden. VI Aufbau und Aufgabe der Arbeiter- und Wirtschaftsräte sowie ihr Verhältnis zu anderen sozialen Selbstverwaltungskörpern zu regeln, ist ausschließlich Sache des Reichs ». Sui consigli d'azienda, la filosofia sociale e l'ideologia "consiliare", frutto in buona parte dell'influenza esercitata da Hugo Sinzheimer (1875-1945) durante i lavori dell'Assemblea costituente, G.A. RITTER, *Storia dello Stato sociale*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 111-122.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

di fonderle allo scopo di assicurare la miglior cooperazione di tutte le componenti sociali (139).

Anche la Costituzione austriaca del 1920 ritagliava all'economia industriale un ruolo di rilievo, se non altro nel senso di riservare all'esclusiva competenza dello Stato le materie « des Gewerbes und der Industrie », della concorrenza sleale, delle invenzioni industriali, dei modelli di fabbrica, dei marchi e degli altri segni distintivi del prodotto, delle « Kammern für Handel, Gewerbe und Industrie », del diritto del lavoro e dell'assicurazione sociale, del credito, della banca e della borsa, ma anche del diritto delle associazioni e delle unioni (140). Ma soprattutto, nell'ordinamento austriaco, l'« Unternehmen » affiorava, sul piano legislativo, nella sua veste unitaria di

(139) Art. 156: « das Reich kann durch Gesetz, unbeschadet der Entschädigung, in sinngemäßer Anwendung der für Enteignung geltenden Bestimmungen, für die Vergesellschaftung geeignete private wirtschaftliche Unternehmungen in Gemeineigentum überführen. Es kann sich selbst, die Länder oder die Gemeinden an der Verwaltung wirtschaftlicher Unternehmungen und Verbände beteiligen oder sich daran in anderer Weise einen bestimmenden Einfluß sichern. II Das Reich kann ferner im Falle dringenden Bedürfnisses zum Zwecke der Gemeinwirtschaft durch Gesetz wirtschaftliche Unternehmungen und Verbände auf der Grundlage der Selbstverwaltung zusammenschließen mit dem Ziele, die Mitwirkung aller schaffenden Volksteile zu sichern, Arbeitgeber und Arbeitnehmer an der Verwaltung zu beteiligen und Erzeugung, Herstellung, Verteilung, Verwendung, Preisgestaltung sowie Ein- und Ausfuhr der Wirtschaftsgüter nach gemeinwirtschaftlichen Grundsätzen zu regeln. III Die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften und deren Vereinigungen sind auf ihr Verlangen unter Berücksichtigung ihrer Verfassung und Eigenart in die Gemeinwirtschaft einzugliedern ».

(140) Ci si limita a segnalare gli artt. 10, 11, 12 e 13 del *Bundesverfassungsgesetz* del 1° ottobre 1920 ed in special modo le seguenti parti dell'art. 10: « Bundessache ist die Gesetzgebung und die Vollziehung in folgenden Angelegenheiten: … 5. Geld-, Kredit-, Börse- und Bankwesen; Maß- und Gewichts-, Normen- und Punzierungswesen; 6. Zivilrechtswesen einschließlich des wirtschaftlichen Assoziationswesens; Strafrechtswesen mit Ausschluß des Verwaltungsstrafrechtes und Verwaltungsstrafverfahrens in Angelegenheiten, die in den selbständigen Wirkungsbereich der Länder fallen; Justizpflege; Verwaltungsgerichtsbarkeit; Urheberrecht; Pressewesen; Enteignung, soweit sie nicht Angelegenheiten betrifft, die in den selbständigen Wirkungsbereich der Länder fallen; Angelegenheiten der Notare, der Rechtsanwälte und verwandter Berufe; 7. Vereins- und Versammlungsrecht; 8. Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie; Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes; Patentwesen sowie Schutz von Mustern, Marken und anderen Warenbezeichnungen; Angelegenheiten der Patentanwälte; Ingenieur- und Ziviltechnikerwesen; Kammern für Handel, Gewerbe und Industrie; … 11. Arbeiterrecht sowie Arbeiter- und Angestelltenschutz, soweit es sich

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

organizzazione complessa, quale bene giuridico dotato di autonoma esistenza, suscettibile di valutazione e di circolazione giuridica: la legge austriaca del 1919 sul procedimento espropriativo nelle imprese economiche, infatti, provvedeva l'ordinamento di una definizione di « Unternehmung als Ganzes » come unione complessiva dei beni materiali, dei diritti (brevetti, licenze, concessioni, etc.), dei rapporti giuridici, commerciali e finanziari, dei mezzi di produzione, delle materie prime e delle scorte di magazzino (141).

In questo contesto, piuttosto che ammainare la bandiera dell'« Unternehmen », la cultura giuridica cercava di rinsaldarne le linee concettuali, inaugurando, con Karl Wieland, una nuova stagione di riflessione, caratterizzata dal tentativo di arricchire, tramite un approfondimento definitorio, i risultati già raggiunti. Rispetto alla prima fase, si trattava di avviare un percorso di ripensamento sulla consistenza obiettiva dell'« Unternehmen », nel senso di promuovere un processo di specificazione dei suoi elementi costitutivi che seguisse due tappe: 1) precisare, allargandone quanto più possibile la latitudine, la consistenza dell'« Unternehmen »; 2) articolare, per antitesi, associazione o distinzione rispetto all'idea generale di « Unternehmen », un nucleo di concetti e di nozioni funzionale al governo dell'economia industriale.

Il punto fermo, che nella misura in cui coglieva la vera cifra del Novecento giuridico rappresentava la più importante conquista

---

nicht umland- und forstwirtschaftliche Arbeiter und Angestellte handelt; Sozial- und Vertragsversicherungswesen ».

(141) §. 2 del *Gesetz über das Verfahren bei der Enteignung von Wirtschaftsbetrieben* del 30 maggio 1919: « die Enteignung erfaßt in der Regel die Unternehmung als Ganzes, das ist insbesondere den gesamten Grund- und Bergbaubesitz, die darauf befindlichen Baulichkeiten, die maschinellen und sonstigen Einrichtungen, das gesamte Zugehör, Berechtigungen (Patente, Lizenzen, Konzessionen u. ä.), die vorhandenen Betriebsmittel, Vorräte und Reserven, die zu Investitions- und sonstigen Zwecken angesammelten Fonds sowie den Gesamtinhalt der rechtlichen, geschäftlichen und finanziellen Beziehungen der Unternehmung. II Einzelne selbständige Teile (Betriebe, Berechtigungen u. ä.) der Unternehmung samt den darauf haftenden oder damit zusammenhängenden Lasten und Verbindlichkeiten können bei der Enteignung ausgeschaltet werden. Auch kann die Enteignung auf einen oder mehrere selbständige Teile einer Unternehmung beschränkt werden. Schäden, die aus der Zerreißung des wirtschaftlichen Zusammenhanges entstehen, sind besonders zu vergüten ».

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

della « Unternehmenslehre », era costituito dalla natura complessa del concetto di « Unternehmen », grazie alla quale il diritto commerciale era passato dalla prospettiva individualistica alla dimensione collettiva, dalla logica unilineare dello scambio alla filosofia multirelazionale della produzione, dalla semplicità di un impianto, quello del XIX secolo, fondato sul « Kaufmann » e sugli « Handelsgeschäfte », alla complessità di un ordine, quello del XX secolo, basato sulla trasversalità e sull'unità dell'« Unternehmen » (142). Ora, 1921, all'interno di questo bene unitario, complesso e collettivo, Wieland riteneva necessario distinguere tre elementi fondamentali: l'attività imprenditoriale « dell'Unternehmer stesso o di colui il quale amministrasse al suo posto l'organismo complessivo dell'esercizio commerciale » (143); il « patrimonio aziendale », nel quale confluivano tanto i diritti soggettivi quanto i beni mobili e immobili, materiali e immateriali, collegati all'esercizio dell'attività d'impresa (144); infine tutte le relazioni e i rapporti giuridico-

(142) Di questo passaggio i giuristi della nuova stagione furono perfettamente consapevoli, come dimostrano le parole di H. Krause, *Kaufmannsrecht und Unternehmerrecht*, in « Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht », 105, 1938, p. 126: « die Gegenwart, im Bestreben, Individualismus und Masse zu überwinden, sucht nach neuen sinnvollen Gliederungen des Volksganzen. … Das 19. Jahrhundert hat die ständische Prägung des Kaufmanns fortschreitend ausgelöscht und einen Sammelbegriff aus ihm gemacht. Das 20. Jahrhundert schickt sich an, die Entwicklung abzuschließen und auf eine neue Stufe zu heben. Es gleicht nicht mehr eine Reihe von Wirtschaftszweigen dem Handel an, sondern sieht die Einheit aller gewerblichen Tätigkeit mit dem Kern der Produktion, um die sich alles andere lagert ».

(143) K. Wieland, *Handelsrecht*, Band 1, *Das kaufmännische Unternehmen und die Handelsgesellschaften*, München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1921, pp. 240-241.

(144) E fra questi, come sempre, le macchine, le merci, le materie prime, i prodotti finiti, il denaro, i titoli di credito, i libri contabili, la corrispondenza, i riconoscimenti, gli attestati, i magazzini, gli stabilimenti, ma anche i diritti sui segni distintivi, i diritti d'autore, i diritti sulle invenzioni industriali, i diritti sulla ditta e sulla ragione sociale, i diritti sulle partecipazioni sociali e associative, i diritti al risarcimento dei danni ed ogni altro diritto, fino ai diritti soggettivi pubblici, alle concessioni, alle obbligazioni: « das Handelsvermögen » — anzi specificava K. Wieland, *Das kaufmännische Unternehmen*, cit., p. 244 — « ist der Inbegriff der dem Kaufmann zustehenden subjektiven Rechte oder, was dasselbe besagt, der körperlichen und unkörperlichen Gegenstände, soweit sie dem Betriebe des Handelsgewerbes dienstbar gemacht werden: bewegliche und unbewegliche Sachen, Waren, Rohstoffe, Fabrikate, Geld und Wertpapiere, Geschäftseinrichtungen, Handelsbücher und Geschäftsbriefe, Medaillen, Preisdi-

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

economici in qualsivoglia modo legati alla clientela, al mercato, al credito, all'organizzazione del lavoro, ai metodi di lavoro, ai segreti di fabbrica, alle condizioni dei locali commerciali, in quanto beni immateriali che, pur non generando immediatamente diritti, erano portatori di attese, aspettative, « Chancen » (145).

Nessuno di questi elementi, disgiuntamente considerato, costituiva l'« Unternehmen », ma tutti e tre insieme, « die drei erwähnten Bestandteile in ihrem Zusammenwirken », formavano una totalità coordinata di beni e di forze, realizzando il valore unitario dell'organizzazione imprenditoriale (146). Detto altrimenti: solo l'unità complessiva dell'« Unternehmen », l'ordinato coordinamento delle sue componenti, poteva far sì che le singole parti dell'organizzazione imprenditoriale modificassero la loro funzione e implementassero il loro valore singolo, in modo tale da produrre, attraverso la loro reciproca unità relazionale, un valore aggiunto (147). Il che non impediva di rilevare concettualmente l'esistenza di quegli specifici elementi (attività, patrimonio, capacità di profitto), che facevano dell'« Unternehmen » il momento di sintesi della combinazione

---

plome, Verkaufsmagazine, Fabrikgebäude, sodann Forderungs- und andere Rechte, Urheber- und Erfinderrechte, das Recht am Warenzeichen und an der Geschäftsfirma, Mitgliedschaftsrechte, endlich subjektiv-öffentliche Rechte, wie Gewerbekonzessionen. Zu den Geschäftsforderungen gehören die im Geschäftsbetrieb begründeten Forderungen auf Grund von Rechtsgeschäft oder Gesetz: Ansprüche auf Schadenersatz wegen Kreditschädigung usw. ».

(145) « Unter den Bezeichnungen „Immaterialgüter", „Chancen", „reine Wirtschaftsgüter" versteht man tatsächliche Verhältnisse von Vermögenswert, wirtschaftliche Beziehungen, die günstige Aussichten für eine gewinnbringende Ausübung des Gewerbes eröffnen, Kundschaft und Absatzgebiet, der Kredit, den der Geschäftsinhaber genießt, zweckentsprechende Organisation des Betriebs, Bezugsquellen, nicht geschützte Fabrikations- und Betriebsgeheimnisse und Betriebsmethoden, die günstige Lage des Geschäftslokals usw. Die Chancen sind Werterzeuger, die nicht Rechte sind. Ebensowenig sind sie Sachen oder sachähnliche Gegenstände rechtlicher Herrschaft. Weder können sie veräußert, verpachtet oder zu Nießbrauch übertragen werden, noch unterliegen sie der Zwangsvollstreckung oder dem Konkursbeschlag. Das Wesen dieser Immaterialgüter liegt darin begründet, daß sie den Niederschlag der im Geschäftsbetrieb erarbeiteten und errungenen Erfahrungen und Vorteile bilden, ihre Quelle somit größtenteils der Geschäftstüchtigkeit und sonstigen persönlichen Eigenschaften des Betriebsleiters entnehmen » (ivi, pp. 246-247).

(146) Ivi, p. 248.

(147) *Ibidem*.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

complessa dei mezzi, delle energie, delle persone, dei rapporti, della forza lavoro, del capitale e dei beni immateriali, organizzati, secondo criteri di efficienza e logiche di produttività, allo scopo di esercitare un'attività commerciale (148).

Da un lato, pertanto, confermando la base complessa e la dimensione collettiva, si valorizzava l'idea della consistenza unitaria dell'« Unternehmen », l'unica in grado di spiegare il diverso valore del tutto rispetto alle parti; dall'altro si manifestava l'esigenza di meglio specificare e distinguere i differenti elementi costitutivi che lo formavano. Si faceva strada, sotto questo secondo profilo, una tendenza orientata verso una più attenta considerazione, accanto all'elemento oggettivo dell'organizzazione, dell'elemento dinamico dell'attività e di quello soggettivo dell'imprenditore.

La logica complessa, come nel 1927 riassumeva Hans Oppikofer (1901-1950), era l'unica in grado di spiegare le dinamiche dell'economia industriale: non c'erano dubbi sul fatto che l'« Unternehmen » fosse una novità scaturita dal nuovo scenario industriale, « eine Schöpfung der Neuzeit », la risposta della borghesia industriale alla crescente domanda di beni e prodotti (149); l'aspirazione ad un incremento della produzione, infatti, passava da una rinnovata combinazione di beni economici e forze lavorative, un collegamento di nuovo conio fra beni ed energie, che non si risolveva in una raccolta amorfa di cose, ma generava un vero e proprio « Organismus », un autentico « Wirtschaftskörper », nel quale, in virtù del coordinamento, dell'affiatamento e dell'ordine, sfumava l'autonomia dei singoli elementi a vantaggio dello scopo comune all'intero (150); proprio come sostenuto da Wieland, il collegamento

(148) K. Wieland, *Das kaufmännische Unternehmen*, cit., pp. 239-240.

(149) H. Oppikofer, *Das Unternehmensrecht in geschichtlicher, vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung*, Tübingen, Mohr, 1927, p. 1.

(150) « Beim Streben nach größtmöglichen Leistungen mittels kleinsten Einsatzes sind in neuartigen Kombinationen Kräfte und Güter miteinander verbunden worden, um in ihrem Zusammenspiel den Zwecken der Güterbeschaffung (im weitesten Sinn) zu dienen. Es entstanden die modernen Unternehmen: Vereinigungen von Wirtschaftsgütern und Arbeitskräften, recht eigentliche Wirtschaftskörper, in denen die Selbständigkeit der einzelnen Sache oder Arbeitskraft, ihre frei veränderliche Bestimmbarkeit von neuem durch übergeordnete Zwecke eines umfassenden Organismus gebunden wurde » (*ibidem*).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

ordinato di capitale e lavoro, per via dell'unione sinergica dei vari fattori della produzione, sprigionava un'utilità complessiva, un'energia vitale se si vuole, che giammai si sarebbe potuta ottenere senza l'organizzazione pianificata dei singoli apporti, ed era in questa unità, « nell'ottimizzazione delle potenzialità di tutti i beni economici in esso ricompresi », che stava « il reale valore dell'Unternehmen » (151).

Eppure, anche a giudizio di Oppikofer, tale approdo non bastava a rappresentare fedelmente la realtà dell'« Unternehmen », che consisteva, certo, nell'organizzazione, ma che non poteva prescindere, come la realtà economica rivelava, innanzitutto dall'attività o dalle attività effettivamente svolte (152). Il tentativo, compiuto da Isay e Pisko, di risolvere l'« Unternehmen » nell'organizzazione e di considerare questa l'oggetto immateriale di un autonomo diritto soggettivo era da ritenersi insufficiente, perché i valori organizzativi non erano « oggetti autonomi », ma solo « attributi di una molteplicità di beni e forze » (153). L'organizzazione, intesa come collega-

(151) H. Oppikofer, *Das Unternehmensrecht*, cit., p. 2.

(152) « Schließlich » — argomentava H. Oppikofer, *Das Unternehmensrecht*, cit., p. 4 — « muß anerkannt werden, daß die vom Unternehmer ausgehende Tätigkeit, der Unternehmergeist, die Ursache aller Unternehmensgebilde ist, und daß erst der geistige Schöpfungsakt, der die Organisation ausmacht, die verschiedenen Einzelkräfte in wirtschaftlichem Plan zur großen Resultante verbindet ».

(153) Ivi, p. 7. Anche J. von Gierke, *Handelsrecht und Schiffahrtsrecht*, Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 1926, pp. 55-56, prendeva le distanze dalla concezione di Pisko, ritenendo, in particolare, che non si potesse esprimere in termini di appartenenza il rapporto fra l'« Unternehmen » e i suoi elementi. Nel 1923, tornando sul tema dell'« Unternehmen » a distanza di quasi vent'anni dal suo primo lavoro, O. Pisko, *Lehrbuch des Österreichischen Handelsrechtes*, Wien, Hölder-Pichler-Tempsky A.G., 1923, p. 55, aveva infatti essenzialmente ribadito la sua concezione obiettiva e l'idea secondo cui per « „Geschäftsvermögen" » avrebbe dovuto intendersi il complesso degli elementi materiali e immateriali inerenti o comunque collegati all'« Handelsbetrieb », dalle merci alle macchine, dalla capacità di profitto alle concessioni, dai diritti di privativa ai criteri organizzativi: « zu diesem gehören z. B. die vorrätigen Waren und Barbestände, die Geschäftseinrichtung, die Maschinen, andere Geräte, die außenstehenden Geschäftsforderungen, die etwa erforderliche Gewerbekonzession, die zum Betriebe verwendeten Grundstücke oder die an ihnen bestehenden Mietrechte, aber auch gewisse immaterielle Güter: die durch das erworbene Vertrauen des Publikums, durch ausgeübte Reklame, durch geschäftliche Vereisung bestimmter Gebiete oder auf andere Weise gesicherte Absatzgelegenheit (die sogenannten „Chancen") und die durch Erforschung und Erwerbung von Bezugsquellen für die Rohstoffe, durch Aufstellung eines

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

mento delle singole forze sulla base di un piano economico teso a conseguire un risultato, era funzionale all'esercizio dell'attività economica: « l'Unternehmen », pertanto, non era « concretamente concepibile senza l'attività economica » (154). Organizzazione e attività: due elementi diversi, concettualmente distinti, ma che « entrambi », come annotava Jens Jessen (1895-1944), « rappresentano parti essenziali, diverse ma inscindibilmente collegate, dell'impresa » (155).

Con queste precisazioni, l'« Unternehmen » si avviava ad includere stabilmente, nella sua definizione, l'elemento dell'« attività » (156). Ogni fatto organizzativo, ogni momento di organizzazione e di pianificazione, avrebbe rappresentato, in questa prospettiva, un passo verso il conseguimento del fine e al contempo una componente essenziale di quell'attività economica che costituiva la ragion d'essere dell'impresa: l'« Unternehmen » era l'organizzazione dei beni economici e delle forze lavorative messa al servizio dell'attività economica, ovvero, visto al rovescio, l'attività economica organizzata esercitata tramite la combinazione dei beni economici e delle forze lavorative.

Non solo. Oppikofer, come dopo di lui Gerhard Husserl (1893-1973), rivalutava anche gli elementi soggettivi dell'« Unternehmen », quelli, cioè, « connessi alla persona », e quindi la stessa

---

den Betriebsverhältnissen entsprechenden Arbeitsplanes, durch Anbahnung geschäftlicher Beziehungen mit einer Reihe für das Unternehmen tätiger Personen (z. B. Mitarbeitern, Berichterstattern einer Zeitung) usw geschaffene Organisation des Betriebes »; l'« Unternehmen », a giudizio di Pisko, rappresentava perciò l'« Handelsgeschäft in objektiven Sinne », un « Vermögensobjekt » formato dagli « immateriellen Gütern », dalla « Absatzgelegenheit » e dalla « Organisation des Betriebes », ma anche da tutti quei beni, come i mezzi di trasporto in un'impresa di trasporti, che stavano con l'« Unternehmen » in un rapporto di tale evidente interdipendenza da risultare indispensabili per la sua continuazione (p. 56).

(154) H. Oppikofer, *Das Unternehmensrecht*, cit., p. 4. Qualche anno più tardi, nel 1931, il medesimo concetto sarebbe stato espresso, con parole sostanzialmente identiche, anche da J. Jessen, *Unternehmen und Unternehmensrecht*, in « Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht », 96, 1931, p. 46: « jedenfalls ist die Tätigkeit ohne das äußere Gebilde und dieses ohne die Tätigkeit nicht denkbar ».

(155) J. Jessen, *Unternehmen und Unternehmensrecht*, cit., p. 46.

(156) « Die organisierende Tätigkeit des wirtschaftenden Menschen », come scriveva H. Oppikofer, *Das Unternehmensrecht*, cit., p. 5.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

figura dell'« Unternehmer » (157); non negava che l'« Unternehmen » consistesse prevalentemente in un'organizzazione di elementi impersonali e che dunque la sostituzione o l'eliminazione di uno o più elementi in nulla avrebbe alterato l'unità imprenditoriale, ma sottolineava l'importanza della persona dell'« Unternehmer », dovuta alla sua capacità organizzativa, alle sue conoscenze e alle sue relazioni (158). Nemmeno senza un elemento soggettivo, senza l'« Unternehmer », sarebbe stato possibile concepire l'« Unternehmen » (159).

La revisione, negli anni Venti e Trenta del Novecento, del concetto di « Unternehmen » secondo una logica analitica portava dunque ad un ampliamento del suo perimetro e ad una più articolata strutturazione degli elementi che lo componevano. A seguito di questo approfondimento, la fisionomia dell'« Unternehmen » assu-

---

(157) Ivi, p. 11. Ma cfr. anche G. HUSSERL, *Der Rechtsgegenstand. Rechtslogische Studien zu einer Theorie des Eigentums*, Berlin, Springer, 1933, p. 35, che parlava dell'« Unternehmen » come di un bene, « dem der organisatorisch verfestigte Machtwille einer Person (oder einer Personengruppe) seinen spezifischen Wertsinn verleiht ». E dopo di lui P. GIESEKE, *Die rechtliche Bedeutung des Unternehmens*, in *Festschrift Ernst Heymann*, Teil II, *Recht der Gegenwart*, Weimar, Hermann Böhlaus Nachfolger, 1940, pp. 112-147. Sulla figura dell'« Unternehmer », anzi, specificamente, su quella del « gewerblichen Unternehmers », come colui che « in Erwerbsabsicht eine selbständige, dauernde, nach außen hervortretende Tätigkeit betreibt, wobei Land- und Forstwirtschaft einerseits, Künste und Wissenschaft andererseits ausscheiden » (p. 91), in particolare dal punto di vista dei suoi rapporti con il « Kaufmann » e della esistenza di un « Unternehmerrecht » distinto da un « Kaufmannsrecht », cfr. H. KRAUSE, *Kaufmannsrecht*, cit., pp. 69-132.

(158) « Es ist allbekannt » — ragionava infatti H. OPPIKOFER, *Das Unternehmensrecht*, cit., p. 9 — « wie sehr an die Person des Unternehmers, an seinen Charakter, seine Geschäftstüchtigkeit, seine Geschäftsmoral, an seine Erfahrungen und Kenntnisse, an seine persönlichen Beziehungen zu Gesellschaft, Wirtschaft und Politik ein großer Teil der Leistungsfähigkeit und Werbekraft des Unternehmens gebunden ist. Das Vertrauen der Angestellten und Arbeiter und vornehmlich der Kredit der Lieferanten und Banken können ausschließlich durch die Persönlichkeit des Unternehmens bedingt sein. Weiterhin ist zu beachten, daß der Unternehmer in seinem Unternehmen nicht nur als Organisator wirkt, nicht nur Arbeitskräfte und Produktionsmittel zu einem selbständigen System zusammenordnet, sondern sich selbst auch als Arbeitskraft in den Betrieb einfügt ».

(159) « Der Unternehmer » — per usare le parole di P. RAISCH, *Geschichtliche Voraussetzungen*, cit., p. 120 — « ist nicht ohne Unternehmen, das Unternehmen ist nicht ohne Unternehmer denkbar ».

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

meva contorni sfrangiati, configurandosi come il punto di fuga di tre elementi diversi, a loro volta suscettibili di assumere forme differenti e capaci di contenere una molteplicità di beni: l'elemento obiettivo o statico dell'organizzazione, l'elemento subiettivo o dinamico dell'attività, l'elemento personale o soggettivo dell'« Unternehmer ». L'effetto immediato, a ben guardare, sarebbe stato il delinearsi, in corrispondenza dei diversi elementi, di una molteplicità di concetti, peraltro corrispondenti ad altrettanti punti di osservazione dell'« Unternehmen » (obiettivo, subiettivo e personale), che uno a fianco all'altro avrebbero composto una tavola articolata di figure e categorie (160). Prendeva forma una ramificazione di concetti, una classificazione scaturita dall'applicazione, al genere « Unternehmen », della tecnica esegetica della distinzione. L'« Unternehmen » poteva intendersi in senso soggettivo, come soggetto preposto all'esercizio dell'attività commerciale (imprenditore individuale, società, associazione, ente), e in senso oggettivo, come organizzazione; in senso statico, come complesso aziendale, e in senso dinamico, come attività imprenditoriale; in senso materiale, come insieme congiunto di mezzi di produzione e attività, e in senso spirituale, come organismo vivente formato dalla comunità di imprenditore e lavoratori; in senso lato, come sintesi dei diversi elementi, e in senso stretto, come complesso organizzato di cose e diritti; in senso tecnico, come organizzazione, e in senso economico, come attività (161).

---

(160) Si veda, sulla molteplicità semantica del lemma « Unternehmen » e per una ricostruzione dei diversi significati attribuiti dai vari esponenti della cultura giuridica tedesca ai termini « Unternehmen », « Handelsgeschäft », « Handelsgewerbe », « Gewerbebetrieb », A. VANZETTI, *Trent'anni di studi sull'azienda*, II. *La dottrina tedesca e quella dei paesi latini. Conclusioni*, in « Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni », 56, 1958, I, pp. 105-161.

(161) Molto utile, sotto questo profilo, il panorama concettuale nel quale si muove O. VON NELL-BREUNING, *Unternehmensverfassung*, in *Das Unternehmen in der Rechtsordnung*, cit., pp. 47-77, fra « Unternehmen » e « Betrieb », fra « Unternehmen » in senso passivo, « nicht anderes als ein technologisch-ökonomischer Prozeß », e « Unternehmen » in senso attivo, che indica « die im Verbund miteinander tätigen Menschen » (p. 50), fra « Unternehmen », che non è « jemand, *für* den man handeln kann, sondern schlecht und recht ein Objekt, in bezug auf *das* oder mit Wirkung gegen *das* man handeln kann », e « Unternehmer », che può essere una persona individuale o una società, la quale è « kein Unternehmen, sondern *hat* und betreibt ein Unternehmen, ist also Unternehmerin » (p. 53).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Emblematica, in questo senso, era la dicotomia, che sempre più insistentemente si andava profilando, tra « Unternehmen » e « Unternehmung », ma soprattutto tra « Unternehmen » e « Betrieb », destinati ad assumere il ruolo di paradigmi concettuali ai quali la giurisprudenza pratica e la scienza giuridica avrebbero di volta in volta assegnato significati differenti (162). In senso soggettivo, come notava Erwin Jacobi (1884-1965), i due termini erano da considerare sinonimi, perché entrambi derivavano da concetti, « betreiben » e « unternehmen », che si risolvevano in attività durature esercitate da un soggetto per il conseguimento di uno scopo (163). Ma se ci si fosse spostati dal piano soggettivo a quello oggettivo, i due concetti di « Betrieb » e « Unternehmen » si sarebbero differenziati proprio in ragione dello scopo.

Entrambi, infatti, davano luogo ad una totalità giuridica, una « Einheit » di elementi reali (strumenti di lavoro, macchine, materie prime, edifici, terreni) e personali (imprenditore, operai, impiegati,

---

(162) Cfr., con la descrizione dei diversi punti di vista e alcune tabelle contenenti i « Merkmale » individuati dai diversi autori, H. BORN, *Die Begriffe „Betrieb" und „Unternehmen" in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Reichsarbeitsgerichts*, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig, Dresden, Dittert, 1938. Il « Betrieb », spiegava J.W. HEDEMANN, *Deutsches Wirtschaftsrecht*, cit., p. 266, stava « Seite an Seite mit dem „Unternehmen", von dem er jedoch in der wissenschaftlichen Lehre und auch in der praktischen Gestaltung abzutrennen ist ». Quanto alla dicotomia fra « Unternehmen » e « Unternehmung », K. WIELAND, *Das kaufmännische Unternehmen*, cit., pp. 239-240, riteneva che se « Unternehmung » era « Einsatz von Kapital und Arbeitskraft zum Zwecke der Gewinnerzielung », per « Unternehmen », in senso obiettivo, dovevano intendersi « die eingesetzten persönlichen und sachlichen Güter selbst ». Cfr., sulla distinzione di Wieland fra « Unternehmung » e « Unternehmen », P. RAISCH, *Geschichtliche Voraussetzungen*, cit., pp. 132-134. R. PASSOW, *Betrieb, Unternehmung, Konzern*, in *Beiträge zur Lehre von den Unternehmungen*, Heft 11, Jena, Fischer, 1925, p. 42, invece, adoperava « die beiden Ausdrücke Unternehmung und Unternehmen … als gleichbedeutend », dal momento che « der Sprachgebrauch macht keine solche Unterscheidungen ».

(163) « Die Hauptworte Betrieb, Unternehmen, Unternehmung » — erano le parole di E. JACOBI, *Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe*, in *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Victor Ehrenberg zum 30. März 1926*, Leipzig, Weicher, 1927, p. 3 — « gehen sprachlich auf die Tätigkeitsworte „betreiben", „unternehmen" zurück. Beide bezeichnen die auf Dauer gerichtete Betätigung eines Menschen zur Verfolgung eines über die Tätigkeit hinausgehenden Zweckes. … In diesem allgemeinsten Sinne sind die Tätigkeitswörter „betreiben" und „unternehmen" und die entsprechenden Hauptwörter Betrieb und Unternehmen gleichbedeutend ».

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

familiari), diritti e beni immateriali (organizzazione, tecniche di produzione, metodi di lavoro, avviamento, clientela, canali di approvigionamento, ma anche aspettative, possibilità, « Chancen »), ordinati in virtù di un comune patrimonio di esperienze, tecniche e metodi al servizio di un determinato scopo (164). Ma mentre nel caso del « Betrieb » lo scopo dell'unità era quello « unmittelbare » e « technische » dell'attività, quello tecnico immediato al cui servizio era posto il complesso unitario (produzione di beni, scambio di merci, trasporto di persone o di cose), nel caso dell'« Unternehmen » lo scopo era quello, più lontano e meno tangibile, consistente nel fine prefissato dall'« Unternehmer », che poteva ovviamente essere e normalmente era il profitto economico, ma che poteva anche essere un obiettivo materiale o immateriale, un fine culturale, un traguardo scientifico, un bisogno pubblico, uno scopo sociale (165). Sul piano definitorio, in sintesi, il « Betrieb » era l'unione di mezzi personali, reali e immateriali messi a servizio di un risultato tecnico, mentre l'« Unternehmen » era l'unione di mezzi personali, reali e immateriali organizzati per il soddisfacimento del fine prefissato dall'« Unternehmer » (166). Un « Unternehmen », pertanto, po-

(164) E. Jacobi, *Betrieb und Unternehmen*, cit., pp. 4-22.

(165) « Die Zwecke, um die es sich hier handelt, sind aber nicht, wie beim Betrieb, die unmittelbar technischen Zwecke der Tätigkeit, sondern das entferntere Ziel, um deswillen der Unternehmer das Unternehmen unternimmt. … Der allgemeine Begriff des Unternehmens deckt auch die Fälle, wo es sich nicht um Gewinn, sondern um gemeinnützige Befriedigung materieller oder ideeller Bedürfnisse — gemeinnützige Unternehmen — oder um Bedürfnisse der öffentlichen Verwaltung handelt » (ivi, pp. 16-17). E ancora: « die Einheit des Unternehmens wird nicht schon durch den unmittelbaren technischen Zweck der Betätigung, sondern erst durch den entfernteren Zweck, durch das Ziel des zu befriedigenden Bedürfnisses bestimmt » (ivi, p. 18).

(166) Più precisamente, stando alle definizioni di E. Jacobi, *Betrieb und Unternehmen*, cit., rispettivamente pp. 9 e 20: « damit ergibt sich als Begriff des Betriebes im objektiven Sinne die Vereinigung von persönlichen, sächlichen und immateriellen Mitteln zur fortgesetzten Verfolgung eines von einem oder von mehreren Rechtssubjekten gemeinsam gesetzten technischen Zweckes »; « als Rechtsbegriff des Unternehmens im objektiven Sinne ergibt sich sonach: die Vereinigung von persönlichen, sächlichen und immateriellen Mitteln durch das von einem Rechtssubjekt (oder von mehreren Rechtssubjekten gemeinsam) verfolgte Ziel, ein bestimmtes Bedürfnis zu befriedigen ». In base alla distinzione di R. Passow, *Betrieb, Unternehmung, Konzern*, cit., rispettivamente pp. 2-3 e pp. 41-42, fermo restando che « gelegentlich wird im

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

teva comprendere più « Betriebe »; al servizio del medesimo scopo di un « Unternehmen » potevano stare attività con diverse tecniche; più « Betriebe » potevano, per conto del medesimo « Unternehmen », svolgere autonome attività e perseguire specifici scopi tecnici (167).

Qualche anno più tardi, nel 1940, in linea con la tendenza a diversificare i profili dell'« Unternehmen » e ad allargare la tavola dei concetti ad esso inerenti, Paul Gieseke (1888-1967), nel presupposto dell'inesistenza di una « nozione giuridica chiusa di "Unternehmen" », avrebbe sottolineato le diverse anime che convivevano nell'« Unternehmen » e la conseguente possibilità di osservarlo in modo statico, come organizzazione, o in modo dinamico, come attività dell'« Unternehmer » (168); di accentuare, nella definizione

---

gewöhnlichen Leben der Ausdruck Betrieb auf die technischen Bestandteile eines Unternehmens beschränkt und der Betrieb in diesem engeren Sinne dem Kontor, der kaufmännischen Abteilung gegenübergestellt » (p. 38), il « Betrieb » era « ein Inbegriff, ein einheitlicher Komplex von auf die Dauer berechneter wirtschaftlicher Tätigkeit », sicché « ein Betrieb liegt nur vor, wenn es sich um einen Inbegriff, einen Komplex wirtschaftlicher Tätigkeiten handelt. Eine vereinzelte Arbeit, eine singuläre Aktion stellt noch keinen Betrieb dar, auch dann nicht, wenn eine größere Anzahl von Personen dabei mitwirken »; l'« Unternehmung », da lui considerata un sinomino di « Unternehmen », era « ein selbständiger, auf Erwerb gerichteter Betrieb oder — um einen anderen, gleichbedeutenden Ausdruck zu gebrauchen — eine selbständige Erwerbswirtschaft (Erwerbsgeschäft) ».

(167) « Ein Unternehmen » — sintetizzava E. JACOBI, *Betrieb und Unternehmen*, cit., p. 23 — « kann mehrere technisch-organisatorische Einheiten umfassen, aus mehreren Betrieben bestehen ». Va da sé che affinché diversi « Betriebe » potessero dirsi parte del medesimo « Unternehmen » non bastava che fossero di proprietà del medesimo soggetto, giacché « mehrere Betriebe, die rein zufällig ohne jede sachliche gegenseitige Beziehung sich in der Hand derselben Person vereinigen, bilden nicht ein Unternehmen. Besitzt der Eigentümer eines industriellen Werkes im Rheinlande eine vollkommen selbständig betriebene Molkerei in Schlesien, so liegen zwar mehrere Betriebe „desselben Arbeitgebers" vor, gleichwohl aber nicht ein Unternehmen, sondern mehrere Unternehmen, eine Tatsache, die die Rechtsordnung bei der Unfallversicherung ausdrücklich anerkennt » (ivi, p. 25).

(168) « Es kann andererseits sowohl dynamisch wie statisch aufgefaßt werden » — argomentava P. GIESEKE, *Die rechtliche Bedeutung des Unternehmens*, cit., p. 119 — « dynamisch, indem man den Blick auf die Funktion im Wirtschaftsablauf oder die Unternehmertätigkeit richtet, statisch, indem man als Unternehmen die äußere Organisation bezeichnet, mit der die Funktion verwirklicht und in der die Unternehmertätigkeit ausgeübt wird. Anders ausgedrückt: jedes Unternehmen ist je nach dem Stan-

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

del concetto giuridico di « Unternehmen », più l'aspetto economico o quello tecnico, più « l'attività o l'unità organizzativa » (169). Se il momento obiettivo, quello statico dell'organizzazione, aveva ricevuto sufficiente considerazione, anche e soprattutto in dipendenza del suo trasferimento e della sua protezione, non altrettanto poteva dirsi per quello subiettivo, quello dinamico dell'attività dell'imprenditore, quello consistente nella « Tätigkeit in Verbindung mit der Person des Unternehmers » (170).

Nel 1948, quasi dando luogo ad una sintesi delle posizioni precedenti, Julius von Gierke (1875-1960) delineava infine tre autonome e diverse prospettive da cui osservare il concetto di « Unternehmen (Betrieb) im weiteren Sinne », tre prospettive distinte, ma tutte determinanti per la definizione dell'unico « Zentralbegriff » di « Unternehmen » (171): « die Betriebstätigkeit », vale a dire il profilo subiettivo consistente nell'attività dell'imprenditore (172); « das Betriebsgeschäft », il complesso organizzato di cose e diritti, « der Betrieb im objektiven Sinn, das Geschäft (Erwerbsgeschäft, Handelsgeschäft), auch Gewerbe genannt », cioè l'« Unternehmen » in senso stretto, come patrimonio speciale, bene giuridico unitario suscettibile di trasferimento, cessione, locazione, vendita, ususfrutto,

---

dpunkt des Betrachters Verwirklicher einer Funktion oder Tätigkeitsinbegriff oder andererseits organisatorisches Gebilde ». Si veda, sulla teoria di Gieseke, la sintesi offerta da A. VANZETTI, *Trent'anni di studi sull'azienda*, II. *La dottrina tedesca*, cit., pp. 117-121 e 125-126.

(169) P. GIESEKE, *Die rechtliche Bedeutung des Unternehmens*, cit., p. 122.

(170) Ivi, p. 124.

(171) « Wir haben drei selbständige rechtliche Ausstrahlungen der Wirtschaftseinheit (des Unternehmens im weiteren Sinn) zu unterscheiden », scriveva J. VON GIERKE, *Das Handelsunternehmen*, in « Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht », 111, 1948, p. 7, alludendo in particolar modo al concetto di « Handelsunternehmen », vale a dire « das kaufmännische Unternehmen » (p. 1). Si veda, sulla teoria di Gierke, ancora A. VANZETTI, *Trent'anni di studi sull'azienda*, II. *La dottrina tedesca*, cit., pp. 121-125.

(172) « Es handelt sich um die subjektive Seite des Unternehmens, um den Betrieb im subjektiven Sinn. Es ist das Betreiben des Unternehmens, bei einem gewerblichen Unternehmen das Betreiben des Gewerbes, auch Gewerbebetrieb oder Gewerbe schlechtweg genannt, — letztere Bezeichnungen kennt namentlich die Gewerbeordnung und das HGB. Die Betriebstätigkeit kann von einem einzelnen Unternehmer oder einer Verbandperson oder Gesellschaft entfaltet werden » (J. VON GIERKE, *Das Handelsunternehmen*, cit., p. 7).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

espropriazione, esecuzione forzata (173); infine « die Betriebsgemeinschaft », la comunità umana di imprenditore e lavoratori (174).

8. *Fra anni Venti e Quaranta: alla ricerca di un « Unternehmensrecht ».*

Alla vigilia di una nuova era costituzionale, dunque, l'« Unternehmen » si scopriva formato da una pluralità di elementi, rappresentabile da un buon numero di sinonimi, osservabile da diversi punti di vista e suscettibile di assumere differenti significati. Non si presentava quale concetto generale unitario, ma quale paradigma complesso, che al di là dei contenuti e dei significati contingenti, era comunque in grado di esprimere la dimensione collettiva e il carattere interrelazionale dell'economia industriale, fungendo sempre da epicentro di forze ed energie eterogenee, da sintesi di una pluralità di elementi, da momento di collegamento tra fattori di diversa natura (175); un concetto aperto, capace di assumere contenuti e significati congeniali ai vari settori del diritto (176); un « microsi-

(173) « Der durch die Betriebstätigkeit geschaffene Tätigkeitsbereich mit den ihm zugehörigen Sachen und Rechten, die ihm eingefügt sind oder die seine Grundlage bilden, einschließlich der Verbindlichkeiten. … Von Wichtigkeit ist, daß wir es hier nicht mit dem Unternehmen im weiteren Sinn, sondern mit einem Unternehmen im engeren Sinne zu tun haben. … Rechtlich handelt es sich um ein eigenartiges Sondervermögen, daher passen auch die Ausdrücke Geschäfts- oder Betriebsvermögen. Die Sondervermögen, mit denen wir es hier zu tun haben, sind sehr verschiedenartig. So sind manche an eine bestimmte Stätte gebannt, manche von einer Sache abhängig, andere wieder ganz unabhängig von sachlichen Beziehungen » (ivi, pp. 7-9).

(174) « Die dritte Seite des Unternehmens im weiteren Sinn, welche ihre selbständige rechtliche Behandlung erfährt » — concludeva Gierke — « ist die personenrechtliche Betriebsgemeinschaft, der Betriebsverband zwischen Unternehmer und Arbeitnehmern » (ivi, p. 10).

(175) Di « paradigma dell'impresa » ha di recente parlato C. Angelici, *Discorsi di diritto societario*, in *Negozianti e imprenditori. 200 anni dal* Code de commerce, Milano, Mondadori, 2008, in particolare pp. 157-159.

(176) Ciò che fa dell'« Unternehmen » — come sottolineato da V. Afferni, *La dottrina tedesca e la nozione di impresa nei Trattati della CECA e CEE*, in *La nozione d'impresa nell'ordinamento comunitario*, a cura di P. Verrucoli, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 353-376 — « un *unicum* nella storia del diritto dell'economia », « un *dato variabile* i cui elementi di variabilità *sono peculiari* rispetto alle finalità delle singole fattispecie di cui generalmente esso costituisce un presupposto di applicabilità ».

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

stema », nel quale si coordinavano, a diverso titolo e in forme mutevoli, « acquisizione, trasformazione, alienazione di energie, trasmissione di notizie, innovazione » (177); un vero e proprio « Aleph », per dirla con Borges, « uno dei punti dello spazio che contengono tutti i punti ».

La moltiplicazione di profili, concetti, istituti ed elementi a vario titolo connessi all'orbita dell'« Unternehmen » avrebbe non solo arricchito l'inventario semantico a disposizione del giurista, ma reso il campo dell'« Unternehmen » più funzionale alle esigenze della prassi. La disponibilità di un arsenale concettuale articolato e la duttilità di un termine polisemico come « Unternehmen », che per un verso sarebbero state la causa di una mai raggiunta convergenza sul preciso significato dei concetti, avrebbero, per altro verso, agevolato l'aderenza tra le forme giuridiche e una realtà socio-economica composta da situazioni l'una mai eguale all'altra.

Per la cultura giuridica, già dai primi anni Venti, era giunto il momento di misurare l'impatto del nuovo paradigma sul sistema complessivo del diritto commerciale e di provare a definire i contorni dell'« Unternehmensrecht », in maniera tale da apprestare, anche sollecitando l'intervento del legislatore, un ambito disciplinare in grado di regolare le vicende che gravitavano intorno al fenomeno imprenditoriale. Il fatto che, come ripeteva Wieland, l'« Unternehmen als Ganzes » avesse un valore diverso (clientela, avviamento, capacità produttiva) dalla somma delle sue parti e che il suo scioglimento, la sua "decomposizione" in parti singole e disarticolate, fosse un fatto giuridicamente rilevantissimo, imponeva di approntare una disciplina giuridica, appunto « das Unternehmensrecht », non già per questo o per quell'altro negozio, per questo o per quell'altro bene, per questo o per quell'altro diritto, per questo o per quell'altro rapporto, ma per l'« Unternehmen » nel suo complesso, come organizzazione unitaria, « quale oggetto del traffico giuridico », e quindi per tutte le vicende che potessero interessarlo, dalla concorrenza sleale alla tutela dei segni distintivi, dalla cessione d'azienda all'esecuzione forzata, dal trasferimento alla locazione dell'esercizio commerciale (178).

---

(177) S. Amato, *L'impresa nell'evoluzione storica*, cit., p. 57.

(178) K. Wieland, *Das kaufmännische Unternehmen*, cit., p. 248: « die Auflö-

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Già nel 1910, del resto, Isay aveva cominciato a parlare di un « Recht der Unternehmungen », un campo del tutto nuovo, da esplorare e nel quale avventurarsi, un vero e proprio « vollkommenes Neuland » (179). La lettura coordinata delle disposizioni vigenti, infatti, aveva consentito di delineare un autonomo ambito disciplinare, che assumeva come acquisito il concetto unitario di « Unternehmen » e che riconosceva tanto « das Unternehmen als Rechtsobjekt » quanto « das Recht am Unternehmen » (180). Grazie alla tenace opera ricostruttiva della scienza giuridica, si era venuto formando un nucleo di princìpi che da un lato influenzavano la circolazione dell'« Unternehmen », dall'altro mettevano in nuova luce la disciplina dei segni distintivi, della concorrenza sleale, dei brevetti industriali e del fallimento. La conservazione dell'« Unternehmen », che rappresentava un obiettivo esiziale per i lavoratori e per la comunità, passava per la considerazione unitaria della sua natura e questa per delle regole precise che ne salvaguardassero l'identità, ne proteggessero il lavoro, il valore, l'attività, la reputazione. Era in quest'ottica, a questo fine, che un'intera generazione di giuristi, come ricordava Wieland, aveva affrontato, nell'ultimo ventennio, uno sforzo concettuale teso a garantire continuità ad un esercizio commerciale anche nel caso di mutamento del soggetto, a disegnare, nel presupposto concettuale dell'« Unternehmen » « come oggetto unitario di negozi giuridici », le linee di un discorso giuridico sulla successione, sul fallimento e sull'esecuzione forzata, a ideare e proporre la figura di un « subjektives Recht am Unternehmen » (181).

Il giurista, come nel 1928 ribadiva Müller-Erzbach, non poteva che adottare una prospettiva d'insieme, una visione unitaria del

---

sung des Unternehmens in seine Bestandteile wirkt für zahlreiche an ihm beteiligte Kreise, für Arbeiter, Angestellte und Gläubiger ebenso verhängnisvoll wie für den Unternehmer selbst und entzieht dem Nationalvermögen unermeßliche Werte ».

(179) R. Isay, *Das Recht am Unternehmen*, cit., p. 5. Si veda sul tema K. Ballerstedt, *Was ist Unternehmensrecht?*, in *Festschrift für Konrad Duden zum 70. Geburstag*, herausgegeben von H.-M. Pawlowsi, G. Wiese und G. Wüst, München, Beck, 1977, pp. 15-36.

(180) Si vedano i diversi profili esaminati nei saggi raccolti sotto l'epigrafe *Unternehmensrecht* in *Das Unternehmen in der Rechtsordnung*, cit., pp. 9-233.

(181) K. Wieland, *Das kaufmännische Unternehmen*, cit., pp. 248-249.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

fenomeno imprenditoriale, che avrebbe dovuto portare a superare ogni indagine analitica sulla natura degli atti, uniti dalla « geistige Organisation » e dalla « lebendige Energie », per affrontare invece problemi che presupponevano al cuore del diritto commerciale un'entità trasversale e relazionale, un complesso di natura organizzativa e collettiva, una struttura che teneva insieme, con fili robusti ma invisibili, lo stabilimento e i macchinari, il lavoro e le merci, l'imprenditore e i lavoratori, il credito e i processi produttivi, ma che non poteva fino in fondo comprendersi senza esaminare al contempo, trasversalmente appunto, istituti diversi, come la ditta, il marchio, i brevetti e i disegni industriali (182). Diventava determi-

(182) R. MÜLLER-ERZBACH, *Deutsches Handelsrecht*, cit., pp. 72-73. Pluralità, complessità e molteplicità — la cornice nella quale si muoveva Müller-Erzbach — erano caratteri topici dell'« Unternehmen », a condizione, però, che non si perdesse di vista l'aspetto più significativo e pregnante, che stava senz'altro « in seiner geistigen Organisation », nell'organizzazione stabile ma dinamica dei fattori personali e reali di produzione, nell'ordinamento razionale, votato a criteri di efficienza e produttività, dei macchinari, delle tecniche, degli impianti e della forza lavoro, nel coordinamento ottimale del capitale, del lavoro e di tutti i beni e i valori in qualche modo riconducibili all'azienda: « erinnert man sich weiter der Geschäftsforderungen, der Firmen-, Warenzeichen-, Patent- und Musterschutzrechte eines solchen Unternehmens, so ist auch damit noch nicht das Entscheidende des Unternehmens erfaßt. Das ist vielmehr in seiner geistigen Organisation enthalten. Diese besteht einmal in dem Anordnen der sachlichen und persönlichen Produktions- oder sonstigen Leistungsfaktoren, in der geschickten Auswahl der Gegend, in der etwa ein Fabrikunternehmen sich betätigen soll, im zweckmäßigen Errichten der erforderlichen baulichen Anlagen, im sachkundigen Auswählen und Einfügen der Maschinen, im Herausbilden geeigneter Fabrikationsmethoden, im Aussuchen und Heranbilden tüchtiger Arbeitskräfte und endlich in planvollem Leiten der Arbeiten selbst und des ganzen Betriebes ». Potevano bruciarsi una fabbrica o dei macchinari, ma non per questo sarebbe venuto meno il « Fabrikunternehmen » che di quei beni costituiva il collante giuridico e l'anima unitaria: « so ist z. B. ein Fabrikunternehmen etwas anderes als die Gesamtheit der vorhandenen Fabrikgebäude und der Maschinen, der Rohstoffe und der sonst zu seinem Betriebe benötigten Güter. Diese Gebäude und Maschinen kann ein Brand vernichten, und das Unternehmen kann doch fortbestehen ». Gli atti di commercio, in questa prospettiva unitaria, diventavano le contingenti ed occasionali manifestazioni della complessiva attività commerciale dell'« Unternehmer », nient'altro che una componente, rilevante come le altre, dell'organizzazione imprenditoriale; l'« Unternehmen », anzi, era il presupposto logico-giuridico della stessa attività commerciale, l'organizzazione stabile, sibbene fluttuante nei suoi elementi e dinamica nei suoi equilibri, che rendeva possibile il compimento e il perfezionamento dei singoli negozi giuridici di commercio: « das einzelne wirtschaftliche Unternehmen ist geschaffen, um gewisse Geschäfte gewerbsmäßig abzuschließen und zu

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

nante enucleare una disciplina giuridica attenta agli effetti nei confronti dei contraenti, dei terzi, dei creditori e dei debitori, per il caso di « cessione dell'Unternehmen », di « vendita dell'Unternehmen » e di « locazione dell'Unternehmen », stabilire se « ein subjectives Recht am Unternehmen » fosse riconoscibile « come tale », regolare la successione nei contratti, prevedere l'esecuzione forzata sull'« Unternehmen » (183). Nel momento in cui diveniva crocevia ineludibile e cuore pulsante del sistema, il concetto di « Unternehmen » stravolgeva la prospettiva d'insieme, rivoluzionando la stessa fisionomia del diritto commerciale, perché i « segni distintivi dell'Unternehmer », la « ditta », i « marchi », il trasferimento e la locazione « eines Unternehmens », la concorrenza sleale e l'esecuzione forzata sull'« Unternehmen », che fino a qualche tempo prima erano caduti nell'orbita del diritto pubblico o in quella dei diritti della persona, entravano a pieno titolo, sotto forma di « Unternehmensrecht », nella sfera del diritto commerciale (184). Con la conseguenza, passando dagli istituti alle norme, che il diritto dei segni distintivi e delle invenzioni industriali, il diritto della concorrenza e la disciplina giuridica dell'azienda, il diritto del fallimento e dell'esecuzione forzata, diventavano le nuove frontiere del diritto commerciale, le colonne portanti del « Wirtschaftsrecht » e dell'« Unternehmensrecht » (185): era nelle norme e nei princìpi giuridici funzionali alla conservazione, allo sviluppo, alla protezione e al trasferimento dell'« Unternehmen » che batteva « il cuore dell'Unternehmensrecht » (186).

Fra anni Trenta e Quaranta, nel contesto di un clima, alimentato dallo spirito nazionalsocialista, di aggregazione e superamento

---

erfüllen ». L'« Unternehmen » era una « lebendige Energie », che grazie alla sua ampiezza e al suo movimento istituiva un collegamento fra i vari atti d'impresa, conferendo loro una prospettiva unitaria ed un valore aggiunto che essi, singolarmente considerati, giammai avrebbero potuto avere.

(183) Ivi, pp. 74-85.

(184) Ivi, pp. 74-78.

(185) Sullo stretto rapporto tra « Wirtschaftsrecht », « Unternehmensrecht » e « Industrierecht », quest'ultimo secondo l'uso fatto già da H. LEHMANN, *Grundlinien des deutschen Industrierechts*, in *Festschrift für Ernst Zitelmann zu seinem 60. Geburtstage*, München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1913, pp. 1-46, si veda J.W. HEDEMANN, *Wirtschaftsrecht*, cit., pp. 932-933.

(186) R. MÜLLER-ERZBACH, *Deutsches Handelsrecht*, cit., p. 73.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

degli interessi individuali, la scienza giuridica avrebbe perciò continuato ad enumerare circostanze, occasioni, casi nei quali all'unità giuridica dell'« Unternehmen » avrebbero fatto seguito rilevanti conseguenze pratiche. Nel presupposto di un valore diverso da quello della somma delle singole parti, Jessen manifestava l'esigenza di preservare l'unità dell'« Unternehmen » nel caso di fallimento, di considerare l'« Unternehmen » « im Falle des Konkursrecht als solche Einheit », ma anche di utilizzare il valore dell'intero patrimonio organizzativo e spirituale « a fini di credito » (187). La disciplina sulla circolazione e sulla protezione dell'« Unternehmen », come osservava Hermann Krause (1902-1991), non ineriva al « Kaufmannsrecht », ma al nuovo fondamentale capitolo dell'« Unternehmerrecht » (188); al quale avrebbero dovuto ricondursi tutti i problemi giuridici che fossero in qualche modo collegati al fenomeno imprenditoriale, influenzati dalla dimensione complessa, collettiva e unitaria dell'« Unternehmen », come quello, emerso qualche anno dopo, derivante dalla necessità di stabilire se in caso di liquidazione di un « Unternehmen » il titolare avesse o no il diritto di continuare ad utilizzare la « Firma » per l'esercizio di un nuovo « Unternehmen » (189).

Ciò che occorreva, secondo l'opinione prevalente, era che la sostituzione (o almeno l'accostamento) dell'« Unternehmensrecht » all'« Handelsrecht » si compisse anche sul piano legislativo, magari guardando soluzioni straniere (il *fonds de commerce* francese), giacché fino a quando il diritto vigente fosse rimasto chiuso nel perime-

---

(187) E ciò nel presupposto, appunto, che « das Unternehmen einen wirtschaftlichen Wert darstelle, der sich nicht durch die Summierung der Werte der Teile ergibt, aus denen das Unternehmen sich zusammensetzt, sondern über diese Summe hinaus durch die „Kombination" oder „Organisation" der Einzelteile vergrößert werde » (J. Jessen, *Unternehmen und Unternehmensrecht*, cit., p. 47).

(188) « Letztlich gehören also die Kapitel vom Unternehmen im Rechtsverkehr und vom Rechtsschutz des Unternehmens dem Unternehmer- und nicht dem Kaufmannsrecht » (H. Krause, *Kaufmannsrecht*, cit., p. 121).

(189) Era il problema che sollevava, risolvendolo in senso affermativo, R. Fischer, *Das Recht zur Fortführung alter Firmen durch den bisherigen Inhaber*, in « Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht », 111, 1948, pp. 18-29, e al quale invece dava una soluzione contraria, soprattutto per l'incompatibilità con i §§. 22, 23 e 25 dell'HGB, J. von Gierke, *Firmenuntergang und Firmenverlegung*, in « Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht », 112, 1949, pp. 1-11.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

tro dell'HGB, imprigionato tra i concetti di « Kaufmann » e di « Handelsgeschäfte », chi avesse voluto introdurre nel lessico giuridico il concetto di « Unternehmen », traendo dalla sua natura unitaria le logiche conseguenze in tema di circolazione, protezione, credito e valore, avrebbe dovuto farlo percorrendo sentieri sconosciuti al sistema del diritto positivo (190).

In qualche misura, nel 1934, l'appello sarebbe stato raccolto dalla legge sull'ordinamento del lavoro nazionale, che in 73 paragrafi conteneva l'intera disciplina giuridica dell'impresa in rapporto con il lavoro, con gli amministratori, con il *Reich* e con i consumatori, e che sembrava seguire le indicazioni "unificanti" della scienza giuridica, sposando l'idea di « Unternehmen » e di « Betrieb » come comunità di persone, ma più specificamente, esaltando certe logiche del Nazionalsocialismo, come luogo di incontro fra imprenditore, impiegati e operai, uniti nel bene del popolo e dello Stato (191). Il capo dell'« Unternehmen » avrebbe deciso l'indirizzo dell'attività commerciale e scandito l'andamento del processo lavorativo (192); si sarebbe servito di collaboratori, rappresentanti e sostituti, nonché, nei « Betriebe » con almeno venti dipendenti, di un consiglio del lavoro formato da uomini di sua fiducia (193); avrebbe predisposto

(190) Era l'analisi, fra gli altri, di J. JESSEN, *Unternehmen und Unternehmensrecht*, cit., pp. 61-62: « soll aber gar an die Stelle des Handelsrechts das Unternehmensrecht gesetzt werden, so ist demgegenüber festzustellen, daß die Grundlage des geltenden deutschen Handelsrechts der Begriff des Kaufmanns ist. … Wenn man den Begriff des Unternehmens deshalb eindeutig in die juristische Terminologie einführen will, so kann das nur unabhängig von dem anerkannten Begriffssystem geschehen, das nun einmal an das positive Recht gebunden ist ». Sull'incerto rapporto, ancora dibattuto e controverso, fra « Handelsrecht » e « Unternehmensrecht », « Kaufmann » e « Unternehmen », F. BYDLINSKI, *Handels- oder Unternehmensrecht als Sonderprivatrecht*, Berlin und New York, Walter de Gruyter, 1990.

(191) Già il §. 1 del *Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit* del 20 gennaio 1934 annunciava: « im Betriebe arbeiten der Unternehmer als Führer des Betriebes, die Angestellten und Arbeiter als Gefolgschaft gemeinsam zur Förderung der Betriebszwecke und zum gemeinsamen Nutzen von Volk und Staat ».

(192) §. 2: « der Führer des Betriebes entscheidet der Gefolgschaft gegenüber in allen betrieblichen Angelegenheiten, soweit sie durch dieses Gesetz geregelt werden. II Er hat für das Wohl der Gefolgschaft zu sorgen. Diese hat ihm die in der Betriebsgemeinschaft begründete Treue zu halten ».

(193) §. 3: « bei juristischen Personen und Personengesamtheiten sind die gesetzlichen Vertreter Führer des Betriebes. II Der Unternehmer oder bei juristischen

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

un ordine d'impresa, nel quale sarebbero stati fissati per iscritto l'orario di lavoro, le pause, le linee guida della produzione, i princìpi sui quali fondare gli accordi di lavoro (194). L'unità dell'« Unterneh-

---

Personen und Personengesamtheiten die gesetzlichen Vertreter können eine an der Betriebsleitung verantwortlich beteiligte Person mit ihrer Stellvertretung betrauen; dies muß geschehen, wenn sie den Betrieb nicht selbst leiten. In Angelegenheiten von geringerer Bedeutung können sie auch eine andere Person beauftragen. III Wird dem Führer des Betriebes die Befähigung zum Führer gemäß § 38 durch das Ehrengericht rechtskräftig aberkannt, so ist ein anderer Führer des Betriebes zu bestellen ». §. 5: « dem Führer des Betriebes mit in der Regel mindestens zwanzig Beschäftigten treten aus der Gefolgschaft Vertrauensmänner beratend zur Seite. Sie bilden mit ihm und unter seiner Leitung den Vertrauensrat des Betriebes. II Zur Gefolgschaft im Sinne der Bestimmungen über den Vertrauensrat gehören auch die Hausgewerbetreibenden, die in der Hauptsache für den gleichen Betrieb allein oder mit ihren Familienangehörigen arbeiten ». §. 6: « der Vertrauensrat hat die Pflicht, das gegenseitige Vertrauen innerhalb der Betriebsgemeinschaft zu vertiefen. II Der Vertrauensrat hat die Aufgabe, alle Maßnahmen zu beraten, die der Verbesserung der Arbeitsleistung, der Gestaltung und Durchführung der allgemeinen Arbeitsbedingungen, insbesondere der Betriebsordnung, der Durchführung und Verbesserung des Betriebsschutzes, der Stärkung der Verbundenheit aller Betriebsangehörigen untereinander und mit dem Betriebe und dem Wohle aller Glieder der Gemeinschaft dienen. Er hat ferner auf eine Beilegung aller Streitigkeiten innerhalb der Betriebsgemeinschaft hinzuwirken. Er ist vor der Festsetzung von Bußen auf grund der Betriebsordnung zu hören. III Der Vertrauensrat kann einzelne seiner Aufgaben bestimmten Vertrauensmännern zur Wahrnehmung übertragen ».

(194) §. 26: « in jedem Betriebe, in dem in der Regel mindestens zwanzig Angestellte und Arbeiter beschäftigt sind, ist vom Führer des Betriebes eine Betriebsordnung für die Gefolgschaft des Betriebes (§ 1) schriftlich zu erlassen ». §. 27: « in die Betriebsordnung sind folgende Arbeitsbedingungen aufzunehmen: 1. Anfang und Ende der regelmäßigen täglichen Arbeitszeit und der Pausen; 2. Zeit und Art der Gewährung des Arbeitsentgelts; 3. die Grundsätze für die Berechnung der Akkord- oder Gedingearbeit, soweit im Betriebe im Akkord oder Gedinge gearbeitet wird; 4. Bestimmungen über die Art, Größe und Einziehung von Bußen, wenn solche vorgesehen werden; 5. die Gründe, aus denen die Kündigung des Arbeitsverhältnisses ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist erfolgen darf, soweit es nicht bei den gesetzlichen Gründen bewenden soll; 6. die Verwendung der durch rechtswidrige Auflösung des Arbeitsverhältnisses verwirkten Entgeltbeträge, soweit die Verwirkung im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen in der Betriebsordnung oder im Arbeitsvertrag vorgesehen ist. II Soweit in anderen Gesetzen oder Verordnungen Vorschriften über den zwingenden Inhalt der Arbeitsordnung enthalten sind, die über die Vorschriften des Abs. 1 hinausgehen, behalten sie ihre Gültigkeit. III In die Betriebsordnung können neben den gesetzlich vorgeschriebenen Bestimmungen auch Bestimmungen über die Höhe des Arbeitsentgelts und über sonstige Arbeitsbestimmungen aufgenommen werden, ferner weitere Bestimmungen über die Ordnung des Betriebes, das Verhalten der Beschäftigten im Betriebe und über die Verhütung von Unfällen ».

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

men » racchiudeva l'imprenditore e i lavoratori all'interno di un unico organismo, ne saldava i destini e le vite, realizzando, con la sua organizzazione, il contemperamento degli opposti interessi e l'ottimizzazione della combinazione di risorse, energie e forza lavoro.

Da questo momento, con il suo portato "storico" di ambiguità terminologiche, il concetto unitario di « Unternehmen » avrebbe sempre più spesso fatto capolino nel tessuto legislativo della Germania, ora osservato come organizzazione o soggetto preposto all'esercizio del credito, ora considerato per la sua posizione dominante o per i suoi accordi di cartello, senza che, tuttavia, se ne delineasse una nozione unica ed univoca (195). Ora organizzazione,

(195) Un cenno, innanzitutto, va fatto all'*Aktiengesetz* del 30 gennaio 1937, laddove si stabiliva che « die Aktiengesellschaft gilt als Handelsgesellschaft, auch wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht im Betrieb eines Handelsgewerbes besteht » (§. 3), che la denominazione sociale avrebbe dovuto ispirarsi al « Gegenstand des Unternehmens » (§. 4), che « rechtlich selbständige Unternehmen » avrebbero dato luogo ad un « Konzern » quando fossero state « zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt » (§. 15): cfr. L. GERLOFF, *Das abhängige Unternehmen im Sinne des § 15 Absatz 2 Aktiengesetz vom 30. Januar 1937*, Breslau, Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, 1938. Una menzione particolare, inoltre, merita il *Gesetz über das Kreditwesen* del 25 settembre 1939, che in primo luogo stabiliva che « den Vorschriften dieses Gesetzes unterliegen alle Unternehmungen, die Bank- oder Sparkassengeschäfte im Inland betreiben (Kreditinstitute) » (§. 1); risaltava, così, anche sul piano legislativo, la distinzione fra l'« Unternehmung », come bene (ma qui forse come soggetto) unitario, e i « Geschäfte » esercitati, che risultava anche laddove era stabilito che « Unternehmungen, welche Geschäfte von Kreditinstituten im Inland betreiben wollen, bedürfen dazu der Erlaubnis » (§. 3) e che « Unternehmungen, die den An- und Verkauf von Wertpapieren für andere (§ 1 Abs. 1 Buchst. b) oder das Depotgeschäft (§ 1 Abs. 1 Buchst. c) betreiben, unterliegen einer regelmäßigen Prüfung dieser Geschäfte » (§. 33); inoltre il legislatore adoperava, uno accanto all'altro, i termini « Unternehmung » e « Unternehmen », come quando stabiliva che le prescrizioni della legge non avrebbero trovato applicazione né per gli « Unternehmen, die auf Grund der Gemeinnützigkeitsverordnung … als gemeinnützige Wohnungsunternehmen oder als Organ der staatlichen Wohnungspolitik anerkannt sind, sofern nicht das Unternehmen überwiegend Bankgeschäfte der im § 1 bezeichneten Art betreibt », né per gli « Unternehmungen, die das Pfandleihgewerbe betreiben ». Va infine ricordato almeno il *Gesetz gegen Wettbewerbschränkungen* del 27 luglio 1957, che assumeva ormai l'« Unternehmen » nella sua veste unitaria di organizzazione economica, sancendo l'inefficacia di quegli accordi di cartello che, mettendo insieme più « Unternehmen », fossero stati idonei a influenzare il mercato e a falsare la concorrenza (§. 1: « Verträge, die Unternehmen oder Vereinigungen von Unternehmen zu einem gemeinsamen Zweck schließen, und Beschlüsse von Vereinigungen von Unternehmen sind unwirksam, soweit

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

ora attività, ora soggetto, il paradigma « Unternehmen » avrebbe consentito, grazie al suo carattere polisemantico, di adottare, di volta in volta e sia pur in base a criteri variabili, la nozione più adatta al settore del diritto interessato (diritto d'impresa, diritto del lavoro, diritto societario, diritto tributario, diritto fallimentare, diritto processuale, etc.), di distinguere in concreto fra trasferimento di singoli elementi e trasferimento del complesso organizzativo, fra pregiudizio all'organizzazione e pregiudizio all'attività, fra segni della persona e segni dell'impresa (196); avrebbe fornito, ad un'Europa in

---

sie geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen. Dies gilt nicht, soweit in diesem Gesetz etwas anderes bestimmt ist. II Als Beschluß einer Vereinigung von Unternehmen gilt auch der Beschluß der Mitgliederversammlung einer juristischen Person, soweit ihre Mitglieder Unternehmen sind »); sanzionando con la nullità quei « Verträge zwischen Unternehmen über Waren oder gewerbliche Leistungen », che fossero stati idonei a limitare la libera formazione dei prezzi e a limitare la libertà contrattuale dei terzi (§. 15); definendo in posizione dominante quell'« Unternehmen » che « für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ohne Wettbewerber ist oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist » (§. 22); obbligando ad informare la « Kartellbehörde » di ogni unione « von Unternehmen » idonea a provocare un'occupazione del mercato in misura superiore al venti per cento e intendendo a tal fine per unione ogni fusione « mit anderen Unternehmen », ogni acquisto del patrimonio « anderer Unternehmen », ogni acquisto « des Eigentums an Betriebsstätten anderer Unternehmen », i contratti di cessione e di locazione « über Betriebsstätten anderer Unternehmen », ogni acquisizione di quote di diritti « an anderen Unternehmen, sofern diese Anteilsrechte allein oder zusammen mit anderen dem Unternehmen selbst oder einem Konzernunternehmen im Sinne des § 15 des Aktiengesetzes bereits zustehenden Anteilsrechten 25 vom Hundert des stimmberechtigen Kapitals des anderen Unternehmens erreichen » (§. 23). È d'altronde pacifico, sulla scorta del resto di quanto già sostenuto da Gieseke, che nella legislazione tedesca — come fra gli altri illustrato da K. Schmidt, *Handelsrecht*, cit., pp. 63-69 — non esiste una definizione unica di « Unternehmen », ma diversi frammenti dai quali è possibile risalire ad un concetto di base unitario. L'evoluzione, sul piano legislativo, dell'uso linguistico dei lemmi « Unternehmen » e « Unternehmung » è ricostruita da T. Raiser, *Das Unternehmen*, cit., pp. 15-35. Si vedano già, tuttavia, le indicazioni di H. Krause, *Kaufmannsrecht*, cit., pp. 101-102.

(196) Forse per questo, ancora nel 1948, J. von Gierke, *Das Handelsunternehmen*, cit., p. 16, si chiedeva se il concetto di « Unternehmen », con il quale la scienza giuridica germanica si era confrontata « fast ein halbes Jahrhundert », avesse infine ricevuto il suo meritato riconoscimento. Il giurista, in tutta sincerità, non lo sapeva; poteva solo sperarlo, oltre che, una volta ancora, auspicare l'emanazione di una legge che, recependo le indicazioni della scienza giuridica, disciplinasse finalmente « das

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

cerca di un diritto d'impresa, una figura prismatica, dai lati corrispondenti ad altrettanti concetti e ad altrettanti profili dell'organizzazione economica.

Al termine di un travagliato processo di maturazione pratica, scientifica e legislativa, il sistema del diritto commerciale italiano, come ridefinito nel Codice civile del 1942, avrebbe alla fine poggiato su tre pilastri, che sembravano discendere proprio dalle diverse anime dell'« Unternehmen »; tre pilastri ai quali la cultura giuridica, all'indomani della codificazione, avrebbe dedicato studi e ricerche (197): « all'imprenditore, all'impresa ed all'azienda, costituenti i tre grandi pilastri del sistema. Nella gerarchia dei valori, viene primo l'imprenditore che agisce, impegna e tutto dirige; vengono poi i collaboratori, normalmente indispensabili ad ogni attività economica, per poco che essa sia sviluppata; viene infine l'aggregato dei beni che servono di strumento per l'attività professionale dell'imprenditore, ed insieme per quella di coloro che a lui prestano stabile collaborazione. La disciplina dell'imprenditore appartiene alla dottrina dei soggetti; quella dell'impresa alla dottrina dei gruppi lavorativi; quella dell'azienda alla dottrina dei beni » (198).

Unternehmen im engeren Sinn und damit auch das Handelsgeschäft » nella sua dimensione unitaria, complessa e collettiva, innanzitutto quale « Sondervermögen ».

(197) Fondamentali, sulla teorizzazione italiana in tema di impresa e sulla vicenda di ridefinizione del diritto commerciale, in rapporto al diritto d'impresa e al diritto del lavoro, gli scritti di P. Grossi, *Itinerarii dell'impresa*, cit., e *Scienza giuridica italiana*, cit., in particolare pp. 190-211.

(198) M. Ghiron, *L'imprenditore, l'impresa e l'azienda*, Torino, Utet, 1951, p. 4.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

GIANCARLO VALLONE

LA COSTITUZIONE MEDIEVALE TRA SCHMITT E BRUNNER

1. Brunner per Schmitt. — 2. Schmitt oltre Brunner.

1. *Brunner per Schmitt.*

Questo breve saggio presuppone tre convinzioni che non saranno qui discusse: anzitutto che una costituzione medievale esista (1); poi che a questa costituzione possa esser riconosciuta la natura d'una 'costituzione mista', non nel senso, naturalmente, della teoria classica delle forme di governo, ma nel senso, già presente a Schmitt, e di recente affiorato con forza in varia storiografia, di una relazione e connessione tra poteri politicamente rilevanti e anche, a volte, di diversa origine tra loro, e perciò non espressi da un monolitico 'unico potere politico' (2), o da un'esuberante istituzione 'statale' ch'esercita il monopolio della forza (3). Infine, si ritiene che questa costituzione medievale non s'estingua, come per incanto, lì dove son poste le date convenzionali della fine del Medioevo, ma abbia diversi profili di continuità in epoche successive, ed in sostanza fino alla fine dell'Antico Regime. Se è consentito prendere spunto da quest'ultima affermazione, vorrei anche specificare che la

(1) M. Fioravanti, *Costituzione*, Bologna, il Mulino, 1999, pp. 29, 71.

(2) G. Duso, *La costituzione mista e il principio del governo: il caso di Althusius*, in « Filosofia politica », XIX, 2005, 1, pp. 77-96: 78.

(3) Il concetto di 'Stato' è intimamente legato a quello di 'monopolio della forza' e dunque ad un determinato periodo storico. L'uso della parola 'Stato', per altri periodi, evoca gravi travisamenti più volte sottolineati, ad esempio da Paolo Grossi; quest'uso è tuttavia costante negli autori (Schmitt, Brunner, Mousnier etc.) qui studiati, e dunque lo riprendo in modo riflesso.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

discontinuità tra la costituzione (mista) del periodo medievale e poi del periodo moderno non è fino in fondo comprensibile, se non si pone il tratto fondamentale della loro continuità: la natura esistenziale dei poteri — o di parte di essi — che, nella loro relazione, 'sono' la costituzione. La piena comprensione di questa continuità può essere affidata in generale all'idea di Mousnier, e di altri, nel senso che ogni corpo sociale o 'ordine' è « struttura elementare del potere », e che « le differenze di rango si traducono in diversi gradi di potere ». C'è insomma un'inerenza del potere all'ordine, una « intrinseca (sua) attitudine » ad essere potere (4). Questa inerenza del potere agli ordini, ai 'corps', è esattamente quella continuità di lunga durata della costituzione, che si differenzia radicalmente solo ad iniziare dalle costituzioni liberali, col riconoscimento dei diritti fondamentali all'individuo e la negazione, almeno in via di principio, ai corpi intermedi di ogni diritto 'proprio' al potere (5). Indubbiamente c'è un arbitrio in questa continuità: resta celato il trapasso dalla natura autenticamente ontologica (nel senso tradizionale) a quella semplicemente esistenziale dei singoli poteri. Nella costituzione medievale, ogni corpo sociale che afferma nel suo potere la propria esistenza rilevante nell'insieme politico, e perciò la società stessa nel suo porsi così, come struttura gerarchica, esprime la ragione di Dio: « omnis multitudo derivatur ab uno » dice Tommaso (6), perché l'unità è nel contenuto stesso del diverso. C'è

(4) R. MOUSNIER, *La Costituzione nello Stato assoluto*, a c. di F. Di Donato, Napoli, ESI, 2002, pp. 49-52. Non è poi così semplice cogliere nel pensiero di Mousnier (ivi, pp. 54, 81-83; e ID., *Le gerarchie sociali* [(1969) a c. di E. Rotelli, Milano, Editrice Vita e Pensiero, 1971] pp. 2-3, 15) se gli strati della società s'originano da un 'giudizio di valore' sulle 'funzioni sociali' o se sono queste — cioè la divisione del lavoro sociale — ad originare quel giudizio; senza dire della difficoltà di individuare in questa divisione una forza generativa capace di prescindere "dalla proprietà dei mezzi di produzione". In ogni caso ritengo del tutto condivisibile la circostanza, evidente in Mousnier, di non far derivare lo "statuto sociale" di un ordine da norme, ma piuttosto di indicare nell'esistenza dell'ordine la fonte di un diritto 'proprio' (ad esserci) ed 'apposito' (per disciplina autonoma del proprio potere).

(5) In un noto brano (d'ispirazione rousseauviana) è detto: « si dovrebbe considerare l'inizio della Rivoluzione francese come la lotta che il diritto pubblico razionale iniziò contro la massa del diritto positivo e dei privilegi da cui era stato oppresso »: G. W. F. HEGEL, *Scritti politici*, a c. di C. Cesa, Torino, Einaudi, 1972, p. 180.

(6) Nel *De regimine principum opusculum* II, 1.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

indubbiamente, in questi corpi sociali « una parte rilevante della costituzione » (7), ma, soprattutto, società e costituzione sono (pensati) ragione e giustizia nella loro stessa esistenza (8). Tuttavia, già in un percorso ultimo della costituzione medievale, diciamo da Tommaso alla rivoluzione umanistica (9), alcuni corpi sociali, nella loro esistenza, esprimono nient'altro che questa esistenza stessa: la capacità di sopravvivere nei rapporti sociali e nelle relazioni di potere, come potere (pensato ormai) estraneo « al contesto etico » (10). In questa fase, dunque, è proprio la relazione tra poteri diversi a proporsi come struttura dell'unità. In sintesi: dapprima quel ch'è giusto diviene antico perché conforme all'ordine razionale (divino) del mondo; se quest'ordine viene meno, quel che diviene antico fonda nella sua esistenza un diritto proprio ad esistere ed è giusto che sopravviva (11). Gli storici cattolici definiscono quel che 'si sottrae', o sopravvive, a tale caduta, una 'secolarizzazione'; in altri termini verrebbe meno il 'vecchio ordine' proprio nel suo essere « in se stesso, nella sua sostanza, forgiato in senso sacrale e religioso […] comprendente tutti gli ambiti della vita, e non [...] ancora percorso dalla divisione di "spirituale" e "temporale" » (12). Ora non conta che questa storiografia indichi qui, nell'età della lotta per le investi-

(7) O. Brunner, *Terra e potere. Strutture pre-statuali e pre-moderne nella storia costituzionale dell'Austria medievale* (1939; 1973[6]), a c. di P. Schiera, Milano, Giuffrè, 1983, p. 185.

(8) È il tratto "ontoteologico" (da Mousnier detto 'teosofico': *La Costituzione* cit., p. 49) della dottrina sociale tomistica, messa in rilievo da J. Habermas, *Dottrina politica classica e filosofia sociale moderna*, in Id., *Prassi politica e teoria critica della società* (1971), a c. di G.E. Rusconi, Bologna, il Mulino, 1973, pp. 77-125: 84-88; e già prima, tra tanti, da F. Borkenau, *La transizione dall'immagine feudale all'immagine borghese del mondo. La filosofia del periodo della manifattura* (1934), a c. di G. Marramao, Bologna, il Mulino, 1984, pp. 33-44. Il fatto che società, costituzione e poteri siano 'pensati' in questo modo indica non solo il loro prestarsi ad una certa dimensione teorica, ma, soprattutto, la concreta disponibilità sociale ad obbedire (e la volontà dei dominanti a far obbedire) poteri ritenuti implicati in tale "contesto etico".

(9) Ivi, pp. 103 ss., 155 ss.

(10) J. Habermas, *Dottrina politica*, cit., p. 90.

(11) Parafraso da una intuizione di O. Brunner, *Feudalesimo. Un contributo alla formazione del concetto* (1958), in Id., *Per una nuova storia costituzionale e sociale* (1968), a c. di P. Schiera, Milano, Editrice Vita e Pensiero, 1970, pp. 75-116: 111.

(12) E.-W. Böckenförde, *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione* (1967), a c. di M. Nicoletti, Brescia, Morcelliana, 2006, pp. 34, 36.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

ture e nel *Dictatus papae*, l'inizio primo dello 'Stato'; conta che quanto residua nel secolo, come 'caduto' in esso, è pur sempre un ordine, un potere politico che sprigiona in tale condizione, e nel suo insieme, cioè nel sistema dei singoli poteri e in ciascuno di essi, una forza di vita, una sostanza che non rinvia oltre di sé le ragioni del suo esserci, e vi pone un diritto ad essere ancora. La questione, insomma, d'un diritto proprio all'esistenza politica (13), espresso nei termini d'una esistenza in qualche modo 'incarnata' o cadùca, perché caduta in se stessa senz'altro fine che di sopravvivere, sembra in grado di prestarsi all'individuazione della costituzione dal Medioevo all'Antico Regime, e, al tempo stesso, sembra così possibile accertare in questa continuità il tratto permanente della sua natura 'mista'. Si tratta, o dovrebbe trattarsi, d'una continuità in qualche modo connotante che resta al fondo della costituzione, come un qualcosa del vecchio modo dei poteri che sopravvive a lungo, e rende più semplice il notare l'irruzione di altra, più prepotente, discontinuità. In via d'anticipazione si può anche dire che la discontinuità è o sarà anzitutto data dall'irrompere e dal proliferare, nella costituzione, di poteri d'altra natura (burocratica), propri della modernità politica; ma, evidentemente, prima della rivoluzione liberale, poteri delle due nature formano, l'uno per l'altro e l'uno nell'altro, un'unità. In effetti, il gioco inestricabile — così a me sembra nonostante ogni tentativo — che Montesquieu intesse tra *pouvoirs* e *puissances*, può forse mostrare che egli non sentisse la necessità d'una loro differenza e che, dunque, il potere come 'corps' o 'ordine' è tutt'uno col potere nella sua effettività, come forza. I 'corpi intermedi' sono, insomma, potere per loro stessa esistenza o altrimenti sono — dice egli stesso — come 'nulla': 'questo' nulla è un altro modo del potere, ed è in certa misura la modernità stessa. Non si può comprendere per bene tutto questo se non tornando alla applicazione medievistica del pensiero schmittiano ch'è stata autorevolmente proposta da Brunner puntando su una concezione di costituzione « sufficientemente ampia da avere validità » prima della

(13) Uso questo concetto nel senso di 'esistenza rilevante come parte della costituzione', e non nel senso di potere capace di rappresentare l'unità della costituzione e dello Stato.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

stagione liberale (14). Va però detto che questa applicazione non può essere subito semplice ed immediata, perché il concetto schmittiano di costituzione, pur essendo estensibile, a certe condizioni, alla stagione preliberale, ha chiare difficoltà ad adattarsi proprio al mondo medievale. Del pensiero schmittiano resta ora fondamentale la pretesa minima ed indispensabile della costituzione come unità; ma bisogna esaminare con estrema cautela se la questione d'una unità costituita da poteri che pretendono un diritto proprio al potere, tipica del Medioevo, possa accomodarsi non già con l'unità frutto della volontà autodeterminata costituente — e cioè dell' 'unico potere politico' ch'è esclusivo del conio liberale (15) — ma almeno con quell'unità eccezionale e 'decisiva' (16), tipica del pensiero schmittiano e capace, nel proporsi, di rappresentare l'unità politica (17), sprigionata nelle situazioni di crisi radicale della costituzione. In effetti la perentoria affermazione: « sovrano è chi decide sullo stato d'eccezione » (18), è ambientata da Schmitt, con prepotenza forse eccessiva, già nell'opera di Bodin (19), ma bisogna evidenziare questo potere d'eccezione nella sua relazione profonda

(14) O. Brunner, *Il concetto moderno di costituzione e la storia costituzionale del Medioevo* (1938), in Id., *Per una nuova storia costituzionale*, cit., pp. 1-20: 6, 8; e Id., *Terra e potere*, pp. 157 ss.

(15) Si tratta della « moderna sovranità … intesa come potere unico »: G. Duso, *La costituzione mista*, cit., p. 78. Anche A. Biral, *Per una storia della sovranità* (1991), in Id., *Storia e critica della filosofia politica moderna*, a c. di G. Duso, Milano, FrancoAngeli, 2007[7], pp. 275-318; e più in largo G. Duso, *Fine del governo e nascita del potere* (1992), in Id., *La logica del potere. Storia concettuale come filosofia politica*, Milano, Polimetrica, 2007[2], pp. 83-122.

(16) C. Schmitt, *Teologia politica* (1922[2]; 1934), in Id., *Le categorie del politico. Saggi di teoria politica*, a c. di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, il Mulino, 1972, pp. 33-41; e Id., *Il concetto di politico* (1932), ivi, pp. 122, 126, 128.

(17) Ad es. C. Schmitt, *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria* (1921; 1964[3]), a c. di F. Valentini, Bari, Laterza, 1975, pp. 110, 254 nt. 12; e Id., *Teologia politica*, cit., pp. 36, 126 e altrove. In generale G. Duso, *Teologia politica e logica dei concetti politici moderni in C. Schmitt* (1996), in Id., *La logica del potere*, cit., pp. 185-213: 196 s.

(18) C. Schmitt, *Teologia politica*, cit., p. 33.

(19) In vari scritti; qui basta indicare C. Schmitt, *Dottrina della costituzione* (1928), a c. di A. Caracciolo, Milano, Giuffrè, 1984, p. 75; Id., *Teologia politica*, cit., pp. 35-37, 43; ma, con chiara consapevolezza del contesto costituzionale in cui Bodin pensa la sua idea di sovranità: C. Schmitt, *La dittatura*, cit., pp. 44-45.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

con la costituzione, cioè con la sua struttura, per valutare la possibilità — nel pensiero di Schmitt — di arretrarlo ancora al tempo medievale. Si tratta, del resto, d'un esame necessario per lo stesso Schmitt: per lui il 'potere d'eccezione' si adatta a casi-limite, che orientano l'esigenza di conservazione dell'esistenza politica al suo « esterno », alla situazione radicale di crisi; essa vale a definire 'in concreto' chi decide, chi è « il soggetto della sovranità »; ma è solo in ragione di questo concreto che si dice 'astratta' la pratica ordinaria (20) del potere politico. In tal modo è definita « l'essenza della decisione » (21), non certo la 'legge politica' (22) della costituzione. Dunque c'è netta distinzione tra decisione d'eccezione e struttura o forma della costituzione. Questo presupposto non va dimenticato soprattutto notando che, al di là d'ogni distinzione, c'è anche una coincidenza: in Schmitt un potere nello stato d'eccezione sembra storicamente potersi svolgere solo dopo la stagione medievale, quando nella costituzione una pluralità di poteri inclina all'unico potere; cioè dopo che il Principe assoluto ha (tendenzialmente) 'assorbito' i poteri feudali e perciò ha (tendenzialmente) superato la 'costituzione mista' dello Stato (23). Tuttavia l''assorbimento' dei poteri è un'operazione istituzionale che, pur senza successi definitivi, mira, attraverso la burocrazia, al monopolio della forza estromettendo i corpi intermedi dalla posizione naturale di potere con un mutamento della costituzione; invece il potere d'eccezione — se la

(20) Già in C. SCHMITT, *La dittatura*, cit., pp. 28, 29, 227 (da giuristi secenteschi come Clapmar e Besold), 37 etc.; ID., *Teologia politica*, cit., pp. 34, 36 e altrove.

(21) C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit., pp. 34, 37, 55; ID., *Dottrina*, cit., p. 40.

(22) Si tratta della « concreta struttura dell'organizzazione del potere », che sarebbe anche la « vera forma » della costituzione, rispetto alla quale il sistema costituzionale dei diritti, frutto della stagione liberale, ha la colpa, rilevata anzitutto nella lettura di Hobbes, di aver infranto la convergente unità di potere politico e volontà individuali ('esterno ed interno'): C. SCHMITT, *Dottrina*, cit., pp. 64, 173, 198 ss.; e C. SCHMITT, *Il Leviatano nella dottrina dello Stato di T. Hobbes* (1938), in ID., *Scritti su T. Hobbes*, a c. di C. Galli, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 61-143: 106, 122-124.

(23) L'operazione di assorbimento' dei poteri, tentata dal Principe assoluto, costituirebbe il 'presupposto' dell'unità politica, affermata poi con la rivoluzione liberale. Si formerebbe uno 'Stato monistico' che supera con la sua 'costituzione pura' la 'costituzione mista' dell'età medievale: C. SCHMITT, *Dottrina*, cit., pp. 69-74, 112, 114, 268 etc.; v. anche in ID., *Il custode della costituzione* (1931), a c. di A. Caracciolo, Milano, Giuffrè, 1981, p. 96.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

pluralità dei poteri non l'avversa con successo — sospende l'esistenza istituzionale della costituzione al fine di conservarla. Dunque la costituzione, almeno dal punto di vista dell'ordinario dispiegarsi dei poteri secondo la loro natura, se originari o no, resta mista, nella stessa Francia, fino alla fine dell'Antico Regime (24); e tuttavia — va ribadito — c'è ormai una fortissima discontinuità rispetto all'età medievale, e consiste proprio in tale tendenza monopolistica: « all'origine dello Stato moderno sta quest'orientamento verso la dittatura » (25). Non interessa ora esaminare il modo legale-burocratico della modernità del potere (condiviso da Schmitt), ed il suo progetto di razionalità delineato dall'oggettivazione del potere in 'statuizioni generali'; però si ricordi: è un progetto che, prima del momento storico della sua realizzazione, può dirsi in certo modo già presente in alcune teorie della politica, come quella hobbesiana, ed è anche presente in alcune pratiche organizzative del potere, che però si pongono soltanto « in vista » del potere unico; e la principale di queste pratiche è esattamente « la centralizzazione e burocratizzazione del potere nell'apparato statale moderno del regime regio » (26). Ovviamente non è pensabile che la forza 'moderna' impegnata dalla burocrazia nella compressione dei poteri tradizionali, pur nella evidente distinzione dei rispettivi ambiti d'azione, sia diversa per natura o priva d'effetti sulla capacità della volontà decidente (nella crisi) di slanciarsi oltre il blocco opposto od opponibile da altri poteri all'interno dell'unitario loro 'campo di tensione' ch'è la costituzione. Questa volontà deve esprimersi in un potere se non ancora unico, certo 'irresistibile' dagli altri; il che avviene, o può avvenire, quando uno dei poteri riesce ad 'eliminare' gli altri, almeno nel senso che questi non gli si possono più contrapporre come

(24) C. Schmitt, *La dittatura*, cit., pp. 107, 108, 102-103 (per la Germania), e Id., *Il Leviatano*, cit., p. 125 (per l'Inghilterra). Certo, nella *Dottrina*, cit., p. 268, Schmitt avanza l'idea dello Stato assoluto come dotato di 'costituzione pura' e come superamento della costituzione mista medievale; questo avviene perché Schmitt non è interessato alla natura dei poteri in costituzione, ma piuttosto alla loro forza reciproca: se uno di questi poteri può sovrastare gli altri in casi d'eccezione, è quanto basta per il superamento della costituzione medievale, ritenuta, a ragione, mista.

(25) C. Schmitt, *La dittatura*, cit., pp. 24-25 etc.

(26) J. Habermas, *Dottrina politica*, cit., p. 102: si intende il tentativo di esercizio esclusivo del potere attraverso l'istituzione giuridica degli *officia regis*.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

'ostacolo' insormontabile nello stesso interno della costituzione (27). In questo senso l'opera demolitrice ed unificante del potere burocratico va pensata alle spalle della decisione sulla crisi.

Insomma: che un potere — quello di crisi — e l'altro — quello dispiegato nella 'vera forma' della costituzione — siano orientati entrambi verso l'unico potere, non è storicamente casuale, è il frutto della stessa capacità di autodeterminazione della volontà politica quando s'inizia a configurare una sovranità come « forma radicale di volontà » (28); si tratta però di coincidenza di destini diversi che non ha a che fare con la necessità di connettere l'uno nell'altro in una sorta di legittimazione (29); anzi il potere di decidere sulla crisi sembra esistere — per definizione — al di fuori e per il di fuori del progetto di razionalizzazione che ha il suo epicentro nel diritto (30). Un tale potere c'è, ed è così — decisivo — appunto per potere trascendere, rappresentandolo, anche quel progetto e quel dispiegamento ordinario di poteri.

Per quanto la questione in sé sia anzitutto simbolica del possibile punto di frattura tra costituzioni, e della affermazione d'un potere che non vuol essere più soltanto sovraordinato agli altri, ma invasivo, e addirittura sostitutivo (31), essa è anche storicamente determinata, perché Schmitt ritiene tratto peculiare, e a volte perdurante, dello Stato plurale del Medioevo, quel 'diritto di resistenza' che i corpi intermedi 'feudali, cetuali ed ecclesiastici' possono opporre (32), e che anzi hanno storicamente opposto, come mostra la

---

(27) C. Schmitt, *La dittatura*, cit., p. 110; Id., *Dottrina*, cit., pp. 74, 75; Id., *Teologia politica*, cit., p. 33; Id., *Il concetto di politico*, cit., pp. 91, 129-130.

(28) M. Foucault, *Bisogna difendere la società* (1976), a c. di M. Bertani e A. Fontana, Milano, Feltrinelli, 1998, p. 86.

(29) Ad esempio C. Schmitt, *Teologia politica*, cit., pp. 55-56; Id., *La dittatura*, cit., p. 29.

(30) C. Schmitt, *Teologia politica*, cit., pp. 34, 54 ss.

(31) Dunque 'illegittimo' se misurato sull'ordine giuridico antico: C. Schmitt, *Il Leviatano*, cit., p. 96; Id., *Dottrina*, cit., 74.

(32) C. Schmitt, *Il Leviatano*, cit., pp. 95-97, 102, 121; e Id., *Lo Stato come meccanismo in Hobbes e in Cartesio* (1937/1938), in Id., *Scritti su T. Hobbes*, cit., pp. 45-59: 52. Si usi anche la lettura di Montesquieu in C. Schmitt, *La dittatura*, cit., pp. 108-113. Sotto l'influenza di Schmitt, indubbiamente O. Brunner, *Terra e potere*, cit., pp. 559-560, e altrove. Gli storici non direttamente interessati al problema della costituzione e del potere, possono tuttavia giungere acutamente ad usare lo stesso concetto indicando

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

vicenda di Wallenstein (33), e che, più in largo, può effettivamente mostrarsi dalla storia costituzionale di quegli Stati con istituzioni parlamentari significative nelle relazioni di potere, come non solo l'Inghilterra, ma la Germania, appunto, la Spagna e la stessa Francia. Il diritto di resistenza — oltre il quale emerge la modernità politica — è dunque, o sembra a Schmitt, la condizione estrema di sopravvivenza della costituzione mista in un'unità politica di più poteri, il diritto dei quali ad esistere è, in definitiva, garantito dalla necessità ineludibile della partecipazione di ciascuno di essi al potere con un potere. In questo senso Schmitt parla dello Stato medievale come di 'Stato garante del diritto' (34), secondo un'espressione ripresa da Kern (35), da intendere esattamente nel senso che nessun corpo intermedio può eliminare o sospendere l'altrui diritto al potere. Così lo Stato medievale è per Schmitt, come già per Weber, uno 'stato di diritto' (36), da intendere, precisamente, come 'comunità di diritti' (37). Così, la faida, come inimicizia giusta, ed uso perciò 'legittimo' della forza, è praticabile solo in uno Stato nel quale sono costituiti diritti (originarî) al potere ed alla forza di 'corps', che

---

tra le caratteristiche salienti dello Stato moderno « l'instaurarsi di un deciso, effettivo potere centrale, il quale non ha più a temere le insurrezioni dei signori feudali »: A.C. JEMOLO, *La crisi dello Stato moderno*, Bari, Laterza, 1954, pp. 18 ss.

(33) C. SCHMITT, *La dittatura*, cit., pp. 86-103; ID., *Dottrina*, cit., p. 74. Si riscontri anche O. VON GIERKE, *G. Althusio e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche. Contributo alla storia della sistematica del diritto* (1880), a c. di A. Giolitti, Torino, Einaudi, 1974, pp. 144 ss.. Non rinuncio a citare il corso di diritto comune sul diritto di resistenza di G. CASSANDRO, *I limiti del potere statale* (Roma, Bulzoni, s.d. [1968?]).

(34) C. SCHMITT, *Legalità e legittimità* (1932), in ID., *Le categorie del politico*, cit., pp. 209-244: 215.

(35) F. KERN, *Recht und Verfassung im Mittelalter* (1919), r. an. Tübingen, H. Kaupp, 1952, p. 73 etc.; ma si deve pur notare che Kern distingue la teoria e la pratica del potere politico medievale in modo che nell'ultima possa manifestarsi un 'assolutismo di fatto': F. KERN, *Gottesgnadentum und Widerstandsrecht in früheren Mittelalter. Zur Entwicklungsgeschichte der Monarchie* (1914; 1954[2]); r. an. Darmstadt, Wissensch. Buchgesellschaft, 1980, pp. 139 ss.

(36) M. WEBER, *Economia e società* (1922), voll. 2, a c. di P. Rossi, Milano, Edizioni di Comunità, 1961, vol. II, p. 399; C. SCHMITT, *Dottrina*, cit., pp. 176-177; ID., *La dittatura*, cit., pp. 29, 44; ID., *Legalità e legittimità*, cit., p. 223.

(37) C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, cit., p. 216.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

evidentemente escludono la configurabilità d'un monopolio della forza (38).

Non sorprende, insomma, che tra lo 'Stato moderno' e quello medievale Schmitt individui una « abissale contrapposizione » (39). Si tratta d'una contrapposizione che risalta dalla stessa orditura del pensiero costituzionale di Schmitt, che ha un fondamento necessario: la 'decisione' espressa da una volontà autodeterminata (sia essa costituente o d'eccezione); e questa volontà, per esaltare il suo tratto genetico di preesistenza a norme, è pensato nella dimensione quasi biologica dell'esistenzialità (40). Ora la costituzione medievale non può esprimere una simile volontà autodeterminata (41); in essa ogni volontà deve misurarsi sull'ordine razionale dell'esistente che la predetermina alla giustizia (42). È detto: « voluntatis [...] causa nihil aliud esse potest quam Deus » (43), e dunque questa diversa fibratura della volontà giusta — in ragione della quale ogni potere sulla terra è potere costituito (44) — consente una sola volontà costituente, quella « di Dio » (45). Ogni altro potere o decisione, anche quella d'eccezione, vi si deve conformare; e, come si sa, nell'esperienza del diritto comune classico la *necessitas* che costringe all'atto di ristoro dell' ordine leso, ne è *iusta causa*: in esso sono chiare le « implicazioni ontologiche » (46) e la sostanza razionale della decisione.

---

(38) BRUNNER, *Terra e potere*, cit., pp. 59 ss., 67 ss., 74-75, 150 ss., 559-560, 629.

(39) C. SCHMITT, *Il Leviatano*, cit., pp. 95, 97; in ID., *La Dittatura*, cit., p. 151 ritiene un 'miracolo' proprio la frattura dell'ordine giuridico medievale dalla quale emerge lo 'Stato moderno'.

(40) C. SCHMITT, *Dottrina*, cit., pp. 23, 40-41, 110 e in diversi altri luoghi significativi.

(41) Ivi, pp. 112, 113: qui è evidente che i concetti di 'libera decisione totale' e di 'decisione consapevole' sono pensati come superamento delle 'concezioni teologico-cristiane del potere costituente di Dio'; ed è anche in questo senso che essi si contrappongono 'ad ogni dipendenza da un giustezza normativa o astratta' (110, 23).

(42) Tra mille possibili citazioni, indico un'incisiva formulazione in A. BIRAL, *La genesi dell'opposizione tra 'pubblico' e 'civile'*, in *Per una storia del moderno concetto di politica. Genesi e sviluppo della separazione tra politico e sociale*, a c. di M. Tronti, Padova, CLUEP, 1977, pp. 11-29: 15.

(43) TOMMASO, *Summa Theologiae* I^{a} II^{ae} q. 9 a.6.

(44) C. SCHMITT, *La dittatura*, cit., pp. 141-142.

(45) C. SCHMITT, *Dottrina*, cit., pp. 112 e 23, 110.

(46) Così E. CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, 2 voll., Milano, Giuffrè, 1961, vol. I, pp. 262-266: 264.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Appunto questa concezione sostanzialistica « del diritto e della costituzione » confligge con l'idea schmittiana del volontarismo della costituzione e del potere irresistibile, consentendogli di negare alla « situazione politica del tardo Medioevo (dal XIII al XVI secolo) » unità effettiva, Stato e costituzione, almeno nella forma specifica della modernità (47). La negazione, tuttavia, contraddice l'ambizione di Brunner di individuare nel pensiero di Schmitt « un concetto di costituzione » ampio al punto da estendersi al Medioevo. In effetti, per quanto ampio, il concetto di *Verfassung* non può implicare, e non lo può esattamente per il percorso dell'età medievale indicata da Schmitt, proprio « una decisione complessiva sul tipo e sulla forma dell'unità politica » (48).

2. *Schmitt oltre Brunner.*

Resta tuttavia un tratto da cogliere nell'idea generale schmittiana di costituzione e nel suo concetto stesso di decisione, elaborato peraltro in chiara polemica con Kelsen; è la necessità della preesistenza a norme della volontà decidente, sia essa costituente o d'eccezione; insomma il tratto che possiamo definire dell'esistenzialità del potere. Ora l'esistenzialità del potere, nel senso estremo della sua preesistenza a norme, benché priva del connotato volontaristico, è propria anche dei poteri della costituzione medievale. Va però precisato che questa priorità del potere sulle norme, vale per quelle

(47) C. Schmitt, *Dottrina*, cit., pp. 69-74, etc. Indico anche il suo scritto minore del 1941 *Staat als ein konkreter, an eine geschichtliche Epoche gebundener Begriff*, in Id., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1985[3], pp. 375-385 con osservazioni anche sul 'piccolo mondo' italiano del Rinascimento che sarebbe privo di ogni profilo di modernità politica, mentre M. Weber, *Economia e società*, cit., vol. II pp. 634, 635, 638 vede nello stesso fenomeno la prima forma di "amministrazione razionale" di tipo 'statale'.

(48) O. Brunner, *Il concetto moderno di costituzione*, cit., pp. 6-7, con riferimento ai primi paragrafi della *Dottrina* schmittiana e in specie al terzo che, al di là del concetto di 'decisione', impraticabile per il Medioevo, è del tutto destinato ad esaminare la costituzione come espressione d'un potere costituente terreno: ciò che nel Medioevo non può darsi. La distinzione tra *Verfassung* e *Konstitution* che Brunner adotta per distinguere l'esperienza medievale da quella liberale di costituzione, non ha in generale nulla a che fare con la terminologia schmittiana (C. Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1986[6], pp. 20 ss.).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

norme riscontrabili — a loro volta — in un connotato d'esistenza; cioè quelle norme la cui stessa specifica origine —ed è qui il nodo fondamentale della cosa — può essere riconosciuta nella dimensione dell'esistenza: norme 'positive', dunque, ma solo perché poste (sia pure in conformità dell'ordine etico) da un'autorità terrena (49), e la cui esistenzialità non è limitata alla loro osservanza e vincolatività, perché, indubbiamente può essere osservata anche una norma etica oppure del diritto naturale o divino (50): ma questo definisce il piano della loro vigenza, non quello della loro 'concreta esistenza' (51), benché questo piano della vigenza possa esprimere un'altra dimensione dell'esistenza delle norme, ch'è poi quello stesso dei poteri: il piano del 'fatto' che definisce la piena e forte mondanità della norma (o del potere) come priva d'origine oltre di esso. Questo equivale — sia detto per inciso — a proporre — storicamente — un'incertezza nell'origine (cioè il difetto d'una origine certa) per la maggior parte dei poteri della costituzione medievale, perché, ad esempio, non conosciamo, e non ci sono, in generale, norme 'positive' istitutive delle monarchie europee, della feudalità, delle municipalità o dei parlamenti, e il dubbio storico si risolve nel dubbio storiografico (52). Questi poteri, è vero, sembrano disposti in un ordine ch'esprime il divino; ma quest'ordine costituisce la loro legittimazione (53) e non dichiara per nulla una loro origine. Da questo punto di vista si tratta di 'poteri' che preesistono a norme istitutive e che, infatti, costituiti o piuttosto dati in una 'implicazione ontologica', occultano con essa ogni specificità d'origine nel fatto dell'esistenza. Anzi, nel difetto d'origine il fatto si mostra come 'già stato fatto' ed esalta la sua

(49) Prescindo dunque dai riferimenti metagiuridici d'una possibile positività come quelli sostenuti in H. Kelsen, *ll problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto* (1920), a c. di A. Carrino, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 135-137, ed in altre opere.

(50) Ivi, pp. 137, 306 ss. etc.

(51) C. Schmitt, *Dottrina*, cit., pp. 21, 23: nel senso del loro esser 'poste' da un'autorità.

(52) Ad esempio sulla questione storiografica dei parlamenti medievali Bloch sostiene la forza paralizzante e il dilemma irrisolvibile 'del problema delle origini': M. Bloch, *Pour une histoire comparée des sociétés européennes*, in « Revue de synthèse historique », t. 46 (1928) p. 27.

(53) Ad esempio C. Schmitt, *Legalità e legittimità*, cit., pp. 213, 215-216. Anche E.-W. Böckenförde, *La formazione dello Stato*, cit., p. 37.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

esistenza come 'da prima', e perciò giustamente, esistente. Sono riflessioni che mostrano l'approssimazione di alcune impostazioni classiche; ad esempio è soltanto perché non viene rilevata la condizione d'esistenza dei poteri, che un autore come Ullmann può piegare la giusta premessa di « un unico supremo organo in cui risiede tutto il potere e che [...] è Dio stesso » alla conseguenza che ogni potere n'è « delegato o derivato » (54). Sfugge che la condizione terrena di tale derivazione è appunto nell'originarietà esistenziale dei poteri, ch'è come definirli concretamente inderivabili. Anzi, proprio questa imprudenza consente agevolmente (ed è licenza assai diffusa) di reintrodurre nel principio della 'nulla potestas nisi a Deo' l'astorica riproposta del potere politico unico e della costituzione monista: e, subito, il vertice terreno di Dio — il suo 'vicario' — diviene colui « che possiede la somma del potere » (55). Qui ora interessa riprendere un discorso più coerente con la 'cosa' costituzionale, e indicare che il fatto dell'esistenza è capace di norma: propone il suo esserci, proprio perché 'già stato', in un dover esserci; e come il comportamento, per reiterazione, si fa necessario, ed è fatto normativo, così è il fatto del potere a determinare la norma e la necessità del potere (56). È esattamente questa determinazione che, per un lungo tempo della stagione medievale, è pensata nello stesso piano etico della sua legittimazione. Non si tratta d'un pensiero solo teorico; piuttosto d'una condizione d'essere dell'esistente, sia pur questo il potere, che dobbiamo pensare effettiva nelle stesse fibre intellettuali dei suoi portatori (57). Ora importa quel che, nell'implicazione, resta

(54) W. Ullmann, *Principi di governo e politica nel Medioevo* (1961; 1966[2]), tr. di E. Cotta Radicati, Bologna, il Mulino, 1972, pp. 15-16.

(55) *Ibidem*.

(56) Bisogna accettare che, nella sua naturale inclinazione verso i sottoposti, il potere per modo proprio sia, almeno in un certo punto cronotopico, a sua volta giuridico e normativo; ma questo non significa ancora subordinare necessariamente la forza dell'esistente ad un ordine metagiuridico di natura logica.

(57) Ad es. F. Borkenau, *La transizione*, cit., p. 155. La questione potrebbe essere ben diversamente sviluppata: intanto la dimensione 'ontologica' del potere medievale, non è, in direzione dei sottoposti, un'invenzione destinata alla semplice 'manutention des esprits', ma è la costituzione stessa delle psicologie e della morale individuali, secondo — bisogna pensare — la loro pratica. Certo, di questa pratica non possiamo produrre altra prova che teorica; ma l'accusa di 'formalismo' non può ridursi a questo, ed essendo essa stessa teorica non può produrre le sue asserzioni sul fondamento di alcuna evidenza.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

difforme e irriducibile al condizionamento o all'implicazione stessa: quanto nel mondano è inevitabilmente originale (originario) perché finito, cioè esistente, quand'anche solamente come 'fatto'; insomma il fatto stesso del potere. Questa difformità, ch'è esistenza (al potere), gettata tra una sua costituzione politica soprana (che esistenzialmente non può essere, perché difforme, la sua origine) ed una volontà mondana d'esistere al potere non costitutiva perché predeterminata, ebbene questa difformità può dispiegare il suo carattere originario proprio negandosi ad ogni origine che non indichi il suo essere come un essere stato (fatto). E quando, nel processo dei tempi, si dissolverà il 'contesto etico' dei poteri ed ogni complessità insita nel sostanzialismo politico, quel che residua da ogni caduta implicazione, è ancora la fattità del potere, il suo diritto ad esistere perché esistente, e cioè 'storicamente' esistente senza vera pretesa d'incarnare anche qualcosa d'altro da sé capace di significare un destino o una missione. Insomma la determinazione del suo esserci dall'esistenza. Qui si profila il tratto essenziale della continuità della costituzione medievale e di quella d'Antico Regime: la esistenzialità dei poteri, la loro preesistenza a norme positive ed istitutive, la loro originarietà, pur nella diversità delle condizioni d'esistenza; una continuità ch'è poi manifesta per quel ch'esiste come costituzione fino alla Rivoluzione: Re, feudi, città, ceti. Ora proprio Brunner ha tentato — in modo estremamente convincente — di evidenziare i tratti fondamentali, o alcuni tra essi, della costituzione propriamente medievale, e l'ha fatto all'intermo d'una critica radicale dell'uso improprio del monismo costituzionale, cioè dell'idea liberale di costituzione e d'unico potere politico, applicata in modo irriflesso nella medievistica tedesca (58), ed in molte altre (59). I punti più importanti di questa critica — per quel che ora interessa — riguardano il rifiuto della derivazione per delega di ogni potere da un « potere statale sovrano » (60) e, per converso, la necessità « di riflettere intorno all'essenza del territorio » in termini

(58) O. Brunner, *Il concetto moderno*, cit., pp. 7-18; e Id., *Terra e potere*, cit., pp. 169-186, e altrove (cfr. Id., *Feudalesimo*, cit., pp. 104-105).

(59) Fa invece chiaro riferimento a questo saggio di Brunner, ed alla dottrina schmittiana, P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale* (1995), Bari, Laterza, 2006[12], p. 35 nt. 20.

(60) O. Brunner, *Il concetto moderno*, cit., pp. 12, 13 con riflessioni notevoli,

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

di potere (61). C'è dunque, già qui, la netta indicazione che uno dei caratteri proprî e differenziali della costituzione medievale consiste nella dimensione territoriale di alcuni poteri, cioè poteri non delegati o non derivati da altro potere, e dunque originarî. Si può notare che tutta questa costruzione brunneriana, e almeno questa, è, in verità, oltre il pensiero di Schmitt, ma non contro di esso, perché la struttura riposta di quel pensiero costituzionale è la esistenzialità del potere, nel senso della sua preesistenza a norme positive. È vero, la preesistenza si connota, per Schmitt, in modo esclusivo: preesiste la volontà politicamente autodeterminata (della decisione eccezionale o del potere costituente); ma questo è, per lo stesso Schmitt un modo costituzionale esclusivo solo della (o dalla) modernità politica. In tal caso il 'monopolio della forza', o il 'potere irresistibile', è garanzia esclusiva dell'unità politica, e, nell'esercizio estremo della propria volontà, fa esser presenti — rappresenta — le volontà assenti (ad es. il popolo), ed è unità. Tuttavia quando questa forza eccezionale e fisica difetta, e cioè nel Medioevo, è nell'ordinario dispiegarsi delle forze e dei poteri concertati in unità, che questa unità s'afferma come ordine di quel che ha diritto ad esistere e resistere in essa e per essa, perché preesistente, per sua intima ragione, in essa. La teoria kelseniana — lo dico di passaggio — pur tentata anch'essa in direzione del Medioevo (62) — non può altrettanto. Per Kelsen ogni possibile costituzione riposa su una 'norma originaria che fonda l'unità' (63), e la norma originaria è una 'ipotesi giuridica', una sorta di 'radice impersonale del diritto' che determina in via trascendentale l'unità anche del sistema politico come ordinamento giuridico; è esattamente questa « determinazione (che) è insita nella creazione della costituzione » (64). Dunque lo stesso concetto di 'origine' o di 'originario' è proposto direttamente come categoria logica. Tale *medium* giuridico si pone allora come preesi-

---

come spesso avviene in Brunner, sulla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato.

(61) Ivi, pp. 16, 19: non sorprende in Brunner una simile esigenza.

(62) Ad es. G. Post, *Studies in Medieval Legal Thought. Public Law and the State, 1130-1322*, Princeton, Princ. University Press, 1964, pp. 7-8.

(63) Basti qui il rinvio a H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), Torino, Einaudi, a c. di R. Treves, 1970, pp. 98 ss., 105 ss.; H. Kelsen, *ll problema della sovranità*, cit., p. 136.

(64) H. Kelsen, *Il problema della sovranità*, cit., p. 87.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

stenza 'logica' ad ogni concreto potere, ed all'opposto del pensiero di Schmitt, ogni concreto potere non è che delegato, e derivato da norma, ogni pluralità di poteri è, al fondo, unità, e, in questi senso, « ogni Stato è uno Stato di diritto » (65). Anche storicamente ci sarebbe differenza solo quantitativa (quella segnata dalla burocrazia moderna) « fra la comunità giuridica primitiva e la comunità giuridica statale » (66). Questo punto di vista storico non è che il prodotto sintetico dello stesso ingegno costruttivo della 'dottrina pura', e consente una storia solo come suo stesso interno. Non è certamente la prima volta che una storia del diritto e delle istituzioni è tentata come una teoria forte, cioè come ordine capace di prefigurare il divenire; ma una storiografia scientificamente consapevole mette in opera un quadro categoriale il cui oggetto si forma del tutto naturalmente, (ri)conoscendolo nel suo essere 'concretamente esistente' (67). Ciò probabilmente avviene (ed il paziente lettore vorrà concedermi ancora un breve inciso) perché la storiografia finisce pur sempre per disporre la sua ricerca sul fondo della condizione umana (dell'« essere dell'Esserci », dice il filosofo) o, se si vuole, all'interno della costituzione d'essere — un'esistenza — che s'interroga nel ricercare, e dunque in termini di finitezza e concretezza (68). A differenza di altre scienze la storiografia è, nella sua struttura, più intimamente legata alla questione dello svelamento dell'origine (69). Così non è veramente possibile sottrarre alcun oggetto di storiografia (un potere politicamente rilevante, un'unità politica, una norma positiva) alle sue condizioni d'esistenza (70), salvo a farne oggetto d'altra scienza. Lo stesso ingegno trascendentale della 'norma fondamentale' (o il *Volksgeist*, o altro) non può essere storicamente pensato se non come esistente, nel suo essere (stato) pensato. E indubbiamente, per quanto un potere medievale possa pretendersi

(65) Ivi, p. 41.

(66) H. Kelsen, *Lineamenti*, cit., p. 141; H. Kelsen, *Il problema della sovranità*, cit., p. 380.

(67) Mutuo l'espressione da C. Schmitt, *Dottrina*, cit., p. 21.

(68) M. Heidegger, *Essere e tempo* (1927), Torino, UTET, 1969, a c. di P. Chiodi, § 3, pp. 61 ss.; § 72-75, pp. 538 ss.

(69) Sono il primo a rendermi conto di quanto sommariamente quel che dico (che qui mi par sufficiente) è ispirato da M. Heidegger, *Essere e tempo*, cit., § 76, pp. 560 ss.

(70) Offre spunti in questo senso lo stesso H. Kelsen, *Il problema della sovranità*, cit., p. 134, in polemica con K. Bergbohm.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

prodotto in una condizione giuridica trascendentale, in modo tale ch'esso 'sia' norma, storicamente non si dà la norma 'positiva' della sua costituzione, cioè la condizione storica di una norma preesistente al potere. Forse per tutto questo, o anche per questo, lo storico Brunner non poteva che fondarsi, per l'oggetto storico ch'è la costituzione medievale, sulla costruzione schmittiana, che propone potere e costituzione nel fatto della loro esistenza già per la sua stessa teoria del diritto costituzionale. Il concetto di 'fatto giuridico' non a caso riproposto al centro della giuridicità medievale (71), al di là del suo apparire punto d'appoggio semplice ed immediato di storiografia, nasconde tra le pieghe del suo farsi conoscenza late complessità da infuturare. Appunto non derivando da un atto umano d'origine, il fatto sembra avere un'originarietà indistintamente preesistente che, fondata anch'essa nella finitezza, porta però con sé, intimamente a rivelare un giusto destino d'esistenza, il segno della trascendenza. E la storiografia giuridica più attenta, indicando i poteri e la costituzione medievale nell'ordine divino del mondo ne coglie la rispondenza terrena come stato fattuale e plurale della loro esistenza (72), come 'cosa' stessa della costituzione medievale.

(71) Il quadro di pensiero, ad es. in F. Kern, *Recht und Verfassung*, cit., pp. 30 ss.; E. Cortese, *La norma*, cit., vol. II, pp. 150-160; più centrale P. Grossi, *L'ordine giuridico*, cit., pp. 52 ss., 56 ss., 74 ss.

(72) M. Fioravanti, *Costituzione*, cit., p. 59; P. Grossi, *Unità giuridica europea: Medioevo prossimo futuro?*, in Id., *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 55-73: 65.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

RICCARDO CAVALLO

LA CRITICA AL FORMALISMO GIURIDICO NEL PENSIERO DI HERMANN HELLER

1. L'occultamento della realtà. — 2. Hermann Heller: un giurista *engagé*. — 3. Contro i fantasmi delle vuote forme. — 4. Diritto e politica: due paradigmi irriducibili?

1. *L'occultamento della realtà.*

« Può essere pur vero che la predilezione per il conflitto di classe di Heller sia troppo legata alla cultura marxista ed eccessivamente carica di risentimento; ma la sua polemica contro Kelsen si rivolge soprattutto contro il suo voler ignorare la realtà » (1). Queste illuminanti parole di un convinto antiformalista quale Rudolf Smend, se non riescono a chiarirci bene la complessa adesione di Hermann Heller al socialismo, forse racchiudono l'elemento che, più di ogni altro, caratterizza il *j'accuse* lanciato dal movimento antiformalista (2) nei confronti del formalismo giuridico: l'occultamento della realtà. Ciò costituisce, infatti, il minimo comune denominatore della « comunità di combattenti » (*Kampfgemeinschaft*) (3), nella quale si arruolarono nel tragico scenario weimariano, oltre ad Heller, altrettanti illustri giuristi e filosofi (tra cui ricordiamo almeno Erich Kaufmann e Carl Schmitt). Tale movimento, per quanto

(1) Questo è uno dei passaggi di una lettera di R. Smend pubblicata in appendice al saggio di M. Friedrich, *Rudolf Smend (1882-1975)*, in « Archiv des öffentlichen Rechts », 112, 1987, p. 25.

(2) Cfr. R. Cavallo, *L'antiformalismo nella temperie weimariana*, Torino, Giappichelli, 2009.

(3) La suggestiva espressione riportata nel testo è di R. Smend, *Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer und der Richtungsstreit*, in H. Hemke et al., (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 1973, p. 578.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

variegato e attraversato da tensioni molto forti, si poneva l'obiettivo polemico di criticare radicalmente il positivismo giuridico, cioè la linea di pensiero Gerber-Laband-Jellinek e soprattutto dell'ultimo epigono di tale tradizione giuridica (4), il *neokantiano* Hans Kelsen (5), in un'epoca in cui « il richiamo a Kant nella filosofia del diritto [che, per lungo tempo, era stato] la base per un nuovo e più sicuro orientamento nella scienza del diritto » (6), aveva ormai perso il suo splendore originario. Ciò dipendeva anche dal fatto che proprio la riflessione kelseniana, emblema di un « neo-kantismo rinchiuso in un rigido formalismo » (7), portava inevitabilmente ad un « mero formalismo del concetto, vuoto di contenuto, e per conseguenza ad un'enorme limitazione e svalutazione di tutto il mondo giuridico. Tolto ogni contenuto, non rimangono che dei concetti formali, schematici, "unidimensionali"; cioè vuoti e nudi » (8). La *reductio* del diritto a mera tecnica sulla base di una presunta *purezza* del 'giuridico' implicava necessariamente la frattura tra diritto e politica.

A partire dal tentativo di ricomporre tale frattura (9) si snoda

---

(4) Del resto, il legame con tale tradizione viene evidenziato dallo stesso giurista praghese, in diverse occasioni: cfr. H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, J. Springer, 1925, p. 1; ID., *Reine Rechtslehre*, Wien, Verlag Franz Deuticke, 1960; tr. it., *La dottrina pura del diritto*, a cura di M. Losano, Torino, Einaudi, 1966, p. 4.

(5) « Ciò che teneva insieme posizioni per tanti aspetti lontane era dunque il comune orientamento verso una concezione concreta della costituzione [...] e la comune avversione nei confronti di Hans Kelsen e del suo tentativo di uscire dalla crisi metodologica attraverso la riproposizione in forma più radicale, raffinata e aperta di una dottrina del diritto e della costituzione puramente normativa: un tentativo che veniva collocato sulla stessa linea metodologica del positivismo di Laband e della scissione di Jellinek dei diversi (e distinti) modi di trattare teoricamente lo Stato » (G. ZAGREBELSKY, *Introduzione*, in R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 7; ed. or., *Verfassung und Verfassungrecht*, München-Leipzig, Duncker & Humblot, 1928).

(6) N. BOBBIO, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica,* Torino, 1934, Memorie dell'istituto giuridico, p. 66.

(7) Ivi, p. 67.

(8) G. LEIBHOLZ, *La formazione dei concetti nel diritto pubblico*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 3, 1931, p. 270.

(9) Questo è anche uno dei temi portanti della riflessione schmittiana, su cui si rinvia a R. CAVALLO, *Le categorie politiche del diritto. Carl Schmitt e le aporie del Moderno*, Acireale-Roma, Bonanno, 2007.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

la riflessione di Heller, una delle figure di punta dell'antiformalismo giuridico (10), la cui attualità appare più che mai evidente, specie in relazione a diversi aspetti critico-problematici che attraversano la sua opera. Nonostante ciò, egli ha subìto da parte della scienza giuridica una sorta di *conventio ad excludendum*, tant'è che i suoi contributi sono stati per molto tempo negletti nella riflessione giuridico-filosofica europea sia per l'eccessiva attenzione dedicata dagli studiosi al conflitto polemico tra Kelsen e Schmitt, la cui assolutizzazione ha comportato l'occultamento dell'appassionato dibattito sia contenutistico che metodologico sviluppatosi con una certa ampiezza e problematicità durante la *temperie* weimariana (11), sia per l'impossibilità di ricondurre il suo pensiero nell'alveo di una vera e propria scuola dottrinale. Per questi motivi, l'esortazione espressa, più volte, da Renato Treves (12) e, ripresa successivamente, da Pasquale Pasquino (13), ad attribuire il dovuto rilievo alla riflessione di Heller riconoscendogli un posto di primo piano nel panorama intellettuale weimariano è stata, fino ad oggi, disattesa. Se si escludono, infatti, i diversi contributi dello stesso Pasquino (14),

(10) Cfr., tra gli altri, M. Porzio, *La rivolta contro il formalismo*, in Id., *Formalismo ed antiformalismo nella storia della metodologia giuridica moderna*, Napoli, Jovene, 1969, pp. 91-152; G. Fassò, *La filosofia del diritto dell'Ottocento e del Novecento*, Bologna, Il Mulino, 1988, pp. 231-259; A. Tanzi (a cura di), *L'antiformalismo giuridico. Un percorso antologico*, Milano, Raffaello Cortina, 1999.

(11) Cfr. P. Pasquino, *Introduzione,* in H. Heller, *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato,* Milano, Giuffrè, 1987, pp. 3-4.

(12) Ci riferiamo allo scritto pionieristico e, per molti versi, ancora attuale di R. Treves, *La dottrina dello Stato di Hermann Heller*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », 1957, pp. 50-75 successivamente ripubblicato in Aa.Vv., *Studi in onore di Francesco Messineo*, Milano, Giuffrè, 1958, vol. IV, pp. 447-470, ora anche in Id., *Libertà politica e verità*, Milano, Edizioni di Comunità, 1962, pp. 127-151 che già, a suo tempo, aveva sottolineato la ricezione pressoché nulla dell'opera di Heller. Il giurista italiano, pur concentrando l'attenzione soprattutto sulla *Staatslehre*, invitava la cultura sia giuridica che sociologica a confrontarsi con la riflessione helleriana per le sue feconde implicazioni indicando, tra l'altro, le ragioni della sua attualità.

(13) P. Pasquino, *Introduzione*, cit., pp. 1-17 (in part., p. 4).

(14) Vedi almeno P. Pasquino, *Unità politica, democrazia e pluralismo. Note su Carl Schmitt, Hermann Heller e Ernst Fraenkel*, in « Quaderni piacentini », 10, 1983, pp. 125-137; Id., *Stato e democrazia in Hermann Heller*, in « Transizione », 3, 1985, pp. 123-142; Id., *Il concetto del 'politico' nella dottrina dello Stato nella Germania di Weimar:*

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

alcuni scritti sistematici (15) o altri saggi più o meno recenti, (16) sicuramente la ricezione dell'opera di Heller in Italia non ha fatto significativi passi in avanti rimanendo confinata, per lo più, nell'ambito meramente accademico.

Per quel che ci occupa in questa sede appare di indubbio rilievo teoretico soprattutto *Die Krisis der Staatslehre* (17), imprescindibile punto di riferimento per la critica al formalismo giuridico. Ma esso, pur rimanendo estremamente significativo poiché contiene i prodromi di tale critica, va necessariamente letto in correlazione almeno con lo scritto *Bemerkungen zur staats- und rechtstheoretischen* (18), dove vengono ulteriormente esplicitati i termini della

---

R. Smend, C. Schmitt, H. Heller, in S. Veca (a cura di), *Filosofia, politica, società. Utilitarismo e teoria della giustizia*, Napoli, Bibliopolis, 1987, pp. 102-123.

(15) Come la pregevole monografia di U. Pomarici, *Oltre il positivismo giuridico. Hermann Heller e il dibattito costituzionale weimariano*, Napoli, Prismi, 1989, uno dei più profondi conoscitori dell'opera di Heller, il quale ricostruisce con dovizia di particolari l'itinerario speculativo del giurista tedesco a partire dalla pubblicazione del suo *Handbuch*, passando per gli scritti più significativi del periodo weimariano come *Die Souveränität*, fino al suo testamento spirituale, la *Staatslehre* rimasta incompiuta per la sua prematura scomparsa, mettendo in luce soprattutto come il pensiero helleriano — pur essendo alquanto poliedrico — rimanga sempre legato al Politico hegeliano.

(16) Cfr., tra gli altri, S. Mezzadra, *Crisi dell'eticità e omogeneità sociale. Note su Hermann Heller*, in « Filosofia politica », 1, 1991, pp. 161-175; A. Abignente, *Il contributo di Rudolf Smend ed Hermann Heller al dibattito weimariano*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico », 21, 1992, pp. 213-257; M. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1994, pp. 297-315; G. Volpe, *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 2000, pp. 178-182; M. La Torre, *La crisi del Novecento. Giuristi e filosofi del crepuscolo di Weimar*, Bari, Dedalo, 2005, pp. 55-129; G. Bisogni, *Weimar e l'unità politica e giuridica dello Stato. Saggio su Rudolf Smend, Hermann Heller, Carl Schmitt*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005, pp. 93-138; C. Roehrssen, *Della concezione di tre pensatori che sono accomunati dalla critica a Kelsen e che anticipano l'esperienza fascista: Heller, Smend e Mortati,* in M. Galizia (a cura di), *Forme di Stato e forme di governo: nuovi studi sul pensiero di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 861-875; C. Bazzocchi, *Il fondamento tragico della politica. Per una nuova antropologia socialista*, Reggio Emilia, Diabasis, 2009, pp. 161-266.

(17) H. Heller, *Die Krisis der Staatslehre*, in « Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik », 55, 1926, ora anche in Id., *Gesammelte Schriften*, II, *Recht, Staat, Macht*, Tübingen, Mohr, 1992^2; tr. it., *La crisi della dottrina dello Stato*, in Id., *La sovranità ed altri scritti,* cit., pp. 29-66.

(18) H. Heller, *Bemerkungen zur staats- und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart,* in « Archiv des öffentlichen Rechts », 16, 1929, ora anche in Id., *Gesammelte Schriften*, II, *Recht, Staat, Macht*, cit.; tr. it., *Osservazioni sulla problematica*

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

polemica verso il formalismo giuridico. Infatti, i due saggi, a nostro parere, costituiscono una sorta di dittico indispensabile per comprendere le ragioni della perdurante polemica helleriana *versus* la dottrina pura del diritto nonché le sue *inevitabili* implicazioni giuridiche, filosofiche nonché politico-pratiche. Pertanto qui ci limiteremo ad analizzare solo questi due scritti, essendo ben consapevoli, al tempo stesso, come la critica al formalismo attraversi, sia pur in guise diverse, tutto l'*opus* del giurista weimariano (si pensi soprattutto ad uno dei suoi lavori più importanti come *Die Souveränität*) (19), tanto da potersi considerare una e vera e propria costante della sua riflessione, anche se nell'ultima fase che coincide storicamente con il crepuscolo di Weimar (specie nell'incompiuta e postuma *Staatslehre* (20)) vi è un lento ma progressivo avvicinamento alle posizioni kelseniane (21).

2. *Hermann Heller: un giurista* engagé.

Prima di addentrarci nei meandri della riflessione helleriana sembra utile, in via preliminare, fare alcune brevi considerazioni sulla figura e sull'opera di Heller (22) evidenziando, sin da ora, come

---

attuale della teoria dello Stato e del diritto, in H. Heller, *La sovranità ed altri scritti*, cit., pp. 357-397.

(19) H. Heller, *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts,* Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter, 1927, ora anche in Id., *Gesammelte Schriften*, II, *Recht, Staat, Macht*, cit.; tr. it., *La sovranità. Contributo alla teoria del diritto dello Stato e del diritto internazionale*, in Id., *La sovranità ed altri scritti*, cit., pp. 67-301.

(20) H. Heller, *Staatslehre*, Leiden, A.W. Sijthoff's Uitgeversmaatschappij N.V., 1934, ora anche in Id., *Gesammelte Schriften*, III, *Staatslehre als politische Wissenschaft,* Tübingen, Mohr, 19922; tr. it., *Dottrina dello Stato*, a cura di U. Pomarici, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1988.

(21) Cfr. U. Pomarici, *Postfazione*, in H. Heller, *Stato di diritto o dittatura? e altri scritti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1998, p. 209; M. La Torre, *La crisi del Novecento*, cit., p. 114; ma soprattutto C. Müller, *Kritische Bemerkungen zur Auseinandersetzung Hermann Hellers mit Hans Kelsen*, in C. Müller, I. Staff (Hrsg.), *Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller*, Baden-Baden, Nomos, 1984, pp. 693-722.

(22) Qui ci limitiamo a segnalare, senza pretesa di completezza, solo i contributi più significativi: l'indispensabile monografia di W. Schluchter, *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat. Hermann Heller und die staatstheoretische Diskussion in der Weimarer Republik*, Baden-Baden, Nomos, 1983² (che, ancora oggi, rappresentanza un punto

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

i due aspetti (biografico ed intellettuale) siano tra di loro strettamente correlati. È difatti impossibile operare una cesura netta tra la figura e l'opera del giurista, in quanto nella sua riflessione la *passione* politica si coniuga perfettamente con il *rigore* scientifico. Tant'è che mai come in questo caso risulta calzante definire Heller come un giurista *engagé*. A suggerircelo sembra essere egli stesso laddove afferma che « ogni teoria giuridica ed ogni concettualizzazione di fenomeni di diritto statale è necessariamente anche una valutazione politica [...]. Il tentativo di spezzare completamente questo legame politico è destinato a rimanere un autoinganno di cui si paga il prezzo con il risultato di una dottrina giuridica dello Stato senza diritto e senza Stato » (23). Tuttavia, Heller può considerasi un giurista anomalo nel *milieu* weimariano poiché la sua riflessione non riveste mai toni polemici così radicali come in Kaufmann o in Schmitt, assumendo una connotazione del tutto autonoma e indipendente, sia sotto il profilo giuridico che metodologico distinguendosi da tutti i giuristi-filosofi che avevano animato il dibattito weimariano (24).

A corroborare lo stretto legame tra l'attività politica e quella intellettuale sovviene altresì un episodio che si può considerare, per molti versi, emblematico: l'iscrizione di Heller al partito socialdemocratico tedesco (25), avvenuta il giorno prima del conseguimento

---

di partenza imprescindibile per la ricostruzione sia del pensiero helleriano sia del contesto storico-sociale in cui è maturata la riflessione del giurista tedesco) e l'altrettanto importante volume collettaneo curato da C. MÜLLER e I. STAFF, *Der soziale Rechtsstaat,* cit.

(23) H. HELLER, *La sovranità,* cit., p. 260.

(24) Cfr. R. TREVES, *La dottrina dello Stato di Hermann Heller*, cit., p. 144. Più o meno, negli stessi termini, si esprime, ancora oggi, D. SCHEFOLD, *Gesellschaftliche und staatsliche Demokratietheorie. Bemerkungen Zu Hermann Heller*, in C. GUSY (Hrsg.), *Demokratisches Denken in der Weimarer Republik*, Baden-Baden, Nomos, 2000; tr. it., *Teoria sociale e teoria statuale della democrazia in Hermann Heller*, in « Quaderni costituzionali », 1, 2003, pp. 181-182, quando afferma che « egli dialogò con Carl Schmitt, con Rudolf Smend, con Hans Kelsen; tuttavia Heller si distinse da ciascuno di essi, marcando sempre i punti di disaccordo, per cui lo si può considerare come fondatore e rappresentante di una scuola autonoma ».

(25) Non è inutile ricordare come Heller fosse il solo docente di diritto pubblico iscritto al partito socialdemocratico (B. SORDI, *Sovranità e integrazione: rileggendo due teorie dello Stato,* in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico », 18, 1989, p. 645).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

della libera docenza in filosofia del diritto e in dottrina e diritto dello Stato (*Habilitation*) presso l'Università di Kiel, con una dissertazione (26) su Hegel, considerata « una delle più importanti riflessioni di filosofia politica degli anni Venti in Germania » (27). Tale iscrizione si presenta piuttosto singolare, vista la precisazione operata da Heller di non condividere i due principali postulati politico-programmatici del programma del partito socialdemocratico tedesco: l'internazionalismo e il materialismo dialettico (28). Heller dal punto di vista politico, infatti, è un socialista eterodosso, o meglio, « un socialdemocratico alla maniera di Babel e Kautsky. Ma gli sono ancora più vicine le "idee revisioniste" di Bernstein e la prospettiva del "freier Volksstaat" di Lassalle » (29). Il *suo* socialismo (30) non consisteva però soltanto nella difesa di astratti valori ideologici ma comportava anche delle scelte politiche concrete, come dimostra sia la sua incessante attività politico-culturale all'interno delle università popolari socialiste, sia la sua attiva partecipazione al *putsch* del generale Kapp del 13 marzo 1920 schierandosi — insieme al suo amico e maestro, il giurista Gustav Radbruch (31) che, con molta

(26) In tale dissertazione, « Heller ricostruisce la genealogia dell'idea di *Machtstaat* così come si sviluppa nella storia culturale tedesca dall'epoca pre-hegeliana, dai 'furori' proto-romantici fino al trionfo bismarckiano e alla sua teorizzazione nel pensiero politico. Cardine dell'analisi resta però la filosofia hegeliana del potere e l'idea di sovranità statale che da essa emerge, centro di interesse che Heller manterrà nel corso di tutta la sua opera » (U. Pomarici, *Oltre il positivismo giuridico*, cit., p. 9).

(27) *Ibidem*.

(28) Cfr. K. Meyer, *Hermann Heller*, in C. Müller, I. Staff (Hrsg.), *Der soziale Rechtsstaat*, cit., p. 70 e M. La Torre, *La crisi del Novecento*, cit., pp. 57 ss.

(29) M. La Torre, *La crisi del Novecento*, cit., p. 58.

(30) A tal riguardo, non si può non concordare con quanto scrive D. Schefold, *Teoria sociale e teoria statuale*, cit., p. 183, il quale avanza l'ipotesi che « Heller, di fronte alla divisione in classi e di fronte all'antagonismo fra di esse presente nella società moderna, si fosse collocato dalla parte dei lavoratori e avesse fatto della rappresentanza dei loro interessi il suo impegno. In questo senso egli si sentiva e fu, nella sua opera, un socialista ».

(31) Sul legame tra Heller e Radbruch a partire dalla loro iniziale amicizia, passando per la ricostruzione dei dissidi, fino all'inevitabile rottura traumatica, avvenuta in occasione della pubblicazione di *Die Souveränität* che suscitò, tra l'altro, a causa delle sue posizioni eterodosse, un diffuso malcontento anche all'interno del movimento socialista che portò al progressivo isolamento politico-intellettuale di Heller cfr. H.P. Schneider, *Positivismus, Nation und Souveränität. Über die Beziehungen zwischen Heller und Radbruch*, in C. Müller, I. Staff (Hrsg.), *Der soziale Rechtsstaat*, cit., pp. 585-602.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

probabilità, aveva contributo all'arruolamento di Heller nelle fila della S.P.D. — con gli operai dei cantieri navali. Ma vista la sproporzione delle forze in campo, entrambi cercarono di porre invano fine alle ostilità e, dopo un'estenuante trattativa per evitare inutili spargimenti di sangue sul fronte operaio, furono arrestati e condannati a morte da un tribunale speciale, ma di fatto tale condanna non fu mai eseguita, grazie alla sconfitta del tentativo insurrezionale (32).

La partecipazione alla vita politica di Heller non fu dunque mai vissuta con distacco ed indifferenza ma sempre in maniera intensa e tragica: la sua formazione lo porta ad abbracciare, pur rimanendo uno studioso, le istanze socialdemocratiche, ma successivamente, subentrata la disillusione, egli cerca di intraprende un cammino, solo apparentemente, più introspettivo. A partire da questo momento infatti, fino alla sua prematura scomparsa (avvenuta a Madrid, dove era stato costretto ad emigrare, pochi mesi dopo l'ascesa al potere del nazionalsocialismo) Heller si dedica esclusivamente allo studio e alla ricerca pubblicando le sue opere più stimolanti e significative. Ma da esse traspare, pur sempre, un afflato politico che non lo abbandonerà mai. Del resto, in un convulso e tormentato periodo storico-sociale, come quello weimariano, era quasi impossibile assumere un atteggiamento agnostico e disinteressato, come dimostra, tra l'altro, il continuo inasprirsi degli scontri tra le diverse anime anche all'interno del partito socialdemocratico che culminò con l'appassionata *querelle* tra il *neokantiano* Max Adler (in rappresentanza del gruppo di Hannover) e il *neohegeliano* Heller (in rappresentanza del gruppo di *Hofgeismar*) (33).

La posizione di Heller (34) può riassumersi nell'endiadi *Sozia-*

---

(32) Un'articolata ricostruzione di tali avvenimenti è rintracciabile — come ci ricorda Pasquino — in un manoscritto redatto dallo stesso Radbruch, *Der Kapp-Putsch in Kiel*, che si trova nel *Landesarchiv* dello Schleswig, Abt. 400, I, n. 476 (P. Pasquino, *Nota bio-bibliografica*, in H. Heller, *La sovranità ed altri scritti*, cit., pp. 20-21).

(33) Sui termini di tale disputa politico-filosofica rinviamo a U. Pomarici, *Oltre il positivismo giuridico*, cit., pp. 225 ss. Per una descrizione più analitica e dettagliata delle posizioni del c.d. gruppo di Hofgeismar, cfr. F. Osterroth, *Der Hofgeismar-Kreis der Jungsozialisten*, in « Archiv für Sozialgeschichte », 4, 1964, pp. 525-569.

(34) H. Heller, *Staat, Nation, Sozialdemokratie*, in Aa. Vv. *Dritte Reichskonferenz der Jungsozialisten April 1925 in Jena*, Berlin, Arbeiterjugend, 1925, ora anche in Id.,

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

lismus und Nation (35), come recita il titolo della sua opera politica più importante, il cui nocciolo duro consiste nel tentativo di far dialogare criticamente due idee considerate, per molti versi, irriducibili: l'idea di socialismo e quella di nazione. In altri termini, l'*intentio* che muoveva Heller era quello di sottrarre il concetto di nazione (« la "forma di vita" elementare entro la quale, o a partire dalla quale, si sviluppa ogni relazione sociale ») (36) dall'alveo del pensiero conservatore, per cui anche la lotta di classe andava situata in un orizzonte nazionale, e non andava più vista come una mera contrapposizione di carattere economico (come riteneva la *vulgata* marxista). La classe operaia dunque doveva essere, secondo Heller, una classe socialista nazionale. In ciò vi era l'esplicito richiamo, alla tradizione culturale della nazione tedesca, inaugurata dalle *Reden an die deutsche Nation* di Fichte (37). Oltre alla mancata valorizzazione del concetto di nazione, l'altra accusa che Heller rivolgeva al marxismo ortodosso era quella di voler ridimensionare e/o neutralizzare, in maniera simile all'anarchismo, il ruolo dello Stato (38). Al contrario, il concetto di Stato (inteso weberianamente come il monopolio legale della forza), assumeva una indubbia centralità (39) nella proposta di Heller, che si poneva così, ancora una volta, in una posizione minoritaria all'interno del movimento socialdemocratico.

Anche la costante attenzione di Heller al pensiero hegeliano, nel periodo degli "ultimi fuochi" del neokantismo, derivava dalla

---

Gesammelte Schriften, I, *Orientierung und Entscheidung*, Tübingen, Mohr, 1992², pp. 527-542.

(35) H. Heller, *Sozialismus und Nation* (1925), in Id., *Gesammelte Schriften*, I, *Orientierung und Entscheidung*, cit., pp. 437-526.

(36) M. La Torre, *La crisi del Novecento*, cit., p. 62.

(37) Ivi, p. 67.

(38) In ciò è ravvisabile una sostanziale convergenza tra la sua posizione e quella espressa da Hans Kelsen nel saggio *Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus*, Leipzig, Hirschfeld, 1923²; tr. it., *Socialismo e Stato. Una ricerca sulla teoria politica del marxismo*, a cura di R. Racinaro, Bari, De Donato, 1978.

(39) In realtà, già nella dissertazione del 1921 Heller aveva messo in luce l'importanza dello Stato come istanza suprema della dimensione politica, in assoluta controtendenza rispetto ad ampi settori del movimento socialista (cfr. U. Pomarici, *Postfazione*, cit., p. 192).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

sua pretesa di riuscire a costruire « una prospettiva in cui l'idea dello Stato di potenza hegeliano, nei suoi elementi fondamentali, costituisse uno dei cardini della teoria politica socialista. Il fine era quello di mantenere uniti, di fronte ai pericoli di spoliticizzazione insiti nella cultura socialdemocratica, socialismo e Stato *politico* in modo che il primo imparasse a governare riconoscendosi un compito positivo di formazione delle forze culturali nazionali senza restare nella difesa e nella conferma delle bandiere dell'opposizione » (40). Per questi motivi, Heller si dilunga in molti luoghi della sua opera in un'acuta critica dell'economicismo che pervade la cultura marxista (da questo punto di vista accomunata al liberalismo). Sia l'una che l'altro, hanno contribuito al processo di giuridificazione della politica. Di contro agli esiti spoliticizzanti di tale processo (favoriti soprattutto dall'affermarsi del neokantismo nella scienza giuridica) Heller si richiama, invece, al Politico hegeliano che, da questo punto di vista, costituisce una sorta di grimaldello per scardinare la dottrina dominante. Figura emblematica di questo processo di neutralizzazione del politico è la figura del *Bourgeois* (41) contrapposta a quella del *Bürger* (42)*;* infatti, come è stato giustamente affermato, « col *Bourgeois* trionfa la categoria classica di Individuo, risultato dalla giustapposizione di uno Stato inteso come "guardiano notturno" e della potenza dell'iniziativa privata » (43).

In ultima analisi, la riflessione helleriana può essere considerata, sotto molti aspetti, la risposta politica alle innumerevoli con-

(40) U. Pomarici, *Oltre il positivismo giuridico*, cit., p. 9.

(41) « Il borghese è il cittadino appagato da ogni punto di vista in virtù delle proprie certezze politiche e sociali; non tormentato da alcun dubbio, sciolto da qualsiasi problema legato al tempo o all'eterno, è del tutto tranquillo sulla sua esistenza personale e sociale. Nulla lo spinge oltre il valore della propria 'efficacia sociale'; è l'uomo che vuole solo se stesso [...]. La ristrettezza del suo orizzonte sensibile e intellettuale, la sua mancanza di fantasia, il suo timore dell'avventura e, soprattutto, la fiacchezza di tutte le sue passioni, non gli consentono altro ideale che quello della garanzia sociale della propria meschina esistenza (H. Heller, *Bürger und Bourgeois*, in « Die neue Rundschau », Berlin, Fischer Verlag, 1932, ora anche in Id., *Gesammelte Schriften*, II, *Recht, Staat, Macht,* cit.; tr. it., *Cittadino e borghese*, in Id., *Stato di diritto o dittatura?*, cit., pp. 133-134).

(42) Qui si riscontrano molte affinità con alcuni luoghi dell'*opus* schmittiano, in cui il giurista renano si richiama anch'egli al Politico hegeliano.

(43) U. Pomarici, *Oltre il positivismo giuridico*, cit., p. 64.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

traddizioni sociali che investono la società tedesca durante la Repubblica di Weimar (44); anzi, essa sembra intrecciarsi e confondersi proprio con tale peculiare esperienza. Lo si evince in particolare dal fatto che il giurista ha sempre cercato di difendere strenuamente un'istituzione democratica come quella parlamentare (vera e proprio architrave del sistema weimariano) (45) contro il continuo sopraggiungere di pulsioni presidenzialistiche e/o plebiscitarie (46), riconoscendo in tal modo il ruolo insopprimibile svolto dal Parlamento che rimane, pur con tutti i suoi limiti, (a detta di Heller) l'unico soggetto a cui spetta la decisione sovrana (47).

3. *Contro i fantasmi delle vuote forme.*

Il testo helleriano *Die Krisis der Staatslehre* si struttura — oltre

(44) « A differenza però di numerosi suoi concittadini d'un regno perduto, di Roth e Musil per esempio, ma anche di Lernet-Holenia, che rimarranno per sempre degli *Heimatlosen*, dei "senza patria", Heller non sembra avere troppi rimpianti per la monarchia degli Asburgo. Si trova anzi subito un'altra comunità della quale valga essere membro: questa è la Germania di Weimar [...]. Si comprenderà dunque quanto forte sia il vincolo che lega l'identità stessa di Heller alla prima repubblica tedesca » (M. La Torre, *La crisi del Novecento*, cit., pp. 56-57).

(45) « Allora, se sarà necessario, difenderemo la costituzione weimariana con le armi! », con queste dure ma significative parole si chiude il testo helleriano presentato in occasione del decennale della Costituzione di Weimar (H. Heller, *Freiheit und Form in der Reichverfassung*, in « Die Justiz », Berlin, Verlag Walter Rotschild, 1929-1930, ora anche in Id., *Gesammelte Schriften*, II, *Recht, Staat, Macht*, cit.; tr. it., *Libertà e forma nella Costituzione del Reich*, in Id., *Stato di diritto o dittatura?*, cit., p. 94).

(46) Heller è stato sempre piuttosto esplicito al riguardo, come si desume anche da uno degli scritti pubblicati durante la fase più tragica della democrazia weimariana, laddove egli invoca, ancora una volta, la lotta contro la dittatura e l'inganno fascista di una democrazia plebiscitaria che significherebbe « la pura e semplice interdizione del popolo, l'impossibilità di ogni emancipazione politica » (H. Heller, *Ziele und Grenzen einer deutschen Verfassungsreform*, in « Neue Blätter für den Sozialismus. Zeitschrift für geistige und politische Gestaltung », Postdam, Alfred Protte Verlag, 1932, ora anche in Id., *Gesammelte Schriften*, II, *Recht, Staat, Macht*, cit.; tr. it., *Scopi e limiti di una riforma della Costituzione tedesca*, in Id., *Stato di diritto o dittatura?*, cit., pp. 167-168).

(47) M. La Torre, *La crisi del Novecento*, cit., p. 120. Ma anche la sua concezione del parlamentarismo si presentava piuttosto singolare, in quanto si traduceva concretamente in una sorta di parlamentarismo assemblearista implicante la concentrazione di tutti i poteri dello Stato nelle mani dell'assemblea dei rappresentanti del popolo (*ibidem*).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

ad una brevissima introduzione — in tre parti più o meno omogenee che conferiscono al saggio una struttura organica, il cui *leitmotiv* consiste nella lotta *versus* il formalismo giuridico, la cui definitiva affermazione nella scienza giuridica era stata portata a compimento da Hans Kelsen. Per questi motivi, la riflessione del giurista praghese — come vedremo nel prosieguo del testo — costituisce il bersaglio polemico della tagliente critica helleriana (48), specie per il suo rimanere, nonostante il considerevole sforzo teoretico, pur sempre una dottrina dello Stato senza stato e il suo un positivismo senza positività.

Il punto di partenza può ravvisarsi (analogamente alla *Kritik* (49) di Kaufmann, con cui presenta, in molti punti, singolari affinità) nell'analisi della crisi spirituale che attraversa l'Europa, la quale — secondo Heller — investe non solo i presupposti, il metodo e il senso delle scienze dell'uomo (*Wissenschaft vom Menschen*) ma si ripercuote inevitabilmente sulla società tedesca nella sua interezza; tuttavia, dal punto di vista storico, essa dipende dal fatto che i suoi concetti, le sue categorie sono entrate in contraddizione con le forme di Stato realmente esistenti (50).

In particolare, tale situazione riguarda anche la stessa scienza giuridica e soprattutto la 'Dottrina generale dello Stato' disciplina che — nonostante gli autorevoli scritti di Rehm (51) e Schmidt (52) — si trova a quell'epoca in una situazione, a dir poco critica, per nulla diversa da quella descritta da Jellinek al momento della stesura del suo *opus magnum*, *Allgemeine Staatslehre* « che segna davvero lo

(48) Su questi aspetti vedi S. PAULSON, *Zu Hermann Hellers Kritik an der Reinen Rechtslehre*, in C. MÜLLER, I. STAFF (Hrsg.), *Der soziale Rechtsstaat,* cit., pp. 679-692.

(49) Su questi aspetti cfr. R. CAVALLO, *La lotta contro il formalismo giuridico nella* Kritik *di Erich Kaufmann*, in C. VINTI, F. MINAZZI, M. NEGRO, A. CARRINO (a cura di), *Le forme della razionalità tra realismo e normatività*, Milano, Mimesis, 2009, pp. 383-397.

(50) H. HELLER, *La sovranità*, cit., p. 137.

(51) Heller si riferisce all'opera di H. REHM, *Allgemeine Staatslehre*, Freiburg, Mohr, 1899 che, pur presentando pregevoli spunti sotto il profilo giuridico, risulta carente sotto il profilo della sensibilità politica (cfr. H. HELLER, *La crisi della dottrina dello Stato*, cit., p. 40).

(52) Allo stesso modo, anche l'interessante opera di R. SCHMIDT, *Allgemeine Staatslehre. Die gemeinsamen Grundlagen des politischen Leben*, Vol. I, Leipzig, Hirschfeld, 1901, era agli occhi di Heller un'opera priva di afflato politico (ivi, pp. 40-41).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

spartiacque tra la *Staatslehre* ottocentesca e quella del primo Novecento », in quanto « sintetizza l'eredità di una tradizione secolare e al tempo stesso racchiude in sé gli acidi della dissoluzione » (53). Il *j'accuse* di Jellinek nei confronti della scienza giuridica, incapace di produrre in questo campo un'opera di ampio respiro teoretico che andasse ben al di là della ristretta cerchia degli esperti e specialisti, acquista, secondo Heller, proprio in questo frangente storico una sua pregnanza (54). E neppure la monumentale *Allgemeine Staatslehre* kelseniana poteva sopperire a questa mancanza; anzi, a detta di Heller, essa era la più evidente auto-rappresentazione di tale crisi (55).

3.1. Nello specifico, l'interrogativo dal quale muove la riflessione helleriana può essere riassunto nei termini seguenti: su quali basi storiche poggia il modo attuale di concepire lo Stato? La risposta a tale domanda non può prescindere da una sintetica analisi storico-giuridica della figura del *Dio mortale*, il quale nel pensiero medievale (56) veniva considerato come un'entità, la cui legittimazione veniva spiegata solo ed esclusivamente in termini teologici: *un solo* Dio (*einen* Gott), *una sola* Chiesa (*eine* Kirche) ed *un solo* ordinamento giuridico terreno (*eine Weltrechtsordnung kannte*). Del resto, tracce di questo monismo giusnaturalistico si ritrovano anche

(53) Così si esprime da ultimo P.P. PORTINARO, *Una disciplina al tramonto? La Staatslehre da Georg Jellinek all'unificazione europea*, in « Teoria politica », 1, 2005, p. 5.

(54) Heller riporta il giudizio lapidario ma significativo di Jellinek: « e, invero, da più di una generazione non è sorta in questo nostro campo un'opera comprensiva, che potesse estendersi al di là della ristretta cerchia degli specialisti. Di ciò, certamente, hanno pur colpa le condizioni della scienza » (H. HELLER, *La crisi della dottrina dello Stato*, cit., p. 31).

(55) « La *Dottrina generale dello Stato* di Kelsen può essere valutata come un'espressione classica della crisi profonda in cui versa la nostra dottrina dello Stato » (*ivi*, p. 53). In termini, più o meno analoghi, si esprime Heller qualche anno più tardi, sia pur non citando espressamente Kelsen ma affermando, in linea generale, che « le dottrine dello stato dominanti rispecchiano la profonda crisi dello stato europeo. Lo Stato è irreale, è divenuto una astrazione o una finzione, perché il suo contenuto di valore non appare più credibile » (H. HELLER, *L'Europa e il fascismo*, cit., p. 57).

(56) Tuttavia già nella riflessione di Marsilio da Padova — precisa Heller — si intravedono i prodromi dell'emancipazione del diritto naturale dalle sue fondamenta religiose attraverso il riconoscimento della natura etico-razionale dell'uomo (H. HELLER, *La crisi della dottrina dello Stato*, cit., p. 32).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

nella riflessione marxista ma soprattutto nel pensiero giuridico liberale, dove il dominio spersonalizzato della legge si coniuga perfettamente con il dogma della compiutezza dell'ordinamento giuridico e si tratta in sostanza di una sorta di residuo dell'idea di *ordre naturel*. Con quest'ultima espressione si intendeva una condizione politica ideale da realizzare, all'interno della quale ogni arbitrio personale avrebbe dovuto essere eliminato attraverso il dominio della legge. Ciò implicava un passaggio politico radicale: il governo *personale* degli uomini doveva cedere il posto al governo *impersonale* della legge (57). Si trattava non più di far riferimento a leggi divine trascendenti, bensì esclusivamente a leggi immanenti alla società.

Solo la riflessione kantiana ha radicalmente separato, da un lato, la dottrina dello Stato dalla sociologia e, dall'altro, l'etica dalla metafisica. Essa costituisce, infatti, il « fondamento filosofico » della dottrina pura del diritto di Kelsen, secondo il cui assunto, com'è noto, il diritto è una realtà a sé stante, scevra da qualsiasi rapporto di forza e indifferente a qualunque contenuto ideologico. Tale dottrina rappresenta un vera e propria svolta epistemologica per il suo proposito (più che kantiano) di rendere autonoma la scienza giuridica, che fino allora aveva svolto un ruolo del tutto subalterno rispetto agli altri saperi. Ciò risulta confermato dallo stesso giurista praghese, il quale scrive: « la purezza metodologica indispensabile alla scienza mi sembrò garantita dalla contrapposizione tra essere (*Sein*) e dover esser (*Sollen*), che nessun filosofo aveva formulato con più rigore di Kant. Quindi fin dall'inizio la filosofia di Kant fu la mia Stella Polare » (58). Ed in effetti, si tratta proprio di un'audace ma intelligente operazione speculativa, come sottolinea lo stesso Heller, il quale riconosce i rilevanti risultati critici che Kelsen e la sua scuola hanno ottenuto con questo "lavoro di purificazione".

---

(57) Anche in questo caso, ci troviamo di fronte ad uno dei passaggi più significativi della riflessione helleriana che ritorna, a più riprese, nella sua opera: vedi almeno H. Heller, *Genie und Funktionär in der Politik*, in « Die neue Rundschau », Berlin, Fischer Verlag, 1930; tr. it., *Il genio e il funzionario nella politica*, in Id., *Stato di diritto o dittatura?*, cit., pp. 71 ss.

(58) H. Kelsen, *Selbstdarstellung* (1927), in Id., *Hans Kelsen Werke*, Band I: *Veröffentlichte Schriften 1905-1910 und Selbstzeugnisse*, Tübingen, Mohr, 2007; tr. it., *Autopresentazione*, in Id., *Scritti autobiografici*, a cura di Mario G. Losano, Reggio Emilia, Diabasis, 2008, p. 59.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Il dominio quasi illimitato del positivismo giuridico-formale, nonostante i vari e anche illuminanti tentativi esperiti da più parti, comportava, però, l'impossibilità di concepire una dottrina dello Stato: il riconoscimento dell'insufficienza del formalismo e la pretesa di costruire una dottrina dello Stato faceva inevitabilmente *pendant* con il sorgere di una metafisica ed una pseudo-sociologia che Heller non esita a definire « esoteriche, incontrollate e selvagge » (59); al contrario, lo sviluppo della dottrina giuridica dello Stato sotto le mentite spoglie di un'obiettività giuridico-formale nascondeva, in realtà, contenuti sociologici e teleologici.

Il positivismo trova il suo riferimento naturale nella dottrina speciale dello Stato; grazie alle opere di Gerber e Laband si assiste alla creazione di un diritto autonomo ed autoreferenziale, scisso da qualsiasi valutazione etico-politica. Ciononostante Heller riesce a mettere in luce i risvolti pratico-politici della scienza del diritto statale: l'assolutizzazione dei principi liberali dello Stato di diritto (60). Ma quali ripercussione ha avuto sulla dottrina dello Stato la progressiva autonomizzazione della giurisprudenza positivistica? Il giurista tedesco, da un lato, riconosce come l'assoluto rigore scientifico del positivismo giuridico-formale aveva permesso di spazzare via « la mitologia nebulosa ed immaginifica e l'ampollosità » (61) che stava alla base dell'organicismo di alcuni teorici dello Stato ma, dall'altro, sottolinea la sua totale incapacità nel misurarsi con i problemi concreti che all'epoca affliggevano la dottrina generale dello Stato. La stessa dottrina giusprivatistica sviluppatasi agli albori del Novecento (si pensi alle opere di Jung e Zitelmann oppure alle riflessioni maturate all'interno della scuola del diritto libero) avendo messo in discussione il dogma della compiutezza dell'ordinamento

(59) H. Heller, *La crisi della dottrina dello Stato*, cit., p. 37.

(60) Ivi, p. 40. Più o meno in termini analoghi si esprime Heller quando scrive: « la dottrina 'puramente giuridica' dominante in Germania a partire da Gerber e Laband non è nel migliore dei casi nient'altro che un colossale autoinganno. Le sue presunte necessità concettuali logico-giuridiche, in particolare il suo Stato irreale, oggi si rivelano essere i valori politici molto relativi del liberalismo. La sua diramazione più recente, la 'dottrina pura del diritto', è l'assolutizzazione sistematica del liberalismo e della sua 'libertà dallo Stato', e quindi è al tempo stesso la maschera giuridica dell'opposizione liberale alla dottrina della sovranità dello Stato » (H. Heller, *La sovranità*, cit., p. 260).

(61) H. Heller, *La crisi della dottrina dello Stato*, cit., p. 35.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

giuridico e la conseguente critica dell'unilateralismo che contrassegnava l'interpretazione logica del diritto aveva contribuito in maniera determinate al « crepuscolo degli dei del positivismo logico » (62). Anch'essa, però, non risulta esente da critiche in quanto segna il passaggio ad una forma diversa di unilateralismo: non più logico ma sociologico. Al di là di queste più che evidenti constatazioni, il vero problema consiste nel fatto che la scienza giuridica si è, da tempo, inoltrata in una sorta di vicolo cieco, espungendo ogni riferimento etico-sociologico dalla vita statale e soprattutto sottolineando solo il volto prevaricatore dello Stato (63), visto alla stregua di un mero strumento di oppressione (di classe o di razza).

Com'è facile arguire da queste brevi notazioni, la diagnosi helleriana risulta lucida ed impietosa in quanto descrive la crisi irreversibile della dottrina dello Stato tedesca sia nei suoi aspetti teorici che in quelli pedagogico-politici, mettendo al contempo in evidenza come tali aspetti si influenzino vicendevolmente.

3.2. Nella seconda parte del saggio — quella più interessante e teoreticamente più rilevante ai fini del nostro discorso — Heller decostruisce *ab imis* la dottrina pura del diritto che avrebbe dovuto rappresentare, a detta di Kelsen, una sorta di via d'uscita dalla crisi metodologica che, come abbiamo appena visto, all'epoca attanagliava la dottrina dello Stato; in realtà, contrariamente agli auspici del suo più autorevole rappresentante, essa era il sintomo più evidente di tale crisi, forse proprio il suo epilogo. Tale dottrina, infatti, malgrado il suo rigore scientifico-metodologico, si poneva in perfetta continuità con il positivismo logico-giuridico portando alle estreme conseguenze il programma assiologico ed avalutativo di Gerber e Laband (64), espungendo dal discorso giuridico qualsiasi riferimento a considerazioni di tipo psico-sociologiche o politico-

(62) Ivi, p. 41.

(63) « Non fu più possibile scorgere la differenza fra lo Stato ed una banda di briganti » (ivi, p. 35).

(64) « Gerber e Laband hanno inaugurato come dottrina dello Stato una scienza giuridica positivistica, che prescinde sia dal substrato sociologico che da determinazioni etico-metafisiche, e questo formalismo privo di sostanza e di legami verso l'alto e vero il basso viene elevato [...] ad unico metodo giuridico scientifico della dottrina dello Stato » (*ibidem*).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

valutative (65) ed elevando il diritto al rango di scienza autonoma proponendosi così di porre in essere l'ambizioso (ma forse irrealizzabile) progetto — per dirla con Kelsen — di "una geometria della totalità dei fenomeni giuridici".

Heller procede quindi alla decostruzione dei presupposti teoretici del discorso kelseniano a partire dalla radicale messa in discussione del suo principale postulato: la rigida e schematica contrapposizione tra essere (*Sein*) e dover essere (*Sollen*). Tuttavia egli si spinge molto più in là nella critica, accusando Kelsen di aver dato alla sua monumentale opera un titolo ingannevole (*Staatslehre*) vista l'impossibilità sostenuta dallo stesso giurista praghese, di addivenire ad una dottrina generale dello Stato (66). Logico corollario di questa impostazione, in effetti, è il venir meno non solo del "diritto dello Stato" ma anche dello Stato stesso. Ne deriva che la *reductio* dell'oggetto della conoscenza a 'prodotto esclusivo del metodo' anche nell'ambito giuridico — come avviene nella riflessione kelseniana — implica necessariamente il « primato del metodo logico-giuridico sulla fattualità storico-empirica dello Stato » (67). La responsabilità di questa autodistruzione dello Stato e del diritto, definito quest'ultimo come "matematica delle scienze dello spirito", non va addebitata in blocco al neokantismo, come precisa opportunamente Heller, ma ai soli esponenti della scuola di Marburgo e, in modo particolare, al maestro di Kelsen: Hermann Cohen.

A corroborare le affermazioni helleriane sovviene il fatto che un neokantiano (sia pur anomalo) come Emil Lask aveva già *ante litteram* mosso alla dottrina kelseniana dei rilievi critici, ancora ineguagliati per la loro « precisione e incontrovertibilità », rilevando l'insopprimibilità della dimensione teleologica di ogni concetto giuridico, i legami necessari tra etica e giurisprudenza, e l'ineliminabile richiamarsi della scienza giuridica a ciò che è pregiuridico (68). Ma forse l'elemento più rilevante della riflessione di Lask consiste, a

(65) « A Kelsen [...] non interessa [...] formare le capacità critiche del giurista e renderlo consapevole di come e quando egli debba riflettere su dati di fatto storici e quando debba emettere giudizi di valore » (ivi, p. 43).

(66) « Kelsen [...] chiama infatti il suo libro "Dottrina generale dello Stato", ma nel contenuto argomenta che una simile dottrina è impossibile » (ivi, pp. 44-45).

(67) Ivi, p. 46.

(68) Anche in questo caso Heller e Kaufmann sembrano convergere poiché

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

detta di Heller, nell'aver dimostrato come i limiti, cui va incontro l'approccio in base al quale la realtà è il prodotto di sintesi categoriali, siano piuttosto evidenti qualora esso venga trasposto nell'ambito giuridico, la cui peculiarità consiste, al contrario, proprio nella reciproca co-implicazione di empiria e ricerca ideale del significato. A tal riguardo, Heller, nel criticare il logicismo (69) che sta alla base della teoria pura del diritto, ricorre ad un efficace comparazione tra la matematica e l'approccio kelseniano: « come nella matematica il membro della progressione viene costruito in modo puramente razionale a partire dal principio della progressione, la costruzione logico-giuridica di Kelsen produce, al di sopra del mondo storico-sociale privo di senso e senza alcun legame con esso, il suo regno di forme giuridiche pure, sospese nel vuoto, come una sorta di gioco del domino fatto con i concetti ad opera di un logico sovrano delle norme » (70).

Ma vi è di più. La costruzione dei concetti del lessico kelseniano avviene in maniera palesemente contraddittoria. Contrariamente ai suoi presupposti metodologici, la purezza dei concetti risulta solo apparente poiché lascia subito spazio alle impurità contaminandosi, ad esempio, con la sociologica. L'esempio più sintomatico, in tal senso, è il concetto di Stato, che assume nell'opera di Kelsen un andamento contraddittorio: in un primo momento, egli fa riferimento allo Stato come mera astrazione formalistica e successivamente, quasi a smentire quanto prima affermato, alla sua concretezza materialistica.

Perciò la dottrina kelseniana dello Stato va considerata —

---

entrambi esprimono un giudizio più che lusinghiero nei confronti della riflessione del *neokantiano* Lask.

(69) « È questa anche la critica metodologica principale mossa alla "dottrina pura" dal gruppo dei Kaufmann e degli Smend che rivendicano la prevalenza delle "scienze dello spirito", delle *Geisteswissenschaften* nello studio della società e del diritto. Anche Heller [...] pensa le scienze sociali e la stessa dottrina dello Stato come "scienze dello spirito". Gli è però sempre estraneo il *pathos* irrazionalista che accompagna, in Smend ad esempio, l'esaltazione del metodo spiritualista, ermeneutico o "comprendente", contrapposto in maniera radicale al "meccanicismo" delle scienze naturali. Kaufmann e Smend attaccano le scienze naturali per colpire il pensiero illuminista; Heller scorge invece dietro queste l'ombra minacciosa del macchinismo, del modo di produzione capitalistico » (M. La Torre, *La crisi del Novecento*, cit., p. 96).

(70) H. Heller, *La crisi della dottrina dello Stato*, cit., p. 48.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

come ribadisce Heller — una dottrina senza Stato e, al contempo, anche il *suo* positivismo, può essere definito come un positivismo senza positività, visto che la sua ingegnosa costruzione giuridica della *Grundnorm* (norma presupposta e non posta) si basa sulla scissione radicale tra positività e fattualità. Del resto, il giurista per raggiungere un siffatto risultato — si chiede Heller — non deve ricorrere al sincretismo metodologico (*pendant* della purezza) ma richiamarsi necessariamente al contenuto sociologico di questa norma fondamentale, che si presenta identica ai rapporti di potere reale. Il concetto di Stato pertanto non può ridursi ad un sistema ideale di norme ma rappresenta un'associazione fondata sull'autorità.

3.3. Cerchiamo allora di riassumere i punti salienti del discorso fin qui sviluppato. La crisi metodologica che investe la dottrina dello Stato, divenuta incapace di produrre opere di alto profilo scientifico e di elevato valore politico ed educativo, deriva (Heller è piuttosto esplicito al riguardo) dal dominio quasi incontrastato del positivismo nella scienza giuridica e nella sua conseguente rimozione dei problemi di carattere etico e sociologico dalla vita statale. Anche lo stesso Kelsen che pretende di uscire da questa *impasse* attraverso la teoria pura del diritto, in realtà, non riesce nell'intento, rimanendo invischiato nelle sabbie mobili della crisi. In altre parole, se la reale *intentio* che muove la riflessione kelseniana era quella di uscire dalla crisi metodologica ci riesce solo apparentemente, non facendo altro che portare alle estreme conseguenze il discorso di Gerber e Laband.

Per Heller forse si può fuoriuscire da questa crisi mettendo in risalto il ruolo della sociologia, una disciplina nei cui confronti la scienza giuridica nutriva una profonda avversione, considerandola « confusa nel metodo e nei concetti » e « soggettivisticamente arbitraria e naturalisticamente rozza » (71); e la sua proposta mira proprio a rimarcare l'importanza della sociologia nonché il nesso indissolubile che la lega al diritto. Ciò vuol dire valorizzare una disciplina come la sociologia (ancora allo stato embrionale) muovendosi controcorrente rispetto alla scienza giuridica all'epoca do-

(71) Ivi, p. 56.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

minante ed evidenziarne il legame con il diritto. Solo attraverso un fecondo dialogo tra due discipline quali il diritto e la sociologia, considerate irriducibili dalla scienza giuridica, si può mettere in relazione lo Stato con tutti quei concetti che erano ignorati del tutto (l'economia, le classi sociali, la stampa, l'opinione pubblica, la religione) (72) o solo parzialmente (i partiti, la nazione, le relazioni internazionali) (73) dalla dottrina dominante che sembra così perseverare nell'errore di credere (in maniera piuttosto arrogante) nel rigore assoluto e nell'oggettività (e nella naturalità) dei concetti giuridici. Ciò comporta, a sua volta, l'impossibilità di concepire una dottrina generale dello Stato, la quale, al contrario, per Heller, dovrebbe basarsi, sulla necessaria correlazione tra Stato e diritto che può avvenire — come già detto — solo sul terreno sociologico e allorché li si considera entrambi come fenomeni storico-sociali e non naturali. Ne consegue che anche il diritto, in linea generale, va inteso alla stregua di una forma di manifestazione necessaria ed intellegibile della vita sociale e, in particolare, come manifestazione immanente dell'autorità presente nel gruppo sociale. A ben vedere, la dottrina generale dello Stato deve prendere atto che il metodo delle scienze normative ha un senso solo se lo si considera nella sua necessaria immanenza con la società.

L'importanza del discorso sociologico, pur con tutti i *distinguo* (74), consiste nella sua capacità di mettere in risalto i limiti cui va incontro la costruzione scientifico-naturalistica dei concetti (75) ela conseguente impossibilità di comprendere la realtà a partire dalla *astratta* purezza. Del resto, considerare gli stessi concetti giuridici puri, trasparenti, vuol dire dimenticare che, in realtà, non

(72) Ivi, p. 58.

(73) *Ibidem*.

(74) A tal riguardo, Heller evidenzia come la sociologia comprendente intesa weberianamente come dottrina sociale speciale dello Stato, vada sviluppata sia verso il basso (prendendo in considerazione gli aspetti non-razionali dell'agire politico e le risposte della geografia politica, dell'antropologia e della psicologia delle masse) sia verso l'alto (ampliando il suo raggio d'azione "grazie ad una dottrina filosofica della giustificazione dello Stato") (*ibidem*).

(75) Negare rilevanza alla psicologia o riconoscere — sulla scorta del pensiero kantiano — autonomia al solo io trascendentale, ovvero recidere il suo legame con l'io empirico, vuol dire pensare di poter ridurre, di fatto, la psicologia e la sociologia al rango di scienze naturali (ivi, p. 57).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

esiste la purezza assoluta, e che gli stessi concetti giuridici sono attraversati da opacità, presentano dei residui, delle impurità che emergono in maniera evidente dalla *concretezza* dei rapporti sociali: « senza un riferimento costante ai fatti empirico-sociologici la giurisprudenza si perde nel vasto firmamento dei concetti » (76). Ciò è dovuto al fatto che, osserva ancora Heller, « oggetto, metodo ed anche scopo della conoscenza si condizionano reciprocamente » (77). Ed è solo a partire da questi "reciproci condizionamenti" che la dottrina dello Stato può assurgere al ruolo di scienza sociologica della realtà, ovvero di scienza che vuole *spiegare* e *comprendere* lo Stato come formazione storica reale (78). In definitiva, una scienza che si proponga di comprendere lo Stato nella sua *Gestalt*, vale a dire una dottrina dello Stato che voglia "essere" scienza della realtà, deve definirsi *Staatslehre*, non *Staatsrechtslehre* (79).

3.4. Per chiarire meglio i termini della critica helleriana al formalismo giuridico occorre ora però procedere alla rilettura critica delle *Bemerkungen zur staats- und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart*. Già dall'*incipit* si capisce qual è il vero e proprio *leitmotiv* della riflessione di Heller, poiché mostra, da un lato, il legame *necessario* tra diritto e politica e, dall'altro, quello *indissolubile* tra diritto e società: « in modo diretto o indiretto tutte le scienze dello spirito contribuiscono alla formazione della società e svolgono una funzione politica » (80). Riconoscere, in linea generale, alle scienze dello spirito (*ivi* compreso il diritto) una funzione politico-sociale vuol dire innanzitutto mettere in discussione i capisaldi del formalismo giuridico: l'autonomia del diritto e la sua totale emancipazione sia dalla politica che dalla società (81). Ma significa altresì ribadire che le scienze dello spirito sono dotate di un duplice

(76) H. Heller, *La sovranità*, cit., p. 168.
(77) H. Heller, *La crisi della dottrina dello Stato*, cit., p. 54.
(78) Ivi, pp. 87-88.
(79) Cfr. U. Pomarici, *Oltre il positivismo giuridico*, cit., p. 58.
(80) H. Heller, *Osservazioni*, cit., p. 359.
(81) Su questa problematica, oggi più attuale che mai, si rimanda alle illuminanti considerazioni di P. Barcellona, *Diritto senza società. Dal disincanto all'indifferenza,* Bari, Dedalo, 2003.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

carattere (produttivo *e* normativo) (82), tanto per il loro riferirsi ad una situazione presente, quanto per il loro prescrivere una serie di comportamenti futuri. La spiegazione e l'interpretazione del diritto a partire da una situazione storica dinamica e mutevole, implica perciò (come vuole Heller) una costruzione dei concetti che parta dalla realtà, ovvero da una situazione concreta ed esclude, di converso, che tale costruzione possa avvenire basandosi su delle astrazioni logico-matematiche. *Mutatis mutandis*, tali considerazioni valgono, *a fortiori*, per la teoria del diritto e dello Stato, dove ogni atto assume una valenza creativa e ogni decisione comporta sempre un momento soggettivo.

Alla luce delle suddette affermazioni che sintetizzano efficacemente la proposta di Heller, si evince come per quest'ultimo la contraddizione in cui incorre la dottrina del diritto e dello Stato consiste nell'antinomia fra la normatività concreta (particolare) e l'oggettività astratta (universale). Occorre subito precisare che quando Heller parla di concretezza fa riferimento ad una situazione storica determinata (appunto concreta) che comporta *necessariamente* un atto di volontà (*il decidersi*) ponendosi anche, in questo caso, in perfetta antitesi alla dottrina dominante, caratterizzata dal prevalere dell'indecisione, ovvero da un atteggiamento indipendente dalla volontà. D'altronde, il limite di tale approccio consiste proprio nell'ingenerare una confusione tra due diversi tipi (*forme*) di oggettività, quella del dover essere (*Sollen*) politico-giuridico con quella dell'oggettività del dover essere (*Müssen*) logico-matematico che comportano due diversi atteggiamenti (sotto il profilo della volontà): la prima, infatti, è una forma di validità normativa in cui la volontà (decisione) diventa l'elemento determinante, nella seconda, invece, essa non svolge alcuna funzione preponderante, anzi, si presenta del tutto superflua. Si tratta di « una paura della decisione che nasce dalla paura della storia » (83) visto che il pensiero storico in voga

(82) Heller ritorna più volte su questo punto come si evince, tra l'altro, da uno dei suoi ultimi scritti, laddove afferma che « l'intera nostra scienza dello Stato e della società è produttiva e normativa: essa dà forma quindi alla società e non è mai oggettiva o neutrale nel senso di disinteressata ma resta sempre, in misura maggiore o minore, vincolata alla situazione » (H. HELLER, *Il genio e il funzionario nella politica*, cit., p. 69).

(83) H. HELLER, *Osservazioni*, cit., p. 360. Heller riprende questa asserzione, qualche pagina dopo, precisando che « una giurisprudenza, che per timore della storia

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

durante l'Ottocento « ha relativizzato radicalmente, insieme a tutte le altre realtà temporali, anche lo Stato ed il diritto » (84). Al contrario, l'obiettivo di Heller consiste proprio in « una più sofisticata concettualizzazione del dovere che, dissolta tale confusione ponga le basi per il riconoscimento di quell'unità dialettica di essere e dover-essere (di volontà e norma) che revoca in causa la pretesa autosussistenza della dogmatica giuridica. Si tratta, in ultima istanza, di sottoporre a critica l'idea stessa — di derivazione kantiana — di una possibile scissione di forma e contenuti del dovere indicandone la reciproca implicazione sul terreno della storia e della sua intrinseca normatività » (85).

Disconoscere pertanto la duplicità intrinseca ad ogni forma di realtà oppure assolutizzarne un solo aspetto, vuol dire ricadere o nella "disperazione dello storicismo" che ignora sia l'oggettività dell'essere che quella del dover essere, oppure "rincorrere i fantasmi" di forme concettuali vuote (86). Un inquietante scenario in cui si afferma l'irrealtà spettrale di una dottrina dello Stato senza Stato e di una scienza giuridica senza diritto, i cui leggendari attori sono « un contenuto senza forma, una forma senza contenuto, un essere privo di normatività ed un dover essere che non ha esistenza » (87).

Ciò che traspare, in maniera piuttosto evidente, sin dalla lettura delle pagine iniziali del saggio helleriano, è una sorta di *avversione* nei confronti del formalismo che, in guise diverse, dominava all'epoca la scienza giuridica e una certa affinità (ma senza sottacere delle differenze) con la critica schmittiana intesa ovviamente nella sua *pars destruens*, la quale contrapponendo alla fiducia

---

e della decisione aspira all'oggettività ed all'evidenza delle scienze logico-matematiche, alla fine giunge ai medesimi risultati del sociologismo storico: entrambi sfociano nell'agnosticismo e nel relativismo assoluto. Il bisogno piccolo-borghese di sicurezza, che si sente minacciato sia dall'incertezza angosciosa del divenire storico in generale, sia dal disordine rivoluzionario, aspira a che la politica venga espunta dalle scienze politiche e che l'ordinamento giuridico venga identificato con una certezza interamente prevedibile » (H. Heller, *Osservazioni*, cit., p. 392).

(84) Ivi, p. 360.

(85) S. Mezzadra, *Crisi dell'eticità*, cit., p. 162.

(86) H. Heller, *Osservazioni*, cit., p. 361.

(87) Ivi, p. 380.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

razionalistica della legge il decisionismo (88) (*chi decide*) ha avuto l'indubbio merito di aver evidenziato, come non mai, i limiti giuridici della dottrina dominante.

3.5. In linea generale, Heller, pur riconoscendo ai filosofi neokantiani i loro indubbi meriti (89), però ne critica i presupposti filosofico-epistemologici, cioè la loro pretesa di poter arrestare la crisi ricorrendo ad una costruzione dei concetti aprioristica e formale, « sacrificando i contenuti spirituali e conservando le 'pure' forme astoriche, trascendenti ogni determinazione sociale » (90). Muovere dunque dalla credenza positivistica (come fanno entrambe le scuole neokantiane, quella di Marburgo e quella del Baden) che sia possibile una conoscenza umana senza metafisica vuol dire essere perfettamente in linea con lo spirito del tempo (*Zeitgeist*), che considera ormai del tutto superati i valori concreti. Ciò significa rileggere in maniera assolutamente unilaterale e distorta il pensiero kantiano, espungendo tutti gli elementi metafisici presenti nella riflessione del filosofo di Königsberg (91). « È come se il tetto di una casa — osserva ironicamente Heller — dichiarasse che, dal momento che le sue fondamenta non sono stabili, preferisce rinunciare ad esse e rendersi autonomo » (92). Ma vuol dire, altresì, incorrere in una più che evidente contraddizione, in quanto queste teorie (della validità) presumono attraverso il loro formalismo di poter determi-

(88) Sulle affinità e sulle differenze esistenti tra il decisionismo "relativo" helleriano e quello "assoluto" schmittiano cfr. U. POMARICI, *Oltre il positivismo giuridico*, cit., pp. 67-68.

(89) Infatti, egli sostiene che anche il suo discorso teorico dipende in parte dai risultati raggiunti dallo sviluppo del neokantismo (soprattutto quello della Scuola Sud-Occidentale), che, in linea generale, ha contributo in maniera decisiva al rinnovamento della scienza giuridica. In particolare, la sua importanza deriva dall'aver innanzitutto dimostrato, da un lato, « l'infondatezza dello psicologismo » facendo luce, per esempio, sul fatto che « le rappresentazioni psicologiche delle norme giuridiche sono una cosa diversa dalle norme stesse » e, dall'altro, di aver introdotto « la distinzione fenomenologica di principio fra essere e dover essere »; in secondo luogo, dall'aver elaborato « la teoria del tipo ideale », la cui originaria formulazione risale a Georg Jellinek e, solo successivamente, viene adeguatamente sviluppata da Weber (ivi, p. 378).

(90) *Ibidem*.

(91) Anche in questa affermazione si può riscontrare una sostanziale affinità di vedute tra la riflessione di Heller e quella di Kaufmann.

(92) H. HELLER, *Osservazioni*, cit., p. 383.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

nare i concetti puri solo astrattamente e non contaminandosi con la realtà fattuale; si tratta di una vera e propria illusione, in quanto ciò può avvenire, al contrario, parafrasando lo stesso Heller, solo contraendo continuamente « prestiti clandestini dalla realtà empirica » (93).

L'assoluta indipendenza dalla realtà storico-sociale, in effetti, non solo non scalfisce minimamente il positivismo ma, al contrario, attraverso la separazione ontologica, tipicamente kantiana, tra il regno ideale (delle *forme pure*) e il regno fattuale (della realtà *concreta*), oppure mediante la radicale scissione tra forma e contenuto, o tra essere e dover essere, offre al positivismo una vera e propria legittimazione filosofica. Qui Heller da neohegeliano convinto considera questi due aspetti come parte di un'unica realtà, o meglio come un'unità dialettica (in costante tensione e in perenne movimento).

Allo stesso modo anche la costruzione puramente logica dei concetti, la quale cerca di irretire la realtà dinamica con la statica della forma razionale finisce per assumere una connotazione antistoricista. Anzi, tale costruzione — osserva lapidariamente Heller — in molti casi, si serve addirittura della logica per confutare la storia. Per far risaltare le contraddizioni insite in questa perentoria asserzione, Heller riprende e commenta un passo della *Staatsrecht* di Paul Laband (formalista *par excellence*) riguardante la disposizione di legge che non riconosceva ai deputati del *Reich* il diritto di viaggiare gratuitamente sui treni. Osserva Laband, "come il viaggio ferroviario gratuito, si potrebbero mettere a disposizione dei deputati anche delle carrozze nella stessa Berlino a spese del *Reich*; ma allora persino degli alberghi gratuiti per il vitto e l'alloggio, biglietti d'ingresso per il teatro, ecc.". Commenta sarcasticamente Heller, « e perché no? Da un punto di vista puramente logico non sarebbe stato nemmeno impossibile che i delegati ricevessero a spese del *Reich* il testo di Laband sul *Diritto statale del Reich*, prescindendo completamente dal fatto che a quel tempo questa possibilità logica era anche una possibilità storico-politica. Non c'è davvero bisogno di una grande abilità per confutare tutta la storia universale con queste

(93) Ivi, p. 379. Qui Heller sembra riprendere (più o meno negli stessi termini) la critica di Kaufmann al formalismo giuridico.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

argomentazioni sradicate dalla realtà. La possibilità logica è senza dubbio la condizione logica di ogni realtà storico-politica, ma non dice mai nulla a favore o contro questa realtà concreta » (94).

Gli strali di Heller si appuntano, inoltre, contro il presupposto che sta alla base della costruzione giuridica dei concetti che in questo caso riprende e fa proprio lo stesso modello delle scienze astratte: la compiutezza logica dell'ordinamento giuridico. Tale dogma è però agli occhi di Heller, una degenerazione dell'eredità del giusnaturalismo e non affonda le sue radici, contrariamente a quanto pensa la *vulgata*, nella scuola storica del diritto poiché quest'ultima implica una costruzione del diritto a partire dallo spirito del popolo (*Volksgeist*), cioè da una situazione concreta e non affatto compatibile con l'ipotesi logica (95). Al contrario, un siffatto atteggiamento (come quello kelseniano) che mira a ridurre la scienza giuridica ai soli aspetti logico-formali (96), rimuovendo del tutto il suo carattere normativo, attribuisce ad essa un compito assai arduo consistente nella *reductio ad unum* di tutte le interrelazioni costanti ed uniformi esistenti tra i fenomeni.

Benché il positivismo critico abbia giustamente posto l'accento sul problema della validità (97), anch'esso è, in ogni caso, un positivismo senza positività, in quanto la validità a cui esso fa

---

(94) Ivi, pp. 386-387.

(95) Ivi, p. 387.

(96) Secondo la ricostruzione helleriana, però, la matematizzazione e la conseguente riduzione a logica della scienza giuridica risale al giurista russo Semen Vikentevich Pachmann, il quale aveva affermato, già a suo tempo, che l'elemento matematico costituisce il vero fondamento dell'intera scienza giuridica in senso proprio (ivi, p. 388).

(97) « Ciò che distingue tuttavia i concetti espressi nelle scienze esatte, le categorie del pensiero 'puro', dalle forme giuridiche 'impregnate di realtà (*seinserfüllten*) è il *tipo* di validità di cui sono espressione. Le prime valgono sempre, indipendentemente dal punto di osservazione, o meglio, la loro validità non risiede né si accompagna al dato di fatto di cui sono espressione, non lo *segue*; le seconde invece acquistano esistenza e 'carattere' sempre e soltanto tramite gli atti storici di realizzazione del senso: nella relazione tra il pensiero e l'oggetto, propria delle scienze dello spirito, quest'ultimo è sempre dato e subito 'tolto', dotato di senso, storicizzato. Esso è conosciuto *e* posto. Gli atti conoscitivi in questo ambito, ribadisce con forza Heller, non sono mai atti 'puri', ma implicano sempre una compromissione del soggetto nella *Setzung*: il monismo metodologico — il controllo 'assoluto' dell'oggetto — è possibile soltanto nella separazione dell'individuo dalla situazione conoscitiva, in una astrazione completa dell'oggetto » (U. POMARICI, *Oltre il positivismo giuridico*, cit., pp. 84-85).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

riferimento è una 'validità in generale' e non concreta, contenutistica, legata ad una determinata situazione storica. Certo, lo scopo cui mira la conoscenza giuridica è, pur sempre, un concetto di validità (98), che però — precisa Heller — non coincide mai con l'esistente. La validità esprime sempre un incondizionato spirituale che non si è realizzato, né può realizzarsi, in alcuna realtà storica (99). Da ciò emerge la differenza fondamentale esistente tra la norma giuridica e la proposizione logica: se la prima si rivolge alla volontà, la seconda, invece, riguarda la conoscenza. In altre parole, la validità della norma giuridica deriva non dal fatto che essa viene considerata 'vera', ma poiché dev'essere riconosciuta come vincolante la volontà. Pensare che per la norma giuridica valgano sempre i princìpi della logica fa sì che essa non si distingua affatto da una regola grammaticale o da una qualsiasi altra oggettivazione dello spirito. In questo caso anche al diritto, allo stesso modo dell'opera d'arte o del linguaggio, viene riconosciuta un'oggettività sempre (e solo) relativa. Il diritto è, insomma, una forma storico-individuale (100).

In questa sintetica e illuminante definizione del diritto sono contenute le premesse della risposta di Heller alla crisi della dottrina dello Stato weimariana. A partire da essa il giurista cerca di riprendere e sviluppare la ricostruzione storico-sistematica dei concetti, problema costantemente eluso dalla dottrina dominante che tende, al contrario, ad emancipare il diritto dalla storia, dalla politica e dalla filosofia. Il diritto non può limitarsi a riprodurre la realtà già esistente ma deve anche prescrivere delle regole riguardanti comportamenti futuri. Pertanto la teoria del diritto e dello Stato è sempre produttiva *e* normativa: il diritto si realizza solo grazie ad una decisione espressa dalla volontà che afferma e plasma un contenuto normativo futuro (101). La formazione del diritto è dunque organizzazione di una comunità vivente ed è perciò sempre inaccessibile alla statica di un pensiero puramente logico. Qui Heller

(98) « Definiamo validità del diritto la sua esistenza come oggettivazione spirituale concreta che si configura in modo determinato. Il diritto possiede validità, esistenza sociale e realtà soltanto all'interno di una comunità giuridica data nel tempo e nello spazio » (H. HELLER, *La sovranità*, cit., p. 109).

(99) H. HELLER, *Osservazioni*, cit., p. 393.

(100) H. HELLER, *La sovranità*, cit., p. 110.

(101) H. HELLER, *Osservazioni*, cit., p. 393.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

contrappone in maniera determinante alla staticità del pensiero logico, la dinamicità del pensiero giuridico. E contro all'affermarsi di una metodologia che postula il dogma dell'unicità dal punto di vista della conoscenza (102), egli si rifà ad una forma di sincretismo metodologico che, negando in radice l'imperialismo di un unico metodo (103), « possa rispecchiare l'oggetto nell'espressione della sua insopprimibile *coralità*, del suo ambiguo mostrarsi, per un verso come datità, *Gegebenheit* — ciò che lo colloca nell'ordine del *Sein* – e, per altro verso, come *Aufgegebenheit*, modello normativo che la teoria giuridica conferisce all'oggetto, valore che lo distingue, nel contesto, dal soggetto collocandolo così nell'ordine del *Sollen* » (104).

In definitiva, il problema fondamentale attorno a cui deve muoversi la dottrina generale dello Stato consiste, a detta di Heller, nella continua ricerca di una sintesi tra diritto e politica, ovvero il raggiungimento dell'unità nella molteplicità (*Einheit in der Vielheit*).

4. *Diritto e politica: due paradigmi irriducibili?*

La ricerca di una sintesi dialettica tra diritto e politica costituisce dunque la risposta di Heller alla *domanda fondamentale* del dibattito weimariano. E la continua ricerca di tale sintesi (forse impossibile) si fa sempre più insistente quanto più la crisi si aggrava e sembra lasciare poche speranze alla risoluzione pacifica dei conflitti, come traspare in maniera più che evidente da molti scritti helleriani pubblicati durante il crepuscolo della Repubblica di Weimar (105). Non occorre dimenticare, del resto che « nel conflitto fra Vienna (Kelsen) Bonn (Schmitt) e Berlino, Heller nato ebreo ai confini tra le terre slave e l'impero di Francesco Giuseppe, dove l'inno nazionale, se così si può dire, si cantava tutti i giorni in tredici lingue, Heller sta anche lui come Smend, Scheuner e Leibholz, dalla

(102) « Kelsen si pronuncia [...] contro ogni sincretismo metodologico alla maniera di Jellinek. La *Zwei-Seiten-Theorie* gli sembra epistemologicamente incoerente » (M. La Torre, *La crisi del Novecento*, cit., p. 91).

(103) H. Heller, *Osservazioni*, cit., p. 395.

(104) U. Pomarici, *Oltre il positivismo giuridico*, cit., pp. 94-95.

(105) Cfr. H. Heller, *Stato di diritto o dittatura?,* cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

parte di Berlino » (106); anche se, si tratta « della Berlino socialdemocratica di Otto Braun e di Carl Severing, ma anche del centro di quella cultura statalistica e protestante che, a partire da Osse, Conring e Seckendorff fino a Weimar, non ha mai accettato, a differenza di altre, la separazione radicale fra etica e politica e fra politica e diritto » (107).

Su questo punto, la critica di Heller al formalismo giuridico resta tuttora ineguagliata (come quella di Kaufmann (108), alla quale più volte si richiama ma, al tempo stesso, se ne discosta), poiché, sottolineando l'intima connessione tra politica e diritto riesce non solo a mettere a nudo le debolezze del puro normativismo ma anche a cogliere « la ricchezza sociologica del rapporto tra *factum* e *jus* » (109). Allo stesso modo, la sua riflessione, nonostante alcuni aspetti risentano dello spirito del tempo e siano perciò profondamente inattuali, può considerarsi, ancora oggi (110), come « una delle più interessanti e suggestive » sia per « l'indipendenza di pensiero », che per « l'apertura verso i problemi più vivi del proprio tempo e per la capacità non comune di intenderli e di penetrarli » (111).

Sotto il primo profilo, l'opera di Heller, infatti, pur essendo ascrivibile (soprattutto nella *pars destruens*) alla corrente di pensiero antiformalista, se ne distacca, in parte, collocandosi, invece, in una posizione autonoma (specie nella *pars costruens*), in quanto si distingue sia dall'antiformalismo volontaristico (Schmitt) sia da quello vitalistico (Kaufmann). Sotto il secondo profilo, invece, l'originalità del suo pensiero sta nel tentativo di superare dialetticamente sia l'individualismo (il relativismo) sia l'organicismo (l'assolutismo) che, per molti aspetti, permeavano la tradizione giuridico-filosofica tede-

(106) P. Pasquino, *Introduzione*, cit., p. 14.

(107) *Ibidem.*

(108) Come quando scrive: « Erich Kaufmann ha mostrato come questa filosofia scolastica neokantiana abbia favorito il formalismo tecnico-giuridico » (H. Heller, *La crisi della dottrina dello Stato*, cit., p. 35).

(109) B. Sordi, *Sovranità e integrazione*, cit., p. 646.

(110) « La Dottrina dello Stato di Heller [...] offre un modello di rapporti tra cultura, stato e costituzione-atto che prefigura perfettamente la vicenda costituzionale del secondo dopoguerra » (M. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale*, cit., p. 315).

(111) R. Treves, *La dottrina dello Stato di Hermann Heller*, cit., p. 127.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

sca (112), ma senza ricadere nell'irrazionalismo (113) in quanto egli, rimane, *malgré tout*, un illuminista e razionalista (sia pur critico ed eterodosso) (114).

Forse sono stati questi i motivi che da ultimo, hanno spinto, i giudici costituzionali tedeschi — nell'ormai 'storica' sentenza Maastricht (115) — a riportare in auge uno dei concetti più emblematici del lessico helleriano, ovvero il concetto di omogeneità politico-sociale (116) che « non significa assenza di differenze e di contrasti » (117) ma vuol dire « condivisione di un fondamento comune, di una comune identità, che non esclude i contrasti, ma si pone, rispetto ad essi, su un piano diverso e più profondo, tanto da renderli tollerabili proprio perché superficiali e comunque non 'totali' » (118).

Il richiamo della riflessione di Heller nelle pieghe del *Maastricht-Urteil* (119) non è altro che la dimostrazione tangibile di come

---

(112) « Individuo e comunità sono [...] concetti correlativi, che si implicano l'un l'altro » (H. HELLER, *La sovranità*, cit., p. 151). In quest'occasione Heller esplicita il proprio debito intellettuale nei confronti della fenomenologia dialettica di Theodor Litt che, accanto ad altri Autori, costituisce uno dei suoi punti di riferimento nonché autore cardine dello stesso movimento antiformalista.

(113) Cfr. soprattutto H. HELLER, *L'Europa e il fascismo*, cit., pp. 64-75.

(114) Cfr. M. LA TORRE, *La crisi del Novecento*, cit., p. 75.

(115) *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (BverfGE) 89, 155 (186); tr. it., A. ANZON, J. LUTHER (a cura di), in « Giurisprudenza costituzionale », 1, 1994, pp. 677-710. Per un articolato commento di tale sentenza si rinvia a M. BONINI, *Riflessioni a margine della sentenza 12 ottobre 1993 del Tribunale costituzionale federale tedesco,* in « Rivista italiana di diritto pubblico comunitario », 6, 1994, pp. 1271-1310.

(116) Tale concetto, com'è noto, si differenzia da quello schmittiano: se Schmitt « sottolinea il carattere 'sostanziale' dell'omogeneità, Heller sottolinea invece coscienza dell'omogeneità » (P. PASQUINO, *Unità politica*, cit., p. 133).

(117) P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, vol. 4, *L'età dei totalitarismi*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 91.

(118) *Ibidem*.

(119) Si riporta qui di seguito il passaggio della sentenza dove la Corte, rinviando al saggio di H. HELLER, *Politische Demokratie und soziale Homogenität*, in AA. VV., *Probleme der Demokratie*, Berlin, Walther Rothschild, ora anche in ID., *Gesammelte Schriften*, II, *Recht, Staat, Macht*, cit.; tr. it., *Democrazia politica e omogeneità sociale*, in « Quaderni piacentini », 10, 1983, pp. 125 ss. afferma: « se i popoli degli Stati, come succede attualmente, conferiscono la legittimazione democratica per il tramite dei Parlamenti nazionali, l'ampliamento dei compiti e delle funzioni delle Comunità europee incontra i limiti derivanti dal principio democratico. Ogni popolo è fonte e al contempo

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

alcuni nuclei concettuali del suo pensiero possano fungere come base di partenza per trovare una possibile mediazione tra pluralismo e unità nell'ordinamento giuridico europeo (120). *A fortiori*, se si pensa che la scienza giuridica europea, non è ancora riuscita a trovare, nonostante gli innumerevoli tentativi in tal senso, un sia pur precario punto di equilibrio tra diritto e politica, avendo spostato sempre di più l'ago della bilancia verso la valorizzazione del tema dei diritti, riconoscendo addirittura ad essi una forza costituente e neutralizzando così di fatto la dimensione politica (121).

---

centro di riferimento della potestà dello Stato. Agli Stati occorrono sfere di compiti propri sufficientemente significativi, in ordine ai quali ciascun popolo possa svilupparsi e articolarsi in un processo di formazione della volontà politica da esso stesso legittimato e guidato per dare espressione giuridica a tutto ciò che, con relativa omogeneità, lo unisce idealmente, socialmente e politicamente » (*Sentenza Maastricht*, in « Giurisprudenza costituzionale », cit., pp. 691-692).

(120) Innumerevoli spunti critici in tal senso sono rintracciabili negli scritti di B. De Giovanni, *L'ambigua potenza dell'Europa*, Napoli, Guida, 2002; Id., *La filosofia e l'Europa moderna*, Bologna, Il Mulino, 2004; U. Pomarici, *Forma politica europea e mondializzazione,* in « Rassegna di diritto pubblico », 1, 2008, pp. 3-24; P. Serra, *Europa e Mondo. Temi per un pensiero politico*, Roma, Ediesse, 2004; Id., *Hegel, Heller, Vico. Frammenti di un nómos europeo,* Roma, Aracne, 2009.

(121) Cfr. R. Cavallo, *Critica dell'ideologia europea*, in « Critica marxista », 6, 2008, pp. 46-49; Id., *La costituzione europea e l'eredità weimariana. Carl Schmitt inattuale?*, in P. Barcellona, R. Cavallo (a cura di), *L'Europa allo specchio, vol. I, Frammenti di coscienza europea*, Acireale-Roma, Bonanno, 2008, pp. 111-154.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

FEDERICO LUCARINI

BREVE VIAGGIO ATTRAVERSO UNA PRESUNTA CONTINUITÀ? PER UN RIESAME DELL'ASSETTO ISTITUZIONALE E AMMINISTRATIVO DEL COMUNE ITALIANO DURANTE IL FASCISMO (1926-1941)

1. Tre decenni… e mezzo di storiografia (1967-2002). — 2. L'"estate di San Martino" del regime podestarile (1926-1928). — 3. Impiegato comunale o funzionario dello Stato? L'« antico cancelliere » al di là delle colonne d'Ercole (1928-1934). — 4. Nuovi segretari e richieste antiche (1934-1938). — 5. Tre progetti e una riforma abortita: i "conservatori", gli "efficientisti", i "rivoluzionari" (1938-1941).

1. *Tre decenni… e mezzo di storiografia (1967-2002).*

Tentando di tracciare un bilancio provvisorio di una lunga e assai proficua stagione di ricerche "sul campo" non saremmo, probabilmente, troppo lontani dal vero qualora osservassimo come la storiografia generalista sul fascismo ha, forse, contribuito in misura insufficiente tanto ad una ricostruzione delle vicende che ebbero per protagonisti gli enti locali italiani quanto ad un'analisi del perché tali vicende finirono per assumere, a partire da un momento ben preciso, determinati sviluppi e non altri, soprattutto se osservate in stretta comparazione con differenti contesti nazionali. Gli studiosi di storia contemporanea hanno preferito piuttosto concentrare le proprie energie su questioni (il consenso e il ruolo del partito unico, la politica economica e quella estera, i rapporti con la Chiesa e il movimento cattolico) rispetto alle quali sono emersi come soggetti privilegiati di analisi sistematiche i momenti di modernizzazione e di rottura — soprattutto a datare dagli anni Trenta — nei confronti del sessantennio precedente l'avvento e il consolidamento al potere di quel fenomeno politico.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Dal canto loro, quanti hanno analizzato il ruolo riservato dal fascismo ai comuni e alle province, nonché agli organi periferici dell'amministrazione centrale (il Prefetto su tutti) sotto una duplice evoluzione, l'una interna al diritto amministrativo, l'altra relativa all'assetto legislativo e funzionale degli enti locali, si sono trovati di fronte ad una sorta di "lunga durata" che pareva non aver intaccato in misura rilevante l'eredità acquisita dal liberalismo. Ciò vale sostanzialmente, pur con le diverse e rispettive sensibilità, per i due saggi pionieristici di Sabino Cassese, *Da Romagnosi al fascismo* (1) (la cui elaborazione risale al 1966-67) e di Ettore Rotelli, *Le trasformazioni dell'ordinamento comunale e provinciale durante il fascismo* (2) (frutto di una relazione tenuta in occasione di un convegno organizzato dalla Regione Autonoma della Valle d'Aosta e dalla Regione Lombardia e svoltosi a Saint-Vincent nel 1972). Il primo lasciava intendere come l'eccessivo formalismo dogmatico della scuola italiana di diritto pubblico, prima ancora di una chiusura preconcetta dei suoi maggiori esponenti nei confronti del fenomeno fascista, avesse precluso alla stessa la comprensione dei considerevoli mutamenti in atto nel corpo sempre più in espansione dell'apparato amministrativo del nostro paese tra i due conflitti mondiali. Il secondo — sulla scorta di una disamina alquanto accurata della normativa e dei relativi commenti dovuti a giuristi o ai cosiddetti 'pratici' (3) — riassumeva il senso del proprio intervento invitando chi nutrisse l'intenzione di approfondire la ricerca da lui appena abbozzata a riflettere sul rischio di « esaltare i caratteri peculiari » dell'ordinamento locale a discapito di una permanenza così radicata da sopravvivere persino all'esperienza fascista.

A posteriori possiamo forse affermare che la messa in guardia contro un simile pericolo ha forse eccessivamente condizionato la ricerca degli storici italiani. Del resto, anche uno studioso capace di far emergere già nelle opere precedenti una profonda attenzione per gli aspetti istituzionali delle nostre vicende unitarie come Ernesto

(1) S. Cassese, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1971, pp. 48-50.

(2) Cfr. E. Rotelli, *Il fascismo e le autonomie locali*, a cura di S. Fontana, Bologna, Il Mulino, 1973, pp. 154-155.

(3) Meno sistematica risulta, per la verità, la consultazione dei periodici specialistici.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Ragionieri, giungeva — nella sua fondamentale *Storia politica e sociale* — alla conclusione che « lo Stato fascista conservava e sviluppava la prassi che era stata propria dello Stato liberale di accompagnare al perfezionamento dell'accentramento amministrativo misure di decentramento esclusivamente burocratico » (4). Il quadro sembrava completo e il giudizio storiografico sedimentato una volta per tutte, a giudicare da almeno due fattori che hanno caratterizzato il quarto di secolo successivo. Intendo qui riferirmi alla non indifferente lacuna di una ricostruzione complessiva dell'evoluzione di comuni e province e alla preferenza accordata, nelle ricerche di impianto locale, agli intrecci — spesso convulsi, soprattutto nella fase di assestamento del regime — della lotta politica, rispetto a cui la carica di Podestà (una figura introdotta nel 1926 al posto del Sindaco), rappresentava soltanto una delle molteplici poste in palio nella competizione amministrativa tutt'altro che asettica o indolore cui dette vita il fascismo al potere pur rispetto al *vulnus* da questo senz'altro prodotto rispetto alla continuità del precedente regime liberale (5).

---

(4) E. Ragionieri, *La storia politica e sociale*, in *Storia d'Italia*, *Dall'Unità a oggi*, Torino, Einaudi, 1976, vol. IV, p. 2166.

(5) Vedi P. Morgan, *I primi podestà fascisti 1926-1932*, in « Storia contemporanea », 1978, n. 3, pp. 407-423, M. Palla, *Firenze nel regime fascista (1929-1934)*, Firenze, Olschki, 1978, Id., *I fascisti toscani*, in *Storia d'Italia*, *Le regioni dall'Unità a oggi*, *La Toscana*, a cura di G. Mori, Torino, Einaudi, 1986, pp. 453-528, *La provincia di Pesaro e Urbino nel regime fascista*, a cura di P. Giannotti, Ancona, Il Lavoro Editoriale, 1986, *Torino fra liberalismo e fascismo*, a cura di U. Levra e N. Tranfaglia, Milano, Angeli, 1987, U. Chiaramonte, *Economia e società in provincia di Novara durante il fascismo*, *1919-1943*, Milano, Angeli, 1987, V. Cappelli, *Potere politico e società locale. Podestà e municipi in Calabria durante il fascismo*, in « Meridiana », 1988, n. 2, pp. 85-124, P. Corsini, *Il feudo di Augusto Turati: fascismo e lotta politica a Brescia (1922-1926)*, Milano, Angeli, 1988, P. Varvaro, *Una città fascista: potere e società a Napoli*, Palermo, Sellerio, 1990, V. Cappelli, *Il fascismo in periferia. Il caso della Calabria*, Roma, Editori Riuniti, 1992, M. Palla, *I podestà di nomina regia nella provincia di Forlì 1926-1943*, in « Memoria e ricerca », 1993, n. 1, pp. 69-101, D. Bardelli-P. Zuretti, *L'amministrazione comunale nel periodo podestarile*, in *Storia di Milano*, *Il Novecento*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1995, vol. XVIII, pp. 649-666, L. Bertuccelli e S. Magagnoli, *Regime fascista e società modenese: aspetti e problemi del fascismo locale*, *1922-1939*, Modena, Mucchi, 1995, G. Sotgiu, *Storia della Sardegna durante il fascismo*, Roma-Bari, Laterza, 1995, L. Ponziani, *Il fascismo dei prefetti. Amministrazione e politica nell'Italia meridionale*, *1922-1926*, Catanzaro, Meridiana Libri, 1995.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Un andamento analogo ha contraddistinto anche i lavori (di impianto tuttavia tra loro diverso e non sempre assimilabili) comparsi tra la seconda metà degli anni Novanta e l'inizio del decennio successivo. Così se i contributi di Loreto Di Nucci (6) hanno teso a ribadire la visione appena accennata e l'importante volume di Salvatore Lupo si è soffermato soltanto in parte sui problemi posti dalla formazione di una classe dirigente fascista nei municipi italiani (7), anche lo studio più significativo tra i numerosi di Luca Baldissara — pur cogliendo la necessità di indagare « la ricaduta istituzionale » derivante dall'abolizione delle cariche elettive — finisce tuttavia per ridurre la portata di un dibattito suscettibile di produrre potenzialmente tutt'altri esiti invece di quelli « ben magri » in effetti raggiunti (8).

In parte diverso — rispetto al panorama fin qui descritto — si presenta l'approccio della più recente storiografia amministrativa. Se gli interventi di Piero Aimo finiscono per discostarsi solo parzialmente dall'impostazione suggerita e poi ribadita nel corso degli anni da Rotelli (9), così non può certo dirsi a proposito della *Storia dell'amministrazione italiana* di Guido Melis e dell'articolo dedicato da Marina Giannetto a *Centralismo e autonomie nella riforma fascista degli enti locali in Italia* (10). Entrambi si caratterizzano, infatti, per una più sfumata interpretazione dei "due tempi" — *ante* e *post* 1926 — della

(6) L. Di Nucci, *Il dibattito parlamentare sul podestà fascista*, in Aa.Vv., *Uomini. Economie. Culture*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, pp. 167-196, *Il podestà fascista. Un momento della costruzione dello Stato totalitario*, in « Ricerche di storia politica », 1998, a. I, n. 1, pp. 5-30 e la voce *Podestà*, in *Dizionario del fascismo*, a cura di V. De Grazia e S. Luzzatto, Torino, Einaudi, 2002, vol. II, pp. 395-398.

(7) S. Lupo, *Il fascismo. La politica in un regime totalitario*, Roma, Donzelli, 2000, pp. 212-213.

(8) L Baldissara, *Tecnica e politica nell'amministrazione. Saggio sulle culture amministrative e di governo municipale fra anni Trenta e Cinquanta*, Bologna, Il Mulino, 1998, pp. 24-25 e 76-78.

(9) P. Aimo, *Stato e poteri locali 1848-1995*, Roma, Carocci, 1998², pp. 105-110 e la voce *Amministrazione locale*, in *Dizionario del fascismo*, a cura di V. De Grazia e S. Luzzatto, vol. I, cit., pp. 48-50.

(10) G. Melis, *Storia dell'amministrazione italiana 1861-1993*, Bologna, Il Mulino, 1996, in particolare pp. 345-348 e M. Giannetto, *Centralismo e autonomie nella riforma fascista degli enti locali in Italia*, in « Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte », 1998, 10, pp. 119-151.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

politica fascista nell'articolazione della struttura istituzionale e organizzativa degli enti locali e in particolare per l'attenzione al ruolo fondamentale che un personaggio del calibro di Alberto Pironti svolse (dentro e fuori il Ministero dell'Interno) nel contribuire a produrre una « fra le più radicali rotture di continuità rispetto al periodo liberale » (11). Rottura che — come avrebbe sostenuto di nuovo lo stesso Melis in un saggio di qualche anno successivo — si sarebbe posta, invece, in stridente contrasto con l'atteggiamento tenuto dalla seconda generazione di maestri dell'amministrativistica italiana, protagonista di « una sostanziale continuità con l'età liberale » e per questo pressoché impermeabile di fronte a fenomeni quali la dottrina corporativa o il moltiplicarsi degli enti autarchici (territoriali e non territoriali), di quelli parastatali, nonché delle cosiddette « amministrazioni parallele » (12).

Delineato il quadro degli studi, si tratta adesso di precisare i limiti e gli obiettivi del mio intervento. Anzitutto, va detto che in questa sede non mi occuperò della Provincia e ciò essenzialmente per le competenze di gran lunga minori ad essa attribuite — meglio in realtà sarebbe dire delegate — dalla legislazione in confronto ai municipi. Proprio l'assetto gerarchico del livello amministrativo locale mi ha, semmai, indotto a privilegiare l'evoluzione del rapporto tra le due figure del Podestà e del Segretario comunale (con sullo sfondo, più defilata, quella del Prefetto). E ciò non semplicemente sul piano della produzione normativa, bensì sforzandomi — con un approccio metodologico duplice e incrociato, ma per ciò stesso a mio avviso indispensabile — di analizzare il problema a partire dalla necessaria ricostruzione di un confronto dottrinale e pratico che è

(11) M. Giannetto, *Centralismo e autonomie nella riforma fascista degli enti locali in Italia*, cit., p. 134.

(12) G. Melis, *La storia del diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, *Diritto amministrativo generale*, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 117 ss., (soprattutto p. 126, non solo per la citazione) ma cfr. anche B. Sordi, *Corporativismo e dottrina dello Stato (Italia). Incidenze costituzionali e amministrative*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 2003, 32, p. 2151, il quale parla di un tradizionalismo « così pesante che verranno addirittura ignorati i processi di crescente interventismo economico e di direzione politica dell'economia che il corporativismo e soprattutto la legislazione di settore della seconda metà degli anni '30 introducevano stabilmente nell'ordinamento ».

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

stato in buona parte inspiegabilmente trascurato, con conseguenze forse non del tutto irrilevanti per una differente lettura dei connotati che quel rapporto avrebbe forse potuto assumere e che, invece, non si tradusse mai in pratica.

Ancora due osservazioni. La prima si riferisce alla documentazione utilizzata, la quale comprende — oltre alla manualistica dei maggiori esponenti del diritto amministrativo e ai prontuari legislativi — soprattutto i sei periodici principali che si occupavano degli enti locali e le due riviste più importanti per una ricostruzione dottrinale, legislativa e giurisprudenziale dell'amministrazione italiana durante il fascismo (13). La seconda attiene alla periodizzazione, 1926-1941, e alla sua scansione interna, la quale finisce per sacrificare necessariamente tematiche rilevanti (ma non tali da impedire di avanzare fin da adesso alcune ipotesi interpretative) come la finanza locale, la municipalizzazione dei pubblici servizi e l'intero capitolo dell'assistenza municipale aperto dalla nascita degli E.C.A. (Enti Comunali di Assistenza) nell'aprile del 1937 (14).

Il tutto tenendo presente come questo intervento ambisca sì ad una ricostruzione almeno in parte più dettagliata dell'assetto istitu-

(13) Si tratta delle seguenti testate: « Manuale degli amministratori comunali e provinciali » (fondata nel 1862 a Torino, trasferita a Roma nel 1870), « Rivista degli enti locali » (fondata nel 1915 a Busto Arsizio), « L'amministrazione locale » (fondata nel 1922 a Foligno), « Il rinnovamento amministrativo » (fondata nel 1923 a Napoli, trasferita a Empoli nel 1937), « Il Podestà » (fondata a Milano nel 1926), « Rassegna di legislazione per i comuni » (fondata a Empoli nel 1927), « Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia » (fondata nel 1899 a Roma), « Rivista amministrativa del Regno » (fondata nel 1850 a Torino, trasferita a Roma nel 1870).

(14) Per quanto riguarda il primo aspetto, vedremo che esso ebbe una parte non secondaria nel dibattito sulle rispettive funzioni di Podestà e Segretario, in particolare per la fase più densa, compresa tra il 1938 e il 1941. A proposito dell'assunzione diretta dei servizi di pubblica utilità da parte dei Comuni e delle Province, disciplinata dal Testo Unico 15 ottobre 1925, n. 2578, il quale recepiva a sua volta la precedente legge 29 marzo 1903, n. 103 e il Regio Decreto 30 dicembre 1923, n. 3047 (per cui vedi l'*Appendice* a A. Bellettini, *I servizi municipalizzati a Bologna. Dall'inizio del secolo al Cinquantenario della Legge Giolitti*, Bologna, Società Tipografica Editrice Bolognese, 1954, pp. 345-367), va detto che si assiste — sia scorrendo le annate delle riviste, sia consultando la « letteratura grigia » prodotta dai più importanti municipi — ad un drastico calo di interesse e di attività sulla questione. Infine, per quanto concerne la nascita dell'E.C.A., ho reputato la sua collocazione temporale troppo a valle dell'arco cronologico della ricerca per risultare di una certa incisività.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

zionale e amministrativo del Comune tra le due guerre, ma soltanto in quanto ciò possa davvero servire a svolgere una funzione di stimolo verso una ripresa di attenzione degli studiosi per le possibili alternative, per ciò che avrebbe potuto essere e non fu — ché di questo si tratta — nella delineazione di un possibile modello fascista di governo locale, diverso e alternativo rispetto a quello proposto dal precedente sessantennio liberale e, al tempo stesso, attento a quanto stava avvenendo nella vicina Germania nazionalsocialista.

2. *L'"estate di San Martino" del regime podestarile (1926-1928).*

> « [Resta il fatto che] il vero Podestà sarà sempre il Segretario del Comune, — almeno nella grandissima maggioranza dei Comuni (esclusi i più grandi ed i più importanti tra i medi). La distinzione fatta di organo politico ed amministrativo (per il Podestà), e di organo tecnico e legale (per il Segretario), non ci sembra del tutto precisa alla stregua dei fatti e della realtà; dovrebbe essere così, ma non lo è in effetto. Il Podestà (salvo rarissime eccezioni) sarà soltanto l'organo politico, mentre nel Segretario si accentrano la triplice funzione amministrativa, tecnica e legale; quasi tutto — cioè — il complesso delle mansioni più importanti, più delicate e più *pratiche riflettenti la vita locale* » (15).

A pronunciare questo giudizio — a circa due anni di distanza dalla legge 4 febbraio 1926, n. 237, che introduceva l'istituto podestarile nei comuni con popolazione inferiore ai cinquemila abitanti e a quella del 3 settembre successivo, n. 1910, la quale lo estendeva a tutti i comuni del Regno (16) — era Italo Turolla, Segretario generale

(15) I. Turolla, *I Segretari Comunali Funzionari di Stato. La nuova riforma in corso di studio e di attuazione. Considerazioni e proposte*, in « Rivista degli enti locali », a. XIV, n. 6, giugno 1928, pp. 121-146 (qui p. 138). Per gli inizi del periodico e del suo attivo redattore-capo rimando al mio lavoro *Dalla « grande guerra » alla « grande crisi » (1918-1928). La trasformazione dei servizi comunali nelle proposte di un intellettuale-funzionario: Silvio Molinari*, in « Ricerche storiche », a. XXXIII, n. 2-3, maggio-dicembre 2003, pp. 371-405. Del personaggio e dell'articolo parla, citandolo, L. Baldissara, *Tecnica e politica nell'amministrazione. Saggio sulle culture amministrative e di governo fra anni Trenta e Cinquanta*, cit., pp. 128-130.

(16) E. Rotelli, *Le trasformazioni dell'ordinamento comunale e provinciale durante il regime fascista*, in *Il fascismo e le autonomie locali*, a cura di S. Fontana, cit., p. 81, dove l'A. riporta i dati degli abitanti interessati dal primo provvedimento, ovvero unicamente uno su tre. Uno dei testi all'epoca più citati è quello di P. Ducceschi, *L'Istituto del Podestà. Nozioni fondamentali. Testo e commento delle leggi sulla scorta*

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

del Municipio di Padova e fondatore-direttore, dal gennaio del 1915, del mensile intitolato « Rivista degli enti locali ». Quella del Podestà era una carica onoraria di nomina regia, cui erano stati attribuiti l'insieme dei poteri fino ad allora esercitati collegialmente dal Sindaco, dalla Giunta e dal Consiglio comunale e al quale veniva affiancato un organo — la Consulta municipale — priva di qualsiasi potestà deliberativa e la cui istituzione era facoltativa per i comuni fino a 20.000 abitanti, obbligatoria in quelli che contassero fino a 100.000 abitanti, fossero capoluoghi di provincia o maggiori delle due prime categorie (17). Il breve lasso di tempo trascorso non era certo servito a rafforzare la figura del nuovo arrivato al quale — benché chiaramente scelto dal locale Prefetto in base al criterio della "capacità" — venivano richiesti requisiti minimi e comunque non in grado di eliminare o addirittura di prevenire i guasti che il regime attribuiva all'« elettoralismo demo-liberale » (18). Lo dimostrano le poche ma significative ricerche effettuate a livello locale, le quali testimoniano soprattutto — ma non solo — per i centri più piccoli tanto la persistenza di assetti di potere già collaudati quanto l'incapacità di numerosi Podestà di farsi espressione effettiva degli interessi locali e la conseguente necessità di sostituirli con commissari prefettizi, a loro volta aspiranti e in alcuni casi effettivamente destinati alla funzione podestarile (19).

---

degli atti parlamentari. Istruzioni ministeriali, Con una nota storica introduttiva dell'Avv. Prof. U. Formentoni, Viareggio, Pietrini, 1927.

(17) E. Rotelli, *Le trasformazioni dell'ordinamento comunale e provinciale*, in *Il fascismo e le autonomie locali*, a cura di S. Fontana, cit., pp. 95-96 e R. Romanelli, *Centralismo e autonomie*, in *Storia dello Stato italiano dall'Unità a oggi*, a cura di Idem, Roma, Donzelli, 1995, p. 156.

(18) Come ricorda R. Romanelli, *Centralismo e autonomie*, in *Storia dello Stato italiano dall'Unità a oggi*, cit., p. 157, in alternativa al possesso di un diploma di scuola media superiore, bastava aver partecipato alla guerra in qualità di ufficiale o sottufficiale « in zona di operazione » o avere svolto per almeno un anno, dimostrando « capacità e competenza amministrativa », le mansioni di Sindaco, Commissario regio o prefettizio o Segretario comunale.

(19) Mentre L. Baldissara, *Tecnica e politica nell'amministrazione*, cit., pp. 38 sgg., si occupa dei problemi posti in generale dal reclutamento di quadri adeguati, ai comuni minori accenna S. Lupo, *Il fascismo. La politica in un regime totalitario*, cit., p. 213, ma un riferimento documentario di prima mano lo troviamo — per gli anni seguenti al 1928 — nelle missive indirizzate da numerosi segretari alla « Rassegna di legislazione

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Del resto, nel suo lungo saggio Turolla — anticipando forse con toni un po' troppo ottimistici gli esiti del Regio Decreto Legge del 17 agosto 1928, n. 1952 sulla statizzazione dei segretari — disegnava una piramide dei poteri municipali (anzi — come egli li definiva — degli « Enti gerarchici periferici ») che non vedeva più nel Podestà il *dominus* della situazione secondo lo spirito informatore della riforma varata due anni prima e precorreva di un decennio i termini del dibattito destinato a snodarsi tra il 1938 e il 1941. Per quanto atteneva « alla maggioranza dei Comuni e specialmente ai minori, fino — ad esempio — ad una popolazione di 20 mila abitanti », sarebbe toccato al « Segretario funzionario di Stato » ricoprire le funzioni di gestione e rappresentanza degli stessi, assumendo le denominazioni di « Reggente » o di « Commissario », rispetto alle quali il pubblicista lombardo non specificava alcuna differenza (20).

« Ai Comuni medi e superiori a detto limite, — proseguiva Turolla — sarà preposto il *Podestà* nelle forme e con le funzioni attuali, mentre ai Comuni maggiori, da 100 mila abitanti in su, sarà preposto un capo che potrà chiamarsi *Governatore* o *Alto Commissario*, assistito da uno o due Vice-Governatori o Vice-Commissari. L'esperienza insegnerà poi le eventuali possibili necessarie trasformazioni » (21).

Quale l'obiettivo di una simile, laboriosa, probabilmente dispendiosa, sicuramente non rapida *Gestaltung*? Per l'appunto contribuire a fare della categoria di cui era egli stesso un membro piuttosto autorevole il momento di raccordo dell'amministrazione

---

per i comuni », per cui cfr. almeno E. PANTANI, *I dibattiti della « Rassegna ». L'ordinamento podestarile nei riguardi dei comuni minori*, a. IX, n. 24, 15 dicembre 1935, pp. 2473-2476 e F. BALESTRA, M. ANZANI, G. BELLANDI, F. GALLUCCI, *Proposte e polemiche di collaboratori. L'ordinamento podestarile nei comuni minori*, a. X, n. 5, 1 marzo 1936, pp. 399-403. Per i casi di città dell'importanza di Milano e Genova vedi nell'ordine D. BARDELLI-P. ZURETTI, *L'amministrazione comunale nel periodo podestarile*, in *Storia di Milano*, *Il Novecento*, cit., pp. 653-655 L. GARIBBO, *I ceti dirigenti tra età liberale e fascismo*, in *Storia d'Italia*, *Le regioni dall'Unità a oggi*, *La Liguria*, Torino, Einaudi, 1994, pp. 243-244 e A. GOFFREDO, *Relazione sull'amministrazione straordinaria della città di Genova dal 12 luglio 1924 al 12 giugno 1925*, Genova, Tipografia Fratelli Pagano, 1925.

(20) I. TUROLLA, *I Segretari Comunali Funzionari di Stato. La nuova riforma in corso di studio e di attuazione. Considerazioni e proposte*, cit., p. 139.

(21) *Ibidem*.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

locale e il punto di riferimento sicuro del Prefetto, estraneo a « ogni cricca o competizione o personalismo locali, più facile ad attecchire — e in modo anche pregiudizievole — nella grande maggioranza dei piccoli centri » (22). E in seconda istanza, ma non meno rilevante, riaprire alle leve più giovani quella porta che — lo aveva ricordato anche il responsabile dell'Associazione Nazionale Fascista del Pubblico Impiego Aldo Lusignoli nel Congresso annuale appena tenutosi a Macerata — i *travets* di lungo corso parevano aver chiuso a doppia mandata (23).

La posizione di Turolla non era estemporanea né, tanto meno, isolata, come confermava l'articolo che un altro Segretario, l'avvocato Luigi Fabbri, consegnava in quei giorni alle fitte colonne di una neonata consorella della « Rivista degli enti locali », quella « Rassegna di legislazione per i comuni » fondata alcuni mesi prima da uno sparuto gruppo di colleghi toscani e destinata a rivelare assai presto un'immediata vocazione per il dibattito, divenendo la più importante tribuna di confronto per l'intero periodo qui considerato (24). Il quesito con il quale Fabbri sollecitava l'attenzione dei lettori era di

(22) I. TUROLLA, *I Segretari Comunali Funzionari di Stato*, cit., p. 140, dove l'A. aggiungeva di aver proposto, non a caso, « che le promozioni [dei segretari] avvengano per *provvedimento personale del Ministro dell'Interno o — per delega — del Sottosegretario agli Interni* », visto e considerato l'atteggiamento non troppo benevolo della « burocrazia centrale », la quale — nella fase applicativa delle nuove disposizioni — avrebbe a malincuore rinunciato « dall'innestare nelle promozioni per i migliori e più appetibili posti, funzionari di Stato a danno dei più meritevoli tra i Segretari comunali statizzati […] ».

(23) Ivi, pp. 141-142. Per la figura e l'attività di Lusignoli rimando a M. MISSORI, *Gerarchie e statuti del Pnf. Gran consiglio, Direttorio nazionale, Federazioni provinciali: quadri e bibliografie*, Roma, Bonacci, 1987, p. 231, M. SALVATI, *Il regime e gli impiegati. La nazionalizzazione piccolo-borghese nel ventennio fascista*, Roma-Bari, Laterza, 1992, pp. 105-106 e D. MUSIEDLAK, *Lo stato fascista e la sua classe politica 1922-1943*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 268, mentre sul tema fondamentale del contrasto descritto nel testo — che si intersecava, d'altra parte, con quello dell'adesione al regime — il riferimento obbligato è alle opere di G. MELIS, *Due modelli di amministrazione tra liberalismo e fascismo. Burocrazie tradizionali e nuovi apparati*, Roma, Ministero per i beni culturali e ambientali-Ufficio centrale per i beni archivistici, 1988 e ID., *Storia dell'amministrazione italiana*, cit., pp. 312 ss.

(24) Nata nell'autunno del 1927 sotto la direzione del ragioniere Enrico Rezza, Segretario capo del Comune di Pontedera, la dinamica testata avrebbe trovato nell'avvocato Ottorino Checchi, Segretario capo del Comune di Pontedera, l'animatore

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

quelli stringenti e a cui non si poteva replicare in maniera evasiva: « […] è il segretario un collaboratore del Podestà od un tutore delle leggi? ». Qualunque risposta si potesse dare ne derivava per il secondo una condizione quasi ancillare, giacché non gli sarebbe rimasto che dibattersi in un'unica alternativa. Limitarsi ad apporre la propria firma a provvedimenti ispirati e istruiti dal primo oppure tollerare — contro voglia e con malcelata rassegnazione — la tutela di questo « non chiesto né desiderato, angelo custode » (25). La conseguenza logica di un tale stato di cose avrebbe dovuto essere — proseguiva l'estensore dell'articolo — la nomina di funzionari statali, « soli e unici responsabili », alla direzione dei comuni, considerato anche come per questi ultimi non si potesse ormai più parlare di soggetti autarchici, bensì di organi periferici della Prefettura, la quale costituiva a sua volta la rappresentante diretta del potere centrale (26).

Ma oltre ai dualismi e alle incompatibilità tra le due figure, era il ruolo politico dei podestà a subire un attacco in piena regola sulle pagine del giovane periodico. Non bastava che una cospicua parte di essi (una quota non irrilevante dei quali avevano ricoperto le funzioni di Sindaco) entrassero in carica e disimpegnassero il compito a cui erano stati designati all'insegna di una mentalità distorta — « lasciare alla storia il loro nome » — la quale causava spesso conseguenze finanziarie onerose per gli amministrati e disavanzi di bilancio da ripianare per i loro successori. In altrettante circostanze, difatti, i podestà pretendevano di svolgere funzioni esorbitanti dalle proprie competenze, ingerendosi nella vita locale e finendo per sovrapporsi all'attività dispiegata dalla Federazione del P.N.F. e dal suo Segretario politico, cui spettava invece, quasi naturalmente, una funzione di raccordo in stretto coordinamento con il livello provinciale (27). D'altra parte — era la retorica domanda di Fabbri — « […] quale motivo avrebbe indotto il legislatore a elevare il segre-

organizzativo principale e nell'editore Noccioli di Empoli un tramite di diffusione considerevole.

(25) L. Fabbri, *L'amministrazione civica*, in « Rassegna di legislazione per i comuni », a. II, n. 12, 15 giugno 1928, p. 400.

(26) *Ibidem*.

(27) L. Fabbri, *L'amministrazione civica*, cit., pp. 400-401.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

tario a funzionario di stato se avesse visto nell'istituto podestarile una completa forma di amministrazione comunale? » (28).

Gli elementi posti sul tappeto erano molti e tutti di una certa consistenza. Sarebbe toccato all'esperienza — secondo quanto affermava negli stessi giorni Turolla — suggerire « le eventuali possibili necessarie trasformazioni ». I podestà si sarebbero rivelati in grado e avrebbero voluto replicare alle critiche piuttosto pesanti mosse nei loro confronti? Quale sarebbe stato l'atteggiamento assunto dal Ministero dell'Interno e in particolare dalla Direzione Civile? Quelle esposte dai due segretari comunali erano posizioni univoche, maggioritarie o minoritarie all'interno della composita e variegata categoria? Certo è che — al di là dei pronunciamenti ufficiali e per ciò, spesso, asettici della dottrina giuridica italiana — il Podestà avrebbe visto vacillare pericolosamente la propria posizione di « organo istituzionale esterno supremo del comune » (29).

3. *Impiegato comunale o funzionario dello Stato? L'« antico cancelliere » al di là delle colonne d'Ercole (1928-1934).*

La statizzazione dei segretari, sancita infine dal Regio Decreto Legge del 17 agosto 1928 (poi convertito nella Legge del successivo 13 dicembre, n. 2944, a sua volta integrata dalle disposizioni applicative contenute nel Regolamento del 21 marzo 1929, n. 371), giungeva dopo una lunga aspettativa e richieste piuttosto risalenti nel tempo da parte dei segmenti maggiormente organizzati e combattivi della « benemerita classe » (30). Forse proprio perché così

(28) Ivi, cit., p. 401.

(29) La definizione è di L. Raggi, *Podestà*, in *Nuovo Digesto Italiano*, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1939, vol. IX, p. 1154, del quale vedi anche la voce *Comune (in generale)*, ivi, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1938, vol. III, pp. 531 sgg., al cui riguardo cfr. F. Lucarini, *Immagini ambivalenti e realtà in movimento. I comuni urbani In Italia dalla fine dell'Ottocento alla Grande Guerra (1894-1914)*, in *L'impiegato allo specchio*, a cura di A. Varni e G. Melis, Torino, Rosenberg & Sellier, 2002, pp. 141-142.

(30) Per l'insieme della normativa rinvio a P. Schiera, *I precedenti storici dell'impiego locale in Italia. Studio storico-giuridico 1859-1960*, Milano, Giuffrè, 1971, pp. 135-143 e a G. De Gennaro, *Manuale di legislazione comunale e provinciale ad uso dei Podestà e dei Segretari Comunali*, Milano, Hoepli, 1929, una figura rilevante — Segre-

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

atteso, il risultato prodotto dai funzionari ministeriali non fu pari alle speranze di quanti avevano attribuito ai provvedimenti che il governo si accingeva a varare un significato quasi rigeneratore, suscettibile non soltanto di accogliere tradizionali rivendicazioni ascensionali relative al profilo lavorativo e agli adeguamenti retributivi nei confronti dei colleghi statali, ma anche e soprattutto — come del resto abbiamo visto — di instaurare un rapporto privilegiato con l'autorità prefettizia (31). Ancora una volta era la « Rassegna di legislazione per i comuni » ad essere rappresentativa di una tendenza capace di unificare su una posizione unitaria i *rank and file* di una schiera talmente variegata da comprendere condizioni tra loro opposte e divise in un recente passato, quelli dalle « grasse prebende » — i quali occupavano le sedi più privilegiate, di solito situate nei centri urbani medio-grandi — e gli « iloti » — spesso alla loro prima esperienza — destinati alla guida di minuscole comunità rurali e montane (32).

Così li vediamo — armati di tabelle fitte di dati, dove sono riportati i gradi e le qualifiche, calcolati gli stipendi iniziali e gli aumenti periodici, previsti il servizio attivo e l'indennità di caroviveri — criticare in maniera dura, talora perfino aspra, il nuovo assetto legislativo ed esibire, a loro volta, proposte differenti: remunerazioni adeguate, necessità di rettifica dei rispettivi ruoli nazionali e regionali, valutazione dei titoli, introduzione del certificato di laurea nei concorsi (ma non sempre e non in tutti), istituzione di corsi di

---

tario Generale a Catania — su cui cfr. il mio volume *Scienze comunali e pratiche di governo in Italia (1890-1915)*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 130-138.

(31) Per questo motivo non concordo con l'impostazione di L. Baldissara, *Tecnica e politica*, cit., specialmente pp. 126-131, il quale accentua l'elemento gerarchico — pur presente nella legislazione del 1928-1929 — come se l'atto finale del lungo processo di pubblicizzazione del Segretario preannunciasse davvero « l'eclissi delle garanzie di difesa e di indipendenza dalle interferenze politiche ».

(32) Le due espressioni sono riprese da R. Romanelli, *Sulle carte interminate. Un ceto di impiegati tra privato e pubblico: i segretari comunali in Italia, 1860-1915*, Bologna, Il Mulino, 1989. Anche la « Rivista degli enti locali » ospita numerosi interventi — tra cui quelli "a caldo" del direttore, *Il disegno di legge che qualifica Funzionari di Stato i Segretari comunali*, n. 7, luglio 1928, pp. 153-168 e *Il nuovo stato giuridico ed economico dei Segretari comunali statizzati*, n. 9, settembre 1928, pp. 205-207, per il primo dei quali cfr. L. Baldissara, *Tecnica*, cit., p. 130 — ma non raggiunge un'uguale ampiezza di progetti e di estrazione sociale dei protagonisti.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

preparazione e di perfezionamento universitario o parauniversitario (33). Comunque sia — vergati a Folgaria piuttosto che a Buscemi, a Oristano invece di Palmi — la maggior parte degli articoli contenevano la segnalazione di un'ulteriore possibilità di attrito tra il Segretario e il Podestà, insita nel Regio Decreto Legge dell'agosto 1928 e nel Regolamento applicativo di sei mesi più tardi. Gli articoli 59 del primo e 96 del secondo avevano infatti concesso al Segretario « una facoltà di parere legale ed un obbligo di osservazione », nonché il dovere di rimettere alla Prefettura, per mezzo del Podestà (al quale avrebbero dovuto consegnarle in un plico sigillato), le note che egli riteneva opportune sull'andamento generale dei servizi municipali (34). Appariva quindi inevitabile — sosteneva ad esempio Umberto Polizzi, nel settembre del 1929, scrivendo da Marineo in provincia di Palermo — il contrasto di tale disposizione con la dipendenza disciplinare del Segretario nei confronti del Podestà, il quale — ben al di là del ricorso tutto sommato blando alla « censura » — avrebbe potuto servirsi del proprio ruolo di intermediario per ritardare la normale trasmissione degli atti fra la segreteria comunale e la Prefettura. E se pure qualche collega avesse avuto il coraggio di esprimere giudizi non positivi — ribadiva nel gennaio del 1930 Domenico Mariani, appena nominato a Roviano, un centro a nord-est della capitale — l'effetto sarebbe stato certo e niente affatto indolore: « Addio note di qualifica a fine d'anno! » (35).

Probabilmente, era nei comuni di minore importanza che gli eventuali dissidi apparivano alla luce del sole e le soluzioni adottate

(33) Cito per tutti O. CHECCHI, *Una questione di proporzione e di giustizia*, in « Rassegna di legislazione per i comuni », a. II, n. 17, 1 settembre 1928, p. 584: « Continuano tuttora a pervenire, in abbondanza, articoli di egregi colleghi a proposito del disegno di legge, col quale si è voluto provvedere alla statizzazione dei segretari comunali ».

(34) Benché esatte sul piano formale, le osservazioni di E. ROTELLI, *Le trasformazioni dell'ordinamento comunale e provinciale*, cit., p. 102 e di P. AIMO, *Stato e poteri locali in Italia 1848-1995*, cit., p. 108 — per i quali tale dispositivo consentiva di tenere all'oscuro o addirittura di aggirare il controllo del Podestà — andrebbero verificate nella pratica.

(35) U. POLIZZI, *Sulla funzione di responsabilità del Segretario Comunale nell'ordinamento podestarile*, in « Rassegna di legislazione per i comuni », a. III, n. 17, 1 settembre 1929, p. 825 e D. MARIANI, *Necessità di un ulteriore sviluppo della legislazione comunale*, ivi, a. IV, n. 1, 1 gennaio 1930, p. 19.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

divenivano più sbrigative, almeno stando alle parole di Salvatore Chiarello — in servizio nel Municipio cosentino di Cariati — il quale ricordava ai lettori della « Rassegna » come il Podestà di un « comunello della Calabria », a seguito di un duro e prolungato contrasto con il suo interlocutore lo avesse invitato a presentare al Prefetto le immediate dimissioni (36). Nondimeno, a dispetto di questa e di numerose altre corrispondenze, proprio sul finire del 1930 era un Segretario di seconda classe del centro alpino di Malles in Val Venosta, il ragioniere Eduardo Lombardi, a ribadire che quello da lui occupato era un « organo direttivo tecnico di concetto », tanto più nei grandi centri urbani dove — lo dimostrava il Governatorato di Roma, di cui era Segretario un Prefetto — egli rappresentava l'autentica « forza motrice dell'andamento degli uffici » (37). A confermare (anche al di là dell'ingenuità dimostrata dall'autore nel comparare la capitale del Regno con un qualsiasi municipio di dieci abitanti) come gli appartenenti alla categoria non si sentissero più a proprio agio nelle vesti, quasi medievali, di semplici cancellieri del potere podestarile, secondo quanto ribadiva lo stesso Polizzi nella primavera successiva, etichettando come artificiale la distinzione tra ruolo politico del Podestà e mansioni tecniche del Segretario (38).

Perché si giungesse ad una « funzione integrale », capace di fare di quest'ultimo l'autentica chiave di volta dell'amministrazione comunale ai fini di una modernizzazione che agevolasse, al tempo stesso, le condizioni lavorative dei più anziani e facilitasse la progressione ascensionale dei più giovani, era però indispensabile una

(36) S. Chiarello, *La funzione del Segretario comunale nella considerazione pubblica*, in « Rassegna di legislazione per i comuni », a. IV, n. 20, 15 ottobre 1930, pp. 939-941.

(37) E. Lombardi, *Le funzioni del Segretario comunale nel nuovo ordinamento fascista*, ivi, a. IV, n. 22, 15 novembre 1930, pp. 1051-1052. Per l'istituzione del Governatorato a Roma durante il 1925 cfr. F. Celentano, *L'Amministrazione Podestarile e Governatorile con tutta la legislazione relativa*, Napoli, Tipografia Editrice Bideri, 1928, pp. 45-68, nonché — per una ricostruzione critica — il volume *La Prefettura di Roma*, a cura di M. De Nicolò, Bologna, Il Mulino, 1998 e il recentissimo contributo di M. Giannetto, *Ministero dell'Interno e Prefetture in età fascista*, in *Tra Stato e società civile. Ministero dell'interno, Prefetture, autonomie locali*, a cura di M. De Nicolò, ivi, 2006, pp. 145-173.

(38) U. Polizzi, *La funzione integrale del Segretario nell'amministrazione comunale*, « Rassegna di legislazione per i comuni », a. V, n. 6, 15 marzo 1931, p. 222.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

vera riforma dell'assetto organizzativo sancita per via legislativa. Il compito — ammessa e non concessa la reale disponibilità del governo fascista ad attuarla — apparve da subito tutt'altro che scontato. Anzitutto, in virtù del fatto che i provvedimenti riformatori non avrebbero avuto per oggetto soltanto il personale locale e provvedimenti di ristrutturazione verticale, come era sostanzialmente avvenuto fino ad allora, ma avrebbero riguardato — almeno parzialmente — una revisione delle finalità operative, con l'esplicita ammissione, per citare un solo caso, dell'« uso del telefono e [del]le trattative verbali tra i funzionari competenti per il disbrigo delle pratiche di ufficio » (39). In secondo luogo, a causa del persistere — in quei primi anni Trenta — di una situazione di stallo tra i due protagonisti della vita locale, rispetto a cui, ad esempio, la vicenda della « definitività » o meno dei pareri espressi dalle prefetture sulle deliberazioni podestarili non era che uno degli aspetti più significativi del problema che, alla vigilia del varo della nuova Legge comunale e provinciale del marzo 1934, rimaneva insoluto: il rapporto, appunto, tra Segretario comunale e Podestà (40). Il quale andava disciplinato una volta per tutte, risolvendo alla base l'ambiguità di fondo che caratterizzava la figura e la posizione del Segre-

(39) *La riforma della burocrazia. Prossimo disegno di legge*, in « Rivista degli enti locali », a. XVI, n. 11, novembre 1930, p. 280. Sulla parola d'ordine della « razionalizzazione burocratica » e i tentativi cui dette vita rinvio a F. LUCARINI, *Dalla « grande guerra » alla « grande crisi ». La trasformazione dei servizi comunali nelle proposte di un intellettuale-funzionario: Silvio Molinari*, cit., pp. 393-405, G. MELIS, *Due modelli di amministrazione tra liberalismo e fascismo. Burocrazie tradizionali e nuovi apparati*, cit., pp. 201-234 e F. SODDU, *Tayloristi della scrivania: dalla « Rivista delle Comunicazioni » all'« Organizzazione scientifica del lavoro »*, in *Le fatiche di Monsù Travet. Per una storia del lavoro pubblico in Italia*, a cura di A. Varni e G. Melis, Torino, Rosenberg & Sellier, 1997, pp. 155-178.

(40) Vedi — a puro titolo esemplificativo — V. LAZZARI, *Definitività dei provvedimenti del Prefetto sulle deliberazioni dei Podestà*, in « Rivista degli enti locali », a. XVII, n. 6, giugno 1931, pp. 117-124 e O[ttorino] C[HECCHI], *Verso la risoluzione di una « vexata quaestio »? Della definitività o meno dei provvedimenti Prefettizi sulle deliberazioni del Podestà*, in « Rassegna di legislazione per i comuni », a. VI, n. 6, 15 marzo 1932, pp. 254-256. Per analogia — e più generalmente nell'ottica delle relazioni Segretario/Podestà — cfr. lo stimolante « nodo » esistente tra Prefetto e Federale, tra Stato e Partito Nazionale Fascista evidenziato da E. Gentile, soprattutto nell'opera, dal forte approccio critico-ricostruttivo, *Fascismo. Storia e interpretazioni*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 180-183.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

tario, che, come impiegato — pur in capo — del Municipio, risultava alle dipendenze del Podestà (allo stesso modo in cui, fino al 1926, lo era stato del Sindaco e della Giunta), mentre in qualità di funzionario dello Stato rimaneva a disposizione dell'autorità prefettizia ed era quindi tenuto a rispondere solo a quest'ultima per la condotta del lavoro d'ufficio (41).

Appare quindi chiaro fino a che punto e soprattutto come e perché, se non certo tutti, almeno una parte considerevole degli antichi « cancellieri » — tra l'estate del 1933 e l'inizio del nuovo anno — delegasse molte delle rispettive speranze ad un provvedimento riformatore che — secondo il costume del regime e in questo caso del Ministero dell'Interno — veniva propagandato con toni piuttosto enfatici.

4. *Nuovi segretari e richieste antiche (1934-1938).*

Va detto subito — e a scanso di equivoci — che anche il Regio Decreto 3 marzo 1934, n. 383, con cui il neo Sottosegretario all'Interno Guido Buffarini Guidi licenziava il Testo Unico della Legge comunale e provinciale, finì per scontentare molti esponenti di una categoria che — così come era parsa compatta nel concepire il proprio ruolo in funzione di contrappeso al potere esecutivo locale — non era adesso altrettanto unita sulle decisioni da assumere per poi formularle a Roma (42). Ben al di là di tale aspetto che — lo

(41) D. Cosi, *L'ordinamento dei segretari comunali*, in « Rassegna di legislazione per i comuni », a. VII, n. 18, 15 settembre 1933, p. 980, secondo il quale non esisteva più una dipendenza assoluta tra il Comune ed il Segretario, giacché « il potere regolatore della funzione del Segretario comunale si è spostato quasi completamente dal Podestà al Prefetto ». In conseguenza di ciò, « oltre un rapporto di dipendenza politica fra il Prefetto e il Podestà, esiste il rapporto di impiego e quindi di dipendenza giuridica, del Segretario comunale al Prefetto. C'è quindi un doppio ordine di mezzi di indagine e di sanzioni, necessario soprattutto in questo momento coercitivo delle aziende comunali per ridurle alla nuova disciplina di risanamento economico ».

(42) Si tengano qui presenti sia la *Legge comunale e provinciale annotata e illustrata con i lavori preparatori e con la giurisprudenza — corredata dal richiamo dei precedenti legislativi — completata con le istruzioni ministeriali del 28 marzo 1934-XII e con un ampio indice alfabetico*, Terza edizione aggiornata con le circolari ministeriali, Tipografia della Camera dei Deputati, 1938 che il *Testo Unico della legge comunale e provinciale (Regio Decreto 3 marzo 1934, n. 383; Legge 10 giugno 1937, n. 1402) ed*

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

vedremo — rimarrà una costante irrisolta, per i segretari il periodo compreso tra il varo di quella normativa tanto attesa e il 1938 rappresentò una fase involutiva, da vari punti di vista. Già nel febbraio del 1933, muovendo da una sentenza della Corte di Cassazione, un giovane referendario presso il Consiglio di Stato, Leopoldo Piccardi, poteva affermare che il Podestà amministrava il Comune « quale organo di questo » e non soltanto come « ufficiale del Governo », una decisione che, se si presentava « feconda di conseguenze in ogni campo della vita amministrativa comunale », non agevolava certo la lotta che stavano conducendo i segretari, ma era destinata, semmai, a spegnerne vigore e convinzione (43).

Lo testimonia una rapida rassegna delle testate anche più consapevoli. Il periodico fondato e diretto da Turolla, ad esempio, non dismise l'originaria veste battagliera, ma indirizzò le proprie rivendicazioni economiche e giuridiche in altre e diversificate direzioni, rispetto al fronte unico della roccaforte podestarile, verso la quale si erano rivolti gli strali polemici dei suoi corrispondenti e redattori, fissi od occasionali che fossero. Nel giugno del 1935 il Segretario generale del Comune di Trieste — Rino Magnani — prese carta e penna per criticare un giudizio espresso dal celebre amministrativista Errico Presutti. Questi — oltre a sottolineare come « l'esperienza [avesse] dimostrato che il segretario capo non riesce ad esercitare quell'azione di freno e di limite » prevista dal legislatore nel 1928 « facendogli la posizione giuridica di impiegato dello Stato » — riteneva necessaria la creazione « di uffici di ragioneria avulsi e indipendenti dagli altri uffici comunali », sottraendoli,

---

istruzioni ministeriali, 2ª edizione aggiornata e coordinata, Roma, Istituto Poligrafico dello Stato, 1938. Su Buffarini Guidi, entrato in carica il 4 maggio 1933 in sostituzione di Leandro Arpinati, vedi il cenno che ne fa R. De Felice, *Mussolini il duce*, *I. Gli anni del consenso 1929-1936*, Torino, Einaudi, 1974, pp. 296-297 e 299.

(43) L. Piccardi, *Il Podestà quale amministratore del Comune e quale ufficiale del Governo*, in « Rivista amministrativa del Regno », a. LXXXIV, n. 2, febbraio 1933, pp. 113-119 (qui p. 115). L'articolo è citato da L. Baldissara, *Tecnica*, cit., p. 33 in nota. Sul personaggio — nato a Ventimiglia nel 1899, laureato in legge a Torino nel 1921, entrato in magistratura l'anno dopo, superato assai brillantemente, nel febbraio 1930, il concorso per entrare a Palazzo Spada, dove fu assegnato alla I Sezione, della quale sarebbe stato nominato primo referendario nel marzo 1932 — rimando a G. Focardi, *Piccardi Leopoldo*, in *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia. Le biografie dei magistrati (1861-1948)*, a cura di G. Melis, Milano, Giuffrè, 2006, tomo II, pp. 1591-1611.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

quindi, alla diretta dipendenza della segreteria comunale (44). Tre mesi più tardi toccò a Erminio Barborini — di stanza nella cittadina veneta di Feltre — qualificare, dall'alto del proprio titolo di dottore in legge, come « molto vecchia ed abbastanza rancida » la disputa sulla necessità di possedere la laurea in giurisprudenza per avere accesso alla carriera e soprattutto per godere di una notevole progressione, anche nei riguardi di colleghi che potevano vantare un migliore stato di servizio ed una maggiore anzianità. Stando ad una statistica piuttosto attendibile, al 1° gennaio 1932 nei 7330 comuni del Regno risultavano in servizio attivo circa 600 segretari forniti del titolo superiore, mentre i rimanenti erano semplici diplomati dei licei o degli istituti tecnici. In compenso, di quei laureati la metà soltanto (per l'esattezza 326) occupavano i posti del « ruolo nazionale » loro riservati, lasciando presumibilmente vacanti o occupate da colleghi di rango "inferiore" le destinazioni che dalla rilevazione risultavano scoperte (45).

Eppure, a prescindere dai pareri di cui Barborini si faceva portavoce e giudicando — invece — dai corsi di perfezionamento universitario e parauniversitario reclamizzati dal mensile di Busto Arsizio, la domanda di un'istruzione superiore — al tempo stesso pratica e teorica — era tanto più alta quanto più continuava a rimanere insoddisfatta per la maggior parte degli appartenenti alla

(44) R. MAGNANI, *Il ragioniere nell'organizzazione dei Comuni*, in « Rivista degli enti locali », a. XXI, n. 6, giugno 1935, soprattutto pp. 175 ss. L'A. prendeva spunto da affermazioni contenute nelle *Istituzioni di diritto pubblico*, 3ª edizione, Messina-Milano, Principato, 1934, vol. II. Su Presutti, figura interessante per l'eclettismo dimostrato nei confronti della "scuola orlandiana" e l'attenzione prestata alla scienza dell'amministrazione — a parte G. CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativistica italiana. I. Dall'Unità alla fine dell'Ottocento. Autonomie locali amministrazione e costituzione*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 649-650 in nota e la bibliografia ivi indicata — rinvio al mio *Scienze comunali e pratiche di governo in Italia (1890-1915)*, cit., pp. 37-38.

(45) E. BARBORINI, *Carriera dei segretari comunali. La laurea in giurisprudenza per l'ammissione nel ruolo nazionale*, in « Rivista degli enti locali », a. XXI, n. 9, settembre 1935, pp. 266 e 268, dal quale si desume che per il « ruolo nazionale » — riservato ai soli laureati — erano previsti quattro livelli, con sedi e stipendi adeguatamente distinti. Per il risalente dibattito riguardante la necessità di una maggiore qualificazione dei segretari vedi F. LUCARINI, *Per « un funzionario modello e moderno ». La formazione dei segretari comunali in Italia attraverso alcuni periodici dell'età giolittiana*, in *Burocrazia a scuola. Per una storia della formazione del personale pubblico nell'Otto-Novecento*, a cura di A. Varni e G. Melis, Torino, Rosenberg & Sellier, 2000, pp. 221-248.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

categoria, impossibilitati a muoversi o a reperire i testi di studio nelle loro sedi disagiate e lontane dai centri più grandi e ambiti (46). Del resto, non era in fondo questo il problema per eccellenza di una classe che — eccezion fatta per pochi privilegiati — si era sempre considerata e rappresentata come fortemente disagiata, specialmente se paragonata a coloro che ingrossavano le fila della burocrazia statale, lavorassero questi a Roma o risiedessero piuttosto in periferia? Era quanto emergeva — ed eravamo ormai nel 1937 — da due articoli di De Gennaro e Turolla, ambedue assai decisi nel rilevare la differenza di trattamento economico dei salariati impegnati negli enti locali rispetto ai loro omologhi e pari grado che pure — documentazione alla mano — non potevano sempre e comunque vantare un *curriculum* all'insegna dell'eccellenza professionale (47).

La « Rassegna di legislazione per i comuni », dal canto suo, proponeva tematiche molto simili e apriva le proprie colonne — dopo il periodo iniziale — anche a collaboratori non toscani, focalizzando l'attenzione su tre punti in particolare, spesso svolti dalle stesse persone: la situazione dei piccoli municipi rurali e montani, la discussione sul livello di istruzione necessario per i segretari e, infine, la necessità di una loro statizzazione integrale. Ancora una volta un riscontro non superficiale risulta di impatto immediato. Basta sfogliare i numeri del biennio 1935-1937 per rendersene conto. Così, mentre Barborini poneva subito e impietosamente il dito nella piaga di una normativa — quella del marzo 1934 — che secondo lui non aveva apportato alla categoria alcun beneficio e Ottorino Checchi disquisiva — usando un'ermeneutica raffinata e al medesimo tempo concreta — sul fatto che l'articolo 228

(46) Vedi — a titolo di esempio — gli annunci *Corso di perfezionamento per Segretari comunali ed altri Funzionari amministrativi in Bologna*, nonché *Regia Università di Padova. Facoltà di Scienze politiche. Corso di coltura per il perfezionamento dei Segretari delle Provincie e dei Comuni*, in « Rivista degli enti locali », a. XXII, rispettivamente n. 2, febbraio 1936, pp. 47-48 e n. 12, dicembre 1936, pp. 315-316.

(47) I[talo] T[UROLLA], *Il trattamento economico dei segretari comunali* e G. DE GENNARO, *I salariati nello Stato e negli Enti locali*, ivi, a. XXIII, n. 6, giugno 1937, pp. 164-168 e n. 11, novembre 1937, 313-322, il quale riprendeva — a molti anni di distanza — le considerazioni avanzate nell'articolo giovanile *Burocrazia di stato e burocrazia dei Comuni. La perequazione economica nelle carriere comunali*, in « Rivista d'amministrazione », a. VI, n. 1, gennaio 1908 pp. 5-8.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

di tale provvedimento lasciava, forse, uno spiraglio per la possibilità di modifica dei ruoli degli enti locali, Lombardi, inviava una nutrita serie di corrispondenze sull'« arte di amministrare i comuni » da vari punti di vista e con prospettive nuove e davvero interessanti (48).

Da molti degli articoli e interventi emergeva, insomma, sempre più — anche attraverso la ripetizione di schematismi concettuali e rigidezze corporative o, forse, grazie anche ad alcuni di questi — il bisogno di cambiare rispetto ad una situazione che rischiava di irrigidire l'intero assetto dei poteri locali attorno a rivendicazioni settoriali contrapposte (ragionieri contro segretari e questi ultimi opposti ai primi e agli emergenti uffici tecnici). Ormai, alla vigilia della guerra, essi segnalavano — soprattutto in assenza di un regolamento del nuovo Testo Unico del 1934 cui il fascismo non sarebbe mai riuscito a dare vita — l'urgenza di concentrare il confronto attorno alla creazione di una figura (investita dal potere centrale ma, almeno in parte, espressione della periferia) in grado di riunire su di sé le indispensabili capacità tecniche e politiche per governare tanto i grandi municipi urbani quanto i piccoli comuni rurali.

5. *Tre progetti e una riforma abortita: i "conservatori", gli "efficientisti", i "rivoluzionari" (1938-1941).*

A togliere dalle secche il dibattito su cui si era in buona parte arenato contribuì, forse involontariamente — nel marzo del 1938 — il Sottosegretario al Ministero dell'Interno, Buffarini Guidi il quale, in sede di presentazione del bilancio del dicastero, negò recisamente che si potesse discutere del binomio "autonomia"/"autarchia" facendo riferimento all'assetto del nuovo diritto pubblico fascista,

(48) Cfr. nell'ordine E. Barborini, *Ruolo nazionale dei segretari comunali. Altra proposta per lo sviluppo della carriera*, O[ttorino] C[hecchi], *L'articolo 228 del nuovo T. U. della Legge Comunale e Provinciale e la sua portata pratica*, E. Lombardi, *Dell'arte di amministrare i Comuni e di farli prosperare*, Id., *Per un più assiduo e rigoroso controllo sulla situazione economica dei Comuni*, Id., *Dell'arte di amministrare i Comuni. L'organizzazione scientifica del lavoro nel campo dell'amministrazione economica*, Id., *Dell'arte di amministrare i comuni. I contratti di mutuo e la tassa di registrazione*, in « Rassegna di legislazione per i comuni », a. VIII, n. 10, 15 maggio 1934, pp. 758-760, n. 11, 1 giugno 1934, pp. 836-838, a. IX, n. 1, gennaio 1935, pp. 17-18, n. 2, 15 gennaio 1935, pp. 85-88, n. 5, 1 marzo 1935, pp. 378-381 e n. 7, 1 aprile 1935, pp. 593-593.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

giacché quest'ultimo era ormai pienamente fondato sul « principio di subordinazione » (49). La presa di posizione ufficiale del governo innescò, comunque, una serie di interventi successivi che, se non è possibile ricostruire qui in maniera dettagliata, non possono neppure essere liquidati — come si è anche di recente tentato di fare — come troppo esili se rapportati all'effettiva revisione dell'assetto vigente per egli enti locali nel nostro Paese (50). I diversi punti di vista interni ad una discussione destinata a protrarsi per quasi quattro anni sono riconducibili fondamentalmente a tre, intersecantisi per alcune tematiche, personaggi e momenti e in ogni caso abbastanza delimitabili *a posteriori* come "conservatore", "efficientista" e "rivoluzionario".

Il primo — con alla testa un personaggio dell'esperienza del Viceprefetto Arcangelo Cirmeni — Regio Commissario in numerosi municipi e al momento in servizio presso il Ministero dell'interno, affiancato da Leopoldo Carta, direttore del mensile milanese « Il Podestà » — ammetteva con chiarezza come, dopo quindici anni di esperienza « poco soddisfacente », fosse necessario passare dal Podestà « sostanzialmente commissario » del 1926 al « funzionario statale-podestarile », salvo non precisare bene in quale modo sarebbe dovuta avvenire la "contaminazione" del Podestà con i quadri della burocrazia ministeriale (51). In particolare Cirmeni — alquanto prolifico in quel triennio a cavaliere del conflitto — in una serie di articoli comparsi sul « Rinnovamento amministrativo » tra la tarda estate e l'autunno del 1941 confessava l'incapacità di « trovare una

(49) L[eopoldo] C[ARTA], *Un poderoso discorso di S. E. Buffarini Guidi*, in « Il Podestà », a. XIII, n. 3, marzo 1938, pp. 3-4 e *Il discorso di S. E. Buffarini Guidi alla Camera sul bilancio dell'Interno*, in « Il rinnovamento amministrativo », n. 4, aprile 1938, pp. 171-182, specialmente 173-175 a proposito del concetto di « autonomia amministrativa ». Ma vedi anche L. BALDISSARA, *Tecnica*, cit., p. 76.

(50) Mi riferisco a L. BALDISSARA, *Tecnica*, cit., il quale dedica appena due pagine — 77-78 — ad un confronto che, soprattutto in un volume come il suo, meriterebbe ben altro spazio.

(51) A. CIRMENI-L. CARTA, *Il Podestà funzionario e impiegato dello Stato*, in « Il Podestà », a. XIV, n. 1, gennaio 1939, pp. 3-6. Al primo accenna E. ROTELLI, *Le trasformazioni dell'ordinamento comunale e provinciale*, cit., p. 155 in nota, che lo cita per sottolineare « l'inevitabile continuità degli uomini », parallela a quella delle istruzioni, tra il ventennio fascista e la nascente Repubblica italiana. Anche L. BALDISSARA, *Tecnica*, cit. p. 92, ne accenna negli stessi termini, ma senza ricordare l'osservazione di Rotelli.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

via di mezzo » tra la teoria (attribuita soprattutto a Carlo Francesco Ferraris) del Comune autarchico dotato di compiti propri e la creazione « di un ente ausiliario *nuovo* ». Era forse per questo motivo che egli — pur impegnato a tempo pieno nel cercare di elaborare un regolamento per il Testo Unico del 1934 — non riusciva ad andare oltre una formula per certi versi scontata, quasi imposta dal ragionamento che il fascismo doveva mirare non al « *Comune-Stato* » del XIII secolo, bensì allo « Stato-comune », il quale nasceva « dal riconoscimento giuridico dello Stato, giacché al di fuori di questo riconoscimento non vi sono diritti né, in genere, attività giuridicamente efficaci, dimodoché l'ordinamento giuridico e quindi lo Stato appaiono come il *prius* logico nei riguardi del cittadino » (52).

Fu l'esponente di punta della corrente che abbiamo definito "efficientista", il salernitano Michele La Torre — referendario presso la IV Sezione del Consiglio di Stato dal 1930, poi primo referendario quattro anni più tardi e infine consigliere nel 1935 — a lanciare in termini provocatori l'interrogativo *Soppressione o trasformazione dei Comuni?* dalle pagine di « Gerarchia », la rivista più schierata sulle posizioni ufficiali del regime e per questo diretta dallo stesso Mussolini (53). La circostanza che il problema fosse uscito

(52) Si noti che quest'ultimo passo era ripreso dal giuspubblicista napoletano Ugo Forti — per il quale rinvio al profilo di G. Caravale in *Dizionario biografico degli italiani*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1998, vol. XLXIX pp. 181-184 — e non era quindi forzatamente legato alla dottrina ufficiale del regime. A parte i due articoli di cui mi sono servito — A. Cirmeni, *Il Comune di domani — Problemi nuovi — Possibilità di abolizione della Giunta Provinciale Amministrativa*, in « Il rinnovamento amministrativo », a. XIX, n. 9, settembre 1941, pp. 614-619 e n. 11, novembre 1941, pp. 728-734 — cfr. almeno *Un'idea che ritorna. Il podestà funzionario ed impiegato dello Stato. « Pensiamo ai comuni rurali »* e *Stato fascista e comune autarchico*, entrambi in « Rassegna di legislazione per i comuni », rispettivamente, a. XII, n. 23, 1 dicembre 1938, pp. 1856-1858 e a. XIII, n. 7, 1 aprile 1939, pp. 449-503, nonché *Autarchia comunale nello Stato fascista* e *« Enti autarchici » ed « Enti ausiliari dello Stato »*, ambedue in « Rivista amministrativa del Regno », a. XC, novembre 1939, pp. 784-788 e a. XC, gennaio 1940, pp. 9-13.

(53) M. La Torre, *Soppressione o trasformazione dei Comuni?*, in « Gerarchia », a. XVIII, n. 12, dicembre 1938, pp. 813-819. Su questo rilevante personaggio — laureatosi nel 1910 presso la Facoltà di Giurisprudenza a Macerata e subito segnalatosi per la sua multiforme versatilità, applicata soprattutto al campo del diritto amministrativo — vedi adesso l'articolata voce di G. Focardi, *La Torre Michele*, in *Il Consiglio di*

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

dalla cerchia forzatamente più ristretta dei periodici specializzati testimonia come la posta in gioco rappresentasse ben altro che un semplice confronto dottrinale, soprattutto dopo che una circolare emanata dal Sottosegretario all'Interno il 21 agosto del 1939 invitava le prefetture ad impiegare nella terminologia ufficiale la locuzione di « enti ausiliari dello Stato » invece di quella ormai classica di « enti autarchici » (54). Rispetto a quanto affermato nel dicembre 1938 (e alla larga discussione seguitane) sul fatto che i comuni dovevano mantenere un'indipendenza funzionale che avrebbe cosentito loro di agire come « una grande azienda, avente per iscopo l'esercizio di servizi pubblici », a pochi mesi di distanza La Torre precisava ulteriormente la sua posizione. Anzitutto, bisognava prendere atto che il Municipio era ed avrebbe continuato ad essere « un ente od organo *amministrativo* e non politico » e — di conseguenza — bisognava lasciargli oltre all'autarchia "obbiettiva" — cioè la decisione su spese ed entrate — anche quella "subbiettiva", ovvero la possibilità di scegliersi all'interno del personale locale i propri amministratori. Ma soprattutto — una volta scartata l'idea dispendiosa e di difficile attuazione pratica avanzata dai "conservatori" — secondo i quali appariva indispensabile attingere agli organici di commissari regi e prefettizi, ispettori e consiglieri di prefettura in servizio presso il Ministero dell'Interno, sarebbe venuto quasi naturale affidare ad « elementi locali onorari », che conoscevano le variegate realtà della penisola, l'amministrazione dei differenti centri, uscendo dalla perdurante e soffocante dialettica Segretario/Podestà (55).

Quella sostenuta dall'autorevole consigliere di Stato non apparteneva, certo, alle proposte tendenti a impedire — secondo un'espressione di De Gennaro risalente a diversi anni prima — « ogni tentativo di efficace e […] quasi indispensabile decentra-

---

Stato nella storia d'Italia. Le biografie dei magistrati (1861-1948), a cura di G. Melis, cit., tomo II, pp. 1571-1590.

(54) Di tale iniziativa parla E. Rotelli, *Le trasformazioni dell'ordinamento comunale*, cit., p. 154.

(55) M. La Torre, *Autarchia, Podestà e segretario comunale*, in « Rivista amministrativa del Regno », a. XC, n. 7-8, luglio-agosto 1939, pp. 521-525, contributo davvero significativo, ma — purtroppo — appena citato da L. Baldissara, *Tecnica*, cit., p. 77 in nota.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

mento amministrativo » (56). E non soltanto perché — come ribadiva (se ancora ve ne fosse stata la necessità) la circolare dovuta a Buffarini Guidi — quella del decentramento era ormai, a tutti gli effetti, una categoria « antinazionale » cui si doveva contrapporre « il principio dell'unità economica, amministrativa, di governo e di controllo », ma anche a causa del fatto che la soluzione lasciata intravedere da La Torre si poneva come momento intermedio tra la posizione "conservatrice", incarnata non dal solo Cirmeni, e quella "rivoluzionaria", la quale trovava nell'ala più conseguente dei segretari il nucleo più consistente e in Turolla e nella sua rivista le sedi più convinte (57). Non a caso, fu proprio il fondatore della « Rivista degli enti locali » — riprendendo in maniera polemica il titolo dell'intervento firmato dal consigliere di Stato su « Gerarchia » — a proporre che venissero cumulate le funzioni segretariali e i poteri podestarili nella figura unica di un Segretario amministratore esclusivo degli interessi locali e rappresentante di essi nei rapporti con Roma (58). Per la verità, il *ballon d'essai* lanciato su quelle pagine era abbastanza temperato e prudente, soprattutto rispetto alle parole d'ordine — sorta di veri e propri *ultimatum* — scanditi da alcuni suoi colleghi, forse ignari dello « squagliamento » quantitativo degli aspiranti agli esami di segretario verificatosi nel quinquennio anteriore alla guerra o, più probabilmente, esasperati dalla « diuturna » supremazia del Podestà nei loro confronti (59).

---

(56) Così G. De Gennaro, *Autarchia e Decentramento amministrativo*, in « Rivista dei Comuni, delle Provincie e delle Opere Pie », a. XI, n. 12, 15 dicembre 1914, dove l'autore accusava La Torre — allora segretario presso il Ministero dell'Interno — di essere uno dei troppi « infatuati del concetto giuridico dell'autarchia », secondo quanto ricordo nel volume *Scienze comunali e pratiche di governo*, cit., pp. 354-355.

(57) Per le citazioni dalla circolare dell'agosto 1939 vedi E. Rotelli, *Le trasformazioni*, cit., p. 154.

(58) I. Turolla, *Soppressione o trasformazione dei Comuni*, in « Rivista degli enti locali », a. XXV, n. 1, gennaio 1939, pp. 2-8, ma cfr. anche — nello stesso fascicolo — E. Menna, *Soppressione o trasformazione dei Comuni? Amministrazione del Comune*, pp. 161-164, favorevole alla proposta di La Torre.

(59) Supremazia cui si riferisce La Torre, *Autarchia, Podestà e segretario comunale*, cit., pp. 524-525, paragonandola con il potere « generico ed intermittente » del Ministero e del Prefetto. La progressiva diminuzione degli aspiranti alla patente di Segretario è ricostruita da L. Conte, *Lo squagliamento di aspiranti agli esami di segretario. Diagnosi del fenomeno. Causa determinante e rimedi necessari*, in « Rassegna di legisla-

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

In ogni caso si trattava di una soluzione che — ove attuata in via graduale e sperimentale — sarebbe risultata davvero "rivoluzionaria" e innovativa, finendo per profilare una riforma basata sul modello tedesco del funzionario professionale, fornito di salde basi nella società locale e confermato sostanzialmente anche dalla *Deutsche Gemeindeordnung* nazionalsocialista del 30 gennaio 1935 (60). A prescindere dai due presupposti che emergevano dal dibattito — la necessità di governare la crescente « complessità » dei municipi italiani, anche di quelli minori, e di farlo affidandone la guida ad una figura unica — è opportuno chiederci per quali motivi la riforma auspicata da molte parti non vide mai la luce. Senz'altro il sopraggiungere del conflitto fece passare in secondo piano il problema, come pure non si trovarono margini di compromesso accettabili e anche la possibilità di mettere in campo alleanze concrete scomparve o non decollò mai per la rigidezza anche dottrinale di molti protagonisti, spesso diretti interessati al mantenimento dello *statu quo* (61). Ma la causa determinante — al di là del fatto secondo cui per La Torre « molti segretari riuscirebbero bene nelle nuove funzioni […] » o che, stando ad un vecchio Segretario come Eugenio Menna, l'indennità di carica e il ruolo unico nazionale dei podestà avrebbero rappresentato un autentico toccasana per comuni poco e male amministrati — va ricercata in quello stato d'animo di « superstiti nostalgie dell'autarchia amministrativa » evocate da uno dei partecipanti al dibattito (62).

---

zione per i comuni », a. XIII, n. 1, gennaio 1939, pp. 27-29, da cui si vede come i candidati fossero scesi dai 3375 del 1932-33 ai 1541 del 1937-38.

(60) Per un riferimento puramente strumentale al testo del provvedimento rinvio a H. KERRL, *Die Deutsche Gemeindeordnung vom 30. Januar 1935. Textausgabe mit Kurz-Kommentar. (Mit Einführung der amtlichen Begründung, hinweisen und kurzen Erläuterung zu den einzelnen Paragraphen und einem Sachverzeichnis)*, Berlin, Weller, 1935, mentre — per una più ampia ricostruzione — rimane tuttora valido H. MATZERATH, *Nationalsozialismus und kommunale Selbstverwaltung*, Stuttgart, Kohlhammer, 1970.

(61) N. VISCIONE, *Gli aspetti del Comune fascista. Autarchia e problemi ancora da risolvere*, in « Rassegna di legislazione per i comuni », a. XII, n. 9, 1 maggio 1938, pp. 643-644.

(62) G. ORTOLANI, *Superstiti nostalgie dell'autarchia amministrativa. Il problema dell'organizzazione futura dei Comuni e delle Provincie*, in « Rassegna di legislazione per i comuni », a. XIV, n. 24, 15 dicembre 1940, pp. 1298-1301. Per quanto citato nel testo

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Si trattava di un atteggiamento preciso e ben compendiato dall'osservazione formulata, nel maggio del 1942, dal Segretario generale del Comune di Firenze, per il quale « una limitata autarchia del Comune sussisterebbe tuttora e […] per affermare la supremazia dello Stato non si è reso necessario di sopprimerla, ma solo di limitarla » (63). Come dire — in altre parole e circa un anno prima del 25 luglio del 1943 — che una dottrina fascista dello Stato non era forse davvero mai esistita o, meglio, non aveva avuto la forza e il tempo per crescere ed affermarsi e che, quindi, supporre una sua perfetta ed assoluta continuità rispetto al sessantennio liberale rimane ancora un'operazione storiografica meno facile di quanto possa sembrare all'apparenza e — soprattutto — bisognosa di uno scavo (negli archivi statali e in quelli municipali, nelle riviste e nei *pamphlets* specializzati) ben altrimenti approfondito di quello pur indispensabile e in buona parte già effettuato per i grandi trattati di diritto amministrativo e costituzionale.

---

vedi M. La Torre, *Autarchia, Podestà*, cit., p. 524, il quale aggiungeva, però, che « parecchi [segretari] riuscirebbero meno bene; non pochi andrebbero male assai, non meglio di molti Podestà, che oggi lasciano a desiderare », oltre a E. Menna, *Soppressione o trasformazione dei Comuni? Amministrazione del Comune*, cit., pp. 163-164, per il quale l'indennità di carica di Podestà professionisti sarebbe stata « alquanto inferiore agli stipendi dei Segretari Comunali, senza aumenti periodici, né altri assegni… ».

(63) L.S. Pugliaro, *La figura giuridica del Comune*, in « Rivista degli enti locali », a. XVIII, n. 5, maggio 1942, pp. 69-74 (qui p. 73). L'A. aveva appena pubblicato l'opera dal titolo *Il Comune nello Stato fascista*, Firenze, « Rassegna mensile del comune », 1941. D'altra parte — proprio al riguardo del permanere di tale dose di autarchia — M. Palla, *Firenze nel regime fascista (1929-1934)*, Firenze, Olschki, 1978, p. 91, si chiede: « Non era anche questa una conferma dell'incompletezza e contraddittorietà del processo di centralizzazione statale e della persistenza di forme burocratiche di articolazione locale dello Stato? ».

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

PAOLO GROSSI

IL DIRITTO CIVILE ITALIANO ALLE SOGLIE DEL TERZO MILLENNIO
(Una pos-fazione) (*)

1. Perché affidare a uno storico del diritto il privilegio — ma, soprattutto, la responsabilità — di questa pos-fazione? La risposta, più che nella voce unilaterale di chi la scrive, deve leggersi nelle pagine dei due civilisti promotori e redattori. Mai — come in questo libro, che è, felicemente, in ugual misura riflessione scientifica e comunicazione didattica — ho, infatti, avuto la verifica della mia fermissima convinzione che l'analisi storico-giuridica, se correttamente condotta, acuisce la criticità dello sguardo del cultore di un diritto positivo. Convinzione mia condivisa con altrettanta fermezza da Francesco Macario e Michele Lobuono, due civilisti forniti di eccellente sapere tecnico così come di sensibilità culturale, i quali — in un momento, come il nostro attuale, solcato da un movimento e mutamento rapidissimi e incisivi, quando è diffuso un sentimento di disagio a causa della instabilità crescente e sulla bocca di tanti affiora la parola 'crisi' — hanno ritenuto indilazionabile la scelta di guardare all'indietro, tentando di seguire il filo di un complesso itinerario e cercando di individuarne il senso, nella certezza di offrire allo studioso e allo studente una bussola preziosa.

Passato e presente connessi in una preziosa dialettica, insostituibile strumento per cogliere la tipicità dell'uno e dell'altro e per poter guardare con una maggiore sicurezza al futuro tracciato del nostro sentiero. È sembrato, perciò, consequenziale, per un libro che

(*) Avendo il carattere di una riflessione munita di propria autonomia, si pubblica qui come saggio autonomo la pos-fazione al seguente volume: F. Macario-M. Lobuono, *Il diritto civile tra storia e metodo. Itinerari del pensiero giuridico*, Padova, Cedam, 2010.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

intende pórsi come contributo a una fondazione critica del presente, chiedere alcune riflessioni sintetiche e conclusive a uno storico perennemente in dialogo con i civilisti e in fitto dialogo culturale proprio con Macario e Lobuono.

2. L'itinerario, cui or ora si accennava, si svolge durante tutto quel secolo *lungo* che è per il giurista il Novecento, già emergente negli ultimi decennii dell'Ottocento e non ancora concluso nella attuale esperienza. Un secolo folto di eventi che contribuiscono a incrinare e talora a ribaltare le certezze con cui la modernità giuridica aveva cementato la sua costruzione di pietra forte, quelle certezze proposte come oggetto di credenze e formanti una autentica fondazione mitologica (1); secolo, pertanto, collocabile in un tempo pos-moderno, che si lascia alle spalle, come semplici reliquie, edificii ritenuti illusoriamente perenni; secolo ricco di origini ma corrosivo, proiettato verso un futuro che non riesce a definire compiutamente (2). Tempo non piatto, perché momento di demolizioni e di cominciamenti, dove molto resta al livello di semplice abbozzo, ma tempo fertile — questo sì! — dove si va seminando per futuri raccolti.

Tutto l'universo giuridico ne è vivificato (almeno per chi, come me, crede che solo i cadaveri mèritino la imbalsamazione), ma anche scosso, e con vistose lacerazioni; le quali sono particolarmente vistose nel terreno fino ad allora inviolato del diritto civile. Sopra di questo gravavano ipoteche risalenti ai primi secoli della modernità ma che si presentavano ancora virulente agli inizii del Novecento; innanzi tutto, l'ipoteca giusnaturalistica, la più radicata e la più indiscussa.

Taluno potrebbe sorprendersi, constatata la diffidenza sospet-

---

(1) Parecchie volte, negli ultimi anni, io ho creduto di dover insistere sulla esistenza di un siffatto tessuto mitologico e sulla esigenza da parte dello storico di denunciarlo, tentàndone un indilazionabile recupero alla relatività dei prodotti storici (una esposizione sintetica è in: P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità* (IIIª edizione accresciuta), Milano, Giuffrè, 2007.

(2) Un giurista-pensatore, che è frequentemente menzionato nel nostro volume e che sarà ampiamente citato nella presente pos-fazione, Luigi Mengoni, apre la prefazione a una sua raccolta di pensatissime pagine metodologiche, osservando che « il Novecento è un secolo in cui tutto è stato rimesso in discussione » (L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, Giuffrè, 1996, prefazione, p. VII).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

tosa del positivismo giuridico moderno verso l'idea di un diritto naturale. Del vecchio giusnaturalismo laico sei-settecentesco il messaggio che si continuava a raccogliere con persuasione era, però, solo il disegno di un diritto misurato non su uomini in carne ed ossa ma su dei modelli, soggetti a-storici completamente *astratti* dalla quotidiana realtà fattuale e tessitori di rapporti parimente *astratti* (3).

L'astrattezza, se permetteva al singolo di affrancarsi dalle oppressioni e dai condizionamenti di una società pos-medievale fissamente immobilizzata in una struttura cetuale, era però anche lo strumento altamente strategico che consentiva di lasciare intatto il basso livello della vita quotidiana immersa nella fattualità e percorsa da iniquità e disuguaglianze profonde, elargendo al soggetto/modello storicamente inesistente — e solo a lui — il bene dell'uguaglianza e le libertà fondamentali.

Agli occhi del potere borghese — ormai politicamente vincente con la rivoluzione del 1789 — l'astrattezza aveva il pregio di proporsi — al di sotto della appariscente tappa di progresso — quale straordinario mezzo di conservazione, ignorando le disuguaglianze sociali ed economiche rese efficacemente incapaci di infettare il livello superiore del diritto.

Il diritto civile risentì più delle altre branche giuridiche della eredità giusnaturalistica; malgrado che fosse — da sempre — chiamato a disciplinare la vita quotidiana dei privati e a calarsi, quindi, tra i fatti di cui è intrisa la quotidianità, fu ben rinserrato nella fortezza cartacea del Codice, un testo vocato all'eternità dove protagonista era ancora il soggetto unitario di diritto naturale e dove non arrivava l'eco delle miserie d'ogni giorno. Il diritto civile si proponeva nella sua dimensione di sistema coerente, armonicissimo, di categorie ordinanti, forme *purissime* che si proiettavano dall'alto sulla concretezza della storia.

Non ho usato a caso l'aggettivo 'puro'. La *purezza* è, infatti, la qualità orgogliosamente conclamata quale pregio supremo del diritto civile moderno: il soggetto agisce con rapporti neutri ed astratti,

(3) Ne ho ampiamente trattato in una mia sintetica ricostruzione della vicenda storica della civilistica italiana moderna: P. Grossi, *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milano, Giuffrè, 2002, dove il capitolo 1 ha per oggetto precisamente "Il vizio giusnaturalistico della civilistica italiana".

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

mentre l'attività economica è ben volentieri ritenuta riserva esclusiva del diritto commerciale e del Codice di Commercio; lo strumento essenziale nelle sue mani è la proprietà, che è, però, unicamente potere dispositivo e godimento di un bene, e che si continua ancora a misurare nella sua proiezione su di un bene immobile.

Con una smentita a una siffatta istanza di purezza: l'insieme dei diritti e dei rapporti non può non poggiare sulla fondazione offerta dalla legge e dalla legge/madre, il Codice. Lo Stato, lo Stato borghese, geloso assertore della astrattezza civilistica, vuole controllarla da vicino, ed abbiamo il risultato antinomico che il purismo e il formalismo civilistici vengono a identificarsi in un chiuso legalismo e statalismo. Sìano benvenuti i pinnacoli gotici dei civilisti, ma si innalzino sempre e soltanto su una base legislativa. 'Durezza' e 'purezza', dunque, del moderno diritto civile nell'Europa continentale (4).

3. Tutto questo è tosto a morire, malgrado che nei primi anni del Novecento si abbiano novità squassanti, come la progressiva affermazione in Italia di uno Stato pluri-classe, la proliferazione di formazioni sociali (che mìnano a fondo la compattezza anonima della società, fino a ieri assolutamente passiva sotto il tallone del vecchio Stato borghese), l'evento enorme della grande guerra (che crea scompiglio sul piano delle fonti del diritto, compromettendo la consolidata statica giuridica).

Espressione limpidissima di una siffatta tenace pervicacia è il 'manualetto' che per i suoi studenti napoletani scrive, addirittura nello scorcio della seconda guerra mondiale quando tutto il mondo di ieri sembrava crollare, Francesco Santoro Passarelli, manualetto esile di pagine ma tutt'altro che innocuo nel suo messaggio metodologico, al quale l'autore, per fargli urlare fin dalla intitolazione la sonorità del messaggio, vorrà dare (nei primi anni Cinquanta) il titolo emblematico di "Dottrine generali del diritto civile" (5): un

(4) Sulla 'durezza' e 'purezza' del moderno diritto civile ho discorso in un mio saggio recentissimo: *Il diritto civile tra le rigidità di ieri e le mobilità di oggi*, in *Scienza giuridica privatistica e fonti del diritto*, a cura di M. Lobuono, Bari, Cacucci, 2009.

(5) Apparso nel 1944 con il titolo di *Istituzioni di diritto civile*, il cambio di intitolazione segnalato nel testo avverrà con la quarta edizione del 1954.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

distillatissimo sapere astratto consistente in arditi pinnacoli gotici eretti al di sopra della fondazione solida del Codice Civile.

Ma c'è di più: quando — negli anni Ottanta del Novecento — si cèlebrano i fasti della lunga vita e della ampia diffusione del libriccino santoriano, vì è ancora chi ne cèlebra la impassibilità di fronte alla rivolta tumultuosa dei fatti socio-economico-politici, riaffermando la purezza inattaccabile delle categorie formali della 'ragion civile' (6). 'Rivolta' è termine usato di proposito — anche se sono conscio di una sua valenza basso-retorica —, pensando al titolo di un remoto libello francese scritto di fronte al perdurare impassibile in Francia del *Code Civil* napoleonico (7).

Mai, infatti, come nella seconda metà del secolo ventesimo, si è avuto nella storia del diritto italiano un rivolgimento così radicale: il riottoso protagonismo di realtà sovra-individuali, particolarmente sindacati e partiti; l'affermarsi di una democrazia parlamentare autenticamente pluri-classe; una Costituzione — la nostra del 1948 — che pochissimo ha a che fare con le 'carte dei diritti' dell'età borghese perché lettura spassionata della cifra giuridica del popolo italiano compiuta non da un Parlamento ordinario ma da una straordinaria Assemblea Costituente, lettura di fatti, cioè di valori e interessi diffusi, che era stata tradotta con immediatezza in un breviario giuridico per il nuovo cittadino italiano (8).

Ora, nella norma fondamentale del '48, che — lungi dall'essere una muraglia cinese — aveva registrato senza filtri coartanti il vólto della concreta società italiana, l'esperienza — cioè la storia, in tutta la sua doviziosa ricchezza — era diventata diritto. Poteva il

(6) È Natalino Irti che, dopo aver contrapposto le opere aperte verso il divenire storico alle opere conclusive e in sé conchiuse (come il libretto santoriano), significativamente afferma: « Se le opere aperte ci attirano nella suggestione della loro incompiutezza, le opere conclusive sono il terreno, saldo e fermo, della nostra continuità storica. Le prime ci rendono inquieti; le seconde ci fanno sereni e sicuri » (*I quarant' anni delle 'Dottrine' di Francesco Santoro Passarelli*, in « Rivista di diritto civile », XXXII (1986), II, p. 63). Lo storico del diritto, riconoscendo nella inquietudine uno degli incentivi più preziosi nella storia del pensiero, si prende la libertà di diffidare di una serenità che rischia di trasformarsi in pigrizia inconsapevole.

(7) G. Morin, *La révolte des faits contre le Code*, Paris, 1920.

(8) Su questi eventi novecenteschi, assai incisivi nella storia giuridica italiana, ho recentissimamente insistito. Cfr. P. Grossi, *Il ruolo del giurista, oggi*, in « Studia et documenta historiae et iuris », LXXV (2009).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

civilista italiano continuare a trastullarsi con i suoi esercizii di logica formale? Come ho appena detto, vi fu una maggioranza impassibile, ma vi furono fortunatamente delle coscienze inquiete aduggiate dalle decrepite dommatiche e conquistate dai nuovi impellenti problemi.

4. Esemplari della convivenza tra vecchio e nuovo sono due 'voci' enciclopediche generali degli anni Sessanta dedicate a disegnare i tratti del diritto civile italiano.

Nel 1964, in pagine recanti l'impronta del romanista/civilista che ne era l'autore prevalente (9), si sottolineava — con un candore degno di migliore scopo — la assoluta continuità fra le sistemazioni paleolitiche di Gaio e gli schemi ordinanti necessarii alla società italiana novecentesca. Perdurava quell'imperversare di romanisti/civilisti, che aveva contrassegnato la scienza giuridica nostra tra Ottocento e Novecento, dove le raffinate tecniche romane e romanistiche avevano costituito l'ossatura (appunto, tecnica) delle edificazioni filosofico-politiche del giusnaturalismo, e perdurava la drastica separazione ulpianea fra privato e pubblico, mentre la Costituzione restava una sorta di ingombrante oggetto misterioso, che il civilista doveva avere la prudenza di ignorare al fine di evitare il costo di una de-legittimante contaminazione con dimensioni ritenute meta-giuridiche.

Ma vi fu, nel 1960, un osservatore attento e vigile del grosso processo storico che si stava svolgendo. Rosario Nicolò ebbe il merito di dare voce alle inquietudini, presentando al civilista problemi provocanti ma ormai ineludibili: si doveva prendere atto dell'ingombrante evento novissimo rappresentato dalla Costituzione e con esso fare i conti, constatare l'allentarsi dei rigidi confini fra privato e pubblico, cominciare a cogliere l'autonomia privata non più soltanto nella sua insularità individualisticamente cementata ma

(9) Il riferimento è a Giovanni Pacchioni (1867-1946), che firma la 'voce' *Diritto civile* nel *Novissimo Digesto Italiano* insieme con il suo allievo Cesare Grassetti, 'voce' che è identica a quella pubblicata nel 1938 sul *Nuovo Digesto Italiano* con un solo minimo accenno alla codificazione nel frattempo sopravvenuta; segno che il tempo è proprio passato invano e che la stessa morte di Pacchioni diciotto anni prima non è valsa a sollecitare qualche variazione sostanziale.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

nei suoi limiti all'interno del contesto socio-economico circostante (10).

Si registrava, insomma, che era in avvìo una radicale transizione. Anni fertili quelli tra gli anni Cinquanta e Sessanta, dove i semi sparsi del presente vengono raccolti e lanciati verso il futuro.

Un preciso risultato — e corposissimo, giacché viene ad infrangere un comune atteggiamento di passività psicologica — è il primo germinare di una insofferenza culturale: da un lato, verso il pan-legalismo statalistico continentale, con uno sguardo proteso a quel *common law* che aveva vissuto una sua vita appartata e ignorata ma che ora appare come una esperienza diversissima cui attingere per rinnovare impostazioni e soluzioni palesemente lógore; dall'altro, verso il soggettivismo individualistico ormai penetrato al fondo della coscienza del giurista e ivi ancora stagnante (11).

Terreno di sperimentazione furono proprio gli istituti/cardine del diritto privato moderno, proprietà e contratto, su cui si esercitarono, a mezzo degli anni Cinquanta, le analisi svecchiatrici di Gino Gorla, portatore da Oltre-atlantico di una ventata di salvante empirismo nello studio del contratto (12), e di Salvatore Pugliatti, sistematore di una de-mitizzata visione dello sfaccettato pianeta proprietario (13).

È questo anche il momento in cui il diritto civile si arricchisce in Italia di una dimensione fino ad allora rimossa e spregiata, quella collettiva (14). Sembrano remoti i tempi in cui, ai primi del Novecento, di fronte a un progetto di legge disciplinante dei contratti collettivi, il romanista/civilista Alfredo Ascoli, munito di eccellenti strumenti tecnici ma povero di adeguati strumenti culturali, tuonava

(10) R. Nicolò, *Codice civile*, in *Enciclopedia del diritto,* VII (1960). Nicolò riprenderà e svilupperà i temi e i problemi individuati nel 1960 nella successiva 'voce' *Diritto civile*, sempre nella *Enciclopedia del diritto*, XII (1964).

(11) Sia consentito il rinvio a una mia recente puntualizzazione: P. Grossi, *Un recupero per il diritto: oltre il soggettivismo moderno*, ora in Id., *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006

(12) G. Gorla, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Milano, Giuffrè, 1954.

(13) S. Pugliatti, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, Giuffrè, 1954.

(14) Cfr. P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860/1950*, Milano, Giuffrè, 2000.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

contro il progetto identificàndolo in una sorta di grimaldello perturbatore dell'ordine giuridico (15).

Nel clima arioso ed aperto del secondo dopo-guerra Pietro Rescigno, non episodicamente ma con scavi ripetuti, dedica una grossa attenzione alle formazioni sociali nel solco dell'articolo 2 della carta costituzionale, con il progetto ben chiaro in testa di recuperare una vasta gamma di situazioni collettive entro i confini del diritto privato (16). Alla soglia degli anni Sessanta, un giuslavorista innovatore, Gino Giugni, fa dell'autonomia sindacale il diritto spontaneo dei gruppi collettivi con una sua originarietà normativa, liberàndola sia da inammissibili inchiodamenti corporativistici, sia da ancillarità alla legge dello Stato (17).

Il paesaggio giuridico civilistico si amplia ma anche si cómplica e si ispessisce. Il vecchio diritto civile dell'età dei Codici (quello, per esempio, espresso dal *Code Napoléon* e dall'epigono Codice nostrano del 1865) conosceva una trama le cui componenti erano unicamente soggetti individui e rapporti individuali (quelli tanto cari ad Alfredo Ascoli), magari plurimi ma sempre tali da non soffocare le singole volontà. Si ignorava — a ragione — la dimensione organizzativa perché racchiudeva in sé, necessariamente, un contenimento della libertà dei soggetti in essa implicati.

Su questo piano una nozione novatrice era pòrta ad un livello ufficiale, quella di impresa, invenzione grossa del Codice unitario italiano del 1942 che su di essa aveva fatto leva, nozione che la riflessione giuridica tedesca e poi italiana avevano disegnato nella prima metà del Novecento corrispondendo alle istanze urgenti dell'economia e delle relazioni industriali europee ma assolutamente esorbitante dalle categorie civilistiche consuete (18). L'impresa, in-

---

(15) Ciò che ripugna ad Ascoli è « l'avviamento alla sostituzione del diritto di classe al diritto individuale » (A. Ascoli, *Sul contratto collettivo di lavoro (a proposito di recenti tendenze)*, in « Rivista di diritto commerciale », I (1903), p. 95 ss.).

(16) Vedili ora raccolti in P. Rescigno, *Persona e comunità-Saggi di diritto privato*, Padova, Cedam, 1987.

(17) G. Giugni, *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*, Milano, Giuffrè, 1960.

(18) Il pioniere, l'introduttore in Italia del verbo nuovo dell'*impresa*, è — con un martellìo impetuoso e assillante sin dai primi anni Venti — Lorenzo Mossa, un giurista conoscitore provetto di tutto l'enorme lavorìo riflessivo — metodologico e tecnico — dei

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

fatti, recava in sé un aspetto squisitamente *funzionale*; era, cioè, portatrice di poteri non collegabili alla volontà e agli interessi di un soggetto ma a esigenze oggettive dell'assetto economico. Questo spiega il filo indiscusso di continuità fra gli affinamenti teorici in proposito della dottrina corporativistica e le pagine di civilisti e commercialisti del secondo dopoguerra ansiosi di avere a disposizione uno strumento organizzativo liberato da involucri individualistici.

5. Gli *homines novi* dell'Italia repubblicana avevano, però, dal 1948, un ben altro forziere a cui poter attingere, ed era la Carta appena varata dalla officina costituente, anche se per il civilista persistevano diffidenze verso un prodotto che l'esasperato legalismo formalista gli consigliava di collocare nel grembo delle soluzioni puramente politiche. Sarà solo dagli anni Sessanta che alcuni civilisti — i più cólti, i più sensibili al processo storico — cominceranno a rileggere il Codice Civile in stretta connessione dialettica con i principii del testo costituzionale e a familiarizzarsi con due piani di legalità, il primo dei quali sovraordinato e depositario della legittimazione suprema (19).

In quello, che volutamente ho chiamato forziere, il civilista inquieto e inappagato trovava principii ben espressivi dei valori circolanti e un complesso di risposte ai bisogni inscritti nei segni del tempo. A chi, di lì a poco, avrebbe saputo leggerla adeguatamente, la Costituzione avrebbe fornito strumenti preziosi: il suo pluralismo, che era anche pluralismo giuridico, offriva il destro a una revisione del sistema delle fonti, immobilizzato e anche mummificato all'interno del Codice nei decrepiti articoli delle 'disposizioni preliminari'; le dimensioni sociale e collettiva vi erano pienamente valorizzate trovando un fattore interno di coesione nel principio di solidarietà; il soggetto non era più l'individuo insulare e astratto galleggiante in un paesaggio meta-storico senza spazio né tempo; al

commercialisti austriaci e tedeschi e, per giunta, personaggio sensibilissimo ai segni e alle istanze dei tempi nuovi.

(19) Pionieristico nell'impegnarsi in una dialettica frontale tra Codice e Costituzione e, quindi, in una 'rilettura' del Codice alla luce dei valori costituzionali è un saggio del 1968 di Pietro Rescigno, *Per una rilettura del Codice Civile*, in « Giurisprudenza italiana », 1968, p. IV.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

contrario, si era trasformato in persona, ossia inserito in un contesto storico, titolare di diritti e di doveri e al centro di un tessuto relazionale che ne esaltava la sua naturale socialità.

Ma v'era di più: a differenza delle giusnaturalistiche 'carte dei diritti', la Costituzione del '48, lettrice fedele di una concreta esperienza storica, non ha a protagonisti dei modelli di uomo, bensì creature carnali immerse nella loro quotidianità. L'osservazione va alla vita e ai fatti che la condizionano continuamente, lasciando il falsante formalismo che disegna paesaggi artificiosi come i fondali di un palcoscenico.

Considerazioni, queste, che possono sembrare banali, ma che segnano invece nel profondo la scienza civilistica italiana del secondo Novecento imprimèndole una svolta. E la svolta consiste nell'incamminarsi con passo spedito verso l'èsito conclusivo della riscoperta della *fattualità* del diritto (20).

Lo si raggiunge attraverso molteplici sentieri, ma quello primario è proprio fornito da una Costituzione intesa quale fondamentale bussola orientativa per il civilista; il quale non giocherà più con soggetti e rapporti come si potrebbe fare con le pedine di una scacchiera e non maneggerà più il principio di uguaglianza senza preoccuparsi se quella uguaglianza gridava vendetta sul piano etico nascondendo troppe iniquità sostanziali. L'articolo 3 della Costituzione gli sarà guida e salvataggio nel recupero della giustizia del rapporto, canone irrinunciabile per i civilisti neoterici.

6. Allo sguardo finalmente realista del costituente si accompagnano altre energiche sollecitazioni per un diritto civile italiano, che non vuole essere (né può essere) soltanto italiano. Il civilista non è più fisso nella contemplazione beata e inconsapevole di un Codice indubbiamente invecchiato anche se di eccellente fattura, coglie

(20) Rivoluzione copernicana rispetto alla civiltà giuridica precedente, che si era premurata in ogni modo di separare diritto e fatti, e aveva costituito in questa separazione il proprio tratto tipizzante e il proprio privilegio storico. Su questa ritrovata fattualità ho discorso in parecchie occasioni. Ne cito due: la lezione dottorale presso la Università Suor Orsola Benincasa di Napoli (*Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, Napoli, Università Suor Orsola Benincasa, 2008), dove il capitolo 8 è intitolato precisamente "Oggi: la nuova fattualità del diritto"; una lezione presso l'Ateneo fridericiano, all'interno del 'corso' del Collega Aurelio Cernigliaro (*Crisi delle fonti e nuovi orizzonti del diritto*, Napoli, Satura, 2009).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

ormai nella antica purezza più un vizio che una virtù del suo passato e ritiene necessario ispessire la propria dimensione culturale valorizzando le comparazioni verticale e orizzontale nel loro comune messaggio di storia, di storia vivente di uomini carnali.

Non basta: da Oltre-atlantico non arriva soltanto, nella sua consistenza fattuale, il contratto rivisitato da Gorla, ma una angolatura nuova per l'osservatorio del civilista, l'analisi economica del diritto, che, all'inizio degli anni Sessanta, appare quale supporto di un sollecitante libro di Pietro Trimarchi in tema di responsabilità civile (21).

Ancora: la scoperta adesione alla analisi marxista della società e del diritto offre a qualche civilista un aumento della sua tastiera, con l'approdo durante gli anni Settanta alla predicazione estrema di un 'uso alternativo del diritto', la cui sostanziale sterilità è facile constatare oggi a distanza di un quarantennio, ma che presto fu impietosamente segnalata dalla analisi rigorosa di Luigi Mengoni (22).

Assai più feconda fu la strada di chi, come Stefano Rodotà, già negli anni Sessanta, ritenne doveroso il superamento di un legalismo ottuso come quello della tradizione moderna, puntando ad allargare (per così dire) quelle finestre aperte nelle muraglie del Codice che erano le clausole generali ed affidando, per ciò stesso, al giudice e al giurista/scienziato un ruolo attivo di interprete (ossia di mediatore fra dinamica dei fatti e statica delle regole), ruolo lontano anni/luce dall'evirato esegeta coniato dal giacobinismo giuridico (23).

I pilastri della ragion civile — proprietà, contratto, responsabilità — ne escono riveduti e, soprattutto, rifusi in questo innovativo crogiuolo dietro la congiunta benefica spinta propulsiva della giurisprudenza pratica e della dottrina: mentre proprietà e contratto, ormai insofferenti a una modellistica astratta, tendono a pluralizzarsi nel confronto coi fatti e nell'arricchimento con i contenuti che i fatti immettevano entro i loro schemi; mentre la proprietà — in una profonda revisione teorica che comincia con gli anni Trenta — cessa

(21) P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, Giuffrè, 1961.

(22) L. Mengoni, *Ancora sul metodo giuridico* (1983), ora in Id., *Diritto e valori*, Bologna, Il Mulino, 1986.

(23) S. Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in « Rivista del diritto commerciale », LXV (1967).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

di essere l'ombra del soggetto e recupera una sua proiezione oggettiva, con l'inserimento all'interno della sua struttura di una demitizzante dimensione *funzionale*, la responsabilità civile, gettata alle ortiche la inadatta e costringente veste romanistica della colpevolezza, riscopre una più conveniente dimensione oggettiva.

Ci furono anche dei costi, come l'eccessivo slancio iconoclastico verso categorie generali provenienti direttamente dalla grande officina pandettistica, officina di concetti e di un sapere civilistico depuratissimo. È la sorte che, in alcune riflessioni, toccò al 'negozio giuridico', schema categoriale rifiutato nella sua pretesa 'a-storicità', quale invenzione artificiosa premiante la 'sovranità' del volere individuale. Fertile, invece (e storicamente giustificabile), è il ripensamento problematico della categoria negoziale alla luce della insufficienza dei modelli individualistici che si mostravano appartati rispetto alla dinamica in corsa.

La frustrazione per la perdita di contatto con il divenire socio-economico provoca l'insoddisfazione per il generico strumento negoziale e l'attenzione per gli specifici strumenti contrattuali che la prassi si impegnava a riempire di contenuti concreti; con una attenzione ulteriore alle modalità fattuali di esercizio del potere contrattuale nell'àmbito del rapporto e a una rilettura della teoria del contratto nella prospettiva funzionale degli interessi regolati dai contraenti. E nel nostro volume si segnala opportunamente il senso di un orientamento che, dagli anni Settanta in poi, percorre i decennii successivi: « una sorta di filo conduttore del diritto privato sino ai nostri giorni lo si dovrebbe cercare nella nuova rilevanza giuridica dello squilibrio di potere contrattuale e nell'esigenza di tutela del contraente debole » (24).

Riposta irrimediabilmente in soffitta la — un tempo beneamata — astrattezza e rifiutata con decisione la dapprima conclamata neutralità, era il palcoscenico civilistico a rinnovarsi nei suoi protagonisti: non più cittadini assolutamente uguali sul piano giuridico come se si trattasse di modelli usciti da un medesimo stampo, ma soggetti sorpresi nella specificità della loro forza o debolezza socio-economica, il più delle volte soggetti inseriti in formazioni sociali, con *status* differenziati perché espressione di interessi differenziati.

(24) Cfr. MACARIO-LOBUONO, *Il diritto civile tra storia e metodo*, cit..

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Quel che conta, ormai, è raggiungere la finalità di una sempre maggiore uguaglianza sostanziale risaltante a chiare lettere nel programmatico articolo 3 della Costituzione. E tra i soggetti deboli ne appare uno novissimo, contrassegnato da una intensa caratterizzazione economica e sempre più dominante nel paesaggio civilistico: il consumatore.

7. Tutto ciò ha, ovviamente, un riscontro determinante sul piano delle fonti: il Codice, anche se novellato in alcune parti, resta appartato nella sua maestà immobile, perché completamente avulso dalle grosse trasformazioni affermàtesi nel processo produttivo dietro l'impulso dello sviluppo economico e delle conquiste tecniche. Aumenta a dismisura un particolarismo legislativo a torto idealizzato da taluni giuristi pervicaci nella loro malattia normativistica ed invece espressione desolante del degrado della nomopoiesi del legislatore italiano.

Crescente non è, però, solo il declino dello strumento/legge, ormai ridotto a un ammasso disorganico e che nulla ha a che vedere con i micro-sistemi vagheggiati ed invocati in qualche ottimistica riflessione ([25]), ma addirittura il suo eclisse. Il movimento e mutamento rapidissimi della seconda parte del secolo ventesimo lo rendono inadeguato e pròvocano dal basso una gènesi spontanea, assai frastagliata e disordinata: giudici, scienziati, operatori pratici — gli attori che il legalismo moderno aveva voluto ridurre a semplici esegeti — hanno la loro riscossa alle spalle di un legislatore lento e sordo, spesso anche impotente.

Si ingigantisce soprattutto la figura del personaggio che, al di là di ogni sua volontà ascensionale, per la sua stessa collocazione professionale, si trova perennemente sulla trincea più avanzata della prassi, ed è il giudice. Né è avventata la qualificazione di *giudizialità* che, da più parti, viene avanzata per contrassegnare l'esperienza giuridica contemporanea.

Il diritto, infatti, al pari della natura fisica, aborrisce dai vuoti, e si protende a colmarli. Il transito irriducibile da un orizzonte rigidamente monista — dove il diritto si *riduceva* a una sola fonte, la

([25]) Il riferimento è al suadente illuministico ottimismo che impronta *La proposta della neo-esegesi* lanciata da Natalino Irti nel 1982 (cfr. N. Irti, *Scuole e figure del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 1982).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

legge, prodotta dalla sola entità monopolizzatrice dello Stato — a un orizzonte sempre più apertamente pluralista — dove le fonti si pluralizzavano fino a esorbitare dal terreno solido e controllabile della tipicità —, la perdita della *semplicità* del vecchio paesaggio giuridico (artificiosa, senza dubbio, ma riconducibile a un disegno chiaro, certo e rigoroso) e la riscoperta della *complessità* (conseguente a un ordine giuridico che vuole adagiarsi sui fatti senza eccessivi filtri deformanti) portano a un risultato sovvertitore: si allenta il vincolo tra potere politico e diritto, e si vanifica il controllo di quello su questo.

La ricerca di una coerenza con i fatti *recupera* il diritto alla società ma lo allontana dalla passata (e suadentissima) architettura geometrizzante voluta e progettata in alto, e dall'alto proiettata sul magma disorganico della fattualità. Le linee geometriche cedono ormai a una complessità instabile, elastica, confusa. Ed è nettamente visibile lo spostamento dell'asse portante dell'ordinamento dal momento nomopoietico a quello interpretativo/applicativo.

La carnalità del diritto — scritto sulla pelle degli uomini e ben immerso nella loro vita quotidiana — si esprime innanzi tutto nella rinnovazione serpeggiante in basso, a livello di prassi, rinnovazione di un atteggiamento psicologico che da passivo si trasforma in attivo e fattivo e si traduce immediatamente nell'invenzione e nel conio di strumenti tecnici nuovi pretesi dal nuovo contesto socio-economico-tecnico, e particolarmente da un confronto geo-politico ed economico non più statuale ed europeo ma addirittura globale, con orizzonti ormai qualificabili senza enfasi *sconfinati* (26).

Quel che allo storico preme, però, di segnalare e sottolineare è che ad un siffatto fermento si accompagna, negli ultimi decennii del secolo scorso, un formidabile rivolgimento a livello speculativo, di indole squisitamente scientifica. E ai suoi occhi si disvela una di quelle maturità di tempi di cui la storia non è affatto avara, dove prassi e scienza — congiuntamente — mostrano una pari sensibilità e costruiscono secondo i segni del divenire storico.

---

(26) Aggettivazione che fa esplicito riferimento al titolo di un significativo volume di Maria Rosaria Ferrarese (cfr. M. R. FERRARESE, *Diritto sconfinato-Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, Laterza, 2006).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

8. Il riferimento è, come ognuno può capire, al pùngolo benefico ed efficace offerto ad ogni giurista dal ripensamento ermeneutico. Che attiene, come si sa bene, alla epistemologia generale e al ripudio di una vieta e fuorviante (però perdurante) degnità metodologica sacrificante troppo l'interprete rispetto al testo da interpretare, ma che sollecita, sveglia, forse anche turba lo stesso giurista sottraèndolo alla sterilità del suo sonno immobile. Anzi, è in prima persona il filosofo ad assumere quale incentivo e collaudo della propria riflessione epistemologica quanto è lucidamente mostrato dal rapporto testo/interprete in seno alla esperienza giuridica. Hans Georg Gadamer, demiurgo e corifeo dell'innovativo movimento culturale, pone al centro del suo breviario filosofico, *Verità e metodo*, il capitolo dedicato per l'appunto a "Il significato esemplare dell'ermeneutica giuridica".

La verità elementare che questa disseppellisce — tanto elementare, quanto intimamente eversiva — è presto detta: inseparabilità del momento di produzione della norma dal momento della interpretazione/applicazione; coscienza che quest'ultima non si esaurisce nella spiegazione di un testo conchiuso e indisponibile ma è, piuttosto, intermediazione necessaria e vitale fra le proposizioni astratte della norma e la ineludibile concretezza storica che l'interprete ha di fronte. O, per esprimermi col lessico filosoficamente pregnante di Gadamer, coscienza di dare in tal modo una risposta soddisfacente all'eterno problema che ha da sempre tormentato i giuristi, e cioè la « tensione che sussiste tra l'identità dell'oggetto e la mutevolezza delle situazioni in cui esso deve venir compreso » (27), quelle situazioni di cui solo percettore è il soggetto/interpretante; e il perno del processo produttivo della norma non è più soltanto nella aridità di un testo immobile nella sua cartaceità, ma in un soggetto chiamato a vivere il proprio tempo e a immettervi quel testo.

In questa visione, il testo autorevole, in ragione della sua astrattezza, reca in sé una normatività potenziale che attende — per compiersi — di intrecciarsi con i fatti di vita degli utenti. Ed emerge in tutta la sua vitalità giuridica quel momento interpretativo/applicativo, che la dogmatica costituzionale borghese aveva espunto dal

(27) H. G. GADAMER, *Verità e metodo* (trad. ital. di G. Vattimo), Milano, Bompiani, 2000, p. 639.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

processo formativo del diritto e che, al contrario, sembra essere il vero momento perfezionativo, compimento perfezionante del procedimento, interno al procedimento stesso. La norma è veramente tale se, lasciata la propria genericità, grazie alla interpretazione/applicazione diviene regola di vita.

L'intuizione della creatività dell'interprete e dell'essere egli non « un elemento 'esterno', ma un elemento 'interno' » al processo formativo del diritto, che, nel remoto 1953, enunciava con ferma parola il precursore Tullio Ascarelli scagliando un sasso pesante nella allora tranquilla piccionaia dei privatisti italiani (28), diventa negli ultimi decennii del secolo la continua, insistente meditazione che, con pacato ma risoluto coraggio, dona al civilista di *civil law* Luigi Mengoni; il quale ha il grande merito — parlando da giurista a giurista, ma dopo essersi nutrito a sazietà dei necessarii approfondimenti filosofici e della rilevante lezione tecnico-giuridica di Esser — di fare suo l'inchiodante argomentare demolitivo/costruttivo dell'ermeneutica e di introdurlo quale patrimonio anche della tecnica civilistica italiana (29).

E sarà sempre Mengoni, nell'àmbito della stessa linea di progetto culturale, a far sue talune proposte della filosofia giuridica tedesca degli anni Cinquanta stimolanti al ricorso della 'topica' quale tecnica del pensare problematicamente (30). Egli, che aveva — in anni giovanili — pagato il suo tributo al formalismo giuridico, coglieva nel pensare problematico non la dissoluzione del pensare sistematico di cui si era avidamente cibato il civilista pos-pandettista e purista, bensì un prezioso strumento di controllo, validissimo a evitare il rischio di assolutizzazioni e di pericolose derive assiomatico-deduttive. Come insegnano egregiamente in questo libro Macario e Lobuono, « il pensiero problematico consente al pensiero sistematico di evolversi in ragione delle esigenze sociali, poiché l'ermeneutica giuridica muove dal problema, dal caso concreto,

(28) T. Ascarelli, *Contrasto di soluzioni e divario di metodologie* (1953), ora in Id., *Saggi di diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 565.

(29) Si veda soprattutto L. Mengoni, *Teoria generale dell'ermeneutica ed ermeneutica giuridica* (1978), ora in Id., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, cit.

(30) L. Mengoni, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico* (1976), ora in Id., *Diritto e valori,* cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

dalle nuove esigenze » (31). Un controllo — si aggiunga — che Mengoni, contemplatore assai critico della dottrina sull'uso alternativo del diritto, volentieri estendeva anche in senso opposto, e cioè a pesantezze ideologiche e ad eccessive politicizzazioni.

9. Ma un altro evento ha scosso, nel secondo Novecento, i giuristi dalla loro quieta sonnolenza, ed è la lenta, difficile ma progressiva costruzione di un'Europa politica e giuridica, ossia di una unità politica e giuridica sovra-statuale.

Due sono i profili che più interessa sottolineare in queste pagine conclusive.

Il cantiere/Europa, malgrado i continui impedimenti politici susseguìtisi nei passati sessanta anni, è tuttora vivacemente affaccendato. Vi sono impegnate istituzioni legislative e di governo ma soprattutto giudici (in primo luogo la Corte di Giustizia del Lussemburgo) e scienziati; e il non trascurabile risultato è il disegno di alcuni principii su temi in perenne sviluppo quali i contratti e la responsabilità civile. E qui il cantiere mostra di essere anche un autentico laboratorio storico-giuridico: intendo dire che l'Europa giuridica appare finalmente realizzare il superamento di steccati gravanti sulla nostra azione culturale da almeno dugento anni.

È, infatti, da quando — a fine Settecento — fu urlato in tutto l'occidente europeo continentale l'assolutistico messaggio giacobino, che siamo ripetitori di un credo dommatico, indiscutibile: in nome di una divisione dei poteri ossessivamente intesa, si consegna nelle mani del solo potere legislativo la produzione del diritto lasciando ai giuristi il gioco innocuo e sterile di esercizii sillogistici sulla rigidezza inattaccabile della legge. Strategia scopertamente tesa a dare al potere politico il controllo totale della dimensione giuridica.

Ma, come si è accennato — di sfuggita — più sopra, di là dalla Manica (dove della grande rivoluzione è arrivata soltanto un'eco) il diritto continua ad avere un vólto medievale, perché continua l'affidamento pieno ai giuristi, nella ferma persuasione che unicamente la sapienza tecnica possa offrire la massima garanzia agli stessi cittadini. E l'odierna Europa, in costruzione come edificio politico e giuridico, si trasforma in un terreno osmotico dove *civil law* e

(31) Cfr. MACARIO-LOBUONO, *Il diritto civile tra storia e metodo*, cit..

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

common law reciprocamente e beneficamente si influenzano; il che è confermato dal vólto prevalentemente giurisprudenziale del formando diritto privato europeo.

Si discute — è vero — anche della possibilità (o, per taluno, l'opportunità) di un Codice, e v'è chi ha già provveduto con encomiabile zelo a redigerlo, strutturato alla stessa stregua dei Codici della tradizione europea otto/novecentesca e articolato in un cumulo di dettagliatissime previsioni. Non ci si è, tuttavia, resi conto di due circostanze salienti: che il divenire dell'ordine giuridico in questi ultimi anni è segnato da una dinamica intensa in connessione con l'incessante assestarsi socio-economico-tecnico sottostante; che questo divenire, più che da legislatori statuali e sovra-statuali, può essere convenientemente orientato e ordinato da fonti duttili, plasticamente sensibili al movimento e al mutamento, quali pronunce di giudici, disegni teorici di scienziati, operosità di prassi.

Un accenno soltanto a un secondo rilevante profilo. L'Europa non si è mai dimenticata della sua originaria genesi come mercato, circostanza che ha elevato a protagonista soprattutto l'*homo oeconomicus* e che ha pesato assai nella sua nomopoiesi. La normativa europea si è, infatti, sempre caratterizzata per un suo greve economicismo (mi si perdoni l'orribile termine). Al contrario delle purezze del vecchio diritto civile, il progrediente diritto privato europeo si è sempre caratterizzato per una sua — forse ineliminabile ma ingombrante — fattualità.

10. È un accenno — questo — che deve essere ripreso e sviluppato. Negli ultimi tempi — e progressivamente — un termine è affiorato alla bocca dei giuristi e specialmente dei civilisti: *mercato*. È un termine fumoso, prettamente economico, spesso ripetuto con una buona dose di inconsapevolezza, ma che assume agli occhi dello storico del diritto un significato prevalente: soggetti e rapporti sono sorpresi e fissati soprattutto in una cornice economica e per la loro valenza economica.

A questa linea tendenziale, che non è dunque solo del diritto comunitario europeo ma che inclina a generalizzarsi, si deve aggiungere quell'odierno fenomeno che siamo soliti chiamare 'globalizzazione (o 'mondializzazione') giuridica', e che, ridotto all'osso, rappresenta il fatto nuovo di poteri economici che diventano produttori

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

di diritto; i quali, premuti dalle nuove esigenze del maturo capitalismo e bisognosi di nuovi strumenti tecnico-giuridici a disciplina dei loro traffici, di fronte alle sordità, alle lentezze, alla impotenza dei poteri politici, producono diritto oltre (e talvolta contro) gli Stati e le organizzazioni sovra-statuali.

E, accanto ai diritti ufficiali — stabilizzati in Codici leggi trattati — prendono forma dei canali giuridici privati che hanno una genesi privata e che prevedono dei giudici privati (degli arbitri) a garanzia di una puntuale esecuzione. Prende, per di più, forma un diritto insofferente alle frontiere politiche, che tende a una proiezione globale, mondiale, con l'ausilio di tecniche informatiche, le quali, de-materializzando i contenuti economici, attingono il risultato cospicuo di de-territorializzarli.

Ha parecchio di positivo l'affermarsi di un diritto globale e anche l'affermarsi di un autentico pluralismo che la globalizzazione giuridica comporta; ma è innegabile un rischio, e non di poco conto: ed è la prevalenza del profitto quale scopo dell'ordine giuridico, la realizzazione ad ogni costo del maggior profitto possibile, anche a scapito del rispetto della persona, della sua dignità e libertà (32).

11. Il lettore di questo libro — soprattutto lo studente — si sarà prontamente reso conto del carattere saliente della seconda metà del Novecento: una dinamica intensa provocata da un intenso mutamento del sottostante piano sociale/economico/tecnico, quel mutamento — ricco, ma corrosivo di passate certezze — da cui ho creduto di dover prendere le mosse e che, a fine secolo, ha messo in luce lo sguardo storicista di Luigi Mengoni.

La giuridicità, un tempo controllata e repressa dall'alto, diventa assai più articolata esprimendo ormai la complessità della società, i confini tra fatti e diritto diventano labili (33), una impietosa dimensione economica la fa da padrona. E non c'è quasi più il

(32) Rischio che ho ritenuto di dover sottolineare già nel mio primo scritto su questo tema. Cfr. P. Grossi, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica* (2002), ora in Id., *Società, diritto, Stato*, cit.

(33) Può essere utile il rinvio a una mia odierna riflessione, originata dalla lettura di un libro sollecitante: P. Grossi, *Tra fatto e diritto (a proposito di Massimo Vogliotti "*Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica"*)*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 38 (2009).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

vecchio Stato sociale, nato dalle ceneri dello sfacelo bellico, a farsi carico paternalisticamente del cittadino non abbiente.

Il terreno delle fonti, che dai nostri padri fu chiuso in un sacrario inaccessibile, vede crollare all'intorno, uno a uno, tutti i bastioni puntigliosamente eretti a protezione e fino a ieri puntigliosamente conservati. Dell'ottocentesca monocrazia del Codice resta poco, ma si erode anche la monocrazia della legge; non è soltanto il moltiplicarsi delle fonti ma particolarmente il loro de-tipicizzarsi, com'è proprio di un momento in cui impera la mobilità della prassi e in cui il diritto privato si connota di una intima fattualità.

Malgrado che resti ancora — formalmente — nel vigente Codice Civile la reliquia di un modo assolutamente decrepito di risolvere il problema delle fonti come ben mostrano gli articoli 1 e 12 delle 'Disposizioni preliminari', è tempo che il civilista — il quale, in passato, ha pagato fin troppi tributi sull'altare del formalismo — dia mano a una revisione, non marginale bensì profonda, essenziale. Come si afferma in un testo di alta e lungimirante didattica universitaria, opportunamente riportato (34) perché antesignano nel mettere in rilievo molti dei problemi emergenti per il civilista, « il sistema delle fonti deve essere per intero ripensato » (35).

I mutamenti radicali — nella società italiana, nella strutturazione e collocazione dello Stato, nelle tecniche (impensate e impensabili fino a qualche decennio addietro) — esigono che il diritto civile, deposti nel fondo di un armadio gli arcaici paludamenti di una volta, ormai degni più di un fantasma che di una creatura vivente, ritorni ad essere speculare alla esperienza. Anche le tradizionali categorie ordinanti vanno riviste, se si vuole evitare il rischio di mantenere antistoricamente sui tavoli della nostra officina arnesi inadatti al cómpito cui si è chiamati. E nuove categorie vanno 'inventate', capaci di *comprendere* (nel significato forte del latino *comprehendere)* la tumultuosa realtà odierna così segnata da una netta discontinuità con il passato (36).

Al civilista servono due virtù: speranza e coraggio, ossia il

(34) Nel volume di Macario e Lobuono, del quale le presenti pagine costituiscono la pos-fazione.

(35) G. Vettori, *Persona e mercato-Lezioni*, Padova, Cedam, 1996, p. 1.

(36) N. Lipari, *Prolegomeni ad uno studio sulle categorie del diritto civile*, in

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

coraggio che non si concretizza in ardimenti velleitarii ma che fonda la propria azione costruttiva su una fondata speranza.

12. Dobbiamo allontanare le tentazioni verso ogni fuga: la improponibile fuga per un ritorno alla visione positivistica, quieta e rassicurante solamente per un giurista inconsapevole, giacché si tratterebbe di scegliere — contro il divenire storico-giuridico — un riparo legislativo sempre più lógoro e inefficace; la fuga in un artefatto formalismo museale, con il risultato certo di fare del civilista un appartato stregone chiuso in un suo meta-storico laboratorio e tragicamente separato dalla società e dalla storia; la non dissimile fuga verso la riduzione del diritto a una dimensione procedurale, riprovevole innanzi tutto su di un piano etico per il suo parimente tragico significato di elusione dei difficili ma stringenti problemi dell'oggi, di elusione del necessario confrontarsi con valori e disvalori, i quali — lo si voglia o non — costituiscono il terreno dove la carnalità del diritto non può non misurarsi.

Mentre la prima fuga mi appare — come ho chiaramente precisato — improponibile e cavalcabile da pochi personaggi segnati da una caratterizzante povertà culturale, le altre due fughe trovano pugnaci assertori in pagine stilisticamente vivaci e apparentemente suadenti (37) ma che mi sembrano irrimediabilmente compromesse dal vizio pesante di essere antistoriche.

Mi permetto — rivolgendomi soprattutto agli studenti e ai giovani ancora immersi nel loro noviziato — di invitarli a un salutare esame di coscienza; che si può agevolmente fare guardando con attenzione proprio ai segni che il tempo pos-moderno, questo nostro fertile secolo ventesimo, ci ha offerto con disarmante ma istruttiva franchezza.

Guardiamo all'ieri non troppo lontano, quando sentimmo bruciare sulla nostra pelle la tragedia di leggi rispettabilissime nel loro perfetto involucro formale ma ripugnanti per il loro contenuto etico e sociale, quando — tutti presi dal rispetto verso i vasi vuoti delle leggi — eravamo distolti da quei contenuti di cui stavamo per

---

« Rivista di diritto civile », LV (2009) e *Categorie civilistiche e diritto di fonte comunitaria*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », LXIV (2010).

(37) Penso, su questo punto, soprattutto a certe riflessioni di Natalino Irti, che possono trovarsi sintetizzate in N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Roma/Bari, Laterza, 2004.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

diventare tutti delle vittime (un richiamo obbligato è alle aberranti leggi razziali del 1938).

Guardiamo all'oggi, quando tra mille difficoltà di ogni indole e solcati da tracce profonde di disperazione, abbiamo un assoluto bisogno di speranza, quella speranza alla quale solo una fondazione sul terreno profondo dei valori, solo una visione assiologica del diritto [38], può dare le radicazioni che consentano al nostro terreno di transizione di produrre degli alberi longevi e non già erbe stagionali che qualche giorno di aridità riesce a disseccare. Proprio perché il nostro è tempo di transizione, proprio perché siamo ancora a un certo punto del guado, abbiamo bisogno di certezze.

Sì, certezze, ma appaganti: non quelle illuministiche, elitariamente contrassegnate, di un testo autorevole catapultato dall'alto e al quale si è chiamati a obbedire passivamente, e nemmeno quelle pandettistiche (consequenziali alle precedenti) di un sapere logico-deduttivo sovraordinato ai fatti e ad essi insensibile. Transito vuol dire storia, e credo che non falsi il mio sguardo l'angolo di osservazione a me familiare per antica professionalità (che è precisamente quello dello storico); e storia ha un solo significato: carnalità del diritto.

Oggi, da parte di qualche raffinato analista, si parla di nichilismo. Mi permetto di ribattere che, proprio nel momento di oggi, il nichilismo è un lusso che non possiamo consentirci, a meno che non si voglia fare del civilista lo spettatore inerte della distruzione di una civiltà giuridica; se siamo — come siamo — chiamati a *costruire*, il nichilismo non si addice a dei costruttori, perché è un'arma assolutamente spuntata; peggio: è un'arma auto-lesionistica.

Al contrario — e credo che questa sia la vera nervatura della presente pos-fazione e il messaggio che essa vuole comunicare —, oggi si chiede al giurista, e in modo particolare al civilista, di rendersi percettore della linea storica in cui ci collochiamo e di tentare di ordinarla senza lasciarsi irretire dalla sola, troppo facile contemplazione del minimo frammento di tempo che stiamo vivendo. Oggi, come non mai, ordinare, altissimo cómpito del giurista, non significa

---

(38) È di questi giorni il richiamo di Vincenzo Scalisi (cfr. V. SCALISI, *Assiologia e teoria del diritto (Rileggendo Rodolfo De Stefano)*, in « Rivista di diritto civile », LVI (n. 1, gennaio-febbraio, 2010).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

immobilizzare, cristallizzare, fissare in sistemi chiusi, in gerarchie fossilizzanti. Oggi, ordinare è una scommessa che il giurista gioca non solo sul passato e sul presente ma anche (e soprattutto) sul futuro.

Oggi, conviene al civilista la virtù preziosa della fantasia, ossia di un sapere che non si arresta alla dimensione logico-sistematica (nel chiuso dialogo fra passato e presente), ma che deve affondare nel terreno fertile delle intuizioni dove passato e presente sono immersi nello scorrimento del divenire, diàlogano con il futuro e contribuiscono a disegnarlo. Oggi, il ripensamento delle categorie classiche da parte del civilista — su cui va opportunamente insistendo proprio nell'odierno momento Nicolò Lipari (39) — è, prima ancora di una esigenza culturale, un impegno che investe frontalmente la sua missione di giurista.

(39) Cfr. le citazioni fatte nella nota 36.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

ANDREA PIN

L'INTEGRAZIONE EUROPEA, TRA SOVRANITÀ STATALE E PROGETTO KANTIANO. UN EQUILIBRIO DIFFICILE

1. Introduzione. La « pietra d'inciampo » della sovranità. — 2. I limiti all'integrazione europea. Il punto di vista del BVerfG. — 2.1. La sovranità come *Kompetenz-Kompetenz*. — 2.2. L'antico tema dell'identità: spada, toga e tasse. — 3. Sovranità *vs.* pace? Il debito di Kant.

1. *Introduzione. La « pietra d'inciampo » della sovranità.*

Il Tribunale costituzionale federale tedesco, il 30 giugno 2009, intervenendo sul tema dell'integrazione europea, ha risvegliato per l'ennesima volta l'attenzione della dottrina, richiamandola al rapporto tra il processo d'integrazione, la sovranità e l'identità degli Stati membri. La sorpresa con la quale è stata accolta la pronuncia, come noto, non è tanto legata al dispositivo, che in realtà si è concentrato sulle riforme dell'ordinamento interno costituzionalmente necessarie per l'adesione al Trattato di Lisbona, quanto sullo schema argomentativo del Tribunale.

Infatti, moltissime pagine vengono spese nel qualificare il rapporto tra la Germania e l'Unione in termini di *sovranità*. Si tratta di un concetto sul quale, come vedremo, il Tribunale si dilunga (1) per farne discendere conseguenze, almeno astrattamente, piuttosto pesanti.

Il tema della sovranità viene giocato dal Tribunale in un

(1) L.S. Rossi, *I principi enunciati dalla sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona: un'ipoteca sul futuro dell'integrazione europea?*, in « Rivista di diritto internazionale », 2009, p. 994, parla di « sentenza simile ad un trattato di diritto costituzionale ».

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

contesto tra l'altro particolarmente fluido, che vede la dottrina prendere direzioni davvero diverse.

Alcuni, a fronte dei processi di globalizzazione giuridica, del rilancio del federalismo in corso in diversi Paesi e proprio alla luce del processo d'integrazione europea, propongono un ripensamento della sovranità (2): si tratterebbe di riconsiderarla, tenendo conto della complessità degli ordinamenti statali attuali e delle relazioni tra di essi. Accanto a chi dunque riflette di sovranità in termini articolati (3), v'è chi, invece, ritiene necessario (4) o persino già avvenuto il « superamento della nozione storica di *sovranità* » (5). Tale concetto sarebbe ormai divenuto concretamente inapplicabile alla presente situazione politica, giuridica e istituzionale.

La necessità di ripensare le relazioni tra i diversi livelli politici

---

(2) M. Fioravanti, *La forma politica europea*, in M. Bertolissi, G. Duso, A. Scalone (a cura di), *Ripensare la costituzione. La questione della pluralità*, Milano, Polimetrica, 2008, p. 38-39. In particolare, l'autore riconosce alla dottrina di Germania, Spagna e Italia la capacità di concepire la sovranità statale limitata, sensibilità che sarebbe aliena all'ambiente francese: p. 42. M. Troper, *La souveraineté come principe d'imputation*, ivi, p. 64, riconosce che da Carré de Malberg in poi si è creato un connubio mai sciolto tra sovranità e Stato. K. Jayasuriya, *Globalization, Law, and the Transformation of Sovereignty: The Emergence of Global Regulatory Governance*, in « Indiana Journal of Global Legal Studies », 1998-1999, p. 425 ss. ritiene analogamente, e in una prospettiva più ampia, che il concetto di sovranità vada ripensato.

(3) E. Greblo, *Il volto ambiguo dell'Europa*, in « Filosofia politica », 2004, p. 483 ss., auspicando una rilettura del concetto che consenta di non liquidare la dimensione nazionale della sovranità.

(4) G. Duso, *Per una trasformazione della costituzione in direzione federalistica*, in « Filosofia politica », 2008, p. 361 ss., in tal modo proponendo una lettura del federalismo come una struttura politica *costitutivamente plurale.* Per consentire il pluralismo politico, Duso sembra voler liquidare anche il concetto di rappresentanza politica: il suo utilizzo, infatti, metterebbe a repentaglio il pluralismo, perché attraverso di essa i rappresentanti potrebbero reclamare il diritto di esprimere la volontà dei rappresentati e quindi accentrare presso di sé l'intero potere politico. Si veda anche M. Bertolissi, G. Duso, *Ripensare la costituzione? La questione della pluralità politica*, in M. Bertolissi, G. Duso, A. Scalone (a cura di), *Ripensare la costituzione*, cit., p. 12 e 14. A. Pirni, *Il nesso sfera pubblica-democrazia, eredità e compito per l'Europa*, in *Ragion pratica*, 2008, p. 191 ss., sviluppa il superamento della sovranità focalizzandosi sull'elemento del territorio.

(5) E. Cheli, *Intorno ai fondamenti dello « Stato costituzionale »*, in « Quaderni costituzionali », 2006, p. 266.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

è espressa, tra i tanti, da Peter Häberle in termini piuttosto enfatici, affermando che si tratta di un compito che

> « andrebbe affrontato da una nuova scuola di Salamanca, da un nuovo Kant (anche verde) e da un Goethe adatto ai tempi moderni » (6).

Conviene riprendere l'affermazione del giurista tedesco, perché proprio in Kant e nel suo pensiero sembrano individuarsi i semi sia del costituzionalismo che ha dato vita all'Unione europea, sia della deriva presa dal Tribunale costituzionale tedesco. Le teorie del grande filosofo post-illuministico paiono aver posto le premesse concettuali e persino morali dell'integrazione europea, ma anche degli ostacoli alla sua comprensione.

È Joseph Weiler, ad esempio, a rinvenire nel processo d'integrazione continentale e nei suoi caratteri inediti, di formazione politica tra diversi, i tratti della morale kantiana:

> « Chiedere di legarsi agli altri in un'unione sempre più stretta significa chiedere un'interiorizzazione — individuale e sociale — di un altissimo grado di tolleranza. Vivere l'imperativo categorico kantiano assume il suo significato più compiuto quando si applica a coloro che sono diversi » (7).

Il patrimonio intellettuale di matrice kantiana racchiude dunque, nelle parole di Weiler, la chiave di lettura dell'esperimento costituzionale europeo e per Häberle le risorse necessarie per procedere oltre.

Un uguale peso al lavoro di Kant viene attribuito dalla filosofia politica e del diritto, che hanno individuato in varia misura nel suo pensiero un vero e proprio spartiacque tra le costruzioni politiche post-medievali e quelle moderne (8), attribuendogli una capacità visionaria (9) dalla quale il pensiero continentale non si è più

---

(6) *Diritto costituzionale nazionale, unioni regionali fra stati e diritto internazionale come diritto universale dell'umanità: convergenze e divergenze*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*.

(7) J.H.H. Weiler, *La costituzione dell'Europa*, Bologna, il Mulino, 2003, p. 530.

(8) B. De Giovanni, *La filosofia e l'Europa moderna*, Bologna, il Mulino, 2004, p. 167.

(9) N. Walker, *Late Sovereignty in the European World*, in Id. (a cura di), *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hart, 2003, p. 9, avverte la perpetua tensione tra la

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

distaccato (10). In entrambi gli autori-simbolo del costituzionalismo novecentesco, Schmitt e Kelsen, emerge del resto un debito chiaro nei confronti del filosofo di Könisberg: mentre il primo usa Kant in chiave liberal-individualista, per fare posto ai diritti fondamentali nel contesto della sua teoria politica (11), il secondo riconosce esplicitamente (12) di aver ispirato la sua dottrina pura del diritto al pensiero morale di Kant: in una lettera a Renato Treves del 3 agosto 1933, egli ammette che « il fondamento filosofico della dottrina pura del diritto è la filosofia di Kant ».

Più recentemente, Habermas ha utilizzato largamente Kant per tentare di comprendere l'esperimento europeo di unificazione politica (13), ripercorrendo l'eredità del filosofo, e persino individuando una corrispondenza tra le sue idee e le linee di sviluppo dell'Unione europea (14).

Contemporaneamente, Kant offre formidabili pezze d'appoggio al ragionamento del BVerfG che, per parte della dottrina, ha individuato il « punto massimo » (15), il « capolinea » (16), o la « bandierina rossa » (17) del processo d'integrazione europea, per

---

realtà dello Stato moderno e « the best efforts of a long and distinguished historical line of global idealists and liberal internationalists embracing Kant, Bentham and Kelsen ».

(10) De Giovanni, *La filosofia e l'Europa moderna*, cit., p. 180-1 e 352. F. Gonnella, *La filosofia politica di Kant*, Roma-Bari, Laterza, p. 259, ritiene che Kant sia stato decisivo nell'articolare sovranità e libertà individuale nello sviluppo moderno di democrazia e liberalismo.

(11) A. Bolaffi, *Il crepuscolo della sovranità. Filosofia e politica nella Germania del Novecento*, Roma, Donzelli, 2002, p. 39.

(12) Ivi, p. 209.

(13) De Giovanni, *La filosofia e l'Europa moderna*, cit., p. 366.

(14) J. Habermas, *L'inclusione dell'altro*, Milano, Feltrinelli, 1998, p. 195.

(15) S. Bonfiglio, *Prime note sulla sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco sul Trattato di Lisbona*, in *www.astrid.it*.

(16) M.S. Chiti, *Am Deutsche Volke. Prime note sulla sentenza del Bundes Verfassungs Gericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona e la sua attuazione in Germania*, in *www.astrid.it*. Si veda anche F. Schorkopf, *The European Union as An Association of Sovereign States: Karlsruhe's Ruling on the Treaty of Lisbon*, in « German Law Journal », 2009, p. 1230: « the Federal Constitutional Court unequivocally stated that European Integration has reached its legal limits ».

(17) P. Kiiver, *German Participation in the E.U. Decision-Making after the* Lisbon Case*: A comparative View on Domestic Parliamentary Clearance Procedures*, in « German Law Journal », 2009, p. 1296. F. Vecchio, *Competenza e gerarchia nella*

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

come si è configurato finora. La sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco sembra rappresentare, anche per l'eco che si è guadagnata, un buon punto di partenza per riflettere sulla concezione della sovranità e coglierla nella sua dimensione dinamica, in diretta relazione con una delle sfide maggiori del costituzionalismo contemporaneo, l'integrazione europea. Per autorevolezza (18), risonanza internazionale e per la sua tradizionale tenuta rispetto al crescente ruolo della Corte di giustizia di Lussemburgo (19), la sentenza si presta ad un'indagine più approfondita. Conviene tornare sulla pronuncia per considerarne gli aspetti salienti ed infine paragonarla al pensiero politico di Kant.

2. *I limiti all'integrazione europea. Il punto di vista del BVerfG.*

« La Legge fondamentale vuole un'integrazione europea e un ordinamento di pace internazionale ». L'affermazione della Corte federale tedesca (20) sembrerebbe rivelare uno sguardo amichevole e simpatetico dell'ordinamento tedesco nei confronti dell'Unione europea.

In realtà, una tale affermazione rimane piuttosto isolata nel contesto di una sentenza che, sebbene apra chiaramente alla ratifica del Trattato, per molti commentatori segna la fine o quantomeno addensa seri dubbi sul processo d'integrazione, almeno nelle moda-

---

sentenza Lisbona *del Tribunale federale tedesco: verso un diritto costituzionale asimmetrico*, in *www.forumcostituzionale.it*, p. 11, ritiene che attraverso la sentenza il Tribunale costituzionale federale abbia volute « limitare sul piano interpretativo la possibilità che l'Unione possa espandere le sue competenze nelle materie di tradizionale competenza degli Stati nazionali ».

(18) G. Cerrina Feroni, *Karlsruhe, Lussemburgo, Strasburgo: la «* Interpretationsverbund *» dei diritti fondamentali… ancora lontana*, in G.F. Ferrari (a cura di), *Corti nazionali e Corti europee*, Napoli, ESI, 2006, p. 192.

(19) Sul ruolo esercitato dal Tribunale tedesco, quale controllore del livello di integrazione europea e dell'influenza che la Corte di Giustizia ha nei confronti delle corti nazionali, convengono molti autori, tra cui J. Komárek, *European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: Contrapunctual Principles in Disharmony*, in « Jean Monnet Working Paper », 10/05, *http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/05/051001.html.*

(20) Par. 225, nella traduzione della sentenza offerta da J. Luther e disponibile sul sito *www.associazionedeicostituzionalisti.it.*

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

lità con le quali si è sviluppato finora (21). Per certi versi, infatti, il Tribunale giungerà a negare quella necessità di « democratizzare l'Unione » che pure aveva proprio sospinto verso il Trattato di Lisbona, come la medesima sentenza ammette (22). L'esigenza di implementare il tasso di democraticità era stata espressa in maniera ricorrente dalla dottrina per recuperare il *gap* tra la scarsa rappresentatività delle istituzioni europee e la profonda influenza del diritto comunitario su quello nazionale, affermatosi anche grazie al ruolo di supremazia della Corte di giustizia (23).

Questo atteggiamento del Tribunale tedesco non si trova, in verità, nel dispositivo. In effetti, il Tribunale federale non censura il Trattato, ritenendolo incompatibile con la Legge fondamentale tedesca per difetto di legittimazione democratica. Al contrario, si concentra sull'ordinamento tedesco, che, a suo giudizio, al fine di rispettare il principio democratico deve implementare il ruolo del Parlamento nazionale nei rapporti con le istituzioni europee; in tal senso giudica insufficiente l'intervento del legislatore, che aveva pure effettuato alcuni aggiustamenti in questa direzione, proprio per consentire l'adesione tedesca al Trattato. Per questo, la Corte sostanzialmente dà il via libera alla ratifica, condizionandolo però all'espansione dei poteri del Parlamento (24). In questo senso, non pone ostacoli al Trattato.

---

(21) L. VIOLINI, *La sentenza del* Bundesverfassungsgericht *sul Trattato di Lisbona*, in « Quaderni costituzionali », 2009, 947-8, parla di « sentenza destinata a segnare la storia del rapporto tra Germania ed Europa, e che « pone per il futuro una seria ipoteca sull'incremento del processo di integrazione ».

(22) Par. 16.

(23) Tra i molti, ad esempio si veda M. CARTABIA, *« Ispirata alla volontà dei cittadini degli Stati d'Europa »*, in « Quaderni costituzionali », 2005, p. 9 ss., ove si rammenta la discrepanza tra la forte integrazione giuridica e la bassa integrazione politica. L. PATRUNO, *Lo spirito del tempo e il processo di riforma delle istituzioni europee*, in *www.costituzionalismo.it*, va oltre il deficit democratico e, a fronte del fallimento della Costituzione europea e dell'abbandono del suo *Sonderweg*, si chiede « quali sono le fonti di legittimazione del diritto comunitario ».

(24) Si vedano in particolare i par. da 406 a 419 della sentenza. Il 23 settembre 2009 sono state promulgate le quattro leggi che, aderendo al contenuto della sentenza, hanno implementato tale ruolo del Parlamento e reso possibile la ratifica del Trattato (*Legge di estensione e rafforzamento dei diritti del Bundestag e del Bundesrat nelle materie inerenti l'Unione europea*, *Legge di attuazione delle modifiche della Legge fondamentale*

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

La sentenza si è guadagnata l'attenzione della dottrina per quel che veramente rappresenta il suo nucleo ideale e teoretico, e che le ha conferito un carattere quasi monumentale.

Per buona parte, i 420 paragrafi che compongono la sentenza affrontano chiaramente il problematico rapporto tra diritto nazionale e diritto comunitario (25). La Corte — per alcuni spaventata dal pericolo di un assorbimento dell'ordinamento tedesco nell'orbita di quello europeo (26) — mostra di voler chiarire in maniera incisiva i limiti dell'integrazione.

In breve, la Corte coglie l'opportunità che le si presenta di fronte, per affrontare la questione, da tempo vessata, che riguarda la qualificazione dell'ordinamento e delle istituzioni europee (27). Consapevole che ormai l'Unione, in alcuni settori, ha acquistato ai suoi territori dei livelli di unificazione giuridica pari o persino superiori a quelli di Stati Uniti o Canada, la dottrina almeno da una decade ha cercato di individuare degli strumenti concettuali capaci di inquadrare quello che appariva a tutti gli effetti come un nuovo esperimento costituzionale. Sono comparse espressioni come « costituzionalismo multilivello » (28), « gerarchia inversa » (29), « *governance*

---

per la ratifica del Trattato di Lisbona, *Legge per la modifica della legge sulla cooperazione tra Governo federale e Bundestag nelle questioni inerenti l'Unione europea*, *Legge per la modifica della legge sulla cooperazione tra Bund e Länder nelle questioni inerenti l'Unione europea*).

(25) Si vedano A. Manzella, *80 giorni dopo*, in *www.astrid.it*, e S. Leibfried-K. van Elderen, *« And they shall Beat their Swords into Plowshares » — The Dutch Genesis of a European Icon and the German Fate of the Treaty of Lisbon*, in « German Law Journal », 2009, p. 311 ss., che ricordano come uno dei giudici della Corte tedesca, una volta giunta la questione, abbia esclamato « Jetz geht es um die Wurst! », ossia a quello che in italiano si potrebbe definire come il nocciolo del rapporto tra statualità e Unione.

(26) A. Grosser, *The Federal Constitutional Court's* Lisbon Case*: Germany's « Sonderweg » - An Outsider's Perspective*, in « German Law Journal », 2009, p. 1263: « The Court lives and decides in fear of subjecting itself to the European Court of Justice. The *Lisbon Case* is an expression of that very fear ».

(27) Nell'espressione di F. Zampini, *Décision « Lisbonne » du 30 juin 2009 du Bundesverfassungsgericht: « oui » ave quelques reserves essentielles…*, in *www.forumcostituzionale.it*, la Corte mette in rilievo le « differenze ontologiche » tra lo Stato e l'Unione.

(28) Espressione utilizzata più recentemente da I. Pernice, *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action*, in « Columbia Journal of European Law », 2009, p. 349 ss., ed in particolare criticata da M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costitu-*

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

without government » o « *Sonderweg* » (30), ad indicare l'ibrida identità dell'Unione, che non è uno Stato ma che ne ha assorbito alcune competenze.

Il Tribunale, nella sua argomentazione, sembra proprio prendere posto nel dibattito; in realtà, ottiene la disapprovazione di molti dei commentatori perché svaluta il carattere inedito del costituzionalismo dell'Unione. Utilizzando delle categorie della classica giuspubblicistica tedesca, giunge a sostenere che l'Unione non è né uno Stato sovrano né una federazione di Stati (*Staatsverband* (31)). È, invece, nelle parole del Tribunale, un'associazione di Stati sovrani (*Staatenverbund* (32)) i quali vi aderiscono da « Signori dei Trattati » (33) conferendovi dei poteri (34) e da cui possono recedere liberamente.

La fonte dei poteri dell'Ue risiederebbe dunque nei popoli d'Europa, i quali, mantenendo la loro indipendenza, conferiscono porzioni di sovranità: una sovranità che, nel suo complesso, rimane nella titolarità degli Stati. Solo questi, a differenza dell'Unione, possiedono la *Kompetenz-Kompetenz* (35), ossia la capacità di fissare le proprie competenze, la quale, nel caso della Germania, non può essere ceduta.

La Corte conclude questa serie di osservazioni sulla natura

---

zionalismo polemico, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, anche in riferimento al tema della sovranità.

(29) V. Röben, *Constitutionalism of Inverse Hierarchy: the Case of the European Union*, « Jean Monnet Working Paper », n. 8/03, *www.centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/03/030801.pdf*, che usa tale espressione per descrivere il ruolo degli Stati, alla base dei Trattati e quindi dell'Europa, ma destinatari della normazione dell'Unione.

(30) J. Weiler, *La Costituzione dell'Europa*, cit., p. 511.

(31) Par. 233. La logica federalista, del resto, non sarebbe nemmeno la via preferita dalla dottrina: sono ben pochi a percorrerla, per spiegare l'esistenza e l'articolazione dell'Unione rispetto agli Stati. Lo fa G. Guarino, *L'Unione Europea è uno Stato federale*, in *www.costituzionalismo.it*, fornendo peraltro una cospicua quantità di dati volta a mostrare l'influenza della normazione europea su quella nazionale: ad esempio, nel caso italiano la prima supererebbe di 13 volte la seconda.

(32) Par. 229. Si veda la critica di Häberle, *Diritto costituzionale nazionale, unioni regionali fra stati e diritto internazionale come diritto universale dell'umanità*, cit., che la ritiene un'espressione controversa.

(33) Par. 231.

(34) Par. 226.

(35) Par. 233.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

dell'Unione per dichiarare esplicitamente che il Trattato di Lisbona non attribuisce alcuna sovranità all'ordinamento europeo (36).

Dopo aver identificato i caratteri della sovranità (37) ed aver escluso che questi si possano rinvenire nella natura dell'Unione, passa poi a considerare la struttura delle istituzioni europee, come rivisitata dal Trattato di Lisbona.

La Corte ne offre un ritratto piuttosto fosco, sostenendo che il Trattato non ottiene all'Unione un più avanzato livello di democrazia (38): nessuno dei tre organi politici centrali, Parlamento, Commissione e Consiglio, garantisce gli standard di rappresentatività e responsabilità politica necessari per affermare che ci si trovi di fronte ad una istituzione democratica. Il Parlamento non offre una rappresentanza proporzionale della popolazione dell'Unione (39); il Consiglio non può considerarsi una seconda Camera; la Commissione non è legata da un reale rapporto fiduciario con il Parlamento (40).

La conclusione del ragionamento della Corte — che pure, come visto, aveva esplicitamente ammesso il tentativo del Tattato di Lisbona di implementare il tasso di democrazia dell'Unione — è davvero radicale. Il Tribunale, infatti, non sostiene che, visto il ruolo influente dell'UE sulla vita degli Stati, bisognerebbe perseguire l'obiettivo democratico ancor più decisamente (41): al contrario, ritiene che all'Unione non serva affatto un tale carattere democratico, paragonabile a quello degli Stati. Proprio perché non è uno Stato sovrano, non deve rispondere ai requisiti di democraticità cui

(36) Par. 275.

(37) Par. 223.

(38) Par. 295.

(39) Si vedano le osservazioni di M. Poiares Maduro, G. Grasso, *Quale Europa dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona?*, in « Il Diritto dell'Unione europea », 2009, p. 516, ove si nota come il Trattato premierebbe gli Stati più popolosi, come la Germania, sebbene il BverfG ritenga il contrario.

(40) Par. 271. Si vedano L. Cassetti, *Il « sì, ma » del tribunale costituzionale federale Tedesco sulla ratifica del Trattato di Lisbona tra passato e future dell'integrazione europea*, in *www.federalismi.it*, R. Dickmann, *Integrazione europea e democrazia parlamentare secondo il Tribunale costituzionale federale Tedesco*, in *www.federalismi.it*, e C. Schönberger, Lisbon *in Karlsruhe: Maastricht's* Epigones At Sea, in « German Law Journal », 2009, p. 50.

(41) Par. 322.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

invece questi devono sottostare (42). Non a caso, la sentenza conclude per la necessita di implementare, invece, il ruolo del *Bundestag* rispetto all'azione dell'Unione (43). La democrazia che sta a cuore alla Corte è quella nazionale, dunque, e non quella europea; questa non le interessa se non indirettamente, quale riflesso del ruolo che deve spettare al Parlamento tedesco (44).

Il risultato del ragionamento dei giudici di Karlsruhe è un ritratto dell'ordinamento europeo come di un'associazione tra Stati, pienamente reversibile, che non ha i caratteri della sovranità.

Questa rappresentazione dei rapporti tra Germania e Unione europea è stata fortemente criticata da parte della dottrina perché eccessivamente formalista (45), basata su argomentazioni che in definitiva risalirebbero a Laband e Jellinek (46) e che non terrebbero conto né del ruolo effettivo che l'Unione ha acquistato nella vita quotidiana dei popoli europei, né delle moderne acquisizioni, che hanno dimostrato come lo Stato non sia l'unica forma sotto la quale si può presentare una struttura costituzionale (47).

Senz'altro la Corte si avvale, in questa circostanza, di una

---

(42) Par. 272 e 278.

(43) Par. 415.

(44) F. LIBERATI, *La sentenza del tribunale costituzionale Tedesco sulla compatibilità del trattato di Lisbona con il* Grundgesetz: *una guida alla lettura*, in *www.federalismi.it*: « il Tribunale di Karlsruhe ha chiarito come uno degli strumenti per garantire la democraticità dell'Unione europea consiste nell'attribuzione di compiti e funzioni di carattere sostanziale al Parlamento europeo ».

(45) MANZELLA, *80 giorni dopo*, cit., e CHITI, *Am Deutsche Volke*, cit.

(46) La medesima espressione di *Kompetenz-Kompetenz* trovò fortuna con i due giuristi. Si veda LOUGHLIN, *Ten Tenets of Sovereignty*, in *Sovereignty in Transition*, cit., p. 67-68.

(47) C. TOMUSCHAT, *The Ruling of the German Constitutional Court on the Treaty of Lisbon*, in « German Law Journal », 2009, p. 1260; HÄBERLE, *Diritto costituzionale nazionale, unioni regionali fra stati e diritto internazionale come diritto universale dell'umanità*, cit.; A. BARBERA, *Gli studi di diritto costituzionale: dalla* Enciclopedia del diritto *alle nuove frontiere*, in « Quaderni costituzionali », 2009, p. 364, si chiede se non « Stiamo facendo ingresso in una ulteriore fase della nostra disciplina? », prendendo atto della crisi dello Stato nazionale e menzionando l'ordinanza n. 103/08 con la quale la Corte costituzionale italiana è ricorsa all'interpretazione pregiudiziale della Corte di Giustizia: dati che militerebbero in ogni caso verso un « ridimensionamento della sovranità dello Stato ».

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

prospettiva dualista non ignota alla sua giurisprudenza (48) e ammorbiditasi progressivamente dal periodo di *Solange I* e *II*, attraverso le sentenze *Maastricht* e *Banana* (49). Tuttavia, nell'opinione di alcuni commentatori, questa sentenza si collocherebbe su un piano diverso dalle altre, perché non assume il consueto — e peraltro adottato anche da altre Corti (50) — approccio dei controlimiti (51) a tutela della costituzione statale, ma compie delle considerazioni che attengono alla struttura stessa del costituzionalismo e alla sua dimensione nazionale (52).

Il Tribunale, in effetti, concentra il proprio ragionamento sui caratteri intrinseci della sovranità (53) e dell'identità costituzionale: due fattori che escluderebbero in radice sia che l'Unione possa essere in qualche modo assimilabile ad uno Stato, sia la possibilità che si possa passare ad ulteriori cessioni di competenze delle prerogative statuali senza che si verifichi un vero e proprio « strappo » costituzionale. Infatti, il Tribunale ritiene che l'emersione di una sovranità europea comporterebbe la liquidazione della nazione tedesca, la cui Costituzione prevede una « clausola di eternità » a tutela dei caratteri fondamentali dell'ordinamento nazionale: una fine che esso prospetta in termini formali, ipotizzando il ricorso allo strumento plebiscitario, ma che i commentatori non hanno mancato di porre in termini molto più drastici. Una rottura costituzionale di

(48) Si veda G. Tosato, *L'integrazione europea è arrivata al capolinea? A proposito del recente « Lissabon Urteil »*, in *www.astrid.it*, e Cassetti, *Il « sì, ma » del tribunale costituzionale federale Tedesco sulla ratifica del Trattato di Lisbona tra passato e future dell'integrazione europea*, cit.

(49) Si vedano G.F. Ferrari, *Rapporti tra giudici costituzionali d'Europa e Corti europee: dialogo o duplice monologo?*, in *Corti nazionali e Corti europee*, cit., p. xiii, e M. Aziz, *Sovereignty* Über Alles*: (Re)Configuring the German Legal Order*, in *Sovereignty in Transition*, cit., p. 292-3.

(50) Ferrari*, Rapporti tra giudici costituzionali d'Europa e Corti europee*, cit., p. xiv. Si vedano anche F. Duranti, *Corti nordiche e Corti europee: armonia e dialogo nell'integrazione internazionale e sovranazionale*, ivi, p. 23 e 24, a proposito di Danimarca, Finlandia e Svezia.

(51) Chiti, *Am Deutsche Volke*, cit.

(52) Bonfiglio, *Prime note sulla sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco sul Trattato di Lisbona*, cit.

(53) Nota Violini, *La sentenza*, cit., p. 949, che la Corte usa spessissimo il termine sovranità, sconosciuto peraltro al *Grundgesetz*.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

tali proporzioni difficilmente passerebbe semplicemente per le urne (54).

Il Tribunale tedesco ha, in estrema sintesi, legittimato il deficit democratico (55) dell'Unione frustrando le possibilità di un'ulteriore integrazione. In questo modo, sembra aver scontentato sia chi aspira ad un'ulteriore compenetrazione del livello europeo con quello nazionale, sia chi lamenta un'eccessiva invadenza dell'Europa nelle questioni nazionali. I primi si vedono ora sbarrare la strada, mentre ai secondi viene negata la possibilità di un maggiore controllo democratico sull'Unione, ritenuto dal Tribunale non necessario.

Tale paradossale risultato viene raggiunto dalla Corte attraverso una riflessione condotta attorno a due punti focali: il tema della sovranità e quello dell'identità costituzionale (56), sui quali conviene concentrarsi particolarmente per evidenziare la debolezza del ragionamento.

2.1. *La sovranità come* Kompetenz-Kompetenz.

Il BVerfG ritiene che la sovranità esiga « come base costituzionale propria l'indipendenza da ogni volontà estranea » (57). Il sovrano è dotato di poteri che originariamente gli spettano e che, nel caso del'ordinamento democratico tedesco, gli sono conferiti diret-

---

(54) LEIBFRIED-VAN ELDEREN, *« And they shall Beat their Swords into Plowshares »*, cit.

(55) È degna d'interesse la decisione della Corte di Strasburgo sul caso Matthews *c.* Regno Unito (18 febbraio 1999, ric. n. 24833/94), nel corso della quale ha opinato per la sostanziale democraticità dell'Ue, grazie al ruolo del Parlamento europeo: « 52. Quant au contexte dans lequel le Parlement européen fonctionne, la Cour estime que cet organe est l'instrument principal du contrôle démocratique et de la responsabilité politique dans le système communautaire. Légitimé par son élection au suffrage universel direct, le Parlement européen doit être considéré, quelles que soient ses limites, comme la partie de la structure de la Communauté européenne qui reflète le mieux le souci d'assurer au sein de celle-ci un « régime politique véritablement démocratique ». » Si veda S. NINATTI, *How Do Judges Conceive of Democracy? The Democratic Nature of the Community Decision-Making Process Under Scrutiny of the European Court of Justice*, in « Jean Monnet Working Paper », 10/03, in *http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/03/031001.html.*

(56) Par. 238.

(57) Par. 231.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

tamente dal popolo. È proprio tale originarietà ad attribuirgli la *Kompetenz-Kompetenz*.

In sostanza, il Tribunale legge il rapporto tra sovranità popolare, sovranità statale e competenze in maniera *monodimensionale* (58). Il popolo investe, attraverso il proprio potere costituente, solo *il sovrano* della *Kompetenz-Kompetenz* (59). Ricostruito in questi termini, evidentemente può sussistere un solo sovrano, poiché soltanto un soggetto può teoricamente avere competenze illimitate.

Questa ricostruzione, dai termini generalissimi, suscita dubbi, dal momento che sembra difficilmente compatibile con la dottrina, soprattutto novecentesca ma di radici risalenti, che ritiene un tratto distintivo dello Stato costituzionale il fatto che nasca limitato (60). Non a caso, la Corte sembra derivarla dalla giuspubblicistica tedesca marcotamente ottocentesca (61) — Jellinek e Laband, appunto.

Il ragionamento del Tribunale mostra, secondo la dottrina, evidenti limiti, sia per la debolezza intrinseca degli elementi che usa, sia per l'anacronistica ricostruzione della dimensione statale. C'é chi ha fatto notare che la sovranità tedesca è stata concepita e costituzionalizzata proprio per aprirsi ad un contesto politico plurale. Sia la sovranità accordata alla Germania postbellica, sia soprattutto quella derivante dall'unificazione del 1991, nascono limitate: la seconda, in particolare, risulta doppiamente compressa, sia dalla presenza dei Laender, sia dall'inserimento nell'Unione (62).

È proprio la prospettiva dell'Unione, e della normale articolazione dei suoi rapporti con gli Stati, a suscitare ulteriori dubbi nei confronti delle argomentazioni del Tribunale. È stato il processo di deperimento delle strutture degli Stati nazionali, che ha subito

---

(58) Ringrazio il prof. Franco Pizzetti per le conversazioni davvero chiarificatrici avute su questo aspetto della sovranità.

(59) Sviluppa delle considerazioni sull'esclusività della *Kompetenz-Kompetenz* E. Cannizzaro, *Esercizio di competenze e sovranità nell'esperienza giuridica dell'integrazione europea*, in « Rivista di diritto costituzionale », 1996, p. 78.

(60) Si veda, recentemente, ad es. G. Silvestri, *Popolo, populismo e sovranità*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli, Jovene, 2009, p. 2005.

(61) C. Wohlfahrt, *The Lisbon Case: A Critical Summary*, in « German Law Journal », 2009, p. 1278.

(62) Leibfried, van Elderen, *« And they shall Beat their Swords into Plowshares »*, cit. Si veda anche Rossi, *La sentenza*, cit., p. 998-9.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

un'accelerazione a seguito dei fenomeni di globalizzazione (63), a sviluppare la dimensione sovranazionalistica quanto quella localistica. Il duplice spostamento di poteri che ne è risultato non rappresenta un fenomeno transitorio, in vista del recupero della sovranità statale, ma sta dando vita a due piani destinati a stabilizzarsi, e per i quali la dottrina ha coniato formule come quella di « comunità costituzionale » (64). La realtà dell'Unione si sarebbe attestata quale forma di « sovranazionalismo » giuridico (65), che per alcuni ha ormai superato ampiamente la logica incrementale e funzionalistica (66) che ne aveva segnato l'avvio e lo sviluppo. In definitiva, la stessa fisionomia della sovranità sarebbe, secondo alcuni autorevoli commentatori, chiaramente « cambiata in interdipendenza o dipendenza » (67), a seguito della devoluzione di poteri dallo Stato sia verso l'esterno, che verso i livelli sub statali di governo. Il Tribunale sembra volersi difendere da una tendenza globale ed ormai ineluttabile, anziché comprenderla e proporne una visione coerente. Con il risultato, tuttavia, di prospettare un'alternativa secca tra sovranità statale o europea, che difficilmente si può dare nella pratica: una delle basi teoriche del costituzionalismo multilivello, non a caso, risiede nella coessenzialità dei diversi livelli, per cui un assorbimento delle competenze da parte dell'Unione è improbabile quanto la permanenza dei poteri al solo livello statale (68).

---

(63) Si veda, tra i molti, M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in « Rivista di diritto costituzionale », 1996, p. 172.

(64) HÄBERLE, *Diritto costituzionale nazionale, unioni regionali fra stati e diritto internazionale come diritto universale dell'umanità,* cit.

(65) Si veda, autorevolmente, A. VON BOGDANDY, *Doctrine of Principles*, in « Jean Monnet Working Paper », 9/03, *http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/03/030901-01.pdf*, ove sostiene che il sovranazionalismo sia un dato permanente e costitutivo dell'Unione.

(66) M. DANI, *Constitutionalism and Dissonances - Has Europe Paid Off Its Debt to Functionalism?*, in « Jean Monnet Working Paper », 6/07, *http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/07/070601.pdf.*

(67) G. ZAGREBELSKY, *Discorso*, in *www.cortecostituzionale.it.*

(68) Si tratta di un'evidenza che anche negli Stati Uniti si va facendo strada e alimenta il rilancio degli Stati: si veda R. SCHAPIRO, *In the Twilight of the Nation-State: Subnational Constitutions in the New World Order*, in « Rutgers Law Journal », 2008, p. 806 ss. L'autore tocca alcuni temi tra i quali il ruolo degli Stati nella politica estera.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

La medesima revoca della partecipazione all'Unione, che il Tribunale richiama più volte nel corso della motivazione, costituisce un'ipotesi poco più che scolastica. Nonostante non sia l'unica Corte costituzionale ad averla ventilata (anche l'Italia, in tempi ormai risalenti, l'ha menzionata), l'idea medesima di un'uscita dall'Ue sembra decisamente impercorribile (69), tale è ormai l'intreccio non solo giuridico, ma anche economico e sociale nell'area dell'Unione. Più si consolidano tali relazioni, più inverosimile diviene l'opzione di un recesso.

Va tuttavia osservato come la ricostruzione della sovranità tedesca in combinazione con la sua identità potrebbero trasformare il diritto di recesso (70) in uno strumento di pressione. Ciascuno Stato, infatti, potrebbe ipotizzare e, in ultima analisi, minacciare di esercitarlo (71) non per ragioni di opportunità politica, ma quale soluzione indispensabile per preservare la sua identità costituzionale. Ad esempio, di fronte ad ipotesi di salvataggio di Paesi in grave crisi finanziaria, altri membri dell'Ue potrebbero porre una sorta di veto invocando la propria identità costituzionale e prospettando il proprio recesso.

Menzionando il recesso, il Tribunale rivela soprattutto la difficoltà a sistematizzare il rapporto tra soggetti che ormai dispongono di prerogative « sovrane », che esercitano sulla medesima popolazione e nello stesso territorio. Si tratta di un *gap* concettuale, che ricostruisce in maniera riduttiva il ruolo dell'Unione per porle dei limiti ma, in sostanza, ha il perverso effetto di ritenere non necessario un controllo democratico sulla sua attività paragonabile a quello vigente nei Paesi che ne fanno parte.

---

(69) ROSSI, *I principi*, cit., p. 1001, nota come la giurisprudenza della Corte di giustizia abbia invece riconosciuto nella mancanza di un termine per il Trattato Ce un indice « dell'irreversibilità del processo di integrazione ».

(70) Sul diritto di recesso in termini generali, si vedano almeno U. VILLANI, *Recesso (dir. internaz.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1988, in particolare p. 46, e G. LUCATELLO, *Confederazione di Stati*, Roma, Enciclopedia giuridica Treccani, 1988, p. 3, a proposito delle confederazioni indissolubili e perpetue.

(71) Art. 49 A del Trattato.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

2.2. *L'antico tema dell'identità: spada, toga e tasse.*

Problemi non inferiori genera il ricorso del Tribunale all'argomento dell'identità costituzionale (72), che corrobora menzionando l'art. 79, terzo comma, del *Grundgesetz* (73). Il BVerfG tenta infatti una elencazione delle prerogative che danno contenuto sostanziale alla sovranità: menziona alcune materie nelle quali la Germania dovrebbe esercitare le decisioni fondamentali, in nome della sua specifica identità spirituale, culturale e religiosa (74).

Il tema dell'identità, che sta sicuramente vivendo un rilancio — anche in termini dialettici rispetto alla prospettiva dell'integrazione giuridica e politica (75) — e che non è sconosciuto ai costituzionalisti tedeschi (76), viene tuttavia utilizzato in maniera piuttosto discutibile (77).

---

(72) Per J. ZILLER, Solange III*, ovvero la* Europarechtsfreundlichkeit del Bundesverfassungsgericht*. A proposito della sentenza della Corte costituzionale federale tedesca sulla ratifica del Trattato di Lisbona*, in « Rivista italiana di diritto pubblico comunitario », 2009, p. 988, il tema dell'identità costituzionale e il controllo che esercita il Tribunale federale per garantire che questa sia rispettata rappresenta uno dei pochi aspetti di novità della sentenza, nel contesto della giurisprudenza tedesca. A. ANZON DEMMIG, *Principio democratico e controllo di costituzionalità sull'integrazione europea nella « sentenza Lissabon » del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, p. 7, evidenzia come la clausola di eternità e quella di identità si implichino reciprocamente, nel ragionamento del Tribunale: l'identità costituzionale tedesca sarebbe garantita dal carattere « eterno » del nucleo duro del *Grundgesetz*.

(73) Par. 218.

(74) Par. 237.

(75) G. ROLLA, *Diritti universali e relativismo culturale*, in « Quaderni costituzionali », 2005, p. 855 ss.

(76) Se ne trovano tracce nei lavori di E.W. BÖCKENFÖRDE sul rapporto tra istituzioni e società civile (come *Diritto e secolarizzazione*, Roma-Bari, Laterza, 2007), ma se ne è soprattutto occupato P. HÄBERLE, *Costituzione e identità culturale: tra Europa e Stati nazionali*, Milano, Giuffrè, 2006, e ID., *Per una dottrina della Costituzione come scienza della cultura*, Roma, Carocci, 2001.

(77) ROSSI, *I principi*, cit., p. 1005, ritiene che il catalogo non sia organico perché è inteso piuttosto a precludere ulteriori profili di integrazione. Servirebbe cioè a bloccare la comunitarizzazione di altre competenze, in prospettiva. In senso inverso, si veda ANZON DEMMIG, *Principio democratico e controllo di costituzionalità sull'integrazione europea nella « sentenza Lissabon » del Tribunale costituzionale federale tedesco*, cit., p. 25.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Il Tribunale infatti menziona (78) il settore della cittadinanza, il monopolio dell'uso della forza, le scelte in materia di entrata e di spesa, di politica criminale, di amministrazione della giustizia, di politica linguistica, il diritto di famiglia e scolastico, la libertà di espressione, stampa e associazione, la libertà di religione, quali ambiti nei quali il livello statale dovrebbe giocare un ruolo decisivo.

Naturalmente, i termini con i quali sono menzionate queste aree sono talmente vaghi da non poter distinguere in quali termini il Tribunale ritenga ammissibile un intervento dell'Unione. Vale comunque la pena sottolineare che l'Ue si è senz'altro, da tempo, occupata di vari di questi temi, per cui sembra irrealistico mettere al riparo queste materie dagli interventi dell'Unione. Tra i tanti esempi, si può ricordare come sulla cittadinanza e le politiche migratorie influiscano le scelte europee in materia di sicurezza e libera circolazione, ed anzi Paesi come l'Italia auspichino un maggiore interessamento da parte delle istituzioni dell'Unione (79). Oppure, va ricordato che in campo fiscale e finanziario i target di bilancio fissati da Maastricht hanno giocato un ruolo cruciale nel risanamento delle finanze di molti Paesi; inoltre, fino a poco fa si temeva che l'attuazione del federalismo fiscale in Italia potesse essere influenzata negativamente da una concezione eccessivamente rigida degli aiuti di Stato che l'UE sembrava adottare e che poteva escludere iniziative fiscali regionali a sostegno delle attività produttive (80). Segni di un ruolo importante che l'Unione già svolge nel contesto fiscale e finanziario (81).

Altri temi, come politica criminale e lingua, potrebbero rimanere a livello statale persino se l'Unione acquisisse un'articolazione

---

(78) Par. 249.

(79) Va inoltre evidenziato come non ci sia un legame indissolubile tra la sovranità e la cittadinanza: ad esempio, la disciplina svizzera in materia ha tradizionalmente privilegiato i singoli Cantoni, che hanno ampi margini nell'attribuire lo *status* di cittadino, rispetto alla Confederazione.

(80) Una tale concezione degli aiuti di Stato ha subito una profonda virata con la coppia di sentenze della Corte di Giustizia C- 88/03 (*Portogallo v. Commissione*), e C-428-434/06 (*Rioja et al.*).

(81) G. Guarino, *Per una Costituente europea*, in *www.astrid.it*, osserva come già a partire dagli anni Novanta si sia progressivamente sottratta « agli Stati la sovranità monetaria » inducendoli « ad accettare un forte condizionamento della sovranità finanziaria ».

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

federale e si procedesse ad una redistribuzione della sovranità. È questo il caso, ad esempio, degli Stati Uniti, che mantengono una significativa diversificazione sul piano del diritto penale, o del Belgio, la cui struttura federale consente a ciascuna comunità linguistica di utilizzare il proprio idioma. In definitiva, federalismo e sussidiarietà verticale potrebbero mantenere queste scelte in capo agli Stati pur in presenza di un trasferimento formale e corposo di sovranità in capo all'Unione.

In sintesi, il tema dell'identità, come lanciato dal BVerfG, non si attaglia alla concreta esperienza dell'Unione, né consolida l'opinione che quest'ultima debba essere considerata come una mera associazione tra Stati, priva di una reale sovranità (82).

L'elenco, che certa dottrina ritiene arbitrario e persino insensato (83), pare ritagliato su una vecchia concezione della sovranità, che collocava in capo allo Stato il monopolio della forza (civile e militare), della giustizia (politica criminale, diritto di famiglia e amministrazione della giustizia) e della moneta. Mentre i primi due hanno subito un'erosione, il terzo è addirittura scomparso con l'euro. Sebbene sembri essere stato sostituito nella lista del Tribunale con l'autonomia di bilancio, si tratta di una lacuna vistosa, avvertita dalla dottrina, e che sembra tradire l'artificialità dello sforzo ricostruttivo del Tribunale.

In definitiva, la sovranità viene utilizzata dall'autorevole BVerfG per contenere l'espansione delle competenze dell'Ue, ponendo dei paletti in qualche modo distinguibili ed affermare che un loro superamento passerebbe solo attraverso una rottura costituzionale. Viene proposta una concezione *monodimensionale* della sovranità, che non ammette la contemporanea esistenza di più soggetti sovrani.

---

(82) POIARES MADURO, GRASSO, *Quale Europa dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona?*, cit., p. 525, notano inoltre come per il diritto dell'Ue l'identità costituzionale non sia semplicemente un controlimite all'integrazione, ma un parametro di costituzionalità.

(83) SCHÖNBERGER, Lisbon *in Karlsruhe: Maastricht's* Epigones At Sea, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

3. *Sovranità* vs. *pace? Il debito di Kant.*

In estrema sintesi, l'uso della sovranità da parte del Tribunale tedesco sembra essere un'esplicita pietra d'inciampo all'integrazione (84), svalutandola fino ad escludere la necessità di democratizzare l'Unione. Il costituzionalismo viene utilizzato per limitare i processi d'integrazione politica.

È comprensibile una resistenza da parte di Paesi che hanno vissuto l'integrazione forzata in un contesto giuridico e politico che ne ha assorbito l'identità, come è avvenuto nell'Europa orientale, attratta nell'orbita sovietica (85). Era forse meno atteso uno stop di tale portata all'integrazione da un Paese come la Germania, che aveva lungamente aspirato, anche sotto il profilo costituzionale, alla riunificazione tra le sue due parti.

Va tuttavia ammesso che la Corte ha trovato nei concetti costituzionali — ed in primo luogo nella sovranità — delle importanti pezze d'appoggio per il suo ragionamento.

Sembra che la matrice universalista del pensiero kantiano, pur autorevolmente e comprensibilmente ripresa per descrivere l'integrazione europea nel suo svolgimento storico e nella sua dimensione morale, contenga dei profili che militano contro lo sviluppo dell'Unione, sia in termini concettuali che in termini di competenze. In definitiva, la logica dell'integrazione, debitrice del pensiero kantiano, sembra non potersi lasciare alle spalle una concezione *monodimensionale* della sovranità, capace di dare spazio a più soggetti dotati di poteri sovrani. Conviene dedicare un certo spazio al pensiero di Kant riguardo la sovranità e le relazioni tra gli Stati, evidenziando come il ragionamento del filosofo, pur partendo da una prospettiva d'integrazione, si presti a degli approdi molto differenti (86), echeggiati dalla sentenza tedesca.

---

(84) Già nel 2003 Von Bogdandy, *Doctrine of Principles*, cit., avvertiva che accentuare il livello statale avrebbe impedito la comprensione dell'Unione e soprattutto dell'interazione tra i vari livelli.

(85) Il tema della sovranità limitata era stato utilizzato da Brezhnev per legittimare l'intervento persino armato dell'Unione Sovietica nei confronti degli Stati legati dal Patto di Varsavia. Si veda Komárec, *European Constitutionalism and the European Arrest Warrant*, cit.

(86) Bolaffi, *Il crepuscolo della sovranità*, cit., p. 212, mostra come nella

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Va indubbiamente riconosciuto a Kant di aver colto come la dimensione statuale e quella internazionale si intersechino (87). La stabilità interna e la pace in uno Stato sono grandemente influenzate dal contesto internazionale. Nel suo pensiero giuridico, sviluppato soprattutto in *Per la pace perpetua* e nella prima parte della *Metafisica dei costumi*, Kant mostra con chiarezza di intendere che l'ordine interno dipende da un sistema di rapporti tra gli Stati di carattere pacifico e stabile (88), cui dedica una parte cospicua del suo pensiero politico (89). La prospettiva politica universalista e pacificatrice, propria del costituzionalismo liberale (90), è contemplata dal pensiero di Kant, che le dà spazio nella riflessione sul diritto cosmopolitico (91). Egli riflette su un sistema che, garantendo la pace tra gli Stati, consenta anche la stabilità e l'ordine dentro ciascuno di essi.

In questo senso, si riscontra una significativa assonanza tra la prospettiva kantiana e le acquisizioni dell'integrazione europea. Habermas, ad esempio, individua tra le pagine della *Pace perpetua* alcune delle linee di sviluppo destinate a guidare secoli dopo l'esperimento comunitario europeo: il commercio internazionale, il carattere democratico dei regimi coinvolti, lo sviluppo di una cultura liberale e la creazione di una sfera pubblica transnazionale (92).

---

polemica tra Kelsen e Cassirer sull'idea di persona e diritti fondamentali entrambi gli autori facciano riferimento ad aspetti che si ritrovano in Kant.

(87) Sulla riflessione politica al tempo di Kant, si può vedere utilmente L. SCUCCIMARRA, *Obbedienza resistenza ribellione. Kant e il problema dell'obbligo politico*, Roma, Jouvence, 1998.

(88) H. WILLIAMS, *Kant's critique of Hobbes. Sovereignty and Cosmopolitanism*, Cardiff, University of Wales, 2003, p. 195.

(89) M. TOMBA, *La « vera politica ». Kant e Benjamin: la possibilità della giustizia*, Macerata, Quodlibet, 2006, p. 78, attribuisce a Kant il merito di aver conferito per primo al desiderio della pace un profilo concettuale.

(90) ROLLA, *Diritti universali e relativismo culturale*, cit.

(91) È significativo che PERNICE, *The Treaty of Lisbon*, cit., p. 374, menzioni l'idea di una « rivoluzione cosmopolita silenziosa » per qualificare l'integrazione europea: espressione che risente chiaramente della logica kantiana.

(92) HABERMAS, *L'inclusione dell'altro*, cit., p. 183-185. Kant, in particolare, in *Per la pace perpetua*, aveva espressamente incluso una sorta di diritto alla libera circolazione per ragioni commerciali, tra i fattori di normalizzazione dei rapporti tra gli Stati e capaci di spingere le differenti entità statuali verso forme giuridiche cosmopolitiche. Si vedano i suoi *Scritti di storia, filosofia e diritto*, a cura di F. Gonnelli, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 177-178.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

L'Unione, in definitiva, costituisce un successo andato via via espandendosi sotto il profilo geografico e approfondendosi quanto al grado di integrazione politica, e che ha guadagnato al continente benessere e pace.

Tuttavia, bisogna considerare come Kant fatichi a sviluppare un edificio giuridico coerente con quest'impostazione. Si ritrovano, in effetti, nel pensiero del filosofo due tendenze che la dottrina ritiene « per molti versi in contrasto tra di loro » (93) e che, per ragioni diverse, sembrano tradire il progetto di integrazione politica pacificatrice cui Kant aspirava.

Nell'occuparsi del tema della pace e degli strumenti giuridici con i quali raggiungerla, Kant espone due possibilità (94). Da un lato, stima quale soluzione migliore l'ipotesi di una struttura politico-giuridica sovranazionale, nella quale si dissolverebbero le sovranità statali (95). In sostanza, la molteplicità degli Stati dovrebbe avere fine per dare luogo ad un'unica soggettività, uno « Stato di popoli », dotato della pienezza dei poteri, senza alcun pari di fronte a sé e pertanto in grado di far rispettare l'ordine e la pace (96):

> « tutto il diritto dei popoli e tutto il mio-tuo esterno che gli Stati possono acquisire o mantenere con la guerra risulta soltanto *provvisorio* e soltanto grazie a una *unione* generale *fra gli Stati* (analoga a quella che fa di un popolo uno Stato) può diventare *perentorio* e trasformarsi in un vero e proprio *stato di pace* ».

Si potrebbe forse dire che un simile Stato sarebbe in grado di garantire la pace perché non avrebbe contendenti. La pace coinciderebbe, in sintesi, con il venir meno delle medesime relazioni internazionali, per esaurimento dei soggetti sovrani.

Tuttavia, lo stesso Kant, ritenendo impraticabile una tale

---

(93) S. Dellavalle, *Kant, l'ordine internazionale e l'integrazione europea*, in « Filosofia politica », 2006, p. 245. Sulla problematicità della riflessione kantiana sul tema si veda O. Höffe, *Kant's Cosmopolitan Theory of Law and Peace*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 168-179 e 193.

(94) Sulle incertezze lessicali di Kant, che hanno reso la comprensione del suo pensiero più difficile, si vedano le considerazioni di G. Marini, *La filosofia cosmopolitica di Kant*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 144, 147 e ss.

(95) Par. 61.

(96) *Metafisica dei costumi*, *Diritto pubblico*, sez. II, par. 61 (Milano, Bompiani, 2006).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

ipotesi, pensa ad un'altra soluzione, che non nasconde di considerare un ripiego (97). Ipotizza una confederazione di Stati sovrani (*Völkerbund*) (98), che, nata dall'iniziativa di alcuni, si estenda progressivamente ad altre entità statali, per ragioni di convenienza (99). « Questa, che Kant definisce anche « associazione » (100) di Stati, non sarebbe tuttavia dotata di alcuna sovranità sui soggetti che vi confluiscono:

> « Questa alleanza non deve comportare un potere sovrano (come in una costituzione civile) bensí soltanto un'*associazione* (federazione), un'alleanza che puó venir sciolta in qualsiasi momento e che quindi deve essere rinnovata di tanto in tanto ».

Stiamo parlando di una realtà priva di poteri coattivi (101) e delle strutture burocratiche necessarie per dare esecuzione alle proprie determinazioni.

Per ragioni di praticabilità concreta, Kant punta sulla seconda formula: la sola, tra le due disponibili, che ritiene peraltro in grado di conservare la specifica identità culturale di ciascuno dei popoli coinvolti nella confederazione. Si tratta tuttavia di un legame debole, da cui ciascuno Stato può sempre e liberamente recedere.

Si danno in definitiva due soluzioni inconciliabili ed estreme: un unico soggetto sovrano, nel quale si dissolvono le entità statali e le loro identità culturali, oppure una tenue associazione, la cui durata è rimessa all'arbitrio dei sovrani che vi concorrono, priva di organi e di strumenti di coazione.

Kant ha a disposizione due esempi a lui contemporanei per illustrare quello che ha in mente, sia quando ipotizza una soggettività statuale unitaria, sia quando pensa ad una confederazione debole nella struttura e precaria nella durata. Gli Stati Uniti d'America costituirebbero un prototipo di Stato unitario (102), mentre il

---

(97) KANT, *Sul detto comune: questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la prassi*, in *Scritti di storia, politica e diritto*, cit., p. 156.

(98) *Per la pace perpetua*, cit., p. 175. Si veda anche DELLAVALLE, *Kant, l'ordine internazionale e l'integrazione europea*, cit.

(99) *Per la pace perpetua*, cit., p. 176.

(100) *Metafisica dei costumi*, *Diritto pubblico*, sez. II, par. 54.

(101) *Per la pace perpetua*, cit., p. 175.

(102) Par. 61. HÖFFE, *Kant's Cosmopolitan Theory of Law and Peace*, cit., p. 197,

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

congresso degli Stati Generali dell'Aia, nato alla fine del Seicento (103) per comporre pacificamente controversie tra Stati, esemplificherebbe la seconda opzione (104).

La linea che adotta Kant nella sua riflessione presenta evidenti assonanze con quella tenuta dal Tribunale tedesco. Kant, infatti, individua una distinzione fondamentale tra la prima ipotesi — uno Stato che assorba gli ordinamenti nazionali per sostituirvisi, nella pienezza dei poteri — e la seconda — una sorta di « lega » tra soggetti dotati della piena sovranità, che non cedono alcun potere ma semplicemente negoziano tra pari la composizione di vertenze internazionali.

In particolare, in questa seconda soluzione si ritrova un aspetto sul quale il Tribunale tedesco ugualmente insiste: il diritto di recesso degli Stati membri. In effetti, nella sentenza così come nel ragionamento di Kant sembra coagularsi attorno al diritto di recesso il carattere più distintivo della sovranità. Questo consente di mantenere agli Stati il ruolo di « Signori dei trattati », affidando al loro arbitrio la tenuta dell'Unione. Sembra non esistere dunque un termine medio tra un soggetto unitario detentore di tutti gli attributi dello Stato — un corpo comune che funziona come un automa, secondo la riflessione del filosofo (105) — e un'alleanza debole.

La vicinanza tra il pensiero di Kant e la riflessione del Tribunale si riscontra anche a monte, nell'impostazione logica che conduce a questa rigida dicotomia. Kant, non diversamente dai giudici tedeschi, colloca al centro del proprio ragionamento il tema della sovranità statale (106).

---

nota come Kant non si avveda della struttura federale di Paesi a lui contemporanei come Stati Uniti, Svizzera, Paesi Bassi e lo stesso Reich, che prevedevano la compresenza di più soggetti sovrani all'interno del medesimo ordinamento nazionale. Il ritratto che Kant offre degli Stati Uniti non risulterebbe corrispondente alla realtà di quell'ordinamento, specialmente se si considera il periodo precedente la guerra civile. Sull'argomento, si veda anche MARINI, *La filosofia cosmopolitica di Kant*, cit., p. 158.

(103) A. SIMARI, *Kant e il federalismo*, in *Rivista della Scuola superiore dell'economia e delle finanze*, maggio 2004, p. 2.

(104) *Metafisica dei costumi*, *Diritto pubblico*, Sez. II, par. 61.

(105) *Idea per una storia universale dal punto di vista cosmopolitico*, in *Scritti di storia, politica e diritto*, cit., p. 37.

(106) Lo stesso TOMBA, *La « vera politica »*, cit., p. 173, ammette che Kant articola il discorso sulla pace a partire dal principio della sovranitá esclusiva del soggetto

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Nella riflessione kantiana, il sovrano, nella sua dimensione di legislatore (107), rappresenta un polo fondamentale. Per Kant il sovrano dispone di tutte le risorse presenti sul territorio, con assoluta prevalenza sulla società civile, e ha il potere d'imposizione fiscale, di amministrazione economica e finanziaria, di controllo dell'ordine pubblico (108).

Una tale concezione della sovranità non ammette che in un ordinamento più soggetti ne dispongano. La sovranità è intrinsecamente illimitata (109): Kant sottolineerà più volte che « nello Stato non ci può essere più di un grazioso signore », intendendolo come colui « verso il quale non vi sia nessun diritto coattivo » (110). Questo ruolo spetta al sovrano, chiunque egli sia — un autocrate piuttosto che il popolo: preferirà l'espressione « maestà dello Stato » (111) alla « maestà del popolo ». Il sovrano è semplicemente lo Stato, non il popolo.

Una tale ricostruzione del soggetto-Stato esclude che ci possano essere cessioni anche parziali della sovranità: qualsiasi abdicazione delle prerogative della sovranità farebbe venire meno la natura stessa dello Stato. Kant lo afferma a chiare lettere a proposito della legislazione, con termini che sembrano preconizzare la « clausola di eternità » dell'ordinamento tedesco nella lettura che ne dà il Tribunale costituzionale. È preclusa la possibilità che lo Stato possa devolvere il proprio *status* di sovrano:

> « il diritto della legislazione suprema nella comunità non è un diritto alienabile […] chi lo detiene può disporre soltanto del popolo attraverso la sua volontà collettiva, ma non della volontà collettiva stessa » (112).

---

statale. GONNELLA, *La filosofia politica di Kant*, cit., p. 37, ritiene, non diversamente, che la sovranità si collochi al centro della riflessione politica del filosofo.

(107) *Metafisica dei costumi*, *Diritto pubblico*, Sez. II, par. 48.

(108) *Metafisica dei costumi*, *Diritto pubblico*, Sez. II, par. 51.

(109) Si vedano le considerazioni di Gonnelli, nella sua *Introduzione* a *Scritti di storia, politica e diritto*, cit., p. XXV, e in *La filosofia politica di Kant*, cit., p. 37. Habermas, *L'inclusione dell'altro*, cit., p. 181, avverte come in *Per la pace perpetua* Kant mantenga la competenza delle competenze a livello statale.

(110) *Sul detto comune*, cit., p. 140 e 141, nota. Nella *Metafisica dei costumi*, Sez II, *Diritto pubblico*, *Nota generale A*, afferma che lo Stato ha tutti i diritti e nessun dovere.

(111) *Per la pace perpetua*, cit., p. 174.

(112) *Metafisica dei costumi*, cit., par. 52, n. 342.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Seguendo la parabola del suo pensiero, emerge dunque chiaramente come Kant concepisca la sovranità in maniera analoga al Tribunale tedesco. Il filosofo e il Tribunale condividono l'opinione che la sovranità sia intrinsecamente illimitata e non alienabile in alcun modo — se non a prezzo di una rottura dell'ordinamento, che conduca alla fine dello Stato per crearne un altro.

Kant e il Tribunale mostrano una resistenza ad ammettere una distribuzione della sovranità tra più soggetti. La logica che entrambi adottano sembra escludere che l'integrazione tra Stati sovrani possa raggiungere punte tanto elevate, come invece pare essere già accaduto tra le nazioni europee nel caso dell'Ue (113).

Per Kant, l'idea di una confederazione dal carattere tenue, che mantenga uno stampo associativo, privo di un apparato burocratico in grado di dare esecuzione alle proprie determinazioni, era l'unica praticabile e tuttavia segnata da un'estrema precarietà. Da questo lato, l'esperimento dell'integrazione europea ha sconfessato almeno parzialmente il pessimismo di Kant. Quel legame tenue rappresenta il tipo di struttura che la dottrina ha rinvenuto proprio quale tratto distintivo dell'Unione europea e che, in realtà, sembra averle assicurato una stabilità inimmaginabile per Kant. Espandendosi a macchia d'olio ed incrementando progressivamente e quasi per osmosi le proprie competenze, quest'ordinamento sovranazionale ha costantemente affidato alle strutture amministrative degli Stati membri la propria sopravvivenza.

Sebbene un tale esperimento trovi difficile collocazione nella concezione kantiana della sovranità (114), ha avuto un successo tale da rendere davvero improbabile che gli Stati esercitino il diritto di recesso (se non, come detto sopra, quale strumento di pressione) cui tanto Kant quanto il Tribunale fanno riferimento.

Se dunque Kant non sembra essere stato un buon profeta sul successo dell'esperimento comunitario, pare però aver intuito quello

---

(113) M. Luciani, *Il* Bundesverfassungsgericht *e le prospettive dell'integrazione europea*, in *www.astrid.it*, nota come, nelle parole della Corte, « un'era dell'integrazione europea, effettivamente, è finita », e si chiede se « uscire da quella logica » lungo la quale si è snodata l'integrazione sia « *oggettivamente* possibile ».

(114) Lo stesso Habermas, *L'inclusione dell'altro*, cit., p. 181, evidenzia come, a seguire il pensiero di Kant, sorgano difficoltà ad articolare il costituzionalismo in senso pluralista.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

che la politica e il diritto avrebbero attuato secoli dopo: la ricerca della pace attraverso l'integrazione tra gli ordinamenti. La dottrina ha notato che, ad oggi, l'Unione europea sembra aver incarnato meglio di ogni altra istituzione gli ideali di pace e giustizia cui pensava Kant, quando rifletteva sulla dimensione sovranazionale (115). In questo senso, la morale di Kant — la ricerca della pace come ideale regolativo — ha avuto successo a spese della sua filosofia del diritto.

Quanto alla concezione del diritto e di Stato, tra Kant e il Tribunale tedesco si colloca una parabola della sovranità coerente. Il grande filosofo di Könisberg, alla fine del diciottesimo secolo, sembra avere dettato una linea che il Tribunale di Karlsruhe nel 2009 ha ripreso: una prospettiva universalista del costituzionalismo, ma saldamente ancorata ad un'unica dimensione della sovranità (116). Un'impostazione che secondo alcuni sarebbe addirittura legata all'antropologia kantiana: questa renderebbe

> « Impossibile ipotizzare identità pluridimensionali, appartenenze plurime, livelli diversi di integrazione corrispondenti a qualità distinte della relazione » (117).

Sarebbe l'individualismo antropologico, ad aver dato spazio ad un'idea di sovranità di tipo *monodimensionale*.

---

(115) S. Rossi, *Costituzione e libertà. Kant e la dottrina costituzionalistica tedesca*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », n. 2, 1998, p. 382.

(116) *Ibidem*.

(117) *Ibidem*.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

UMBERTO ROMAGNOLI

TORNARE ALLO STATUTO

Tradizionalmente, il lavoro dipendente si è giovato di una rappresentanza a struttura binaria: i partiti di sinistra si sommavano ai sindacati.

Trattandosi di soggetti e forme di rappresentanza con una propria identità, ma con retro-terra sociali tendenti a sovrapporsi, frizioni e attriti erano da considerarsi fisiologici. In effetti, la loro coabitazione non era regolata da una suddivisione dei ruoli più solida e precisa di quella che è dato tracciare tra sfera politica e sfera sociale. Le cose dunque non potevano filare sempre lisce. Però, una struttura della rappresentanza che a molti appariva debordante dava al lavoro dipendente la forza di competere col capitale per la conquista del potere al termine di una lotta cui partecipava con la certezza che l'eliminazione dell'avversario avrebbe soddisfatto l'interesse generale. Insomma, gli conferiva il carisma di un soggetto egemone. Nel politico e nel sociale.

Con questo passato alle spalle, verrebbe da dire: adesso che la sinistra politica è entrata nel cono d'ombra d'una eclisse destinata a durare, il lavoro dipendente è sotto-rappresentato.

Per la verità, la sensazione non è nuova. La prima volta si affacciò sul finire degli anni '60, in presenza di un ciclo di lotte operaie senza precedenti per intensità e durata che spiazzò anche i rappresentanti del lavoro dipendente. L'indistinto protagonismo conflittuale di massa del periodo diede vita ed impulso ad un processo di trasformazione dei sindacati in un soggetto politico intenzionato a sottrarsi alla patria potestà di tutti i partiti, fossero essi al governo o all'opposizione, e ad occupare spazi crescenti nel circuito istituzionale. La vicenda si è consegnata alla storiografia come un'insorgenza di pansindacalismo; un brutto neologismo en-

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

trato nel lessico dei politologi portandosi dietro un giudizio di disvalore motivato dagli scivolamenti del fenomeno nel populismo. Malgrado le ombre, però, la minaccia di un indebolimento della rappresentanza a struttura binaria del lavoro dipendente si allontanò, perché il deficit di rappresentanza politica venne ripianato dalla vocazione all'unità d'azione che il pluralismo delle rappresentanze sociali possibile in un regime di libertà sindacale aveva riscoperto e dalla rivendicazione da parte di ciascuna di esse di una più ampia autonomia nei confronti dei partiti di riferimento.

Oggi, la sotto-rappresentanza del lavoro dipendente è più di una minaccia.

I mutamenti di contesto sono profondi. Anzitutto, la tendenza di tutti i partiti a contendersi i consensi elettorali nella convinzione che la distinzione destra-sinistra sia diventata obsoleta s'intreccia con le tensioni anti-unitarie che percorrono scompostamente il pluralismo sindacale. Tensioni che, stavolta, non sembrano episodiche e, in ogni caso, provocano strappi che sarà estremamente difficile ricucire, perché — dopo aver inquinato il lento e faticoso processo negoziale che si è concluso con l'elaborazione di un documento di vertice sostitutivo della *magna charta* delle relazioni industriali sottoscritta nel luglio del 1993 — le persistenti pulsioni anti-unitarie ne condizioneranno pesantemente l'esperienza applicativa. Infatti, a causa della mancata adesione del più importante dei sindacati autori della *performance* unitaria della prima metà degli anni '70 che si erano promessi di arrivare al traguardo dell'unificazione organica sull'onda di un largo consenso popolare, l'accordo-quadro del gennaio 2009 ha peggiorato la governabilità del sistema della contrattazione collettiva di cui ridefinisce gli assetti interni.

In questa sede, non analizzerò i contenuti negoziati e quindi non mi pronuncerò sul punto se il sindacato dissenziente abbia argomenti migliori di quelli avanzati dagli altri. Qui ed ora, è sufficiente la realistica presa d'atto che la parziale condivisione del documento, nella misura in cui ne pregiudica l'attitudine regolativa, aggrava la situazione. La quale perciò si lascia descrivere così: il lavoro dipendente non solo è orfano di rappresentanza politica: per soprammercato, attualmente dispone di una rappresentanza sindacale rissosa.

Per non enfatizzare il tema, tuttavia, non mi propongo di

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

sostenere che il cambiamento delle forme e dei soggetti della sua rappresentanza sia la causa della demolizione dell'egemonia precedentemente acquisita. Il processo di erosione era già cominciato ed è andato avanti per conto suo; probabilmente, si sarebbe sviluppato lo stesso. Altri lavori sono venuti alla ribalta e ci tengono a distinguersi; le alternative al lavoro dipendente si sono moltiplicate e, comunque, il lavoro dipendente non ha più necessariamente le caratteristiche-standard d'una volta.

Costituisce motivo di sorpresa l'assenza di dati conoscitivi in ordine alle reazioni di milioni di iscritti e non-iscritti ai sindacati alle modificazioni strutturali subite dalla loro rappresentanza sociale.

Pertanto, c'è da chiedersi se l'opinione pubblica sia disinformata malgrado il prodursi di significative reazioni — nel qual caso bisognerebbe accertare le ragioni dell'omertà mediatica che ne ha impedito la conoscibilità — oppure se non ci sia assolutamente niente da tenere nascosto, per cui sarebbe una sciocchezza accusare di reticenza i *mass media*.

La risposta per la quale propendo è senz'altro la seconda.

La mancanza di informazioni è interpretabile semplicemente come indizio di una totale indifferenza agli accadimenti richiamati o — come preferirei esprimermi parafrasando il titolo di una pellicola di successo, ma in seguito si capirà che non è una *boutade* — di un silenzio degli innocenti che non poteva essere più clamoroso.

È del tutto inutile appesantire la giustificazione della mia persuasione con un lungo discorso — che gusto c'è a ripetere cose arcinote?

Giudico più opportuno riportare il brano di una conversazione di cui presumibilmente sono al corrente in pochi, benché un editore l'abbia ritrascritta in un agile libretto. Il brano è conciso, ma illuminante.

"*Andrea, riesci a immaginare un dirigente di un sindacato come la Cgil che dica: il lavoro salariato non è più importante come prima?*", è una domanda d'inconfondibile intonazione retorica che Vittorio Foa rivolge al suo interlocutore.

"*No, però, bisogna cominciare a pensarci*", è la secca risposta. Ma Foa, che la giudica un po' troppo laconica, si affretta ad aggiungere: "*Forse, bisogna cominciare anche a dirlo*".

Se si tiene conto che il dialogo ebbe luogo quando, calendario

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

alla mano, il '900 aveva ormai i giorni contati e che lo scambio di opinioni poneva in evidenza un limite dell'intera culturale sindacale, peraltro non solo italiana, non si può non condividere una conclusione di questo tenore: quel che succede nel sindacato, e tra sindacati, è considerato dalla generalità dei comuni mortali un fatto, se non proprio ininfluente sul loro quotidiano, appartenente a logiche, dinamiche e problematiche distanti dai loro bisogni reali. Per questo, non attira la loro attenzione partecipe.

Tutto ciò era impensabile finché il sindacato ha potuto avvantaggiarsi di un insieme di giudizi e pregiudizi a lui favorevoli, in bilico tra apologia e ideologia, riscaldati dal sentimento di gratitudine delle moltitudini cui procurava vantaggi pratici, cioè fino a pochi decenni addietro.

Cosa è successo nel frattempo?

È successo che, mentre il sistema produttivo si avvicinava al post-industriale, dove gli spazi occupabili dal sindacato sono proporzionali ad una diminuita capacità rappresentativa, il sindacato medesimo induriva il suo *background* industrialista. Persuadendosi che esso fosse un elemento costitutivo del suo codice genetico anziché un prodotto della storia, il sindacato ha finito per esporsi alla critica di muoversi a suo agio più con la cultura della contestazione del sistema capitalistico che con la cultura della trasformazione del medesimo.

Ne costituisce un sintomo il ritardo con cui il sindacato giunge a decifrare un mondo del lavoro dove l'industria è meno centrale, anche se non meno essenziale. Un mondo dove si assottigliano le basi materiali del predominio politico e culturale del lavoro salariato a tempo pieno e indeterminato nelle macro-strutture della produzione standardizzata dell'epoca fordista. Un mondo dove il lavoro si declina al plurale e l'operaio-massa addetto alla catena di montaggio è una figura-simbolo vicina al tramonto.

In effetti, « il capitalismo (si era aperto) ad una nuova fase all'insegna della flessibilità e della diversificazione, ma la traiettoria sindacale (aveva proseguito) nella direzione opposta, come se » — è l'amaro commento di Aris Accornero — « alla nave fosse stato inchiodato il timone ».

Solo tardivamente si sgretolano le certezze sindacali che il lavoro dipendente sia riducibile ad una identità elementare e pola-

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

rizzante. È controvoglia che le dirigenze sindacali inforcano le lenti adatte per rileggere la costituzione e ammettere che il precetto secondo il quale tutti i lavori hanno lo stesso valore sociale e morale del lavoro in fabbrica fa parte del suo nucleo duro. A fatica s'insinua il dubbio che il rappresentato sia irreversibilmente cambiato all'insaputa del rappresentante e, si direbbe, *malgré lui-même*, visto che quest'ultimo ha continuato a concentrare le sue strategie di protezione nell'area del lavoro dipendente d'una volta o di quello che gli assomiglia di più. Visibile perciò è il senso di spaesamento di un sindacato che, dopo avere tanto massificato e livellato, deve imparare ad agire sul diverso, sul disomogeneo, sul disperso. Non sarà semplice, perché di fronte alla dimensione individuale il sindacato si è sempre trovato in imbarazzo ed ha dovuto sacrificarla per affermare se stesso e il valore della solidarietà. L'intera storia sindacale è attraversata da un conflitto latente per il primato del collettivo sull'individuale.

In pochi però si sono soffermati sulla circostanza che, come dirò tra un attimo, la prevalenza del collettivo non esclude l'ambiguità di un collaterale e quasi sotterraneo trafficare con l'individuale che non riflette affatto un modo d'intenderlo suscettibile di toglierlo dall'insignificanza o dalla mediocrità culturale e di valorizzarlo in un orizzonte di senso meno appiattito sull'affarismo spicciolo dei faccendieri.

A torto si trascura che il sindacato di solito si comporta nei confronti di propri enti di assistenza (anche fiscale) o di formazione professionale con grande cautela. Ne promuove la costituzione nelle forme previste da leggi statali o regionali, ma poi li gestisce col proposito di mantenerli ai margini. È come se li considerasse un problema (o scheletri nell'armadio). Forse perché molte delle prestazioni erogate (dalla pratica pensionistica da avviare o perfezionare alla dichiarazione annuale dei redditi da compilare) sono irrimediabilmente banali; sebbene la vastità praticamente illimitata del bacino d'utenza sia sufficiente a testimoniarne la pubblica utilità in vista della quale, peraltro, lo Stato concede privilegi e finanziamenti a questi apparati di derivazione sindacale. O forse perché si preferisce stendere un velo di riserbo su una remunerativa *routine* di basso profilo. Ma simili atteggiamenti di aristocratico distacco da parte di un soggetto di umili origini come il sindacato sono poco meno che

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

ridicoli. Oltretutto, è proprio l'opacità del suo comportamento che alimenta l'infittirsi di voci inquietanti: si mormora con insistenza, infatti, che le altisonanti finalità etico-sociali dei patronati e degli altri istituti siano uno scenario di cartapesta dietro il quale fiorisce un *business* di natura (talvolta) schiettamente imprenditoriale e agevolato dal permissivismo di controlli aleatori sulla gestione dei finanziamenti pubblici.

Per queste ragioni, sarebbe ragionevole che anche un sindacato di militanza si liberasse dalla paura di alterare l'immagine che la storia gli ha cucito addosso; smettesse di dirsi e dire che il suo *pedegree* è incontaminato e cominciasse ad ammettere che esso è già — e in parte è sempre stato — vicino a quello proprio dei sindacati di servizi di altri paesi i quali, non vedendo la necessità di ricorrere a piccole astuzie per scendere a compromessi con se stessi, agiscono in maniera esplicita e trasparente. Sarebbe ora, insomma, che anche il nostro sindacato affrontasse apertamente il nodo dei rapporti con la dimensione individuale e, dopo averlo sciolto, si comportasse con la coerenza desiderabile.

Lo statuto dei lavoratori contribuì a stabilizzare la subalternità dell'individuale al collettivo organizzato.

Difatti, l'art. 19 obbliga a valutare la maggiore rappresentatività dei sindacati che hanno raccolto l'eredità più matura del movimento operaio al livello confederale, ossia al livello più alto possibile di centralizzazione burocratica dove i singoli rappresentati non hanno accesso diretto, e dissimula anche a se stesso che la maggiore rappresentatività è uno stato di grazia che non dura in eterno. L'art. 28 disegna una speciale corsia processuale per la repressione giudiziaria di comportamenti dell'impresa lesivi dei diritti individuali di libertà sindacale, ma ne ammette la transitabilità soltanto da parte di istanze collettive strutturate, sommariamente identificate nei sindacati "nazionali". Infine, il legislatore statutario non definisce la posizione dei rappresentanti sindacali di fronte al rappresentato né si pronuncia sulla fonte della loro legittimazione a disporre degli interessi individuali quando agisce, come capita sovente, oltre i limiti di un mandato associativo.

Insomma, non senza ambiguità, ma in perfetta continuità con una tradizione del pensiero giuridico che si è solidificata in epoca fascista, il legislatore statutario autorizza interpreti e operatori a

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

pensare che il sindacato sia un rappresentante *sui generis*, più un tutore che un mandatario, e il suo rappresentato un soggetto a sovranità limitata, a metà strada tra il capace e l'incapace, da trattare (come diceva Massimo D'Antona) in qualità di destinatario finale di decisioni vincolanti assunte in suo nome e per suo conto.

A lungo, la cosa non venne vissuta nell'immaginario collettivo come un eccesso o un abuso di potere. In realtà, non poteva nemmeno esserlo, perché nell'Occidente capitalistico coinvolto nel processo d'industrializzazione il sindacato era impegnato ad emancipare il popolo degli uomini col colletto blu e le mani callose, contribuendo a traghettarlo dallo *status* di sudditi di uno Stato elitario allo *status* di cittadini di uno Stato democratico pluriclasse.

Però, adesso che l'obiettivo è stato raggiunto con successo, il sindacato che ne è stato uno dei principali artefici non sembra attrezzato in misura sufficiente per garantirne la stabilità. Stenta a percepire, si direbbe, che l'evento segnò un passaggio d'epoca.

Per questo, non è stravagante parlare di lui come di un eroe distratto.

Non si è reso pienamente conto che lo *status* di cittadinanza riconosciuto da una democrazia costituzionale non solo ha preso il posto del lavoro come *prius* generatore delle aspettative di un'esistenza dignitosa, e criterio di misura della loro adeguatezza, ma anche il veicolo delle istanze di autodeterminazione dell'individuo di fronte a qualunque potere, per benefico e protettivo che sia. Ciò che lo costringe ad uscire dagli schemi ideologici di stampo paternalistico-assistenziali è una democrazia costituzionale tenuta a rimuovere gli ostacoli che di fatto impediscono l'uguaglianza sostanziale. Una democrazia cioè tenuta non solo a garantire ai comuni mortali la libertà *da* interferenze esterne nella decisione di far valere i propri diritti, ma anche a promuovere la libertà *di* esercitarli.

Proviamoci, allora, ad esortare il nostro eroe ad essere meno distratto, cominciando col rivisitare lo statuto dei lavoratori sulla base di un canone interpretativo che lo assimila al *test* di una iniziazione collettiva alla riscoperta dello *status* di cittadinanza inteso come formula riassuntiva del diritti fondamentali riconosciuti dalle democrazie costituzionali.

È vero: lo statuto non rende obbligatoria una direttiva ermeneutica che suggerisce all'interprete di familiarizzarsi con una gram-

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

matica e una sintassi poco conosciute. Ma nemmeno può precluderla; diversamente, finirebbe esso medesimo per ostacolare il riequilibrio della sua trama fondativa. Operazione, questa, che impone di disconnettere lo statuto dalla scelta politica di migliorare l'*habitat* in cui i sindacati svolgono la propria attività. Perlomeno, consigli di abbassare i toni. L'opzione infatti venne salutata con un trionfalismo che oggi ci appare sospetto perché, al di là delle intenzioni, emarginava l'opzione a favore del garantismo individuale di matrice costituzionale.

Come è noto, la normativa statutaria è la risultante dell'intreccio di due linee di politica del diritto. La prima, e più marcata, è quella del sostegno del sindacato nei luoghi di lavoro. La seconda, più accennata che sviluppata, è quella del garantismo individuale del cittadino tenuto ad adempiere l'obbligazione di lavorare. La prima è un prodotto importato dall'America del *new deal* degli anni '30. La seconda non è un prodotto *made in Italy*, bensì di fabbricazione euro-continentale. Stanno lì a certificarlo le sue ascendenze: esse sono riconoscibili nella prima costituzione post-liberale dell'età contemporanea, quella di Weimar del 1919, sulla quale è modellata la nostra stessa costituzione — l'una e l'altra protese ad assicurare la polivalenza dei diritti di cittadinanza, imponendone il rispetto anche nei rapporti interprivati.

Per il tramite di questa linea di politica del diritto, lo statuto concede al lavoratore più di ciò che il contratto — un contratto di scambio tra utilità economiche — di per sé può dargli. Come dire che lo statuto suona come la definitiva conferma dell'errore commesso da intere generazioni di operatori giuridici: il lavoro non bussò alla porta della storia giuridica esclusivamente per essere catturato nelle categorie logico-concettuali del diritto dei contratti tra privati; casomai, questa non era che lo stadio iniziale di un'evoluzione lontana dal suo sbocco conclusivo, ossia una provvisoria sistemazione.

Anche per questo, e dunque non solo perché promosse la presenza del sindacato nei luoghi di lavoro, lo statuto segnò un nuovo inizio.

Viceversa, con la complicità involontaria della cultura giuridica del lavoro, il sindacato del dopo-statuto non ha percepito che il riposizionamento del lavoro nelle zone alpine del diritto costitu-

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

zionale spezza una tradizione di pensiero formatasi "nella prima modernità" allorché, come scrive Ulrich Beck, « dominava la figura del cittadino-lavoratore con l'accento non tanto sul cittadino quanto sul lavoratore. Tutto era legato al posto di lavoro retribuito. Il lavoro salariato costituiva la cruna dell'ago attraverso la quale tutti dovevano passare per poter essere presenti nella società come cittadini a pieno titolo. La condizione di cittadino derivava da quella di lavoratore ». Non che il lavoro non sia tuttora il passaporto per la cittadinanza, tutt'altro; ma la costituzione nega che la correlazione biunivoca tra lavoro e cittadinanza possa continuare ad avere la caratteristica instabilità di una barca con sopra un elefante. Adesso, l'*homme situé* — come direbbe Alain Supiot — non può più sovrastare il *citoyen* e rubargli spazio, perché il modo di lavorare non ha più la proprietà di tracciare il confine della giustiziabilità dei diritti di cittadinanza. Dopotutto, la costituzione non conosce la dicotomia contratto di lavoro subordinato-contratto di lavoro autonomo. Come dire: mentre i codici civili hanno sempre ragionato in termini di modalità tecnico-giuridiche di svolgimento del lavoro dedotto in contratto, la nostra costituzione si preoccupa soltanto di rimuovere situazioni soggettive di debolezza e disuguaglianza sostanziale *comunque* e *dovunque* si manifestino. Per questo, è diventato una faziosità seguitare a sponsorizzare la centralità del lavoro dipendente ereditato dal secolo scorso fino a fare del contratto in cui è deducibile il perno del complesso degli apparati e delle tutele che danno corpo all'idea di cittadinanza nel nuovo secolo.

Fino agli anni '60 inoltrati, invece, si era operai o contadini non solo nel modo di parlare e di vestire. Operai e contadini erano diversi in tutto, anche nel godimento dei diritti, perché quello operaio o contadino era uno *status* occupazionale e professionale che, sebbene fosse più ascritto dalle vischiosità delle gerarchie sociali esistenti che liberamente scelto, divorava quello astrattamente riconosciuto da una democrazia costituzionale a tutti i comuni mortali che ne sono partecipi. Era certamente un'eresia giuridica. Ma era condivisa. La monocultura che aveva gestito praticamente indisturbata il cambio di regime determinato dalla rottura dei vincoli feudali cui seguì l'uso generalizzato dello strumento del contratto aveva chiuso gli occhi di fronte alla realtà e finse di non sapere che, se la libertà contrattuale è la precondizione dell'autodeterminazione, que-

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

st'ultima può non esserci nonostante la proclamata libertà contrattuale. Per questo, l'ideologia giuridico-politica che fa dell'autonomia negoziale il mezzo di cui dispone l'individuo per affermare la signoria su se stesso e riappropriarsi del suo destino, non era altro che una mistificazione: la controscarpa etico-filosofica del dinamismo dei processi economici che sconvolgeva le società pre-industriali.

Quanto fin qui detto presuppone che l'impatto dello statuto non si esaurisca nel divieto di espropriazione nei luoghi di lavoro dei diritti civili e politici derivanti dallo *status* di cittadinanza. Presuppone invece che si accolga un'interpretazione evolutiva ed estensiva del divieto al punto di considerarlo nient'altro che la punta di un *iceberg* di inusitata grandezza. Esso infatti non è soltanto una sfida ai criteri di razionalità ed ai parametri di efficienza che hanno assicurato il successo del capitalismo industriale: il che non è poco. È anche l'*input* normativo indispensabile per andare oltre la concezione della disciplina del rapporto di lavoro come regolazione d'impianto privato-contrattuale di un rapporto di mercato.

Si dirà che la sfida non è stata raccolta perché non risulta che il sistema produttivo abbia cercato sul serio di rilegittimarsi attraverso l'adeguamento dei suoi principi d'azione a tutti i valori di cui è portatore il fattore lavoro, anche a quelli non negoziabili né monetizzabili; e ciò sebbene « l'idea-madre dello statuto », come diceva Luigi Mengoni, sia « che l'organizzazione tecnico-produttiva dell'impresa deve modellarsi sull'uomo, e non viceversa ».

Per giunta, si dirà che la concezione mercatistica del rapporto di lavoro ha dilagato senza incontrare valide resistenze e anzi con l'adesione che le ha prestato lo stesso legislatore repubblicano il quale, adottando lo statuto, si era congedato dal dogma dottrinale risalente all'800 che si accontenta di vedere nel contratto, quello di lavoro incluso, una promessa di libertà.

Tutto questo però significa soltanto che il "non detto" dello statuto si situa più in profondità di quanto non supponesse lo stesso Massimo D'Antona che lo ravvisava nell'assenza di una risposta all'interrogativo "chi rappresenta chi" e con quali responsabilità. La ricchezza del taciuto è più intrigante perché, come il lavoro industriale ha raggiunto il culmine della sua emancipazione allorquando la prima modernità ne ha fatto il titolo privilegiato di legittimazione

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

dei diritti di cittadinanza, così — adesso che la fabbrica non è più uno dei grandi laboratori della socializzazione e il deteriorarsi della rappresentanza del lavoro dipendente finisce per isolarlo — è alla stessa cittadinanza che tocca emanciparsi dall'originario paradigma per acquistare la valenza di un collante della società dei lavori. Il che è possibile soltanto se conserverà il suo profilo identitario malgrado la loro eterogeneità.

Pertanto, la direzione di senso del tratto dell'itinerario percorribile dal diritto del lavoro è graficamente traducibile in un contromovimento.

Se all'inizio il movimento fu segnato dal passaggio dallo *status* al contratto, la sfida del futuro è il ritorno allo *status*, senza che ciò comporti una regressione agli improponibili scenari delle società castali. Infatti, non solo il punto di arrivo non può più coincidere con lo *status* occupazionale o professionale, ma — ed è la cosa ancora più importante — l'esigibilità dei diritti di cittadinanza è indipendente tanto dall'attualità di un rapporto di lavoro subordinato quanto dalla tipologia delle fonti istitutive dei rapporti mediante i quali avviene l'integrazione del lavoro nell'impresa.

C'è dunque un modo d'intendere lo statuto che, pur esortando a svilupparne tutte le implicazioni riguardanti il lavoratore in quanto cittadino, non è inconciliabile con quello, finora prevalente nella cultura sindacale, che promuove gli interessi del cittadino in quanto lavoratore. Piuttosto, si tratta di farli interagire individuando nuove priorità.

Bisogna però riconoscere che finora nessuno ci è riuscito. La fortunata formula del "sindacato dei diritti" che sintetizza con la ruvida sobrietà di uno *slogan* il senso del lascito culturale di Bruno Trentin ha messo il sindacato sulla strada giusta. Purché sia chiaro che quelli cui si allude sono non tanto i diritti dei lavoratori quanto piuttosto i diritti dei cittadini che lavorano, od hanno il diritto di lavorare, e che il parametro per apprezzarne l'utilità sociale è quello che ne misura non tanto l'aderenza all'interpretazione degli interessi deliberata dai rappresentanti di collettività più o meno estese ed omogenee quanto piuttosto la loro idoneità a permettere al rappresentato di fruire del pacco-standard di beni e servizi corrispondente, per l'appunto, alla cittadinanza garantita da una democrazia costituzionale.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Soltanto in questa maniera il sindacato saprà ridisegnare il ruolo che gli spetta nella società industriosa; una società cioè caratterizzata da un modo di produrre, diverso da quello industriale che divenne in fretta anche un certo modo di riorganizzare i rapporti tra gli uomini, di ridefinire mentalità e stili di comportamento, di riprogettare la vita delle persone.

Il Novecento, diceva Antonio Gramsci, è stato il secolo durante il quale si è compiuto il maggior sforzo collettivo per creare, con rapidità inaudita, « con una coscienza del fine mai vista nella storia » e con ostinazione feroce, « un tipo nuovo di lavoratore e di uomo ». È stato, preferisce dire Aris Accornero, « il secolo del lavoro »: « tutti ci alzavamo alla medesima ora, tutti uniformati negli orari giornalieri, settimanali, annui » e tutti pensavamo che « la vita lavorativa si svolgesse su tutto l'orario giornaliero per tutti i giorni feriali della settimana in tutti i mesi lavorativi dell'anno, fino alla pensione ».

Questo modello antropologico ha funzionato come referente del diritto novecentesco. Ma non ha resistito all'usura del tempo.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Figure dell'esperienza

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

SABINO CASSESE

ITINERARIO DI UN AMMINISTRATIVISTA (1)

1. Un giurista involontario. — 2. Strabismo universitario. — 3. Le mie scuole di diritto. — 4. Un amministrativista anomalo. — 5. Varcare le frontiere. — 6. La ricerca e le sue condizioni materiali. — 7. Alla corte costituzionale. — 8. Le mie letture. — *a.* Alla ricerca di un Virgilio. — *b.* "Constitutions and steam-boats of vapour": la "Storia d'Europa nel XIX secolo" di Croce. — *c.* Egemonia e coercizione: i "Quaderni del carcere" di Gramsci. — *d.* "Der nationale Staat": il "Doctor Faustus" di Thomas Mann. — *e.* Libertà e autorità: le "Lezioni di diritto amministrativo" di Giannini. — *f.* Democrazia e tirannide: la corrispondenza tra Tocqueville e Kergorlay. — *g.* "Rule of law" e "droit administratif": il "Law of the Constitution" di Dicey. — *h.* Giudici e professori: "The Italian Style" di Merryman. — *i.* L'educazione del giurista: "Poesia e verità" di Goethe. — *l.* Del mettersi al di sopra della legge: la "Conversazione di un padre con i suoi figli", di Diderot. — *m.* Liberi di decidere? Il "Giardino dei sentieri che si biforcano", di Borges. — *n.* Che cosa hanno in comune? Perché li ho scelti? — 9. Volgendosi indietro.

1. *Un giurista involontario.*

Nulla spingeva un giovane diciassettenne, nato in Irpinia ma vissuto a Salerno, a scegliere, nel 1952, la facoltà giuridica. Non gli studi fatti fin'allora, che gli permettevano di saper tutto sulla nascita

(1) Testo della conversazione tenuta, su invito dei professori Enrico Follieri e Cinzia Motti, a Foggia il 19 marzo 2010, nell'ambito del ciclo di incontri "I maestri del diritto", promosso dal Dipartimento delle scienze giuridiche privatistiche e dalla Facoltà di giurisprudenza dell'Università degli Studi di Foggia, presso la Scuola di specializzazione per le professioni legali di Lucera.

I temi trattati corrispondono in larga misura a un questionario proposto dagli organizzatori agli autori delle lezioni. Ho preferito lasciare allo scritto lo stile esplicativo e le informazioni minori propri di una lezione diretta a studenti. Considerata la destinazione, non ho aggiunto le note (ma qualunque persona colta può facilmente rintracciare fonti e luoghi).

Nei pochi casi nei quali non era disponibile la traduzione in italiano dei testi stranieri, ho provveduto io stesso a tradurli. Ho preferito, invece, lasciare pochi brani nella lingua originale per non tradirne la ricchezza espressiva.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

della tragedia greca, nulla del diritto, delle istituzioni, della società. Né l'ambiente familiare, tutto di laureati in lettere. Né i libri della biblioteca paterna, orientata verso la letteratura e la storia. Né una intima vocazione verso uno dei tre mestieri classici del giurista, l'avvocato, il magistrato e il notaio.

Dunque, le ragioni della scelta furono esterne. Un generico interesse per i problemi sociali, il cui studio poteva essere coltivato nella facoltà giuridica, essendo quella economica, in sostanza, all'epoca, riserva di diplomati negli istituti tecnici, mentre non vi erano facoltà sociologiche, e quelle di scienza politica erano poche. Il richiamo del primo concorso del dopoguerra per il Collegio giuridico della Scuola Normale Superiore di Pisa. L'opinione diffusa che gli studi giuridici aprissero più strade, particolarmente forte negli anni in cui si preparava il "miracolo economico".

In sostanza, sceglievo la facoltà giuridica ad occhi chiusi, ma sapendo che aprivo una porta che poteva condurre in direzioni diverse. Una "scelta" non diversa — immagino — da quella di tanti altri studenti di diritto, da Goethe a Balzac, a Chopin, a Vittorio Gassman, a Federico Fellini, a Bud Spencer, che hanno poi preso altre strade.

2. *Strabismo universitario.*

Abbreviati gli studi liceali, saltando la terza liceo, abbandonati famiglia, amici, luoghi abituali, eccomi in una Pisa ancora piena di macerie prodotte dai bombardamenti, ospite del Collegio giuridico della Scuola Normale Superiore.

Qui ho seguito due percorsi paralleli. Da un lato, ho studiato diligentemente, ma con poco entusiasmo, i manuali giuridici. Gli insegnanti erano complessivamente mediocri e svogliati. Poche erano le eccezioni, il romanista Paolo Frezza, in particolare, e il processual-civilista Virgilio Andrioli (quest'ultimo fu l'unico che ci fece discutere alcuni casi di giurisprudenza). I testi sui quali studiare erano catechismi da mandare a memoria, non molto diversi da quelli che — come ricorderò più avanti — avevano colpito Goethe alla fine del XVIII secolo, quando aveva lasciato la facoltà di Lipsia, per andare a continuare gli studi giuridici a Strasburgo. Ricordo ancora con orrore un pessimo manuale di diritto privato, scritto da un

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

ottimo studioso di diritto commerciale, Giuseppe Ferri, che non aveva evidentemente un particolare interesse per le istituzioni di diritto privato, che pure insegnava.

Dall'altro, mi sono dedicato a studi storici e filosofici, valendomi dell'ottimo ambiente studentesco nel quale vivevo, dei coetanei, dei perfezionandi, dei più giovani professori, che erano però storici, studiosi di letteratura, filologi, chimici, fisici, non giuristi (ricordo, tra quelli con qualche anno più di me, il filologo classico e studioso di Leopardi Sebastiano Timpanaro e lo storico Marino Berengo, il quale allora svolgeva le sue ricerche negli archivi di Lucca, che confluiranno nel suo grande lavoro su "Nobili e mercanti nella Lucca del Cinquecento", pubblicato nel 1965).

Chi mi salvò dallo strabismo che questi studi paralleli produceva fu Massimo Severo Giannini. Arrivò mentre io finivo il primo anno, preceduto da una grande fama, tanto che, prima ancora di conoscerlo, avevo già letto molti suoi articoli, specialmente quelli in materia di lavoro e sulla Costituzione. Mi legai subito a lui.

Uno degli obblighi aggiuntivi degli allievi della Normale, oltre allo studio di almeno due lingue straniere (sostenni tre esami di tedesco e uno di inglese, frequentando anche le lezioni di francese) era quello di sostenere un "colloquio". Era una specie di "tesi", alla quale si lavorava da novembre a marzo. Gli esami andavano fatti tutti a giugno, salvo uno, che poteva essere sostenuto a ottobre. Giannini accettò la mia proposta di seguirmi negli studi sulla Carta del lavoro fascista, che continuai l'anno dopo con quelli sull'organizzazione corporativa e condussero alla tesi di laurea sul corporativismo fascista.

Giannini non era soltanto un brillante e dotto amministrativista, aveva anche alle sue spalle l'esperienza fatta pochi anni prima come capo di gabinetto di Pietro Nenni al Ministero per la Costituente, ed era un insegnante di chiarezza cristallina. Fu l'unico dei miei professori di cui seguii regolarmente le lezioni. La mia scelta per il diritto amministrativo è dovuta a lui.

Nel complesso, gli anni di università mi servirono come introduzione al vocabolario giuridico (i manuali-catechismo possono servire a questo) e come introduzione nella "societas doctorum" della Scuola Normale Superiore, che rafforzò la mia idea di dedicarmi alla ricerca e all'insegnamento.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

3. *Le mie scuole di diritto.*

Fatti diligentemente, ma con scarsa passione, gli studi universitari, ed impadronitomi del vocabolario giuridico, dove ho imparato davvero il diritto?

Innanzitutto, attraverso lo studio dei quattro temi ai quali ho dedicato ricerche di maggior impegno tra il 1956 e il 1970, pubblicando quattro volumi su temi molto distanti l'uno dall'altro: una provincia nuova del diritto amministrativo, le partecipazioni statali; una antica, la proprietà pubblica; un principio costituzionale-amministrativo, quello di imparzialità; un tema (allora) del futuro, quello della partecipazione del privato al procedimento amministrativo. Fu felice la scelta dei temi, perché copriva passato, presente e futuro della disciplina che avevo scelto e perché mi portava a studiare istituti centrali per la scienza giuridica, quali quelli di impresa e di proprietà. Mi insegnò qualcosa che ho sempre ripetuto ai miei alunni, di scegliere con coraggio temi importanti, che abbiano una posizione centrale nella materia: solo così si riesce a padroneggiarla. Mi confermò nell'idea primitiva, che ogni conoscenza è conoscenza problematica (per questo mi sono sempre astenuto dal fare concorsi per i quali fossero necessarie conoscenze istituzionali e abilità mnemoniche più che di ragionamento).

Ho letto solo più tardi un consiglio dato in una lettera del 15 febbraio 1854 da Tocqueville al prediletto nipote Hubert, relativo allo studio del diritto amministrativo, che riassume molto bene lo spirito con il quale mi sono dedicato alla ricerca: « […] d'étudier le droit administratif en préservant avec soin ton esprit de l'engoument et des préjugés de toute espèce qui remplissent l'esprit des commentateurs de ce droit et de ceux qui l'appliquent. Il faut, tout en apprenant ce droit, le juger, voir au-dessus et en de hors de lui ce qui lui manque […] ».

Per quanto problematica e approfondita, questa era pur sempre una conoscenza libresca e limitata alle discipline giuridiche. Per chi fosse convinto, come me, della importanza di afferrare la realtà, era necessaria una conoscenza "sul campo". Mi servirono, a questo scopo, quattro anni di lavoro all'Eni di Mattei (utili anche per mantenermi agli studi, assicurandomi un reddito), circa un anno passato nella segreteria tecnica della Commissione parlamentare

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

d'inchiesta sui limiti alla concorrenza, la partecipazione ad alcune commissioni ministeriali di preparazione di leggi di riforma di ministeri, il lavoro svolto come consulente per la Segreteria della programmazione presso il Ministero bilancio (poi anche della programmazione economica) e dell'Istituto di studi sulla programmazione economica.

Inoltre, se il sapere è unitario e non è solo trasmissibile, ma anche trasferibile, se non vi sono steccati disciplinari (la divisione degli insegnamenti in "cattedre" risponde a una esigenza didattica, non scientifica), era necessario un contatto stretto con storici, economisti, sociologi. A questo servì la mia prima sede di insegnamento, dove restai dal 1961 al 1974, la facoltà di economia di Ancona, dove si raccolse il meglio della scienza economica dell'epoca, ed erano presenti storici come Alberto Caracciolo e sociologi come Alessandro Pizzorno.

4. *Un amministrativista anomalo.*

Nel corso della storia italiana, vi sono stati tre profili di cultori del diritto amministrativo. Gli insegnanti — studiosi, chiusi nell'Università e raramente impegnati all'esterno (un esempio è Guido Zanobini). I professori — avvocati, impegnati principalmente nei loro studi, che dedicavano una parte minore del loro tempo a ricerca, insegnamento e formazione dei formatori (gli esempi sono numerosissimi: mi limito a citare Carlo Maria Jaccarino). I professori — politici, passati dalla cattedra all'impegno politico (ad esempio, Vittorio Emanuele Orlando). Ognuno di questi tipi ha numerose varianti: alcuni insegnanti-studiosi hanno insegnato e scritto poco (ad esempio Giovanni Miele nell'ultima lunghissima parte della sua vita attiva); alcuni professori-avvocati sono stati eccellenti ed attivi studiosi, grandi insegnanti e ricercatori impegnati, e a questa attività hanno accompagnato una intensa attività di consulenza legislativa (Massimo Severo Giannini e Mario Nigro sono due esempi); tra i professori-politici, vi sono quelli che sono tornati agli studi, quelli — più numerosi — che li hanno abbandonati (ad esempio, Roberto Lucifredi). Vi sono, poi, le carriere singolari, come quella di Santi Romano, per un quindicennio presidente del Consiglio di Stato. Particolarmente criticabile mi pare la figura del professore-avvocato

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

che abbandona insegnamento e ricerca: in tal modo il diritto come scienza pratica diventa semplicemente pratica del diritto.

Ho deviato da questi modelli. Ho svolto una intensa attività di consulenza amministrativa e legislativa, facendo parte di una cinquantina di commissioni ministeriali, alcune temporanee, altre di più lunga durata (ciò che mi ha permesso di conoscere dall'interno tutti i ministeri), e di quaranta consigli o comitati di enti ed organismi pubblici e privati (dall'Aci alla Federazione calcio, dall'Antitrust alla Confindustria, dalle Ferrovie dello Stato all'Associazione bancaria, da Lottomatica alle Autostrade). Tre presidenti della Repubblica si sono rivolti frequentemente a me per diversi motivi, sia per fatti organizzativi interni del Quirinale (ho fatto parte di una commissione di riordino della Presidenza, e ne ho presieduta un'altra), sia per atti quali i rinvii di leggi alle Camere e i messaggi al Parlamento. Nello svolgere queste funzioni, formali e informali, ho avuto modo di studiare dall'interno la formazione delle convenzioni e delle prassi costituzionali.

La veste di osservatore partecipante mi ha consentito una conoscenza dall'interno di una realtà amministrativa molto ampia, pubblica, semipubblica e privata, permettendomi anche di fare comparazioni tra i diversi settori.

A questi impegni che chiamerò minori si sono accompagnati impegni esterni maggiori, consistenti nello svolgimenti di funzioni amministrative. Queste mi hanno consentito di frequentare i più bei palazzi seicenteschi del centro di Roma, da palazzo Chigi, dove ho avuto un ufficio come componente del comitato per il programma di governo e poi come presidente della commissione sullo sciopero nei servizi pubblici; a palazzo Bonaparte, dove sono stato presidente di Immobiliare Italia; a palazzo Vidoni-Caffarelli, dove avevo l'ufficio di ministro della funzione pubblica; a palazzo Mancini, dove era il mio ufficio di presidente del Banco di Sicilia. Dovrei aggiungere ora il palazzo della Consulta (che è però di un secolo più recente), dove ha sede la Corte costituzionale.

Un secondo impegno esterno è stato quello di editorialista. Per oltre trenta anni, dal 1969 al 2005, ho collaborato come "op.ed." — come dicono gli americani, riferendosi a "opinions and editorials" — per i maggiori giornale italiani, dalla "Stampa" a "Il sole-24 Ore", a "Repubblica", al "Corriere della sera".

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Questa attività mi ha consentito di svolgere attività didattica per un pubblico più vasto di quello universitario. Ho, infatti, sempre concepito l'attività di "opinionista" come una prosecuzione dell'insegnamento.

Invece, nonostante i molti inviti a farlo, non ho mai praticato la professione di avvocato e non sono mai stato neppure iscritto all'albo. Mi sono limitato a dare pareri, e, nel decennio circa nel quale ho svolto questa attività con maggiore intensità, ho avuto la fortuna di avere sott'occhio alcuni dei maggiori eventi economici ed amministrativi del nostro Paese.

Nello svolgere queste attività, mi sono sempre preoccupato che esse non togliessero tempo alla ricerca e all'insegnamento. E credo di esserci riuscito, sia pure a costo di qualche sforzo personale. A testimoniarlo, vi sono i mille titoli della mia bibliografia, più di un quinto dei quali tradotti in altre lingue, le numerose traduzioni di miei libri in inglese, francese e spagnolo, le trenta ricerche collettive a cui ho partecipato nel Regno Unito, in Germania, in Francia, negli Stati Uniti, in Polonia, le circa settanta ricerche collettive che ho diretto in Italia, tra cui il "Progetto finalizzato sull'organizzazione e il funzionamento della pubblica amministrazione", che fu finanziato dal Consiglio nazionale delle ricerche con uno stanziamento di trenta miliardi di lire e durò numerosi anni.

Quanto all'insegnamento, i miei studenti sanno che non ho perduto una lezione, ho svolto, a titolo volontario, un corso di diritto amministrativo progredito, accanto a quello istituzionale, ho sempre invitato colleghi stranieri a tenere seminari e conferenze (in questo modo, gli studenti possono essere messi a contatto con culture diverse e comparare), ho sempre dedicato molto tempo ed energie alla formazione dei futuri insegnanti. Inoltre, ho svolto una intensa attività di formazione post-scolare, sia negli otto anni in cui, lasciato l'insegnamento universitario, ho impartito corsi nella Scuola superiore della pubblica amministrazione, sia nelle numerosissime altre occasioni di insegnamento a persone già inserite nel lavoro (ad esempio, nei corsi del Formez e in quelli di altre scuole amministrative). Questa attività didattica per adulti ha insegnato molto anche a me, non solo in termini di tecniche didattiche, ma anche per lo scambio di esperienze (il mio libro sul sistema amministrativo italiano, che ha rappresentato un modello per altri libri similari,

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

come quello sul sistema amministrativo greco, non sarebbe stato scritto senza lo scambio insegnante-allievi che ho avuto negli anni trascorsi alla Scuola della pubblica amministrazione).

L'ultima delle mie palestre di insegnamento è quella straniera. Dal 1985 ad oggi ho tenuto corsi, più o meno lunghi, in Francia, Argentina, Stati Uniti, Germania. Ancora oggi continuo a tener un corso ad un "master" all'"Institut d'études politiques" di Parigi.

Insomma, non posso dire di essere stato uno studioso puro, rinchiuso in una biblioteca, ma non sono stato neppure un avvocato. Quest'ultima è una professione consueta per gli insegnanti di diritto amministrativo, e sarebbe un utile arricchimento della loro esperienza, se non avesse due inconvenienti, di essere troppo assorbente e di far concentrare l'attenzione su una porzione troppo limitata del diritto amministrativo. La mia attività di consulente, invece, mi ha consentito di spaziare su campi più vasti, mi ha sempre permesso di controllare l'uso del mio tempo (se non altro per non essere alla mercé del governo altrui del tempo fatto dalle corti di giustizia), mi ha permesso di trovare un registro che mi è più consentaneo, quello di giurista-stratega (su questo argomento, alcuni anni fa, sull'"Economist" fu pubblicato un articolo molto interessante, che i nostri avvocati dovrebbero leggere), mi ha consentito di mettere le mie conoscenze a disposizione di governi, parlamenti, consigli e giunte regionali, oltre che di privati.

Più di una volta, nel corso di queste attività, ho avuto modo di constatare che il "valore aggiunto" che io potevo dare non consisteva tanto nella conoscenza della singola questione e dei suoi dettagli (a me si rivolgevano capi di uffici legislativi di ministeri, responsabili degli affari legali di enti, che, di regola, conoscevano meglio di ogni altro la specifica materia), quanto nella capacità di individuare le coordinate e nella conoscenza dei principi, del quadro generale, delle implicazioni di fondo.

5. *Varcare le frontiere.*

Se non si vuole che il diritto amministrativo si sclerotizzi, diventi un coacervo di precetti (il pericolo c'è: basta scorrere alcuni manuali), occorre varcare le frontiere, lavorare nelle intersezioni,

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

fare attenzione agli incroci, quelli disciplinari, quelli organizzativi, quelli nazionali.

Vinto, nel 1970, il concorso per la cattedra, pubblicai un libro intitolato "Cultura e politica del diritto amministrativo" (ha avuto due anni fa una fortunata traduzione francese), al quale stavo lavorando da tempo. Era una diagnosi e un programma. Per il futuro, prospettava la necessità di incrociare le conoscenze puramente giuridiche con altre conoscenze, come quelle storiche, quelle di scienza dell'amministrazione, quelle economiche, quelle epistemologiche.

Per tener fede al programma, mi dedicai a ricerche che cercavano di spiegare le grandi riforme degli anni '30 (legge bancaria, Iri, allora ancora vigenti, leggi sui beni culturali) attraverso la loro storia. Ciò mi indusse, tra l'altro, a sperimentarmi nella biografia, scrivendo un profilo di Giuseppe Bottai e a tracciare il percorso fatto dalla disciplina dei beni culturali da Bottai a Spadolini. Questa ricerche sono state il naturale completamento delle indagini di diritto pubblico dell'economia, l'ala marciante del diritto amministrativo, alle quali ho dedicato la maggior parte dei miei studi, fino al libro su "La nuova costituzione economica", e che mi hanno portato a studiare, fianco a fianco con gli economisti, i temi più vari, dall'impresa pubblica alla disciplina della concorrenza.

Un altro nodo importante era — a mio avviso — quello della duplice componente della cultura amministrativa italiana, quella statalistica e quella pluralistica. L'indagine su questo tema mi condusse a fare una ricerca di archivio nelle carte — ora andate perdute — di Santi Romano, alla ricerca delle origini del suo "Ordinamento giuridico" e, poi, a cercare di analizzare l'ambiguo atteggiamento nei confronti dello Stato di giuristi come Orlando, Romano stesso, Ranelletti, Zanobini.

Il terzo tema dominante è quello dell'eclissi dello Stato, che va indagato munendosi dello strumentario sia del diritto internazionale, sia delle relazioni internazionali, sia della geo-politica. Ad esso ho dedicato molte ricerche fin dagli anni '70, ma specialmente nell'ultimo decennio.

Un'altra frontiera è quella indicata, dagli storici delle università, dalla opposizione tra "Town" e "Gown" (con il primo termine

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

si indica il potere civile e politico, e la società nel suo complesso, con il secondo la scienza e l'università). Si trattava di superare questa opposizione medievale. Ciò che ho tentato di fare partecipando, per cinquanta anni, con straordinaria intensità, a congressi, "workshops", seminari, convegni, conferenze, presentazioni di libri, dibattiti, corsi di lezione aperti, esterni all'università (l'elenco, incompleto, supera le mille unità). Questo è servito a raggiungere un pubblico più vasto di quello studentesco, a stabilire un contatto tra l'università e il mondo esterno, a continuare, in una parola, l'insegnamento fuori dalle aule universitarie.

L'ultima frontiera è quella nazionale. Possibile — mi sono sempre chiesto — che per un astrofisico, un chimico, un matematico, il luogo dove si svolge la ricerca sia indifferente, non esistano scuole nazionali, esista un linguaggio universale, mentre, invece, noi giuristi ci riteniamo prigionieri di ogni singola cultura nazionale? Non dobbiamo considerare questa auto-limitazione come un ulteriore lascito negativo del positivismo normativistico, che ci ha costretto in gabbie nazionali? Ed ecco allora gli studi all'estero, Berkeley, Stanford, Londra, Oxford, Parigi; gli insegnamenti a Nantes, Parigi, New York, Heidelberg, Buenos Aires; la "tutorship" di dottorandi in queste stesse e in altre università.

6. *La ricerca e le sue condizioni materiali.*

Il libro di Fernand Braudel sulla cultura materiale comincia spiegando che un visitatore contemporaneo a Ferney, nell'abitazione di Voltaire, potrebbe intavolare con lui una discussione su problemi morali e filosofici sentendolo come proprio contemporaneo, mentre sarebbe colpito dalle differenze delle sue condizioni materiali di vita (dal riscaldamento delle stanze all'illuminazione artificiale).

Un salto all'indietro di soli cinquanta anni, nel campo della ricerca, condurrebbe alle medesime conclusioni. Quando iniziai gli studi, non vi erano macchine per le fotocopie: si trascrivevano brani, si prendevano appunti. Non c'era Google, per cui la ricerca del titolo di un libro o di una frase richiedeva ore o giorni. Dovevano passare settimane o mesi per poter disporre di un libro straniero, mentre oggi ci vuole un minuto per averlo sul proprio "Kindle". Era

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

lungo e faticoso andare all'estero (un viaggio in Germania o inInghilterra richiedeva molte ore di treno; la prima volta che andai negli Stati Uniti, lo feci in sei giorni con nave di linea, mezzo ora scomparso). Per scambiarsi con uno studioso straniero uno scritto, per ottenerne il giudizio, bisognava attendere i tempi dei servizi postali, non i minuti necessari a inviare e ricevere la posta elettronica. Si passavano ore in biblioteca sfogliando cataloghi polverosi, mentre ora un motore di ricerca ci consente in un minuto una ricerca bibliografica, senza spostarci dal nostro tavolo di lavoro. Il posto occupato dalle biblioteche come strumento di ricerca è cambiato: non passo più giorni nella Green Library di Stanford, non mi arrampico più su per le scale della torre del Nuffield College di Oxford, nella quale c'è la sua ricca biblioteca; non frequento come in passato la "Bodleyan" di Oxford, o la "Bibliothèque nationale" di rue de Richelieu (ora trasferita), o la "Bibliothèque administrative" dell'"Hotel de Ville" di Parigi. Per consultare i cataloghi di queste biblioteche, basta servirsi, in qualunque parte del mondo, del "web". Per stampare un libro, quando ho cominciato gli studi, il tipografo componeva il testo a mano, lettera per lettera. Poi si è passati alla "linotype", già conosciuta altrove, ma poco utilizzata in Italia. Ora il 6 per cento dei volumi in America è composto di libri stampati a richiesta, con tempi di stampa e confezione non più lunghi di quelli per preparare un caffè espresso.

Questo enorme cambiamento delle condizioni materiali della ricerca ha reso molto più agevole una attività che fa parte della funzione del professore universitario (o almeno del professore attivo), quella di ricerca individuale e collettiva, nonché l'organizzazione, in generale, della ricerca.

Se penso a come si svolgeva la ricerca individuale, alla grande quantità di note di lettura che ancora conservo di ogni ricerca; alle difficoltà da superare, per i contatti richiesti dalle ricerche collettive; alle lettere che era necessario scrivere per dirigere le riviste di cui ho avuto la responsabilità (la "Rivista trimestrale di diritto pubblico", dal 1970; per il "Giornale di diritto amministrativo", dal 1995, la situazione era già mutata), nonché alle bozze da correggere su carta, vedo un enorme cambiamento rispetto al passato, ciò che ha reso più agevole la ricerca.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

7. *Alla Corte costituzionale.*

Menzionerò brevemente l'esperienza della Corte costituzionale, nella quale sono quasi alla metà del mandato. Ho accettato con qualche riluttanza la nomina, che mi allontanava dall'università e mi privava della possibilità di esprimere in tutta libertà le mie opinioni, due limitazioni di cui sento tuttora il peso.

Ho trovato nel lavoro della Corte alcuni motivi di interesse: la varietà dei temi da studiare (che mi rinforza nella convinzione dell'unità del diritto); l'importanza della discussione nelle camere di consiglio, con colleghi di così diversa provenienza; l'utilità di disporre di una ricca biblioteca (ma quella del tribunale costituzionale tedesco è tre volte più ricca). A questi motivi di interesse si aggiunge quello legato ai rapporti con i giudici delle corti straniere: non mi riferisco solo agli incontri ufficiali della corte italiana con altre istituzioni similari, ma anche ai rapporti personali stretti con giudici stranieri (in particolare, la partecipazione ai seminari annuali organizzati dall'Università di Yale, un vero e proprio piccolo "club" di giudici costituzionali provenienti da tutto il mondo).

Non va sottovalutato un aspetto che, solitamente, l'osservatore esterno non tiene in considerazione: accanto ai grandi problemi (grandi perché presentano questioni giuridiche di notevole complessità, oppure perché toccano temi aperti nel dibattito politico e, quindi, attirano l'opinione pubblica), una corte che non appartenga al mondo anglosassone (dove esistono strumenti di "docket control" molto semplici) deve decidere anche casi di importanza molto minore, spesso minima, che appesantiscono il lavoro dei giudici. Su queste questioni minori si accendono spesso discussioni che hanno interesse soltanto procedurale (e, a loro volta, possono avere ricadute su casi di maggiore portata). Si tratta di discussioni che possono avere risvolti un po' "avvocateschi", non sempre proporzionate alla rilevanza del tema.

8. *Le mie letture.*

Recentemente, un collega della New York University ha deciso di chiedere a dieci giuristi di tutto il mondo di indicare quali sono stati i loro "compagni di strada": quali i libri o gli articoli che hanno

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

contribuito a formarli, operando quali loro guide. Ha deciso anche che non si potesse indicare più di dieci tra libri e articoli, che si dovesse scrivere un testo di 3300 parole, ed ha messo me tra i destinatari della richiesta.

Per soddisfarla, ho scritto in inglese un contributo, che qui trascrivo, con qualche ampliamento, in italiano.

a. *Alla ricerca di un Virgilio.*

« Tre sono gli uomini con i quali vivo un poco ogni giorno: sono Pascal, Montesquieu and Rousseau », scrisse Alexis de Tocqueville, trentunenne, il 10 novembre 1836, al suo cugino e grande amico Louis de Kergorlay.

Amo raccogliere "loci communes", una pratica antica della ricerca. Nella mia ricca collezione di citazioni, passaggi di opere, note di lettura, commenti, trovo "il mio Proust", "il mio Flaubert", "il mio Lévi-Strauss", "il mio Shakespeare". In quella gran messe di note non trovo un solo Virgilio, né dieci soli mentori, con un ruolo esclusivo, monopolistico, di guida intellettuale. In un viaggio ormai più lungo di mezzo secolo, ho incontrato molti più compagni di strada: alcuni mi hanno accompagnato per tutto il percorso, altri mi hanno presto lasciato, mentre facevo nuove amicizie, che mi avrebbero fatto compagnia più a lungo. Non tutti sono ancora tra i miei autori prediletti, perché ora ne vedo alcune debolezze. Alcuni autori rimangono come mie guide intellettuali, ma in modo diverso, perché hanno scritto altri libri.

La ragione di ciò può stare nel fatto che i nostri predecessori non erano inondati da libri come lo siamo noi oggi: la più grande biblioteca privata dell'inizio del XVIII secolo, quella del cardinale Domenico Passionei, che viveva nelle sale in cui ora lavoro alla Corte costituzionale, aveva solo 6mila volumi (la mia è tre volte più ricca). I nostri predecessori erano consapevoli della esistenza di "classici", i libri da leggere più di una volta, come notato da Francesco Bacone (« Some books are to be tasted, other to be swallowed, and some few to be chewed and digested; that is, some books are to be read only in parts; others to be read, but not curiously; and some few to be read wholly, and with diligence and attention. Some books also may be read by deputy, and extracts made of them by others »).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Ho osservato questo per spiegare che ho dovuto farmi forza per compilare una lista limitata a soli dieci scritti e autori, che mi hanno accompagnato finora in questo viaggio intellettuale.

b. *"Constitutions and steam-boats of vapour". La "Storia d'Europa nel XIX secolo" di Croce.*

« Se mi venisse chiesto di indicare l'evento più importante della mia vita, indicherei la biblioteca di mio padre », potrei dire con il poeta argentino Jorge Luis Borges. In quella collezione di libri, una parte importante era riservata alle opere di Benedetto Croce (1866-1952), uomo di dottrina, storico, filosofo, critico letterario, autore prolifico. Membro del Senato, due volte ministro (prima della prima guerra mondiale e dopo la seconda), componente dell'Assemblea costituente nel 1946-1947, antifascista, il più influente e rispettato intellettuale pubblico della prima metà del XX secolo, un "papa laico" (secondo la definizione di Gramsci).

Nel 1932 — a metà dell'era fascista — Croce scrisse una breve "Storia d'Europa nel XIX secolo", dalla morte di Napoleone alla prima guerra mondiale. Questo libro fu importante, perché aveva un oggetto allora incerto (l'Europa) e perché faceva l'elogio della indipendenza di nazioni come l'Italia, la Germania, la Polonia, il Belgio, la Grecia, e della libertà in tempi — in Italia — di oppressione tirannica. Croce citava il "Don Juan" di Byron: « Mankind just now seemed wrapt in meditation/on constitutions and steam-boats of vapour ». Notava che nel XIX secolo « si accendevano speranze e si levavano richieste d'indipendenza e di libertà ». Erano « bisogni di garanzie giuridiche, di partecipazione all'amministrazione e al governo mercé istituzioni rappresentative nuove o rinnovate, di varia associazione tra cittadini per particolari fini economici, sociali e politici, di aperta discussione delle idee e degli interessi, mercé alla stampa, di "costituzioni", come allora si diceva ». A quel tempo, l'ideale liberale divenne una "religione".

Il "plaidoyer" di Croce per la libertà era svolto più in relazione agli ideali che alle istituzioni. Croce non notò che il trionfo delle costituzioni andava di pari passo con il successo degli Stati-nazione e con la crescita delle funzioni degli Stati, che più tardi diverranno la fonte di molti problemi. Egli non misurò l'importanza dell'allar-

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

gamento del suffragio. Ma da quel libro io imparai quanto conta la storia. Che, per assicurarsi l'indipendenza, costruire uno Stato e introdurre alcune garanzie di base sono necessari molto sudore e molto sangue. Che il costituzionalismo è necessario per bilanciare la libertà degli antichi con la libertà dei moderni. E che, per capire tutto questo, è necessario guardare oltre la storia di un singolo Paese.

c. *Egemonia e coercizione: i "Quaderni del carcere" di Gramsci.*

Come Croce, Antonio Gramsci (1891-1937) fu un oppositore di Mussolini. Ma egli aspirava anche a scrivere l'"anti-Croce". Doveva essere un accademico, ma divenne un leader politico, prima socialista, quindi uno dei fondatori del partito comunista. Per breve tempo, nel 1924, membro del Parlamento; messo in prigione da Mussolini nel 1926, morì nel 1937, a 46 anni.

Gramsci non lasciò un libro, ma note, pubblicate e molto tradotte e lette dopo la caduta del fascismo. Uno dei Quaderni fu pubblicato nel 1949 con il titolo "Note sul Machiavelli, sulla politica e sullo Stato moderno". Lì Gramsci espose la sua teoria dello Stato e del diritto: « […] il concetto comune di Stato [è] unilaterale […]; per "Stato" deve intendersi, oltre all'apparato governativo, anche l'apparato "privato" di "egemonia" o società civile ». « […] nella nozione generale di Stato entrano elementi che sono da riportare alla nozione di società civile (nel senso, si potrebbe dire che Stato = società politica + società civile, cioè egemonia corazzata di coercizione) ». "Quistione del "diritto", il cui concetto dovrà essere esteso, comprendendovi anche quelle attività che oggi cadono sotto la formula di "indifferente giuridico" e che sono di dominio della società civile che opera senza "sanzioni" e senza "obbligazioni" tassative, ma non per tanto esercita una pressione collettiva e ottiene risultati obiettivi di elaborazione nei costumi, nei modi di pensare e di operare, nella moralità, ecc.".

In Gramsci si nota un concetto dello Stato e del diritto molto più ampio di quello corrente, fondato sulla nozione di egemonia, cioè di una leadership morale e intellettuale capace di raccogliere consenso e appoggio per un indirizzo politico, opposta alla coercizione.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

L'affresco storico di Croce richiamava l'attenzione sul diritto alto, quello costituzionale, l'analisi di Gramsci sui rami bassi, ma non meno importanti, il governo, la burocrazia, i regolamenti, le circolari.

Studiando i quaderni dal carcere di Gramsci sono stato educato a diffidare dalle dichiarazioni e dai principi, a prestare attenzione alle prassi, a cercare di comprendere il ruolo spesso contraddittorio delle diverse parti dello Stato, che esercita violenza legale ed egemonia. Una importanza speciale, in questo contesto, ebbe l'esperienza fascista. E ciò mi ha portato a studiarla.

d. *"Der nationale Staat": il "Doctor Faustus" di Thomas Mann.*

La Storia d'Europa di Croce era dedicata a Thomas Mann (1875-1955), romanziere e saggista, autore dei "Buddenbrooks" (1901) e della "Montagna incantata"(1924), premio Nobel per la letteratura (1929). Mann, circa quindici anni dopo, verso la fine del periodo nazista, scrisse un altro libro, il "Doctor Faustus". Dal suo "Romanzo di un romanzo" sappiamo che, mentre scriveva questa opera, leggeva la Storia d'Europa di Croce.

"Doctor Faustus" è una reinterpretazione della leggenda di Faust, collocata nel contesto della prima metà del XX secolo. È la storia di un compositore di eccezionale creatività musicale, Adrian Leverkühn, raccontata dal suo amico Serenus Zeitblom. Il primo vende la sua anima al diavolo in cambio di ventiquattro anni di genialità.

Il romanzo, scritto dal 1943 al 1946, si svolge su più piani (la vicenda della Germania, la storia della musica contemporanea, il tema di Faust) e contiene elementi diversi (in particolare, l'apollineo e il dionisiaco). Al suo centro, c'è un lungo dialogo tra il compositore e il diavolo. Questo appare a Leverkühn a Palestrina, mentre Leverkühn sta leggendo le pagine sul Don Giovanni di Mozart in "Aut Aut" di Kierkegaard. Il diavolo, parlando in tedesco (« il mio linguaggio preferito », egli dice) loda « la malattia creatrice »: « la malattia che largisce genialità, che scavalca gli ostacoli e nell'ebbrezza temeraria balza di roccia in roccia, è mille volte più benvenuta nella vita di quanto non lo sia la salute che si trascina ciabattando ».

Mann stesso scrisse, nel "Romanzo di un romanzo. La genesi

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

del Doctor Faustus", che quello era « il romanzo della mia epoca travestito nella storia di una vita di artista, molto precaria e peccaminosa » e che i passaggi del libro sull'inferno non possono essere intesi senza conoscere i sotterranei della Gestapo. Sappiamo anche da lui che, mentre finiva il libro, il mondo seppe della scoperta dei forni crematori nei campi di concentramento. E Mann aggiunse: « Per noi che avevamo fatto presto l'esperienza di quello che in Germania si chiamava "lo Stato nazionale", nulla fu sorprendente, nulla incredibile ».

Quel libro "polifonico" era un libro sul fascismo e sulla funzione storica dello Stato tedesco e mi indusse a riesaminare il grande pensiero giuridico tedesco del XIX secolo e l'ammirazione della scuola italiana di diritto pubblico per esso (con la germanofilia che ne conseguì) e a riflettere sulla necessità di fare i conti con i maggiori studiosi, Gerber, Laband, Otto Mayer, Georg Jellinek, il loro "Staatsrecht" e i loro seguaci italiani.

e. *Libertà e autorità: le "Lezioni di diritto amministrativo" di Giannini.*

L'unico libro di cui i miei professori universitari mi suggerirono la lettura, degno di essere menzionato in questo elenco, sono le "Lezioni di diritto amministrativo" (1950) di Massimo Severo Giannini (1915-2000). L'autore — di cui ho già parlato — non era solo un professore di diritto amministrativo. Quando l'incontrai, aveva giocato un ruolo importante nella preparazione della costituzione italiana del 1948 e sarebbe stato successivamente (1979-1980) al governo. Non era solo un "practicus legum", ma anche un "philosophus legum". Quel suo libro era un'opera weberiana, per la ricchezza dei riferimenti e degli esempi tratti dalla storia, dalla sociologia e dalla politologia, oltre che dal diritto. E faceva piazza pulita di molte "idées reçues", mentre insegnava a seguire il motto "distingue frequenter".

Fu un libro di importanza enorme. Era fondato sull'idea che il diritto amministrativo sia un sistema di regole giuridiche connesso con i principi generali dello Stato, e che, quindi, chi lo studi debba avere conoscenza dell'intero sistema giuridico. Stabiliva una chiara linea di divisione tra diritto privato e diritto amministrativo: di

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

conseguenza, il secondo non può usare concetti e principi del primo. Presentava il diritto amministrativo come un insieme giuridico fondato sulla dialettica autorità dello Stato — libertà dei cittadini: le decisioni amministrative determinavano — secondo Giannini — l'equilibrio tra i due poli. Era un libro molto nuovo per la schiettezza e talora persino l'asprezza irridente con le quali giudicava lo stato presente delle istituzioni italiane.

Altrove ho comparato la tecnica di Giannini al cubismo, perché egli riuscì ad abbandonare la prospettiva centrale ed esclusiva e ad esaminare le istituzioni da punti di vista differenti. Questo libro fu per me una "chiamata alle armi".

f. *Democrazia e tirannide: la corrispondenza tra Tocqueville e Kergorlay*.

Alexis de Tocqueville è stato il primo a segnalare l'importanza del diritto amministrativo, nel suo "Rapport" (1846) sul libro di Macarel all'"Académie des sciences morales et politiques". Tocqueville (1805-1859), giurista e giudice, fondatore della scienza politica, parlamentare e ministro degli esteri, intrattenne un rapporto di amicizia e intellettuale per circa trenta anni con Louis de Kergorlay. I due si scambiarono lettere sui loro sentimenti e sui loro sogni, sulle loro insoddisfazioni e sulle loro ambizioni, sui loro matrimoni, le loro carriere, i loro lavori.

Durante la lunga elaborazione dei suoi due principali lavori (ci vollero 10 anni per la Democrazia in America e 15 per l'Antico regime e la rivoluzione), Tocqueville usò illustrare al suo amico, in forma più diretta che nei suoi libri, le sue principali conclusioni sull'eguaglianza, sulla democrazia, sulla società civile negli Stati Uniti, sulla rivoluzione francese, sulla progressiva centralizzazione inglese, sui dilemmi del liberalismo a confronto con la democrazia.

Nel 1835, lo stesso anno della pubblicazione della prima Democrazia, scrisse a de Kergorlay: « siamo portati irresistibilmente dalle nostre leggi e dai nostri costumi verso una quasi completa eguaglianza delle condizioni. Una volta divenute eguali le condizioni, confesso che non vedo soluzione intermedia tra un governo democratico (con questo io non intendo una repubblica, ma uno stato della società nel quale ciascuno prenderà parte, in misura

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

maggiore o minore, agli affari pubblici) e il governo di una sola persona che comanda senza alcun controllo [...]. Io non voglio quest'ultimo [...]. Quindi rimane solo la prima soluzione. A me non piace più della seconda soluzione. Ma comunque la preferisco. E, se la prima non ha successo, la seconda sarà sempre lì. Tra i due mali, io scelgo il minore »".

Tocqueville non era uno storico. Usava i fatti per consentire al lettore di capire il movimento delle idee, legando fatti a principi. Inoltre, non si stancava di comparare. Non ho mai dimenticato queste due lezioni metodologiche. Tocqueville mi ha insegnato a combinare la miniatura con l'affresco, a violare i confini, ad affrontare i problemi metodologici legati alla comparazione.

g. *"Rule of law" e "droit administratif": il "Law of the Constitution" di Dicey.*

Quando Albert Venn Dicey (1835-1922) era studente ad Oxford, la "Democrazia in America" di Tocqueville era un libro molto popolare. Dicey ammirava il genio di Tocqueville e desiderava scrivere un libro tanto ampiamente letto quanto quello del francese. Come "Vinerian Professor of English law" al "All Souls College" e maggiore costituzionalista inglese, Dicey scrisse nel 1885 il suo "Introduction to the study of the law of the constitution", un libro notissimo, che consacrò il suo ruolo di massimo interprete della costituzione non scritta del Regno Unito. In questo libro scrisse: « In molti paesi del continente europeo, e specialmente in Francia, esiste un apparato di diritto amministrativo — noto ai francesi come *droit administratif* — che riposa su idee che sono estranee agli assunti fondamentali della nostra *common law* inglese e in particolar modo a quello che abbiamo definito il dominio della legge (*rule of law*) ». Dicey concluse che il *droit administratif* era « per sua stessa natura dispotico ». Nella sua analisi del diritto amministrativo, si riferì a Tocqueville, che, nel 1831, aveva dichiarato, in una lettera a Blosseville, di ignorare i principi generali del diritto amministrativo.

Nel contrapporre Inghilterra e Francia, e la loro storia, Dicey tratteggiava quattro elementi caratteristici del diritto amministrativo francese: diritti dello Stato determinati da leggi speciali; giudici ordinari senza giurisdizione in materia amministrativa e conflitti

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

amministrativi decisi da speciali corti amministrative; conflitti di giurisdizione; speciale protezione dei dipendenti pubblici.

La mia ricerca su Dicey mi indusse a studiare la "British XIX century revolution in government" (che era stata trascurata da Dicey), la nascita e lo sviluppo della scienza del diritto amministrativo in Francia, lo sviluppo parallelo dello Stato nei due Paesi, e la formazione e diffusione dei miti amministrativi (in questo caso, quello della esistenza di amministrazioni senza diritto amministrativo).

h. *Giudici e professori: "The Italian Style" di Merryman*.

Mentre Dicey aveva aperto un grande fossato tra tradizione di "common law" e tradizione di diritto civile, sostenendo che il secondo era dispotico, a causa della presenza del diritto amministrativo, John Henry Merryman (1920) costruì un ponte tra le due tradizioni.

Il comparatista della "Stanford Law School" scrisse, nel 1965-1966, tre fondamentali articoli nella "Stanford Law Review". Come il francese Tocqueville aveva scoperto la democrazia in terra americana, l'americano Merryman scoprì un nuovo "Italian Style" in Europa. Egli notò che in Italia « [L]a immagine più semplice del *judicial process* rivela qualcosa di meccanico e automatico, una specie di *slot machine* della giurisprudenza ». « La differenza [con gli Stati Uniti] che colpisce di più è il fatto che in Italia il giudice è relegato in uno *status* inferiore, quale operatore di una macchina disegnata e costruita dalla dottrina e dal legislatore ». Ma aggiunse: « […] la pratica è nettamente differente dal folklore ». Sviluppando idee di Ascarelli e Calamandrei, concluse che i giudici italiani hanno un potere creativo, un potere di "scelta controllata". L'interpretazione evolutiva e il ricorso all'analogia e ai principi generali sono finestre aperte sul mondo. Due erano le basi di questo ruolo dei giudici, per Merryman: la Costituzione del 1948 e la rinascita culturale italiana seguita alla caduta al fascismo. Merryman concludeva: « […] il futuro sembra riservare un ruolo più importante e un prestigio maggiore ai giudici » e « […] una più equa suddivisione dei compiti tra giudici e scienziati nell'evoluzione cosciente del diritto ».

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Si può ora riconoscere che Merryman è stato capace di prevedere il futuro: nessuno pensava negli anni '60 del XX secolo che il sistema giudiziario avrebbe conquistato un ruolo importante nelle istituzioni e nella società, quale quello che oggi ha.

Gli articoli di Merryman mi hanno insegnato che i sistemi giuridici possono divergere molto meno di quanto abitualmente si pensi. Essi divennero per me anche una sorta di indiretta introduzione allo studio del diritto americano e sollecitarono domande del tipo: perché i giudici hanno un ruolo importante come quello dei legislatori? Dove va stabilito l'equilibrio tra democrazia e libertà, la volontà del popolo e le garanzie giuridiche, le istituzioni cosiddette maggioritarie e quelle non maggioritarie?

i. *L'educazione del giurista: "Poesia e verità" di Goethe.*

Johann Wolfgang Goethe (1749-1832), poeta, autore di romanzi e di drammi teatrali, filosofo, interessato all'alchimia, al mondo vegetale, ai minerali, autore di saggi sui colori, direttore teatrale, alto funzionario della piccola corte di Weimar, autore dei "Dolori del giovane Werther" (1774), del "Faust" (1790 e 1808), degli "Anni di apprendistato di Wilhelm Meister" (1796), delle "Affinità elettive" (1809), verso la fine della sua vita, scrisse "Poesia e verità. Autobiografia" (1811-1832).

Quest'ultimo libro, come molte delle opere di Goethe, è una mescolanza di parti diverse in un quadro unitario. È la cronaca di una educazione e di una vita nelle arti e nella scienza, frammista a brevi racconti, saggi sulla letteratura tedesca, piena di saggezza ed ironia. Realizza il programma di Goethe, di « rappresentare l'uomo quale prodotto del suo tempo, e dimostrare come il complesso del mondo contemporaneo abbia troncato o promosso il suo sviluppo individuale ».

In questo libro vi è una interessante presentazione dei problemi della educazione giuridica. Goethe riferisce che lasciò Lipsia per continuare lo studio del diritto a Strasburgo. Qui il suo istruttore gli spiegò che « tutto era regolato a modo dei francesi che volentieri tengono rivolta l'attenzione al solo atto pratico delle cose ». « E prima di tutto, disse, non si domanda quando e come una legge sia nata, quali ne siano state le cause interiori ed esteriori, come questa

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

legge possa essere male interpretata ed adoperata. In tali indagini gli scienziati propriamente detti spendono la loro vita intera, mentre noi abbiamo soltanto ad occuparci di quello che attualmente esiste. È necessario studiarlo bene, fissarcelo in mente fermamente per potercene servire a profitto dei nostri clienti ».

Goethe aggiunge: « ma in questo modo mi era preclusa ogni via di studio indipendente. Le cose positive non mi attiravano e la mia mente correva sempre alla spiegazione, se non logica, almeno storica ». E cominciò a seguire le lezioni di chimica e di anatomia.

Questo breve resoconto sull'educazione giuridica nel XVIII secolo coincide con la mia esperienza nella metà del XX secolo. Mi rafforzò nella convinzione che diritto e istituzioni sono inintelligibili se non spiegati storicamente e logicamente legati l'uno all'altro.

1. *Del mettersi al di sopra della legge: la "Conversazione di un padre con i suoi figli", di Diderot.*

Direttore della "Encyclopédie" e autore prolifico, Denis Diderot (1713-1784) scrisse nel 1773 un breve dialogo sul pericolo di mettersi al disopra della legge. Nel dialogo sono presentate cinque diverse storie, che ruotano intorno allo stesso tema, quello della contrapposizione tra giustizia e diritto.

La più importante di queste storie è la seguente. Un vecchio prete muore, lasciando una considerevole fortuna. Si ritiene che non vi sia un testamento. Un certo numero di poveri eredi potrebbero approfittare dell'eredità. La persona incaricata di assicurare il passaggio dei beni — il padre che partecipa alla conversazione — scopre in una vecchia scatola un antico testamento che lega il patrimonio a una persona ricca. Fa meglio a buttarlo nelle fiamme o a seguire i dettami della legge?

La conversazione finisce con un passaggio che ho spesso citato: « quando venne il mio turno di augurargli la buona notte, abbracciandolo, gli dissi all'orecchio: "padre, a rigore, non ci sono leggi per il saggio… ». « Parlate più piano… ». « Poiché tutte sono soggette ad eccezioni, è a lui che spetta giudicare in quali casi bisogna sottomettersi ad esse e in quali liberarsene ». « Non mi dispiacerebbe troppo » mi rispose « che vi fossero in città uno o due cittadini come te; ma non ci vivrei, se la pensassero tutti così ».

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Dilemmi come questo si presentano frequentemente alla Corte costituzionale, di cui ora faccio parte. Questa Corte è, in principio, al di sopra della legge, perché deve proprio giudicare le leggi. Ha — è vero — una legge superiore, la Costituzione. Ma questa è spesso silente, o aperta a più interpretazioni. Quindi, chi ne fa parte deve far riferimento a valori generali o al proprio giudizio. Ci si può aspettare che i giudici siano a metà giuristi, a metà saggi, così contraddicendo le conclusioni di Diderot?

m. *Liberi di decidere? Il "Giardino dei sentieri che si biforcano", di Borges.*

Il poeta e saggista argentino Jorge Luis Borges (1899-1986) ha studiato tutta la sua vita la natura del tempo, dell'infinito, della realtà, della identità. La sua raccolta di brevi novelle "Il giardino dei sentieri che si biforcano", pubblicata la prima volta nel 1941, è considerata l'opera narrativa in lingua castigliana più importante del XX secolo.

La prima novella è una storia poliziesca, che fa da cornice al racconto della struttura di un antico romanzo cinese. Come sempre in Borges, precise esplorazioni filosofiche sono presentate in termini fantastici e ordinate in una ben articolata trama. Un cinese, spia dei tedeschi, uccide un uomo che si chiama Stephen Albert per far arrivare all'esercito tedesco il nome della città (Albert) che deve essere attaccata. Prima di morire, Stephen Albert informa colui che lo avrebbe ucciso di aver scoperto il mistero di un suo grande antenato, un famoso uomo di cultura, che aveva rinunciato alla carica di governatore per scrivere un romanzo e costruire un labirinto. Alla sua morte, non aveva lasciato nessun labirinto e un romanzo non finito e caotico. Albert aveva scoperto che il romanzo era il labirinto, perché descriveva un mondo nel quale tutti i possibili esiti avvenivano simultaneamente, ciascuno portando a ulteriori sviluppi e soluzioni.

In questa breve novella, Borges fa ricorso a diverse tecniche della letteratura fantastica e studia la natura del caso (l'autore del romanzo era uno degli antenati della spia), del piano (la spia intende uccidere Albert al solo scopo di rivelare al suo capo il nome di una città), della complessità (il romanziere aveva costruito un labirinto

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

non nello spazio, ma nel tempo; Borges costruisce due labirinti, con molte ramificazioni, per portare fuori strada il lettore).

Le dieci pagine di questo racconto scuotono la fede del giurista in un sicuro e prescritto modello di sviluppo, quelle costruzioni semplicistiche secondo le quali le regole dettano condotte e i destinatari obbediscono. Il lettore si rende conto delle possibili scelte aperte e dei molti paradigmi che possono essere adottati per capire la realtà.

n. *Che cosa hanno in comune? Perché li ho scelti?*

Sono giunto alla fine di questo viaggio attraverso gli scritti che hanno influenzato il mio lavoro. Essi sono molto diversi: libri di ricerca, lettere, romanzi, saggi, autobiografie, dal tardo XVIII secolo alla metà del XX.

Tuttavia, hanno qualcosa in comune. Scritti da menti poderose, ciascuno racchiude una intera tradizione in un settore, con molte ramificazioni, che portano in altri campi disciplinari, superando le frontiere. Hanno in comune, questo scritti, anche la capacità di fissare lo sguardo nel mondo dell'autore, ma dall'esterno, e, quindi, comparando più di una tradizione, culturale e nazionale.

Tra molti di questi autori vi erano legami diretti o indiretti (si pensi a Croce e Mann, Croce e Gramsci, Dicey e Tocqueville, Mann e Goethe), in quanto essi erano membri di una vera e propria "République des lettres", una comunità intellettuale oltre il tempo e le culture nazionali.

Li ho scelti io, o sono essi che mi sono venuti incontro, o ci siamo incontrati a mezza strada? E come e perché li ho incontrati? Ero consapevole della loro importanza, o mi hanno attratto perché mi piacevano? Li ho presentati qui perché ero consapevole della loro importanza e rilevanza per il mio lavoro quando li ho letti per la prima volta, o perché di questo mi rendo conto ora (e sto quindi ricostruendo una tradizione, mescolando ricordi e programmi, passato e presente)?

Cerco di dare una risposta a queste domande. Comincio notando che la lettura di queste opera non era parte di una tradizione consolidata, e che, quindi, non posso supporre che le stesse

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

opere fossero lette da altri italiani o europei nello stesso tempo e nello stesso ordine.

La prima ragione della mia scelta è che condivido l'opinione di Clemenceau sugli studenti dell'"École Polytechnique": « conoscono tutto quello che si deve conoscere, ma nulla di più ».Ora, io sono sempre andato alla ricerca di quello che la scuola, l'università, il mio stesso ambiente non mi dava, un "di più". E come insegnante ho cercato di dare quel "di più" che le istituzioni educative solitamente non dànno.

Una seconda ragione è legata alla mia schizofrenia intellettuale, quello di studiare diritto e storia: il primo guarda avanti, la seconda guarda indietro. Eppure io sono convinto che essi sono compagni necessari. Ed ho tentato più di una volta di affrontare i problemi metodologici che derivano da questa relazione.

Una terza ragione è che io sono stato sempre affascinato dai "molti volti del realismo", poiché la realtà riflette « sia il modo in cui sono le cose, sia i nostri interessi e le nostre assunzioni relativi al modo in cui le cose sono » (per adoperare le parole del filosofo neo-kantiano americano Hilary Putnam).

L'ultima ragione è che io — come ho detto all'inizio — sono stato un giurista involontario. Nel senso che non lo sono stato per vocazione o inclinazione, non ho mai avuto intenzione di diventare avvocato, giudice o notaio (uno dei tre mestieri classici del giurista) e solo più tardi nella mia vita ho scoperto la verità di quanto scritto da Edmund Burke circa lo studio del diritto: « this study renders men acute, inquisitive, dexterous, prompt in attack, ready in defense, full or resources ». A me, quindi, non è piaciuto il "diritto dei giuristi", mentre ho apprezzato gli scritti sul diritto dei non giuristi.

In conclusione, alcuni di questi incontri furono fortuiti, altri pianificati, alcuni suggeriti dal tempo in cui li ho fatti, ma tutti ispirati dagli stessi criteri.

Vi erano rotte alternative? Avrei potuto scegliere Hegel invece di Croce, Forsthoff invece di Giannini, Montesquieu invece di Tocqueville, Constant invece di Gramsci, Voltaire invece di Diderot? Lascerò questa domanda senza risposta, perché ho inteso parlare dei miei mentori intellettuali, non della mia "Bibliothéque idéale".

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

9. *Volgendosi indietro.*

Del mio tempo, avrei voluto dire, non della mia vita. Uno studioso non dovrebbe parlare di se stesso. Per lui parlano le opere (se hanno qualche significato). Ma non avevo scelta: gli organizzatori mi avevano dato questo tema. E, poi, siamo in una fase di passaggio, nella quale è divenuto importante chiarire anche i percorsi, oltre che i risultati. Infine, ho creduto che fosse di qualche utilità illustrare una via alternativa e spiegare che un giurista non è costretto nella gabbia delle strade classiche. Che può costruire in modo diverso da quello consueto il proprio tracciato.

Volgendo lo sguardo indietro, potrei ripetere quanto scrisse Tocqueville il 23 luglio 1827, da Versailles, al suo amico Kergorlay, illustrandogli il lato buono della sua attività di magistrato: « Je ne m'ennuie plus; on ne peut concevoir ce que c'est que de tourner sérieusement son attention sur un point. On finit forcément par s'intéresser à ce travail. Ainsi le droit qui me dégoûtait en théorie, ne produit plus le même effet sur moi en pratique. Toutes mes facultés se réunissent pour trouver une solution ou un moyen: je sens mon esprit agir dans tous ses développements et il en résulte le même bien-être que j'éprouvais pour le coeur quand j'étais amoureux et que, disais-je, je me sentais vivre ».

Se dovessi fare un bilancio complessivo, potrei dirmi moderatamente soddisfatto d'essere riuscito a dare una mia interpretazione ad un mestiere, sia per il tipo di vita, sia per il tipo di ricerca. Ho detto moderatamente soddisfatto, perché il percorso illustrato ha contribuito più alla decostruzione di un mondo, che ritengo finito o che penso sia divenuto poverissimo, che alla costruzione di nuovi ordini concettuali, di cui sono riuscito solo ad individuare la chiave e a porre alcune premesse.

L'attuale situazione è caratterizzata da forti sbandamenti. La maggior parte dei giuristi è composta da giuristi-commentatori o da giuristi-avvocati. Ma vivo è il senso di insoddisfazione, per cui c'è chi si lancia in campi sconosciuti per i quali si è impreparati. Mi riferisco a quanti filosofeggiano sul diritto, più che studiarlo (il fenomeno è particolarmente vistoso nel diritto costituzionale, e non solo in Italia).

Restano aperte le alternative. Continuare per la vecchia strada? Abbandonarla? Riedificare un ordine e ritrovare i princìpi? Avrete compreso la mia risposta.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

PER PAOLO GROSSI
GIUDICE COSTITUZIONALE (*)

CARLOS PETIT

HOMENAJE A PAOLO GROSSI (ALGO MENOS QUE UNA *LAUDATIO*)

Querido Paolo, queridos amigos:

Ante todo permitidme agradecer al Istituto Italiano per le Scienze Umane, admirable criatura de Aldo Schiavone, la generosidad con que he sido invitado a participar en este simpático acto en que celebramos la designación de nuestro amigo y maestro para el desempeño de la magistratura constitucional. Insisto en el sentimiento de generosidad que me ha traído al Palazzo Strozzi, pues no acierto a comprender qué razones profesionales o científicas que justifiquen mi presencia a este lado del estrado.

Pues mi lugar sería, más bien, con el público emocionado que llena la sala. Como Aldo ha querido otra cosa, me veo en el deber de hablaros sobre la feliz circunstancia que nos congrega y pronunciar, por segunda vez en mi vida, una *Pauli Grossi laudatio*. O algo que se le parezca.

Siempre recordaré la primera. Tuvo lugar un día ya lejano de 1991 en la Universidad Autónoma de Barcelona, con motivo de la investidura de Paolo como *doctor honoris causa*. Un decano de honda cultura política y jurídica, el colega constitucionalista Isidre Molas, y un rector politólogo muy sensible al saber juridico, Josep María Vallés, hicieron suya mi propuesta de asociar a Paolo Grossi

(*) È il titolo dell'incontro, organizzato dall'Istituto Italiano di Scienze Umane a Firenze, il 29 ottobre 2009. In quell'occasione Carlos Petit e Gustavo Zagrebelsky pronunciarono i discorsi che pubblichiamo di seguito.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

al claustro de nuestros doctores, comprendiendo enseguida que la universidad ganaba con ello presencia internacional y prestigio; como en otras ocasiones pasadas y por venir, el honor concedido a Paolo honraba sobre todo al concedente. Aquel rector ocupó después la cartera de Justicia en el gobierno catalán. Molas todavía es primer vicepresidente del Senado de España. Y tengo para mí que ambos amigos, uno desde el ejecutivo y desde la cámara alta el otro, habrán recordado en más de una ocasión el mensaje clarísimo de aquella intervención magistral. Pues tuvimos en Barcelona la fortuna de asistir a la enunciación general de una tesis — esbozada un par de años antes — que se demostró central en la labor científica del nuevo doctor y ha dado título a uno de sus libros más célebres; me refiero al "absolutismo jurídico" que caracterizaría el derecho del Estado liberal, singularmente en el terreno jurídico-privado, con la consiguiente denuncia del jurista moderno reducido a la humilde condición de corifeo del legislador.

La coherencia de la obra y la figura me permitiría proclamar, entonces, una segunda *laudatio* de nuestro homenajeado que recordase lo principal de estas dos fértiles décadas de plena madurez: sus nuevos libros (por fin llegaron los ensayos de síntesis y los manuales), sus últimos y pujantes discípulos, sus continuas iniciativas intelectuales… Cosas demasiado conocidas para ser expuestas aquí. Permitidme entonces que deje las formalidades propias del género laudatorio y use la palabra concedida para expones un amasijo de recuerdos y reflexiones como lector y observador del amigo que ahora festejamos.

Seguramente a Paolo le gustará saber que tardé algún tiempo en situarlo académicamente dentro de la familia histórico-jurídica. Me sitúo a las alturas de 1976, cuando tuve ocasión de leer por vez primera un escrito de nuestro amigo. Para mí, estudiante en la Universidad de Sevilla inscrito en un curso de Derecho Agrario, Grossi debía de ser un importante civilista italiano experto en derechos reales, excelente colaborador de una revista jurídica de tapas amarillas e intensos caracteres tipográficos, a la que acudí en busca de informaciones para un ensayo escolar; otra presencia en el título consultado (me refiero, claro está, a la "Rivista di Diritto Agrario" de Giangastone Bolla), un segundo 'desconocido' llamado Natalino Irti, me parecía, por el contrario, profesor de historia del

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

derecho: seguramente me llevó a la falsa conclusión el subtítulo ("Momenti di storia giuridica francese") de su largo estudio "Dal diritto civile al diritto agrario"; unas páginas preciosas, como lo había sido el trabajo grossiano sobre la autonomía doctrinal de la disciplina agrarista, para mi elemental preparación en la materia. Debo advertir que yo colaboraba por entonces en el Seminario de Historia del Derecho de la facultad y estaba a cargo de tramitar pedidos para la biblioteca y de fichar el contenido de revistas y misceláneas; por eso no tardé mucho en descubrir la verdadera profesión de mi admirado autor cuando tuve que ordenar los tomos de una publicación periódica que llegó a Sevilla hacia 1973.

Los *Quaderni Fiorentini* me sacaron del error. Después de todo, Paolo Grossi resultaba ser un historiador del derecho — por más que publicase en órganos consagrados al análisis del derecho positivo; pero se trataba — no sólo por ello — de un historiador muy original.

Para empezar, la revista que dirigía nada tenía que ver con el canon y el estilo vetusto de otras publicaciones que me eran familiares. Ni una palabra en su cabecera sobre aquella 'historia del derecho' que aún identifica nuestro "Anuario", la "Savigny Zeitschrift" o — ¿para qué buscar más lejos? — la "Rivista di storia del diritto italiano"; una algo misteriosa e insólita 'storia del pensiero giuridico' había ocupado su lugar.

Por otra parte, ese referente material de tintes filosóficos se llevaba a la modernidad — quiere decirse, se llevaba hasta nuestra misma cultura y experiencia; todo ello en franco contraste con el medievalismo imperante en las demás revistas histórico-jurídicas. Y la original opción servía de inmediato para convocar colaboradores procedentes de la cátedra ius-publicística, del derecho administrativo o del derecho privado: nuevas diferencias con los órganos periódicos de costumbre, que desde luego no se ocultaban al modesto redactor de una ficha bibliográfica.

Mas lo 'peor' estaba por llegar. Desinteresada por el 'derecho' — quiere decirse, por un entendimiento del universo jurídico restringido al mundo de lo legal — la cuestión del 'pensiero' en la revista de Grossi se salía de los límites habituales en la historiografía, coincidentes con el ámbito territorial del Estado soberano. Por eso, el adjetivo 'fiorentino' que usaba su título, aparte de localizar la

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

iniciativa científica y el medio corporativo situado detrás de la joven publicación, sustituía — nada banalmente — las expresiones de procedencia geográfica que querían acotar la materia en estudio (las revistas que recibíamos hasta entonces trataban la 'historia' del derecho 'español', 'italiano', 'français' — incluso del 'droit français et étranger'), sumiendo así en la perplejidad al novel estudiante sevillano.

Dejémoslo un momento así, extrañado y perplejo. Su caso o anécdota (mi caso) merecía recordarse porque nos permite destacar la rara operación cultural que emprendió Paolo desde los comienzos mismos de su ejercicio profesional. Tras medio siglo de textos, lecciones y encuentros hoy podemos alegrarnos del providencial traslado del canonista D'Avack, de la presencia de Romano *junior* en la facultad de Florencia o del refinamiento de una profesora de liceo que supo enseñar francés a los muchachos toscanos con la obra maestra de Descartes. Los *Quaderni fiorentini* eran y todavía son una estupenda versión impresa de las convicciones y del recorrido intelectual de su fundador, aquí malamente aludido en unas cuantas circunstancias biográficas: un canonista frustrado, lector primerizo de Santi Romano, Giuseppe Capograssi, Emilio Betti, Marc Bloch, Henry-Irénée Marraou. Por supuesto, con tales compañías en la cabeza nada de la 'historia jurídica' al uso (un cúmulo aburrido de erudición diminuta y fuentes exhumadas) podía encontrarse en la revista.

La perplejidad que siguió a aquel contacto literario me sirvió, con algo más de experiencia y superada una tesis de orientación más bien convencional, para repudiar aquella historiografía jurídica presente en las aulas universitarias (me temo que no sólo españolas) sin proyecto ni método, aislada tanto de los cultivadores del derecho positivo como de la historiografía *tout court* en general. La verdadera historia del derecho tenía que ser otra cosa; en realidad, bastaba aceptar la propuesta que llegaba desde Florencia y aprovechar los esfuerzos de Grossi para dotar de sentido nuestra común especialidad.

Superado el momento del rechazo al quehacer profesional habitual, no tardé en comprender que la singularidad del falso agrarista, historiador del derecho auténtico, debía definirse, ante todo, en términos positivos. El gusto de nuestro amigo por las metáforas, que utiliza con la elegancia que todos conocemos, y la

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

continua aparición en sus páginas de ciertos términos muy personales me ayuda ahora a ofreceros un breve catálogo de voces-guía que resumen, a mi entender, la profunda e influyente lección metodológica de nuestro amigo.

Sí, querido Paolo, una lección de método. En debates de congreso, conversaciones privadas o entrevistas de alcance profesional protestas repetidamente que careces de inclinaciones filosóficas y no te sientes preparado para afrontar una discusión epistemológica. Aquí resplandece, sin duda, tu profunda y confesada "fiorentinità", entendida como manifestación inteligente de ironía: desde la distancia que me conceden otros medios y tradiciones académicas, afirmo que no se encuentra en Europa un historiador del derecho más comprometido que tú con la continua reflexión sobre las condiciones del propio saber, sobre los límites heredados por la disciplina que cultivamos, sobre el horizonte de pensamiento y acción, en fin, que consiente al jurista contemporáneo la presencia imponente del Estado. Y es que el buen método científico no tiene por qué convertirse en motivo de prédica ni en justificación — siempre algo externa — de la investigación; por el contrario, el método se hace evidente en el sentido y coherencia de la obra publicada, se encarna en los jóvenes discípulos o palpita en la propuesta de argumentos antes desconocidos: "Simply by sailing in a new direction, you could enlarge the world", recuerdo haber dicho en público una vez, maltratando las palabras de un profundo poeta de Nueva Zelanda (Allen Curnow), a propósito de *Il dominio e le cose* (1992). En este último sentido, quisiera recordar, a modo de ejemplo, el descubrimiento, gracias a Paolo Grossi, de la prensa periódica como terreno abierto a la investigación; la sugerencia se tradujo de inmediato en monografía (1988), congreso (1983) y catálogo (1994), sirvió como terreno de encuentro del historiador con sus colegas de facultad y fue ejercicio pionero para lanzar estos estudios más allá de las fronteras italianas, a veces muchos años después del pionero hallazgo florentino: desde Francia (1988) hasta Argentina y España (1994), hasta la misma Alemania (1999, 2004). Nuestro amigo objetará que no mediaron manifestaciones de método al proponer las revistas como un nuevo objeto historiográfico, que ni siquiera especuló en torno a la condición, tan moderna, de la prensa profesional en la construcción y desarrollo de

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

la cultura jurídica de tiempos del Estado. Cierto es: la previsible protesta olvidaría, sin embargo, que la selección temática y su limpia ejecución encierran una lección de método — *res ipsa loquitur* — que ha logrado tener amplio eco internacional.

Método, entonces, tiene que ser una de esas palabras-guía a las que me refería hace un instante. Os propongo la segunda, ahora en italiano, pues es un clásico término grossiano: *ricupero*. El empeño intelectual de Paolo podría reducirse a esto: se trata de una valiente tarea de recuperación. Se quiere recuperar, en primer lugar, una posición digna para la historiografía jurídica, dejada por culpa de nosotros mismos sus especialistas en un rincón miserable de las facultades de Derecho. Parece innecesario advertir que no se encuentra en juego ninguna especie de sentimiento corporativo, ninguna búsqueda de poder académico ni de mayor espacio curricular; el objetivo es más elevado y consiste en afirmar, a través de un riguroso examen de conciencia (otra expresión muy del gusto de Paolo, que la lee y la analiza en textos de François Gény), consiste en afirmar, os decía, la historicidad como condición esencial del derecho, lo que permite establecer sobre bases sólidas un continuo diálogo con otros juristas. La historia de los *Quaderni* y de otras muchas iniciativas demuestra que el diálogo se ha establecido y produce frutos admirables.

Una historiografía jurídica recuperada para el saber jurídico (tanto teórico como práctico), entonces. Podría añadir algo más: esa historiografía ofrece a cualquier jurista el momento necesario para *recuperar* la dimensión unitaria del derecho en tanto ciencia, más allá de la legítima, inevitable pero reductora, especialización profesional. Para expresar la tensión fecunda de lo particular y lo general en el análisis jurídico Paolo nos propone repetidamente la metáfora del punto y la línea; él puede decirnos ahora si ha encontrado la inspiración en la obra teórica (también valiente propuesta de método) de Vasily Kandinsky (*Punkt und Linie zur Fläche*, 1926); bien pudiera ser, pues se trata, como sabéis, del único gran creador plástico que ha sido investigador y docente en una facultad jurídica.

Ahora bien, el *ricupero* grossiano va más allá de la ubicación científica de nuestra disciplina en el seno de aquella facultad; importa bastante más que el mostrar a los colegas la unidad profunda de los saberes jurídicos. Se trata de recuperar, en segundo

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

lugar, la labor del *iuris interpres*, quiere decirse, de restituir al jurista moderno su tradicional cometido como mediador (*interpres*, al fin y al cabo, es un intermediario) entre los conflictos sociales y los valores, convertidos en *norma*, de la misma sociedad. De lo que se derivan dos afirmaciones ulteriores que salpican la obra y la palabra de Paolo, al menos desde que se enfrentó críticamente en 1988 al cercano bicentenario de la revolución francesa. Por una parte, en negativo, el jurista contemporáneo — un *homo liber bona fide serviens* — habría sido secuestrado por el Estado y puesto a su servicio en la condición humilde, poco o nada comprometida pero desde luego cómoda, de exégeta en un paisaje jurídico dominado por lo político; por eso la metáfora del *ricupero* nos conduce a otros términos también muy apreciados por nuestro amigo (pienso ahora en *riscatto*, en *salvataggio*, en *affrancazione*).

Por otra parte, la empresa de *ricupero* encuentra su formulación positiva precisamente en la posibilidad de liberar al jurista estatal de su triste posición, lo que exige mostrarle, en primer lugar, todo aquello que perdió y todo aquello (poco) en lo que se ha convertido, con consejos de superación. Desde este punto de vista cobran sentido tanto la ingente obra grossiana sobre la jurisprudencia del *ius commune*, centrada en instituciones del mayor relieve, cuanto el interés de Paolo por ciertos teóricos modernos, italianos (Carrara, Cimbali, Vassalli…) y franceses (Saleilles, Gény…), muchos de ellos también *ricuperati* gracias a su empeño de investigador. Y este *ricupero* de la profesión interpretativa nos lleva, en segundo lugar, hacia el estudio renovado de las fuentes del derecho y la consideración de la justicia constitucional, así como al análisis del jurista, también ahora historiador de profesión, de fenómenos jurídicos muy recientes, si no todavía en curso (así la globalización jurídica o la carta europea de derechos).

Todo rescate con éxito supone volver a la vida; supone, como poco, conjurar el riesgo grave de perderla. Por eso llega el momento de presentar un tercer término usadísimo por Paolo, en rigor un campo metafórico brillante que recorre sus escritos. Aquí la metáfora limita con el oxímoron, pues me refiero a la imagen del *cadavere* que encerraría, sin embargo, una feliz posibilidad de vida.

Claro está que el cadáver puede ser simplemente un cuerpo muerto, por tanto irrelevante: conviene entonces que sea sepultado

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

y que no contamine, en su proceso natural de putrefacción, la vida que flota alrededor. En esta primera acepción, tan poco interesante, el cadáver sería el cuerpo muerto de la historiografía jurídica, positivista y erudita (aquí entran en cascada otras precisiones de Grossi, unívocas en su alcance de definir la tradición de la disciplina: ésta se entretendría en embalsamar cadáveres, en momificarlos, en festejarlos…), de modo que así volveríamos a las denuncias e insatisfacciones antes evocadas.

En los casos mejores la metáfora del cadáver nos sitúa a un paso del aludido *ricupero* — aunque confieso no haber encontrado el lema 'resurrección' en el vocabulario de Grossi. En uno de los capítulos de *Il dominio e le cose*, nuestro amigo reconoce su deuda con Tocqueville cuando se apropia de la profunda lección de método — querido Paolo, otra vez esa maldita palabra — que impartió el descubridor de la democracia en América: si el historiador, también el historiador del derecho, se ocupa de las cosas muertas lo hace al modo y manera del médico patólogo; esto es, con la intención de descifrar las leyes secretas de la vida. Sería entonces posible recordar aquí las frecuentes metáforas vitalistas que emplea Paolo en sus escritos, como aquel "pan para los dientes" que confiesa haber encontrado al afrontar la indeclinable dimensión canónica del *ius commune* o la "carnalidad" (también: "factualidad") de la experiencia jurídica medieval, especialmente en los tiempos más remotos.

La vida es compleja, natural y esencialmente compleja; nunca debe olvidarlo el jurista que quiera ejercer de verdad su misión interpretadora. Y así, acaso todavía más que en ejemplos anteriores, los escritos de Paolo declinan el término *complessità* con asiduidad y una gran complacencia. En su valencia técnico-jurídica complejidad significa *ordinamento*; ahí tenemos un concepto capital en el pensamiento de nuestro amigo, lector y estudioso de Santi Romano, utilísimo para dar forma (para ordenar) las variadas expresiones normativas que recorren la sociedad; seguramente, la célebre *Prima lezione di diritto* (2003) constituye el texto donde Paolo se expresa al respecto con mayor rotundidad, pero no podemos olvidar que *ordo*, étimo latino de ordenamiento, con sus otros muchos derivados, se encuentra omnipresente, desde el mismo título, en la que

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

consideramos, probablemente, la obra de madurez mayor entre las publicadas por nuestro amigo (*L'ordine giuridico medievale*, 1995).

Si la conciencia de la complejidad — vital y por ende jurídica — permite a Paolo denunciar el 'absolutismo' del Estado legislador y las muchas teorías de corte monista, también le sirve para liberar por fin al jurista moderno que yacía atrapado en la jaula exegética, a beneficio final de la doctrina. Por tal razón la desazón que experimenta el experto enfrentado a la globalización encerraría, enseña Paolo, una experiencia altamente positiva. Una vez comprobada la multiplicidad de agentes que crean derecho, una vez observada la incesante inventiva económica y constatada la necesidad de descubrir nuevas figuras jurídicas, se hace patente un saludable pluralismo dispuesto para ser ordenado (estilizado y enunciado como norma, así luego aplicado) por obra y gracia de un jurista capaz de interpretar, ciertamente, la realidad económica circundante, pero también de poner en acción y de integrar en su tarea interpretativa valores socialmente compartidos — más allá de los intereses egoístas de la clase mercantil. En conclusión, el reto de la globalización nos coloca por delante, al menos, un derecho privado de y para los sujetos privados, con el consiguiente programa de trabajo que tienen ante sí las profesiones jurídicas.

Querido Paolo, queridos amigos. Una quinta palabra o expresión grossiana, fundamental para comprender los encuentros que organiza el *Centro* florentino, flota ahora en la sala y describe perfectamente vuestra generosa actitud. Mucho más de lo que yo merezco, vosotros procedéis a "tendere l'orecchio", a "restare" o "mettervi in ascolto"; en suma, a expresar una atenta curiosidad por el otro y por lo otro, ya sea un saber, un parecer o un interlocutor. No quiero abusar de una generosidad que ya bordea los límites de la paciencia, mas conceded aún un momento a esta improvisada reflexión.

La actitud del *ascolto* viene en sí a resumir el espíritu científico: hacemos ciencia como saber comunitario que además es comunicable, por tanto sometido a la exposición, la comprobación y la crítica. Presupuesto del método científico resulta, entonces, la circulación de las ideas como impreso (y tendríamos que destacar la enorme labor productora de textos que Paolo ha llevado a cabo y continúan Pietro y Bernardo), a veces producidos en una lengua diferente. El

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

futuro *Profilo storico* que alguien llegue a trazar de la *Scienza giuridica italiana*, con la intención de analizar el tiempo abierto desde 1960, tendrá que detenerse, sin duda, en un fenómeno general que tiene, en el caso de Paolo Grossi, una secuela particular.

Me refiero a la influencia de esa ciencia en el extranjero — incluso en estos tiempos nuestros dominados por la expresión lingüística inglesa, los recursos electrónicos que mayoritariamente la emplean y el 'descubrimiento' en la Europa continental, no siempre sensato ni por tanto muy útil, de la experiencia admirable del *common law*. Hay algunas disciplinas, a las que Paolo se siente naturalmente muy cercano, que gozan hoy día de un desarrollo envidiable y gran proyección internacional; viene a la mente la poderosa escuela italiana de derecho comparado, pero sería injusto olvidar, en presencia de Aldo Schiavone, la nutrida aportación romanística. Otras especialidades doctrinales, tal vez ayer pero también hoy día, gozan en tierras de España y en América latina de un incomparable prestigio, tanto en la doctrina como, con su concurso, en la justicia y la legislación; el caso de la procesalística ofrece un ejemplo de notable interés. Seguramente no os recuerdo nada nuevo si proclamo, para terminar, que en ese ámbito del saber jurídico español y americano — tanto en Norteamérica como en los países de habla española y portuguesa — la obra Paolo Grossi se encuentra muy presente, hasta el extremo de merecer, por si sola, un capítulo aparte en ese hipótetico *Profilo storico* que habrá de escribirse algún día. Las traducciones al inglés, al español y al portugués, en algún caso inmediatas a la publicación del texto original, se suceden desde 1981, no siendo posible cerrar todavía el elenco: acabo de regresar de Brasil y conozco varios proyectos editoriales en curso de obras de Paolo Grossi. Si tenemos en cuenta que se trata de libros de síntesis, destinados al uso de estudiantes, es fácil imaginar la importancia a que está llamado el desempeño historiográfico de nuestro común amigo en el giro de pocos años.

El *ascolto*, por mi parte, empieza ahora. Os confieso que nunca he venido a Florencia con tanta alegría como en esta tarde de otoño, un otoño travestido de primavera, en que festejamos todos — hasta el tiempo atmosférico, se diría — la designación de Paolo Grossi como juez constitucional.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Gustavo Zagrebelsky

Signore e Signori, cari colleghi e amici, la ragione che ci ha fatto qui riunire è una di quelle in cui avvertiamo con fierezza il significato di un'appartenenza. Festeggiamo il nostro eminente e ammirato collega professor Paolo Grossi, che il Presidente della Repubblica ha chiamato a far parte della Corte costituzionale ma, al tempo stesso, ci compiacciamo fra noi. Ci compiacciamo, caro professor Grossi, della fortuna di partecipare a un mondo di studi illustrato dalla sua presenza e dalla sua opera. Manifestandole la nostra gratitudine, al tempo stesso ci congratuliamo tra di noi medesimi perché, in certo modo, la nostra colleganza con lei nobilita anche il nostro lavoro e ci rafforza, pur tra le tante difficoltà e incomprensioni, nel comune impegno accademico, nel proseguirlo come meglio possiamo.

"Chiamato alla Corte costituzionale". Dalla storia del diritto alla costruzione del diritto del nostro tempo. Questo, per lei, è il momento in cui si è compiuto il passaggio, dalle aule universitarie a un'aula di giustizia, l'aula nella quale si svolge il compito che, nella vita ordinaria del diritto, di tutti è il più alto, giudicare la legge: giudicare la legge per ricondurla, ove occorra, al diritto. Essendomi stato concesso il privilegio di prendere la parola in quest'occasione, mi sembra naturale usarla per ragionare sulle attese che la sua concezione del diritto autorizza a nutrire, circa lo svolgimento di questo compito da parte della Corte di cui è entrato a far parte.

1. La concezione del diritto del professor Grossi mi pare possa definirsi dualista, dove nell'altro lato del diritto, diverso dalla legge, sta una pluralità di dati giuridicamente rilevanti. Potremmo perfino dire che dualista è la sua *forma mentis*: quante volte ha usato espressioni: "l'altra faccia di…", "Giano bifronte", o, al contrario con deprecazione, "monismo", "semplificazione", "assolutismo", ecc. La sua concezione del diritto è al tempo stesso tradizionale e innovativa. È tradizionale perché si richiama a una continuità risalente alle origini dell'esperienza giuridica e variamente manifestata nel tempo, fino alla rottura legalistica di due secoli fa; è innovativa perché da quella rottura il mondo odierno del diritto, nella scienza e nella pratica, consapevolmente o inconsapevolmente, è tuttora segnato in profondità. L'auto-comprensione dei giuristi e dei giudici

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

del nostro tempo è quella di chi ritiene d'essere amministratore di un diritto a un lato solo, il lato della legge, cioè del potere messo in "forma di legge" cui la coercizione garantisce "forza di legge". La critica del legalismo d/a parte di Paolo Grossi non ignora certo la dimensione legislativa del diritto odierno. L'accusa di "legiscentrismo", di "legolatria", visioni del diritto ch'egli non si stanca di denunciare, non è rivolta a negare l'evidenza dei fatti, cioè il posto che la legge non può non assumere nelle odierne democrazie rappresentative (pur con tutti i suoi limiti e al netto dell'ideologia, anzi della mitologia democratica-rappresentativa). La sua critica è all'assolutizzazione di questa dimensione del diritto, all' "assolutismo legalistico" che nega "l'altra faccia" del diritto, quella che ha radici non nel potere organizzato in Stato, ma nella vita sociale e che assume, nella sua visione, il posto più importante. Lo Stato non è tutto. È parte, è "frazione rispetto a un paesaggio politico-giuridico più ampio".

Si dirà: ma come? Come si può affermare che i giuristi ignorino che oggi il diritto è, per così dire, a due strati: quello d'ogni giorno, contingente, mutevole per definizione, rappresentato dalla legge; e quello di epoche intere, durevole, immutabile anch'esso per definizione, e mutevole solo in condizioni eccezionali, rappresentato dalla Costituzione e dai documenti sovranazionali di portata costituzionale. In effetti, questa dualità del diritto odierno è penetrata nel profondo della coscienza giuridica del nostro tempo ed è alla base del controllo di costituzionalità delle leggi. Ma, di solito, si sottovaluta la differenza di sostanza, potremmo di dire "di pasta" tra le due anzidette espressioni normative. Dal punto di vista costituzionale, il dualismo di Paolo Grossi riguarda, per l'appunto, "la pasta" di cui sono fatte, rispettivamente, la Costituzione, da un lato, e la legge, dall'altro.

Per lo più, la costituzione è concepita come una legge, sia pure una legge più alta delle altre. Le costruzioni gradualistiche dell'ordinamento giuridico gradualistiche mettono le fonti in una gerarchia in cui, dall'alto al basso, una conta di più e un'altra di meno, in quanto espressioni di "poteri normativi" della medesima natura, ancorché differenziati per la forza di cui dispongono. Quando, secondo la celebre metafora di Calamandrei, si parla di "scala di durezze", si è nel medesimo ordine di idee, e lo si è ancora quando il costituzionalismo odierno è concepito come il completamento, al

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

livello più alto — quello della legge — delle aspirazioni dello stato di diritto legislativo: una legge sopra la legge, cioè la costituzione. Come se — secondo un'espressione che forse qualcuno dei presenti riconoscerà come propria — si trattasse di costruire l'attico, sopra l'edificio delle leggi. Queste e altre consimili rappresentazioni, contengono del vero, in quanto sottolineano il maggior valore della costituzione rispetto alla legge, ma sono incomplete o, anzi, fuorvianti, in quanto non mettono in evidenza la diversità di natura della prima rispetto alla seconda: una diversità di natura che corrisponde anche alla posizione che, mentalmente, dobbiamo riconoscere alla costituzione nell'edificio del diritto.

Nella *Prima lezione di diritto* — il testo in cui, in modo semplice e diretto, si raccolgono e si sistematizzano i frutti di una lunga riflessione — troviamo questa nozione, riferita alla costituzione del nostro tempo, una « manifestazione nuova e peculiare del diritto » (p. 86): « un complesso organico normativo […] emanante dal popolo costituente […] che fa suoi immediatamente e direttamente i valori circolanti nella società; […] l'immagine della società che si auto-ordina in base a precisi valori meta-giuridici e dello Stato-apparato che è chiamato a sottomettersi a essi. La Costituzione realizza, in altre parole, il primato della società sullo Stato » (p. 68). In *Il costituzionalismo moderno fra mito e storia* (in « Giornale di storia costituzionale », n. 11, 2006, p. 35), parla di una nozione di costituzione, quale inaugurata da quella di Weimar del 1919, come « specchio non […] di uno Stato, di un apparato, ma di un'intera società, o, se si vuole, di un popolo »: Nella *Lectio* per il dottorato *honoris causa* conferitogli dall'Università Suor Orsola Benincasa (2007), infine, la "diversissima qualità" della costituzione come "cifra giuridica" della società, è illustrata così: la costituzione « guarda alla società e vi attinge direttamente, rispecchiandola ed esprimendola in tutta la sua compiutezza. La Costituzione è, pertanto, un *prius* dello Stato e, se offre un disegno compendioso dell'apparato di potere da questo realizzato, rappresenta nella sua essenza qualcosa di più alto: in essa vivono e si affermano i valori storici di un popolo, valori ai quali è subordinato lo Stato, valori che legislatore e legge sono tenuti ad osservare ». Si noti come è giustificato il primato della Costituzione sulla legge: non su una gerarchia di poteri normativi, ma su una priorità logica e temporale.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

In breve: la Costituzione è un atto di autonomia sociale che non ha, alle sue spalle, un potere che comanda. La differenza rispetto alla legge è capitale: la legge — per quanto sofisticate teorie generali del diritto l'abbiano disincarnata in mere proposizioni linguistiche da sottoporre ai trattamenti propri dell'analisi del linguaggio e così abbiano contribuito a nasconderne le caratteristiche sostanziali e ad equipararla, sotto questo punto di vista, alle proposizioni costituzionali — resta l'espressione di un potere che si è già costituito in quanto tale: è potere messo in forma legislativa. In breve: è espressione di eteronomia. Ecco la diversa "pasta" di cui sono fatte: la costituzione, autonomia sociale; la legge; eteronomia politica.

Potere costituito significa potere che dispone della forza per farsi valere. La costituzione del nostro tempo difetta della possibilità di appoggiarsi a un potere, poiché è essa stessa a doverlo costituire. Essa trae la forza dall'insieme delle forze sociali che in essa vi si esprimono. La costituzione dei nostri giorni, la costituzione delle società democratiche e pluraliste non è espressione di una mano sovrana, che sovrasta e mette ordine. Questa è una costituzione che *ci si dà*, non una costituzione che *ci è data*.

Con le parole di Paolo Grossi: la costituzione « non è pertanto una carta che si impone dall'alto sulla società ma è in essa radicata e può ben essere presentata […] come una cuspide emergente da un continente per la massima parte sommerso (da cui, però, quella cuspide trae continuo nutrimento). Nella Costituzione, testo ed esperienza […] vengono a fondersi per aver voluto essere quel testo soltanto lo strumento di identificazione di valori profondi ». Da questo punto di vista, è improprio parlare della costituzione come espressione di un "potere costituente". Il "potere" costituente si forma, anzi coincide, col consenso che sorregge la costituzione. Non prima. All'epoca dell'Assemblea costituente, secondo testimonianze di coloro che ne fecero parte, era ben viva l'idea e il timore che il fallimento nell'opera che le si era assegnata come compito avrebbe fatto ripiombare il nostro Paese nel caos, perfino nella guerra civile. O caos o costituzione: questa è l'alternativa che caratterizza gli autentici "momenti costituenti" della nostra epoca, tra i quali quello da cui è nata la nostra Costituzione.

Di "potere" costituente si può parlare in condizioni costituzio-

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

nali che non sono le nostre, quando l'unità del potere organizzato in Stato preesiste. Allora il dare, il concedere una costituzione si configura come atto d'imperio, d'eteronomia. Usiamo anche in questi casi la parola costituzione o, come nell'Ottocento, "statuti", solo per una similitudine che nasconde le profonde differenze. Quelle costituzioni venivano da uno Stato strutturato; queste, le nostre, vengono da società da strutturare. Il potere, allora, precedeva; oggi segue. La forza che sorreggeva le prime procedeva dall'alto, era una forza monarchica (anche se impersonata da un'assemblea sovrana); la forza che sorregge le seconde viene dal basso. Nel primo caso, era corretta la definizione della costituzione come norma suprema; nel secondo caso occorre parlare piuttosto di norma fondamentale: dal vertice alla base dell'esperienza giuridica.

La differenza rispetto alla legge, allora, è chiara. La costituzione non è semplicemente una legge in forma speciale. È un'altra cosa. Ed è un'altra cosa anche rispetto alle leggi di revisione costituzionale. Queste, ma non la costituzione, sono leggi come tutte le altre, ancorché in forma aggravata. Esse presuppongono l'esistenza di un potere costituito che si esprime nella forma dell'atto più elevato conosciuto dalla costituzione e che si basa pertanto su una legalità preesistente. Dal che, noto tra parentesi, l'esistenza di limiti intrinseci del potere di revisione costituzionale, il cui esercizio non può giungere, contraddittoriamente, a negare i principi che lo legittimano.

2. La costituzione non si regge su un potere, cioè su una forza concentrata, coesa, visibile. È un prodotto sociale. Ma che cosa determina, per così dire, la "forza di costituzione"? Ancora Paolo Grossi: la « osservanza degli utenti basata su una sostanziale adesione ».

In effetti, non si sottolinea a sufficienza il dato di fatto che la vigenza della costituzione, a differenza della vigenza della legge la quale può giovarsi di apparati dello Stato addetti alla garanzia della sua osservanza, non è assicurata da alcun apparato di potere: non potrebbe essere altrimenti, essendo il potere e i suoi apparati un *posterius* della costituzione. Si dirà: ma c'è la Corte costituzionale, lì ad assicurarne il rispetto! Osservazione insufficiente, perché la funzione di garanzia della costituzione presuppone ch'essa sia già

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

vigente per forza propria. È dunque una garanzia interna, per così dire, non esterna.

L'adesione è un altro modo per dire ciò che Paolo Grossi ama indicare come "carnalità" del diritto che, una volta (*Un diritto senza Stato*, in « Quaderni fiorentini », n. 25, 1996, p. 278), ha evocato così: « È ovvio che, per la sua carnalità, cioè per servire a uomini e misurarsi su uomini in carne ed ossa, non sarà certamente mai scritto sulle nuvole, non galleggerà rarefatto al di sopra del paesaggio storico, ma sarà sempre una grande pluralità di forze — economiche, sociali, culturali, spirituali — a promuoverlo sorreggerlo connotarlo ». Se questo è vero per il diritto in generale, lo è ancor di più per quel diritto che, si è visto, non ha apparati precostituiti per renderlo effettivo coercitivamente. Questo — quella pluralità di forze — è l'altro lato del diritto, il lato materiale di cui la società fa esperienza, che fa *pendant* col lato formale-legislativo, che alla società richiede ubbidienza.

Nel corso dei secoli, il lato materiale si è espresso in molti modi (distinti dal diritto formale legislativo): diritto naturale d'ogni genere, diritto tradizionale o consuetudinario, diritto giurisprudenziale costruito sui casi della vita, eccetera. Questo era possibile in quanto della società si potesse avere una visione strutturata su proprie regole e regolarità. Era un mondo che le grandi trasformazioni seguite all'industrializzazione, all'atomizzazione sociale, alla dissoluzione degli equilibri comunitari determinata dalla bufera delle due guerre mondiali, avevano distrutto. Quando la seconda carneficina mondiale passò, la "carnalità" del diritto non poteva più richiamarsi a società pre-strutturate. Giuseppe Capograssi parlò, certo con esagerazione, di "costruzione della sabbia", come il compito immane della Assemblea costituente. Si trattava comunque, da una società in pezzi, di estrarre ciò che si riteneva vitale, riconoscerlo, ricomporlo e iscriverlo nella Costituzione. Nei suoi principi fondamentali, la costituzione è, per l'appunto, questa grande ricognizione.

Ora, il punto che a me pare di particolare importanza è precisamente questo: la Costituzione è su un crinale: vista da un lato, è da considerarsi come diritto formale che si impone, in quanto norma suprema, alle altre manifestazioni normative; ma, vista dall'altro lato, è altrettanto certamente (ricognizione di) diritto materiale, in cui è espresso il radicamento nel consenso e nei rapporti sociali senza il quale sarebbe solo un pezzo di carta, un papello senza

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

valore. Si deve anche aggiungere che, da tale radicamento, essa trae la forza della sua vigenza; non solo però. Essa da lì trae continuamente l'alimento che dà corpo ai suoi principi, altrimenti astratti. La costituzione, nella sua parte principale, si esprime necessariamente attraverso concetti generici (libertà, giustizia, uguaglianza, dignità, equità, eccetera) i quali, per rendersi concreti nella pratica del diritto, si devono tradurre in concezioni e le concezioni stanno fuori della presa del diritto formale, lo precedono, vivono nella società. La costituzione dunque non è lo steccato che separa il diritto dall'ambiente sociale in cui opera, come vorrebbero tutte le teorie del diritto pure, formaliste e monarchiche. Al contrario, essa è un punto di passaggio, di osmosi.

3. Chi, principalmente, è chiamato al compito di gestire questo passaggio è la Corte costituzionale, organo che Paolo Grossi ne *L'Europa del diritto* (2007, p. 252) aveva evocato con poche parole: « È di rilievo la istituzione di un giudice delle leggi, la Corte costituzionale, quale custode della Costituzione » e che invece, nella già citata *Lectio* al Suor Orsola Benincasa, è oggetto di ben altra, forse presaga, considerazione. Alla Costituzione, intesa nel senso che abbiamo visto, « dà concretezza l'istituzione, al centro del testo costituzionale, di un giudice delle leggi, ossia di una suprema istituzione giudiziale [...] chiamata a verificare continuamente la rispondenza fra l'opera del legislatore e del governo con il tessuto di superiori valori ordinanti; istituzione che può essere considerata come un autentico organo della coscienza sociale, preziosa valvola respiratoria dell'ordinamento giuridico italiano, cui dà respiro attingendo direttamente dalla società civile ».

In questa prospettiva, si comprende l'attenzione riservata al controllo di costituzionalità sotto il profilo della ragionevolezza. Anche al di là della violazione puntuale di singole disposizioni costituzionali, il legislatore incontra un limite generale al suo arbitrio: « Il diritto legale non sfugge così alla impietosa verifica con il divenire della coscienza collettiva e dei suoi valori » (*Prima lezione*, p. 91 s.). Lo storico del diritto avverte immediatamente l'importanza sintomatica di questo criterio di valutazione della legittimità della legge: sintomo del trapasso da un orizzonte culturale a un altro, da un'epoca del diritto a un'altra. La dottrina di impostazione tecnico-

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

legalista ha tentato, senza mai riuscirci, in tanti e ingegnosi modi, di ricondurre questo criterio alla Costituzione come diritto positivo e di tecnicizzarne l'impiego, disarticolandolo in passaggi logici interni al tessuto normativo legale. La verità è che la ragionevolezza appartiene al lato materiale del diritto, non a quello formale. Il suo emergere nella giurisprudenza, non solo italiana, è la conseguenza di un cambio di paradigma nella stessa concezione del diritto della nostra epoca. Esso ha a che vedere con la natura della Costituzione e da lì si rifrange sulla natura del diritto, come tale. Quando il diritto si riduceva alla legge e la legge si riduceva alla volontà del legislatore, la ragionevolezza della legge coincideva con la ragione del legislatore. Un controllo esterno non sarebbe stato nemmeno concepibile. Il diritto oggi è invece non lo strumento del potere legislativo, ma il criterio di regolazione e convivenza sociale. Dalla prospettiva verticale, dove chi comanda può dire: solo io so quel che faccio, alla prospettiva orizzontale delle aspettative sociali di regolazione dei rapporti tra le sue parti. La società, da oggetto passivo e amorfo del diritto è diventata soggetto attivo che esprime pretese nei confronti del legislatore: per l'appunto, pretende ragionevolezza.

La Corte è l'organo della ragionevolezza, non in quanto sia, come è stato detto una volta, "l'isola della ragione nel caos delle opinioni". Essa non ha da far prevalere una ragione astratta sulle ragioni concrete del legislatore. Non è l'organo di un nuovo "assolutismo giuridico". Non è questo il suo compito. È invece quello di un interprete della costituzione intesa nel senso anzidetto, quale strumento di garanzia della società contro maggioranze legislative occasionali, spesso improvvisate e ancor più frequentemente mosse da intenti che non hanno a che vedere con l'ordinato vivere comune.

Naturalmente, ciò presuppone un tessuto culturale di riferimento. In mancanza, ogni decisione, non solo legislativa ma anche costituzionale è destinata ad apparire arbitraria. Oggi, questo tessuto manifestamente manca, è lacerato da tante divisioni, incomprensioni e perfino da rinunce nichilistiche. Qui si trova la ragione della debolezza della costituzione e delle difficoltà a farla valere per il fine di convivenza, che è il suo. La Corte costituzionale si trova a mezzo: la sua autorevolezza è una variabile dipendente da tale contesto, ma il suo compito è anche quello di contribuire, con le sue pronunce, a creare il consenso di fondo da cui anche la sua autorevolezza

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

dipende. Uno dei limiti della giurisprudenza costituzionale del nostro Paese mi pare si possa indicare nella rinuncia a svolgere questo ruolo di costruttore di un consenso sociale di fondo. Le sue motivazioni sono spesso monche proprio sugli aspetti più generali del contesto da cui le sue pronunce sono determinate, più che dall'interpretazione, per così dire, positivista delle norme con cui ha a che fare. Così si rinuncia a uno dei compiti della giustizia costituzionale, tanto più importante quanto meno quel consenso può essere dato per scontato.

4. La sua presenza nel collegio della Corte, illustre e caro professor Grossi, è per noi un motivo particolare di fiducia. La ri-costruzione di una cultura costituzionale nel nostro Paese è un compito importante e difficile, ma urgente. Nessuno più di uno storico del diritto come è lei saprà svolgerlo, immettendo nell'attività della Corte la coscienza delle radici profonde della nostra civiltà giuridica, con la consapevolezza che esse non possono essere tagliate, ma devono essere alimentate e rinnovate, per preparare un avvenire che non sia di avventura. Con queste parole, mi permetta di esprimerle, insieme al rammarico di non avere potuto essere insieme a lei nei miei anni di giudice costituzionale, l'augurio più fervido di buon lavoro.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Letture

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

MASSIMO NOBILI, *L'immoralità necessaria. Citazioni e percorsi nei mondi della giustizia*, Bologna, il Mulino, 2009 (*).

Il libro di Massimo Nobili, *L'immoralità necessaria*, non corre il rischio di confondersi nella pletora delle opere, anche pregevoli, dedicate al problema del diritto e del processo penale. A impedire che questo libro passi inosservato cooperano in egual misura tanto la sua forma quanto il suo contenuto, tanto lo stile argomentativo quanto l'elaborazione tematica.

Lo stile è efficacemente compendiato dal sottotitolo: 'citazioni e percorsi'. L'autore percorre in lungo e in largo la cultura occidentale (da Omero a Carofiglio, 'si licet parva'), ne raccoglie frammenti, brevi passaggi, appunto 'citazioni', e li offre al lettore in sequenza, dal frammento 1 al frammento 964. Non si pensi però a un assemblaggio casuale il cui esito sia uno zibaldone magari gustoso ma incoerente e difficilmente leggibile nella sua interezza. I frammenti non fluttuano in libertà nel testo: vengono organizzati, commentati, inseriti in apposite sezioni tematiche, incorporati, insomma, nel discorso dell'autore. L'autore non parla *di* Omero o *di* Carofiglio: parla *attraverso* di loro. I testi del passato sono i mattoni (o, se si preferisce, i marmi) di cui l'autore si avvale per costruire il suo edificio: che è la *sua* dimora, costruita per affrontare i problemi del suo (del nostro) presente. Le citazioni sono in realtà — come scrive l'autore — trapianti: un'operazione (è ancora un'espressione dell'autore) aggressiva; più aggressiva di quanto non sia l'atto (pure evocato da Nobili) del tradurre (che resta comunque funzionale alla decifrazione del testo-oggetto); un'operazione non contemplativa e asettica, ma trasformatrice e creativa. Nobili evoca il genere musicale del 'tema variato'. Io penserei piuttosto all'impiego che Casella fa di Scarlatti e di Paganini e Stravinsky di Pergolesi: dove i materiali appropriati restano sostanzialmente intatti (come avviene in ogni citazione), ma vengono a far parte di un discorso nuovo e tutto affatto diverso.

I percorsi di Nobili nel gigantesco *thesaurus* della cultura occidentale non seguono tracciati prestabiliti, dettati a priori da un'appar-

(*) Il testo è stato letto in occasione della presentazione del libro di Massimo Nobili, organizzata dalla Camera Penale di Firenze — presieduta dal prof. Giovanni Flora — a cura dell'avv. Lorenzo Zilletti, il 28 maggio 2009.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

tenenza disciplinare o da un paradigma teorico. Nemmeno questa scelta è casuale né nasce da una generica, onnivora curiosità, ma è il frutto di una consapevole strategia, funzionale all'approccio prescelto; un approccio che vuol essere, al contempo, interno ed esterno al mondo (o ai mondi) della giustizia.

A Nobili interessa riflettere sul processo penale evitando gergalità e tecnicismi; gli interessa guardare il processo contro luce, coglierne i collegamenti con la dinamica sociale e con le strategie del potere; gli preme comprendere le aspettative, le paure, le reazioni che esso suscita nella vita degli esseri umani. L'autore guarda al mondo di cui il processo è parte, guarda a ciò che esiste prima che la macchina processuale entri in funzione e a ciò che resta in circolo dopo che essa si è arrestata; guarda ai segni che il processo (come il terribile ordigno della kafkiana colonia penale) lascia sui corpi. Per decifrare questi segni occorre porsi all'esterno del processo e guardarlo dal di fuori; per questo l'autore ritiene di dover spezzare le fedeltà disciplinari e raccogliere le più diverse testimonianze; e nemmeno arrestarsi alle testimonianze orali, ma allargare il già smisurato *corpus* dei reperti estendendo l'inchiesta alle testimonianze iconiche, nella convinzione che esista un 'non detto' che le immagini possono rivelare con un'evidenza insuperabile.

Nobili guarda al processo, per così dire, dall'esterno, ma al contempo non può e non vuole dimenticarsi del sapere accumulato nei molti anni dedicati all'analisi del complesso meccanismo processuale e alla concreta esperienza del suo funzionamento; il libro di conseguenza si organizza secondo precise scansioni tematiche entro le quali rifluiscono i materiali (le 'citazioni') raccolti nelle peregrinazioni *extra moenia*.

Il gioco opposizionale dell''interno' e dell''esterno' viene dunque confermato e al contempo ribaltato a ogni pagina: la precisa conoscenza della dura realtà del processo distoglie dal rifugiarsi in innocue astrazioni, mentre l'impiego di testi della più varia provenienza impedisce di cadere in un'asettica ingegneria normativa indifferente al problema del senso. Ed è proprio il simultaneo impiego delle due prospettive ('interna' ed 'esterna') a immunizzare l'autore da indulgenze o complicità nei confronti del proprio oggetto. Il fenomeno processuale e penale emerge in una luce nitida e impietosa che ne sottolinea la rilevanza nel funzionamento dell'ordine sociale complessivo, ma al contempo permette di cogliere le disfunzioni della macchina punitiva e la problematicità dei suoi fondamenti.

Passare in rassegna i singoli passaggi di cui si compone il nostro libro richiederebbe un tempo e soprattutto una competenza maggiori di quelli di cui dispongo. Non riuscirò quindi a rendere giustizia all'autore e potrò soffermarmi solo su alcuni dei tanti temi che egli affronta.

Il primo fra questi è opportunamente collocato all'inizio del discorso perché investe il fondamento e il senso stesso del meccanismo

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

punitivo. « Le Erinni, il castigo » è il titolo del capitolo e il riferimento alle Erinni non è esornativo, ma evoca un mito in qualche moto fondativo della giustizia penale; il mito messo in scena nel 458 a. C. da Eschilo che con la sua trilogia, l'*Orestea*, intende celebrare la fine delle vendette private e la nascita di un'istanza giudicante, superiore e imparziale. Il dramma ha un esito lieto: le furiose Erinni, placate da Atena, si convertono nelle benevole Eumenidi; finisce la vendetta, comincia la giustizia. È questo il messaggio che percorre per mille rivoli l'intera cultura occidentale; e tuttavia non manca di farsi strada il sospetto che questa limpida scansione — dalla vendetta alla giustizia — sia troppo facile e consolatoria e che resti al fondo delle nostre culture (nella logica delle istituzioni, nella prassi punitiva, nell'immaginario collettivo) un intreccio più vischioso e irrisolto fra vendetta e giustizia.

È l'impolitico Nietzsche, capace tanto spesso di dar voce alla cattiva coscienza dell'Occidente, a porci di fronte a questo enigmatico groviglio: « la pena — scrive Nietzsche in *Genealogia della morale* — null'altro è […] se non la riproduzione, il *mimus* del comportamento normale contro l'odiato, reso inerme, soggiogato nemico, il quale ha perduto non solo ogni diritto e tutela, sebbene anche ogni possibilità di grazia; dunque il diritto di guerra e la festa di vittoria del *Vae victis* » (1).

È ancora Nietzsche a sottolineare il nesso fra festa e punizione: torna alla memoria lo « splendore del supplizio » sul quale si è soffermato — facendo tesoro delle pagine nietzscheane — Michel Foucault; torna alla memoria la festosa, pubblica, trionfale inflizione della sofferenza sul corpo del colpevole, familiare alle società di antico regime. Certo, l'esecuzione della pena non occupa più il centro della scena, nelle società trasformate dalla modernizzazione innescata dal riformismo illuministico; l'esecuzione della pena si è spostata ai margini dello spazio pubblico, si svolge nell'ombra, al riparo da sguardi indiscreti. L'idea stessa di pena è stata profondamente ripensata nel corso dell'Ottocento, razionalizzata e resa compatibile con i valori dominanti in un'Europa che si vuole civile. E tuttavia dovremmo guardarci da una rappresentazione ingenuamente ascendente del processo storico: la barbarie non sta soltanto alle nostre spalle; è una possibilità sempre aperta e annidata nel nostro presente. Le Erinni non sono sconfitte una volta per tutte e le figure del colpevole e del nemico rischiano di incontrarsi e sovrapporsi in una penombra che il rigore delle procedure non sempre è in grado di dissipare.

È un rischio immanente all'esercizio dell'azione punitiva; ed è un rischio che si accentua drammaticamente quando la macchina della giustizia interviene nel vivo di una situazione duramente conflittuale. Nobili si sofferma a questo proposito sulla giustizia penale internazio-

(1) F. NIETZSCHE, *Genealogia della morale*, trad. it. a cura di F. Masini, Milano, Adelphi, 1984, Dissertazione II, paragrafo 9, p. 270.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

nale, a partire da quell'evento che ne costituisce in qualche modo la matrice obbligata: il processo di Norimberga. A Norimberga non viene inscenato un processo-farsa, il camuffamento processuale di decisioni politiche prese *aliunde*. Il processo è autentico, le forme sono rispettate, la difesa e l'accusa si fronteggiano con dovizia di argomenti. E tuttavia grava su tutta la vicenda il peccato originale dell'insufficiente terzietà del giudice: è un giudice vincitore che giudica un imputato-nemico (2).

Un giudice vincitore, o vendicatore; un imputato nemico: contraddizioni in termini e tuttavia espressioni estreme di un rischio immanente al funzionamento del delicato e imponente dispositivo della giustizia penale; che è tale in quanto impedisce il ritorno delle Erinni e giudica, *sine ira et studio*, il comportamento giuridicamente trasgressivo di un essere umano: giudica e condanna il colpevole. Siamo di fronte a un'immagine antica ed essenziale del rendere giustizia: un'immagine sacrale e augusta, il contrassegno principale (per una lunghissima stagione storica) del potere sovrano, rappresentato come *imago dei* proprio in quanto giudice: in quanto giudice giusto, capace di distinguere l'innocente dal colpevole.

Che cosa significa però essere colpevole? Ecco un secondo, formidabile tema intorno al quale Nobili raccoglie inquietanti testimonianze. Essere colpevole significa essere responsabile delle proprie azioni: è una lunga catena concettuale che secondo Nobili mette in rapporto, attraverso innumerevoli passaggi, Tommaso d'Aquino con Francesco Carrara; e la catena potrebbe essere allungata senza sforzo sia all'indietro nel tempo che in avanti. La legittimità del giudizio penale (il fondamento del diritto di punire) sembra inseparabile da questo assunto antropologico, che percorre la cultura occidentale a partire dai testi platonici: l'idea di un individuo strutturato gerarchicamente, caratterizzato da una mente, da una ragione che comanda dall'alto il corpo, lo disciplina, lo indirizza verso un fine. Razionalità e libertà si implicano a vicenda e si traducono nel dominio di sé, in una sovrana capacità di scegliere e di agire. La legittimità della sanzione sembra iscriversi interamente nello spazio che si apre fra la possibilità di scegliere e la volontà di trasgredire.

Davvero però i profili sono così semplici e netti? Ancora una volta, Nobili si diverte a complicarci la vita e raccoglie testimonianze che revocano in dubbio proprio quell'antropologia dalla quale sembra dipendere la legittimità dell'intervento punitivo: da *I Dialoghi* di Luciano alle riflessioni di Schopenhauer (e potremmo aggiungere Nietzsche, salvo precisare però che egli in realtà tenterà di fare un passo al di

(2) Cfr. P.P. Portinaro, *La spada sulla bilancia. Funzioni e paradossi della giustizia politica*, in « Quaderni fiorentini », 38, 2009 (I diritti dei nemici), pp. 75 ss. e M. Flores, *Crimini contro l'umanità e crimine di genocidio: contraddizioni e problemi da Norimberga a oggi*, ivi, pp. 1505 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

là della tradizionale contrapposizione fra necessità e libertà). La punizione presuppone una responsabilità individuale, ma questa rischia di essere inesistente o indimostrabile. Commenta Nobili: « il penalista sente il proprio spazio vitale, gli anelli delle sue quotidiane concatenazioni, cedere o trasformarsi » (p. 71). Non è possibile far finta di nulla. Su che cosa può reggere il dispositivo penale se non sul dogma della libertà-responsabilità del soggetto? La risposta di Schopenhauer è ispirata al più rigoroso realismo: la sanzione colpisce un individuo, ma si rivolge alla società. È (diremmo) uno strumento fra i tanti di disciplinamento sociale la cui logica funzionalistica non ha bisogno di alcun supporto metafisico. La società punisce i suoi membri 'come se' essi fossero liberi e responsabili: è la logica del 'come se' il territorio — vorrei dire le sabbie mobili — sul quale si regge la macchina della giustizia.

Il dispositivo processuale permette la condanna di un colpevole 'come se' egli fosse interamente responsabile. Possiamo adottare la strategia del 'come se', anticipata da Bentham e teorizzata da Vaihinger, e possiamo far dipendere la legittimazione della macchina giudiziaria da una *fictio*, da una finzione pragmaticamente, socialmente, utile. È su questo sottile crinale che Nobili ci invita a muoversi: con gli occhi aperti, consapevoli delle prospettive vertiginose che si aprono da entrambi i lati.

Quale che sia il piano di appoggio della macchina giudiziaria (e quale che sia il grado della sua solidità), è comunque chiaro il fine cui i suoi diversi ingranaggi devono servire: inchiodare il colpevole a una precisa azione criminosa da lui commessa. Il verdetto di condanna presuppone l'accertamento di una qualche discrepanza fra una norma e un'azione, fra il dover essere e l'essere, fra una norma penale e un determinato comportamento: la condanna presuppone la conoscenza. La macchina della giustizia è anche una macchina della verità.

È questo il terzo, formidabile tema discusso da Nobili (forse il tema al quale l'autore dedica, per vie dirette o indirette, la maggiore attenzione): la verità processuale. È possibile riferire al mondo della giustizia un termine così impegnativo? Nel quadro dell'epistemologia giuspositivistica largamente dominante nella cultura e nella prassi giuridica otto-novecentesca la risposta è netta e ruota intorno alla famosa figura del sillogismo giudiziale: dati la norma e il fatto, che valgono come la premessa maggiore e minore del sillogismo, la sentenza giudiziale è una logica, irrefutabile deduzione, dove l'elemento della 'decisione' (della valutazione soggettiva, dell'arbitrio) è tendenzialmente assente. E proprio per questo il giudice non dispone di un vero e proprio potere (il suo potere è nullo, come voleva Montesquieu), ma esercita una funzione tecnica.

Purtroppo per noi, questa tranquillizzante immagine dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto è da tempo tramontata, a

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

vantaggio di una rappresentazione più realistica e disincantata sia delle operazioni ermeneutiche che del concreto funzionamento della macchina processuale. È in questa direzione che Nobili convoglia numerose testimonianze per metterci a contatto con una realtà — la dinamica processuale — dove niente è come sembra e tutto è comunque più complesso di quanto potremmo immaginare scorrendo un manuale di procedura penale. L'obiettivo è la verità, ma la strada per raggiungerla è quanto mai accidentata. Gli strumenti apparentemente più affidabili (le prove testimoniali, le perizie) non offrono facili certezze, ma esigono, come ogni altra risultanza processuale, l'intervento attivo e selettivo dell'interprete. L'accertamento del fatto non può essere in nessun modo ricondotto alla positivistica categoria dell'osservazione — a un processo conoscitivo portato avanti da un operatore distaccato e oggettivo — ma procede attraverso interpretazioni e ricostruzioni selettive che offrono, della stessa sequenza di eventi, rappresentazioni incompatibili.

L'accertamento processuale della verità non sembra strettamente imparentato né con il *mos geometricus* della matematica classica né con lo schema verificazionista (e nemmeno con lo schema falsificazionista) delle scienze sperimentali. Conviene piuttosto evocare i procedimenti della retorica, riportati al centro dell'attenzione negli anni Cinquanta dagli studi di Perelman. Non è la dimostrazione irrefutabile, ma è l'argomentazione persuasiva a tenere banco nel mondo della giustizia; decisivo non è l'impiego della ragione, ma è l'appello al ragionevole; l'obiettivo è persuadere, piuttosto che convincere.

Nobili ci offre testimonianze e riflessioni preziose a conferma dell'insuperabile fragilità e precarietà della conoscenza prodotta dalla macchina della giustizia e pur indispensabile al suo funzionamento. Al contempo però egli è molto netto nel rivendicare la verità (la verità processuale, la verità prodotta dal e per il processo) come una immanente teleologia del dispositivo processuale, come la sua decisiva e irrinunciabile direzione di senso.

Il carattere problematico, aperto e congetturale del procedimento di accertamento della verità processuale non può trasformarsi in una scettica rinuncia alla verità, che per Nobili resta il fine cui tende l'istituzione giudiziaria: che è una macchina della giustizia in quanto è una macchina della verità. È l'accertamento della verità, più ancora della punizione del colpevole, il fine dell'istituzione: tanto che la dimensione punitiva può anche essere lasciata cadere, a patto di esaltare la dimensione conoscitiva. È il caso, tanto interessante quanto discusso (ed evocato da Nobili), dei recenti processi in Sud-Africa, dove, per fare i conti con il tragico passato, è stata messa in secondo piano la punizione dei colpevoli a vantaggio della enunciazione (immaginata come catartica e conciliativa) della verità.

Nobili difende la verità processuale dai dubbi degli scettici, ma la difende anche dai pericolosi entusiasmi di chi, in nome di una qualche

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

'verità' preconfezionata pretenda di fare del processo una cassa di risonanza, una conferma e una pratica applicazione di una qualche previa certezza. Proprio per questo egli denuncia il fanatismo della verità che alimenta e legittima il processo inquisitorio nelle società di antico regime: in quel caso una presunta 'verità' preme dall'esterno sulla macchina della giustizia, la piega ai suoi scopi e produce un effetto esattamente contrario a quell'obiettivo di prudente, ragionevole, problematico, controverso accertamento del vero che costituisce per Nobili il fine irrinunciabile del processo.

La verità processuale non è *la* verità: è un'acquisizione che non ha niente di automatico e di scontato e si fa strada faticosamente fra le mille insidie che si annidano in ogni tappa del processo, caratterizzato dallo scontro di visioni e interessi contrapposti; e tuttavia per Nobili la dimensione conoscitiva del processo regge 'al di là di ogni ragionevole dubbio'. Nobili è disposto a prendere in considerazione la logica del 'come se' quando è in questione il fondamento del diritto di punire, ma non sembra interessato a estenderla al dispositivo processuale nel suo complesso: le condanne o le assoluzioni che da esso provengono non sono applicate 'come se' esse riposassero su accertamenti 'veri', ma presuppongono (senza giri o perifrasi), puramente e semplicemente, la verità (pur nella consapevolezza del carattere congetturale del suo accertamento).

In effetti, il forte nesso fra processo e verità (richiamato da Nobili) corrisponde probabilmente a un'aspettativa diffusa: è ancora profondamente radicata nel nostro immaginario collettivo (non solo nelle riflessioni dei *sapientes*, ma anche nel comune sentire dei cittadini) la convinzione che il fare giustizia consista nel separare il grano dal loglio, il colpevole dall'innocente. Giudicare è anche sceverare, disvelare, 'dare a ciascuno il suo'. Mi chiedo però se questa aspettativa (indubbiamente ancora vitale) sia una costante, un elemento strutturale degli apparati di giustizia come tali, oppure abbia una sua precisa storicità, un suo punto di origine e un suo possibile momento di declino.

Conosciamo ormai bene (basti citare, per l'Italia, gli studi di Sbriccoli e poi di Bellabarba e di Zorzi ([3])) il carattere negoziale della

---

([3]) Cfr. M. Sbriccoli, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale* (2001), ora in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi ed inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 1223-1245; M. Bellabarba, G. Schwerhoff, A. Zorzi (a cura di), *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medioevo ed età moderna*, Bologna-Berlin, il Mulino-Duncker & Humblot, 2001; M. Sbriccoli, *Giustizia criminale* (2002), in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia*, cit., pp. 3-44; A. Zorzi, *"Fracta est civitas magna in tres partes". Conflitto e costituzione nell'Italia comunale*, in « Scienza & Politica », 39, 2008, pp. 61-87.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

giustizia nella prima età comunale: è la composizione del conflitto fra clan familiari piuttosto che l'accertamento del misfatto la preoccupazione primaria; ed è soltanto con la graduale formazione di una sfera pubblica (nel senso moderno del termine) che la dimensione punitiva e conoscitiva si rafforza. Non è temerario ipotizzare che il nesso fra giustizia e verità si formi o si intensifichi proprio nell'orizzonte della moderna statualità: nel corso di quella lunga parabola che conduce alla creazione di un 'centro' potestativo che si vuole capace di ricondurre a se stesso i soggetti disciplinandone con crescente incisività i comportamenti. E potremmo allora anche interrogarsi su che cosa di questa parabola tipicamente 'moderna' resista o cambi nella nostra attuale stagione.

Potremmo chiederci se fosse possibile estendere al processo la categoria del *new medievalism*, spesso impiegata per intendere il *quid novi* delle recenti formazioni sovranazionali (quali l'Unione Europea). Per il processo, un segnale in questa direzione potrebbe essere la recente fortuna di un modello di giustizia negoziale, se è vero che un modello negoziale era largamente prevalente prima dell'avvio della parabola statalista. Forse in Italia questi segnali sono ancora deboli. Mi chiedo se un sintomo più significativo possa essere il *plea bargaining* americano (che secondo dati recenti investe il 90% dei processi). Se questo modello si affermasse anche nell'Europa continentale, potremmo trarne la conclusione che, come lo Stato moderno, così anche il nesso forte fra processo e verità, fra punizione e accertamento della responsabilità, è un fenomeno storicamente determinato, di cui conosciamo l'origine e di cui possiamo intravedere o ipotizzare il declino. Se così fosse, la logica del 'come se' non riguarderebbe solo il fondamento della macchina punitiva, ma investirebbe il suo funzionamento e la stessa idea di giustizia subirebbe una drastica trasformazione.

Fino a questa ipotetica svolta (ma forse anche oltre di essa), la macchina della giustizia può essere 'immorale', ma è certamente 'necessaria' : lo è per molti motivi; ma il primo fra questi è suggerito da quanto Nobili ci viene dicendo intorno al ruolo delle regole e delle procedure. Sono esse a fare della giustizia un dispositivo complicato e ingombrante; e tuttavia sono proprio i vincoli normativi e procedurali che si pongono come argine, al contempo, alle pulsioni aggressive della collettività e alla violenza arbitraria del potere.

La macchina della giustizia è tanto imponente quanto delicata, ma il suo funzionamento è decisivo per segnare il discrimine fra barbarie e civiltà. Proprio perché Nobili è profondamente consapevole tanto dei fragili fondamenti quanto del ruolo indispensabile della macchina della giustizia ogni pagina del suo libro è in grado di illuminarne il funzionamento con tranquilla passione, senza indulgere né a consolatorie illusioni né a sbrigative liquidazioni.

PIETRO COSTA

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

GUSTAVO ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia: tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2008 (*).

Con molto piacere ho aderito all'invito che mi è stato rivolto. Ho subito pensato che fosse per me l'occasione di un rinnovato confronto con l'Autore, nell'ambito di un dialogo che dura ormai da tempo. Ne è testimonianza tra l'altro la mia recensione de *Il diritto mite* proprio per i « Quaderni Fiorentini ». Poche pagine, per la verità, ma che meditai a lungo, rendendomi conto di essere di fronte ad un pensiero originale, di un costituzionalista che rifletteva, anche per il tramite della storia, sul significato di fondo del suo operare nel proprio tempo storico. Proprio da qui vorrei ripartire. Ciò che trovai di originale ne *Il diritto mite*, e che ritrovo in modo ancora più netto nel volume che oggi commentiamo, è proprio una consapevolezza di ordine storico. Si tratta del distacco dell'Autore dal paradigma, davvero consueto tra i giuristi, del *perfezionamento*, ovvero dall'immagine di una sorta di progresso unilineare insita nella vicenda storica dello Stato di diritto, intesa in senso plurisecolare: dallo Stato assoluto che inizia ad erodere i diritti particolari alla volontà generale della Rivoluzione che realizza il principio di uguaglianza attraverso il primato della legge, e da questa allo Stato liberale di diritto, per concludere l'itinerario con le Costituzioni odierne, che scalano l'ultimo gradino, sottoponendo al diritto la stessa volontà del legislatore. Una tappa segue l'altra, come se si trattasse di un destino obbligato. La Rivoluzione riprende e perfeziona il lavoro dello Stato assoluto, lo Stato liberale di diritto disciplina gli esiti della Rivoluzione, ed inizia il processo di costituzionalizzazione, che si compie a sua volta nel secolo ventesimo. Insomma, una sorta di cavalcata trionfale, all'insegna soprattutto della affermazione di strumenti di tutela dei diritti sempre più perfezionati.

Ebbene, l'originalità di Zagrebelsky consisteva, già ne *Il diritto mite*, nel suo aperto discostarsi da questa trionfalistica ricostruzione. Il suo era un esplicito invito a prendere coscienza della discontinuità che si era prodotta proprio alla metà del secolo scorso, con le nuove Costituzioni, come anche quella italiana del 1947. Ovviamente, non si trattava di disconoscere la rilevanza dei passi precedentemente compiuti. Si trattava piuttosto di leggere le Costituzioni di oggi con occhiali appropriati, consoni ad un tempo nuovo, per il quale erano necessarie nuove categorie. A suo tempo scrissi, in sintonia con Zagrebelsky, che non ci si poteva limitare a considerare le grandi novità, come la rigidità

(*) Riproduco qui il discorso tenuto presso la Fondazione della Avvocatura torinese, su invito della Accademia torinese delle Scienze e della medesima Fondazione, come presentazione, insieme ai professori Filippo Gallo e Natalino Irti, del volume di Gustavo Zagrebelsky (Torino, 19 gennaio 2010).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

costituzionale, o il controllo di costituzionalità, come l'ultimo piano, sopraelevato, di un edificio che rimaneva per il resto il medesimo, nelle fondamenta, come nella pianta. Era accaduto molto di più. Solo che non ne avevamo la consapevolezza. Il libro di Zagrebelsky, all'inizio degli anni Novanta, ci aiutava in questo senso, ci sospingeva ad interrogarci più in profondità, su ciò che stava mutando a partire dalla metà del secolo scorso, sugli esiti che avrebbero potuto prodursi in conseguenza di quelle trasformazioni. Il libro del 1992 era in proposito ricco d'ipotesi e di suggestioni, relative al ruolo effettivo della Costituzione come norma giuridica, o al mutare di significato dell'esercizio della funzione giurisdizionale. La mia impressione è che il volume di oggi prosegua quel discorso, presupponga quelle convinzioni, e tenti di dare risposte agli interrogativi allora formulati. Lo esaminerò sotto questo profilo.

La prima parte del volume è dedicata alla teoria di più ampio respiro, quella sulla natura del diritto. Se non temessimo la parola, potremmo dire che Zagrebelsky esplora la cosiddetta 'essenza' del diritto: per essere più prudenti, indaga sul modo in cui il diritto strutturalmente si manifesta. Per lui, è un modo necessariamente duale, o dualistico. Sul piano storico, si potrebbe ulteriormente dire: costituisce invariante, o costante, storica il manifestarsi del diritto in modo dualistico. Fino dai paradigmi dell'età antica, il diritto ha infatti in modo ricorrente e costante un doppio volto: da una parte è *lex*, ovvero diritto come frutto di volontà deliberante, non importa se monarchica o democratica, perché comunque diretta a disciplinare i rapporti tra i consociati dall'alto, attraverso norme in linea generale corredate da sanzioni; dall'altra è *ius*, ovvero ordinamento della società, sua regolarità profonda riflessa nell'opera della scienza giuridica e della giurisprudenza, come nel caso classico dello *ius civile*, o riassunta nei principi fondamentali della Costituzione, nel tempo storico a noi contemporaneo.

Nessuno ha espresso meglio questa dualità di Savigny, nel primo volume del *System*: « Alcuno potrebbe credere il diritto avere un'origine affatto diversa secondo l'influenza del caso o dell'arbitrio umano. Ma a tale ipotesi si oppone il fatto indubitato che dovunque un rapporto giuridico ci si presenta alla mente ed è posto in questione, già da lungo tempo esiste una norma per regolarlo, sicché non è necessario né possibile d'inventarla allora per la prima volta. Relativamente a questa qualità del diritto generale, per la quale esso in ogni circostanza, in cui può essere richiesto, si trova precostituito ed ha già una reale esistenza, noi lo chiamiamo *diritto positivo* ». Nella tradizione di Savigny, che è la stessa dei giuristi romani, il diritto merita quindi la qualificazione di 'positivo' in quanto è positivamente esistente nella società, e come tale riconosciuto dalla scienza giuridica, dalla giurisprudenza, e magari infine dallo stesso legislatore. Diverso è quello che

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Savigny stesso chiama *rein positives Recht*, ovvero diritto meramente positivo, che vige solo perché posto dal legislatore, spinto ad emanarlo — come lo stesso Savigny afferma — da cose che poco hanno a che fare con il diritto, come la *utilitas* o la *necessitas*. Dunque, ecco la nostra dualità: da una parte il diritto-strumento, la mera *lex,* dall'altra il diritto-ordinamento, lo *ius*, il vero diritto positivo. Come ben si vede, è una dualità completamente sbilanciata, nel senso che il polo positivo è quasi esclusivamente il secondo, quello dello *ius*. Il primo vale in quanto rifletta il secondo. Ma laddove la *lex* diverga troppo nettamente dallo *ius*, si ha per Savigny l'inizio di una degenerazione. Significa che il diritto perde la sua autonomia, viene ormai dominato dal criterio della *utilitas*, o della *necessitas*, in una dimensione che lo stesso Savigny esplicitamente chiama 'anomala'.

Torniamo ora al nostro volume. La posizione di Zagrebelsky è diversa — come meglio vedremo più avanti — poiché il suo dualismo non è così sbilanciato dalla parte dello *ius* come quello savignyano, se non altro perché nel mezzo intercorre il principio democratico come fondamento della *lex*, ma non è diversamente orientato. Savigny aveva da combattere il positivismo del Codice, ovvero il progetto di statalizzazione del diritto positivo, ma anche il nostro Autore ha la sua battaglia da svolgere, che è quella nei confronti del positivismo legislativo affermatosi in seguito in Europa, e segnatamente il suo progetto, a lungo intrapreso con successo, di riduzione del diritto a legge. Seguendo Zagrebelsky, lo si potrebbe così denominare: il progetto d'ideologico occultamento della naturale ed essenziale dualità del diritto. Il nostro Autore insiste sulla portata del lascito di questa lunga dominazione del paradigma positivistico di stampo legislativo e statuale, che è essenzialmente di natura culturale, prima ancora che giuridica in senso stretto. Quel paradigma, che voleva che il diritto fosse pensabile solo in forma di legge, è ciò che ci ha impedito per lungo tempo, e fino ad oggi, di tematizzare adeguatamente la Costituzione come norma giuridica. Ci ha impedito cioè di leggere il diritto nella Costituzione con occhiali ad essa adeguati, non deformati dalle spesse lenti della tradizione legalistica. Ancora alla Costituente, in Italia, pur nel quadro di un grande mutamento in atto, e nella cultura giuridica, nei decenni seguenti, quasi fino a noi, rimaneva ben viva la tendenza a voler per forza mettere sul corpo della Costituzione gli abiti della legge, ad ammettere la Costituzione nel cerchio del diritto, a toglierla cioè dalla dimensione di una mera volontà politica programmatica, solo a condizione che potesse essere configurata come legge, magari proveniente da un'autorità superiore e modificabile solo a certe condizioni, ma pur sempre legge, ovvero espressione del potere di un soggetto.

Siamo così giunti al punto in cui il discorso di Zagrebelsky diviene più propriamente un discorso di teoria giuridica della Costituzione, relativo alla genesi ed ai caratteri fondamentali della Costituzione come

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

norma giuridica. La domanda basilare sembra essere la seguente: posto che alla legge, nella nostra tradizione, è conferito il carattere della giuridicità in virtù della sua forza obbligante, della sua capacità sanzionatoria — la celebre 'forza di legge' — per quale tramite si potrà riconoscere alla Costituzione una sua giuridicità, ad essa adeguata? Per il medesimo tramite, forse? Per analogia con la legge, si dovrà in proposito pensare ad una sorta di 'forza di costituzione'? La risposta è seccamente negativa, per un motivo molto chiaro. La 'forza di legge' infatti ha come suo presupposto necessario l'articolazione del dettato normativo, nella legge, in fattispecie. È nel giudizio di chi applica la legge, di chi valuta la congruenza del fatto con la fattispecie astrattamente prevista, che si pone il presupposto per il dispiegarsi della capacità regolatoria della legge, della stessa forza di legge. Così non è nel caso della Costituzione, prima di tutto per la netta prevalenza, nella Costituzione, di norme di principio, ovvero di norme che pure pretendono di possedere forza obbligante in quanto norme giuridiche, ma che sono prive di fattispecie. La giuridicità della Costituzione ha bisogno dunque per affermarsi di una via propria, diversa da quella storicamente tradizionale della legge. Il cammino lungo questa via è iniziato alla metà del secolo scorso, procede con difficoltà, ed ha bisogno di un orientamento più sicuro. Di nuovo, la storia può giocare in proposito un ruolo non irrilevante.

Torniamo al punto da cui siamo partiti: la consapevolezza di una discontinuità intercorsa alla metà del Novecento. Per Zagrebelsky, è quello il momento di passaggio da un tipo storico di Costituzione ad un altro. Con le categorie del nostro Autore, dalla costituzione monarchica alla costituzione pluralistica. La costituzione monarchica non è la costituzione voluta dal monarca. Può essere anche una Costituzione voluta da un'assemblea. Ma è 'monarchica' nel senso che è una Costituzione voluta da un potere, espressione della volontà di un potere. Tornando alla problematica precedente, si potrebbe dire che è una Costituzione creata ad immagine e somiglianza della legge, come espressione di sovranità. La costituzione monarchica è anche una costituzione monistica, perché in essa sarà sempre fatalmente dominante la tendenza ad incarnare in un soggetto, di regola un legislatore, il sovrano che l'ha generata, sia esso un monarca o un popolo. Per Zagrebelsky, questo è il carattere dominante delle Costituzioni prima della svolta collocata a metà del Novecento.

Ebbene, la società contemporanea, post-totalitaria, rifiuta questa concezione della costituzione. Il suo carattere intrinsecamente pluralistico fa sì che divengano improbabili le immagini rivoluzionarie del potere costituente come soggettività perfetta, dalla cui volontà tutto deriva. Prevale un'idea latamente contrattuale, che pone alla base della Costituzione un *pactum societatis*, tradotto per l'appunto in norme di principio che riflettono valori condivisi a partire da diverse tradizioni

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

politiche ed intellettuali. In una parola, non si spiega la Costituzione a partire dal potere che l'ha generata, ma a partire dalla società che in essa si è riflessa. Come dice Zagrebelsky, la Costituzione, in una parola, è atto di autonomia. Alla sua base sta quella particolare volontà di convergere che ben si esprime nel concetto di *Wille zur Verfassung*. È quel tipo storico di volontà che non è propria di un soggetto, o di una persona, nel senso hobbesiano del termine, o nel senso della volontà generale della Rivoluzione, che non di meno — si badi bene — è atto istitutivo di un potere comune, ma mantenendo in sé i caratteri del contratto, il tratto fondamentale della plurisoggettività. In una parola, la 'volontà di costituzione' è anch'essa in sé duplice: è atto di un soggetto, e contratto tra più soggetti, nello stesso tempo. Entrambi i lati sono necessari alla costituzione pluralistica. Non esiste infatti solo la degenerazione in senso monistico, ma anche quella in senso opposto, verso una costituzione meramente contrattata: una costituzione pluralistica non può e non deve significare una costituzione debole, incapace di rappresentare un comune principio di unità politica.

Torniamo ora al tema della giuridicità della Costituzione. Come ben si comprenderà, è vano il tentativo di ricercare alle spalle della Costituzione un soggetto che l'ha generata, e che è capace di garantirla. Secondo Zagrebelsky, questo esercizio non è più possibile. La Costituzione, una volta generata, è destinata piuttosto a reggersi su sé medesima, ovvero sulla propria capacità, per il tramite dei suoi interpreti, di rappresentare un ideale punto di equilibrio tra unità e pluralità, tra indirizzo e garanzia, tra mutamento e stabilità. A voler racchiudere tutto in un'immagine si potrebbe dire: è la società ad aver generato la Costituzione, e perciò vi sarà Costituzione fin quando vi sarà società, fin quando nella società il *Wille zur Verfassung* prevarrà sulle spinte disgreganti, evocative di un altro ordine. Per questo motivo, perché questa convergenza sulla Costituzione rimanga viva, si deve guardare alla Costituzione da entrambi i lati. Da una parte, si deve saper difendere la Costituzione da quelle opzioni politiche radicali, da quelle interpretazioni unilaterali, che minacciano il suo nucleo fondamentale, quel complesso di principi supremi che è sottratto alla stessa revisione. Lo stesso Zagrebelsky richiama più volte questa dimensione necessaria della Costituzione. Ma c'è anche un secondo lato, pur ben presente al nostro Autore. Il fatto che la Costituzione, anche tramite i poteri di garanzia, possa mettere un limite effettivo alla politica non significa che essa possa contenere una sorta di destino obbligato di una comunità politica, storicamente determinata. La politica deve accettare i limiti che la Costituzione impone, ma questa, a sua volta, non può determinare un disseccamento della dimensione della discrezionalità politica, dell'esercizio dei diritti politici, del principio di responsabilità del legislatore liberamente eletto. La Costituzione pluralistica non è a senso unico la

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Costituzione dei giudici e delle Corti. Da Kelsen in poi, è anche la Costituzione della legislazione come frutto di libero confronto.

C'è infine un ultimo punto da toccare, che mi preme in modo particolare. Torno di nuovo, in conclusione, alla storia. Dalla penna di Zagrebelsky è uscita fuori un paio di volte l'espressione del 'ritorno', a proposito della natura duale del diritto. Come se oggi il diritto tornasse ad essere in modo trasparente quello che è sempre stato, e che solo l'ideologica dominazione del principio monistico aveva occultato, nel tempo compreso tra la Rivoluzione e la metà del Novecento. Non abbiamo insomma il buio dell'antico regime e le incertezze del presente da una parte, e dall'altra la luce abbagliante del primato della legge, che prima della Rivoluzione non era ancora sorta, e che oggi è in declino. Abbiamo piuttosto due paradigmi a confronto, quello monistico, dominante tra Otto e Novecento, e quello pluralistico, con il quale oggi conviviamo, e che prima della Rivoluzione aveva a lungo dominato in Europa. È questo un modo d'intrecciare il presente ed il passato che mi pare in prospettiva fruttuoso. Se non altro, ci sottrae alla condanna di dover eternamente considerare il nostro tempo esclusivamente come un tempo di crisi, della legge e dello Stato. Laddove 'crisi' troppo spesso significa prima di tutto divergenza dal paradigma monistico, da noi ereditato, e tra noi culturalmente ancora ben vivo. La crisi c'è, ed è anche evidente. Ma c'è anche la ricerca di un ordine adeguato al nostro tempo. Un ordine che Zagrebelsky chiama pluralistico, e che lega alla grande novità della Costituzione come norma giuridica fondamentale. Una novità che tale è rispetto al passato immediato, ma che forse ha radici profonde e più risalenti nella storia d'Europa.

MAURIZIO FIORAVANTI

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

FASCISMO E DIRITTO
(a cura di Irene Stolzi)

Loreto Di Nucci, *Lo Stato-partito del fascismo. Genesi, evoluzione e crisi 1919-1943*, Bologna, Il Mulino, 2009, 628 p.; Patrizia Dogliani, *Il fascismo degli italiani. Una storia sociale*, Torino, Utet, 2008, 371 p.

I volumi di Loreto Di Nucci e Patrizia Dogliani sono assai lontani nel tema e nell'impostazione: concentrato, il primo, sulle dinamiche interne ai vertici nazionali e locali dello Stato e del Partito nazionale fascista; dedicato invece, il secondo, a delineare un quadro d'insieme della società italiana durante il ventennio. Eppure una lettura incrociata dei due libri — tra i pochi lavori di ampio respiro prodotti negli ultimi tempi dalla storiografia italiana sul fascismo — offre spunti e stimoli di riflessione, perché consente di affrontare aspetti rilevanti dell'Italia fascista muovendo da punti di partenza speculari, "dall'alto" nel primo caso e "dal basso" nel secondo.

Al centro del volume di Di Nucci è il Partito nazionale fascista, nel suo rapporto con la nazione italiana e con lo Stato. Il rapporto tra Stato e Pnf negli anni della dittatura è, da alcuni anni, un tema abbondantemente frequentato dalla ricerca storica, con esiti interpretativi importanti e innovativi. Sembra ormai ampiamente condiviso il generale ripensamento, avviato e sostenuto tra i primi da Emilio Gentile, della tesi della completa subordinazione del partito allo Stato; tesi che, dalla fase aurorale degli studi sul fascismo fino a tempi recenti, ha connotato, a parte rare e parziali eccezioni, pressoché ogni corrente e tendenza storiografica e di cui *L'organizzazione dello Stato totalitario* di Alberto Aquarone, del 1965, ha costituito il più lucido e rigoroso sviluppo.

Di Nucci fa, del rapporto tra il Pnf e lo Stato, la chiave di lettura attraverso la quale rileggere l'intera parabola del fascismo, dalla costituzione dei Fasci di combattimento nel marzo del 1919 alla dissoluzione nel luglio del 1943. La simbiosi e l'integrazione tra Stato e partito è individuata come il principale elemento caratterizzante dello Stato fascista, a tutti gli effetti uno « Stato-partito ». Quella simbiosi, tuttavia, non riuscì mai a produrre un equilibrio stabile e duraturo, e fu

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

costantemente fonte e oggetto di tensioni e scontri che, alla lunga, indebolirono in maniera decisiva la solidità del regime e la sua capacità di tenuta di fronte alla prova estrema della guerra. La costruzione della dittatura attivò infatti « due dinamiche a carattere dualistico »: una « fra lo Stato-partito del fascismo e la nazione nella sua interezza, ovvero nella sua accezione risorgimentale e liberale di patria di tutti gli italiani »; l'altra « all'interno dello Stato-partito, fra prefetti e federali in periferia e sottosegretari all'Interno e segretari generali del Pnf al centro » (1).

Il primo dualismo rimanda all'essenza di fondo del fascismo. Il superamento della distanza e della distinzione fra Stato fascista e nazione rappresentava infatti, per Mussolini e i suoi uomini, la missione storica da compiere, il senso più profondo del progetto totalitario. Il fascismo ambì infatti a incarnare l'essenza dell'idea di nazione e a dar vita alla patria dei fascisti, intesa come la patria dei « veri italiani ». Come disse Mussolini, chiudendo il quarto congresso nazionale del Pnf, nel giugno 1925, « vogliamo insomma fascistizzare la nazione, tanto che domani italiano e fascista, come presso a poco italiano e cattolico, siano la stessa cosa » (2).

I fascisti, d'altra parte, vollero sin dall'inizio pensarsi e rappresentarsi non come una frazione del popolo italiano ma come la nazione stessa, la « vera » nazione, e per questo si ritenevano legittimati a governare lo Stato, non solo temporaneamente e all'interno di un sistema di vincoli legali ma esercitando un potere permanente ed assoluto. Stabilendo la piena identità tra nazione e fascismo, scrive Di Nucci, « il regime procedeva ad una "snazionalizzazione" degli antifascisti, e, nel medesimo tempo, riservava soltanto ai fascisti il godimento pieno dei diritti di cittadinanza » (3). Da un lato, infatti, nel corso del ventennio gli italiani che non dimostravano piena devozione al duce e al regime (non solo gli antifascisti, ma anche tutti coloro che apparivano tiepidi o semplicemente indifferenti) vennero trattati come sabotatori, rinnegati, agenti al servizio dello straniero e, quindi, estranei al corpo della nazione; dall'altro, di contro, gli appartenenti al Partito nazionale fascista poterono beneficiare di nuove e maggiori possibilità di carriera e promozione sociale, così come di un sistema assistenziale più moderno e al tempo stesso profondamente arbitrario e discrezionale.

L'identificazione tra fascismo e nazione, pur strenuamente perseguita, non si realizzò mai compiutamente. Una delle ragioni del fallimento può essere senz'altro individuata, ci suggerisce Di Nucci, nell'irrisolto dualismo interno al regime tra Stato e partito. È soprattutto

(1) L. Di Nucci, *Lo Stato-partito del fascismo. Genesi, evoluzione e crisi 1919-1943*, Bologna, Il Mulino, 2009, p. 9.

(2) Cit. in Di Nucci, p. 259.

(3) Di Nucci, p. 554-5.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

questa seconda « dinamica » che il volume prende in esame, ricostruendone le diversi fasi in maniera minuziosa e con una serrata scansione cronologia.

Tra lo Stato, che per definizione rappresenta e incarna la nazione, e il partito, che voleva essere non parte o fazione ma espressione di tutti gli italiani, la conflittualità fu endemica e irrisolvibile. Prima della marcia su Roma, il fascismo sfidò il monopolio statale della forza, avvalorando l'idea della contrapposizione di due Stati — quello fascista in potenza e quello liberale ormai in dissoluzione — tanto che, poche settimane dopo avere conquistato il potere, Mussolini segnalò l'intenzione di « fare di due Stati uno Stato solo ». L'auspicio rimase irrealizzato. Le relazioni tra Stato e partito furono contrassegnate dall'alternarsi di fasi di collaborazione e altre di aperte concorrenza senza che mai si giungesse, al centro e soprattutto in periferia, a un'effettiva integrazione. Il periodo più deflagrante coincise con la segreteria di Roberto Farinacci, nel 1925-26, quando prese forma una vera e propria diarchia, tra un Mussolini che eliminava gli ultimi residui statutari e un segretario del Pnf refrattario ad assoggettarsi al governo.

Posto termine alla diarchia tra Mussolini e Farinacci, il fascismo procedette alla subordinazione del partito allo Stato. Il periodo coincise con le segreterie di Augusto Turati e Giovanni Giuriati, tra il 1926 e il 1931. Quattro, in particolare, sono gli atti che sancirono, sul terreno politico e su quello legislativo-costituzionale, la subordinazione del Pnf: la circolare ai prefetti del 5 gennaio 1927, con cui si stabiliva, in provincia, la subordinazione del segretario federale del Pnf al prefetto, « più alto rappresentante politico del regime fascista »; il discorso di Mussolini del 26 maggio successivo, noto come « discorso dell'Ascensione », durante il quale il capo del fascismo ribadì il principio, affermando tra l'altro che, così come il segretario del partito si recava da lui ogni mattina a prendere ordini, la stessa cosa doveva avvenire tra segretari federali e prefetti; la legge del 9 dicembre 1928, che costituzionalizzava il Gran consiglio del fascismo; infine, lo statuto del Pnf approvato nel dicembre del 1929, con cui si stabiliva che il segretario del partito e i segretari federali sarebbero stato nominati dal capo del governo, nel primo caso con decreto reale e nel secondo su proposta del segretario nazionale.

I quattro provvedimenti costituivano le « pietre miliari » di quella che Mussolini definì la « consapevole, definitiva, solenne subordinazione del Partito allo Stato » (4); subordinazione che, per altro, sia Turati sia Giuriati accettarono pienamente. Tutto questo, però, non fu affatto sufficiente per mettere fine al dualismo interno al regime. I conflitti non cessarono. Al centro, non mancarono contrasti fra sottosegretari all'Interno e segretari del Pnf. In periferia, agli scontri tra i

(4) Cit. in Di Nucci, p. 279.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

rappresentanti periferici dello Stato e del partito si affiancarono quelli fra istituzioni che facevano capo agli uni e agli altri, come i Consigli provinciali dell'economia corporativa e i Comitati intersindacali. I primi segretari del partito indicarono possibili soluzioni per mettere fine al dualismo: Farinacci e Turati proposero di unificare la carica di sottosegretario all'Interno e quella di segretario del Pnf, mentre Giuriati suggerì di trasformare quest'ultimo in un funzionario fuori ruolo del Viminale. Nessuna di queste iniziative però andò in porto.

Il problema, con l'uscita di scena di Giuriati, non sarebbe stato più sollevato apertamente, almeno non da figure di vertice. Starace, il nuovo segretario, non avanzò nessuna proposta in merito né mostrò mai di considerare il dualismo con lo Stato un problema reale. Questo però non vuol dire, contrariamente a quanto si è a lungo sostenuto, che con Starace si assistette alla fine del partito o al suo ridimensionamento a un ruolo puramente scenografico. Semmai, la sua segreteria, la più lunga, si caratterizzò per la coerenza con cui perseguì la piena trasformazione del partito in un organismo di massa, subordinato allo Stato, per l'"educazione" politica e ideologica degli italiani. Nonostante questo, neanche durante gli otto anni dell'"era Starace" il dualismo apparve risolto. In periferia, infatti, i prefetti e i segretari federali frequentemente si comportarono come « due autorità » contrapposte o in concorrenza, protagoniste di "beghe" personalistiche e lotte tra centri di potere. Vista nel concreto, la "nuova politica" promossa dal fascismo appare perciò assai poco nuova e rivoluzionaria e richiama in buona parte modi e atteggiamenti di quella "vecchia", tanto vituperata.

Alla ricostruzione comparata di numerosi casi locali il volume dedica ampio spazio. Si tratta, certo, di un tema almeno in parte già sondato e messo a fuoco — si pensi a studi importanti e innovativi come quelli di Salvatore Lupo, Marco Palla e Paul Corner (5) — e tuttavia le pagine che Di Nucci vi dedica sono di indubbio interesse e non prive di originalità. Incrociando l'esame accurato della ricca produzione storiografica sulle storie locali del fascismo con gli archivi del Direttorio nazionale del Pnf il volume offre infatti una rassegna di numerosi casi di conflitto tra prefetto e federale. L'esame dell'effettivo sviluppo dei contrasti in diverse realtà provinciali si intreccia con lo sforzo di dar conto delle peculiarità e al tempo stesso di individuare gli elementi comuni e le principali tipologie.

Con l'inizio della guerra le « due dinamiche dualistiche » giunsero al culmine. Anche nel pieno delle ostilità belliche perdurarono i conflitti

(5) S. Lupo, *Il fascismo. La politica in un regime totalitario*, Roma, Donzelli, 2000; M. Palla, *Lo Stato-partito*, in Id. (a cura di), *Lo Stato fascista*, Milano, La Nuova Italia, 2001, pp. 1-78; P. Corner, *Everyday Fascism in the 1930s: Centre and Periphery in the Decline of Mussolini's Dicatorship*, in « Contemporary European History », 15, 2 (2006) pp. 195-222.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

tra prefetti e federali, che Mussolini avrebbe alla fine individuato come uno dei fattori alla base dell'instabilità e della crisi di credibilità del regime. Il conflitto, soprattutto, accentuò, fino a renderlo ormai incomponibile, il divario fra lo Stato-partito del fascismo e la patria di tutti gli italiani. La guerra assestò infatti il colpo decisivo alla costruzione della "nazione fascista", che finì in macerie il 25 luglio 1943, lasciando una pesante eredità. Sostiene infatti Di Nucci, rimandano a precedenti suoi lavori: « Perseguendo il fine di una fascistizzazione integrale della patria, inseguendo il mito della nazione fascista, il fascismo finì, paradossalmente, per radicare nella coscienza pubblica degli italiani l'idea che vi fossero nel Paese due nazioni » (6).

Il fascismo, insomma, fu segnato, come osserva Di Nucci richiamando la Germania nazista, da un ineliminabile « caos sistemico », originato dalle diarchie e dai dualismi presenti al suo interno. Mettere in evidenza il « caos sistemico » e i dualismi che segnarono il fascismo in tutta la sua parabola non significa però cedere a rappresentazioni indulgenti del regime di Mussolini. Va infatti ascritto alla più avanzata storiografia il merito di avere messo in luce il nesso profondo che legò il progetto totalitario del fascismo (la fascistizzazione dell'appartenenza nazionale) con la presenza di conflitti interni laceranti e alla lunga implosivi. Il totalitarismo, infatti, « non è ordine, ma disordine », non è « quiete borghese » ma « movimento permanente, arbitrio decisionistico, caos in espansione. È come una trottola. Quando cessa di girare vorticosamente, o rallenta, cade » (7).

Il dualismo tra Stato e Pnf si configura, allora, non come il conflitto tra un partito "rivoluzionario" e la forza tradizionale dello Stato italiano, magari solo più accentuatamente autoritario, ma come una dinamica tutta interna al fascismo. Lo Stato, infatti, era ormai a tutti gli effetti lo Stato fascista, sia perché guidato dalle camicie nere (« oltre che fornire uomini al governo e alla diplomazia, il partito dava al regime anche i prefetti ») (8), sia perché profondamente trasformato nelle sue strutture costituzionali e amministrative dalla « rivoluzione fascista ». La stessa subordinazione dei federali ai prefetti, sancita dalla circolare del gennaio 1927, non prefigurava un ritorno all'ordine e a una legalità preesistente ma « decretava anche la subordinazione degli organi dello Stato al *regime fascista*: il prefetto diventava prefetto *fascista* » (9).

È un elemento che emerge dalla ricostruzione Di Nucci. A rimanere

(6) Di Nucci, *Lo Stato-partito del fascismo,* cit., p. 289.

(7) B. Bongiovanni, *Revisionismo e totalitarismo*, ora in Id., *Da Marx alla catastrofe dei comunismi. Traiettorie e antinomie del socialismo*, Milano, Unicopli, 2000, p. 272.

(8) Di Nucci, *Lo Stato-partito del fascismo*, cit., p. 323.

(9) E. Gentile, *La via italiana al totalitarismo. Il partito e lo Stato nel regime fascista*, Roma, Carocci, 2001, p. 173.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

sullo sfondo, semmai, è un'analisi allargata alla realtà complessiva dello Stato fascista, la cui peculiarità e complessità non si esauriva affatto nella diarchia tra Stato e partito. La monarchia, sebbene disponesse di poteri limitati, giocò comunque un ruolo non irrilevante, sia quale elemento di stabilizzazione nel rapporto tra la nazione e il fascismo sia come autorità tenuta ampiamente in considerazione non solo dai vertici delle forze armate e dalla burocrazia ma anche da molte camicie nere (10). Anche le trasformazioni degli assetti costituzionali non furono certo senza esito nel dare forma allo Stato-partito: si pensi alle ininterrotte discussioni sulla riforma costituzionale (a partire dalle commissioni dei quindici e dei diciotto), alla radicale alterazione degli equilibri tra esecutivo e parlamento, alla trasformazione del sistema di rappresentanza (prima la riforma del 1928, che attribuiva al Gran consiglio la scelta dei candidati da proporre al plebiscito, e poi la creazione nel 1939 della Camera dei fasci e delle corporazioni, con la quale il Pnf acquisiva una valenza a tutti gli effetti costituzionale), o al ruolo di Mussolini, al tempo stesso capo del governo e duce del fascismo. Infine, la « fuga dall'amministrazione » e le « burocrazie parallele » degli enti pubblici, che proprio in quegli anni si gonfiarono, a loro volta diedero vita alla coesistenza all'interno dello Stato amministrativo di istituzioni "nuove", create dal fascismo e per lo più formate e guidate da camicie nere, e istituzioni "vecchie", preesistenti, nelle quali in parte resistette la burocrazia formatasi in età liberale (11). In un noto passo dei *Taccuini di un borghese*, alla data del 12 maggio 1940, Ettore Conti fa riferimento a « cinque burocrazie »: « la antica divenuta pletorica in conseguenza delle accresciute mansioni; la sindacale; la Corporativa; quella del Partito; ed ora in previsione degli eventi, quella del Fabbriguerra » (12).

Richiamare la complessità e la stratificazione dello Stato fascista, la pluralità istituzionale di cui si compose, "complica" dunque il quadro dell'analisi. Fu infatti all'interno di questa realtà più generale che si inserì il movimento dello Stato-partito, e che da quella realtà venne fortemente condizionato. Il dualismo tra Stato e partito non è riducibile al contrasto tra le diverse esigenze dello Stato amministrativo e della « rivoluzione » (13), ma risulta invece, a sua volta, la sommatoria di relazioni diverse, con motivazioni e dinamiche non omogenee, che il

(10) C. Brice, *Riti della Corona, riti del fascio*, in E. Gentile (a cura di), *La modernità totalitaria*, Roma-Bari, Laterza, 2008, pp. 171-90.

(11) S. Cassese, *La formazione dello stato amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1974; G. Melis, *Due modelli di amministrazione tra liberalismo e fascismo. Burocrazie tradizionali e nuovi apparati*, Roma, Ministero per i beni culturali e ambientali. Pubblicazioni degli archivi di Stato, 1988.

(12) E. Conti, *Dal taccuino di un borghese*, Bologna, Il Mulino, 1986 (ed. or. 1946), p. 449.

(13) Di Nucci, *Lo Stato-partito del fascismo* cit., p. 367.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

partito ebbe non solo con il governo e i prefetti ma anche con la tradizionale dirigenza burocratica, con le nuove istituzioni economiche (enti economico-finanziari, consorzi, sindacati) da cui in molti casi dipendevano le politiche da attuare in provincia, con gli innumerevoli enti assistenziali e previdenziali, spesso concorrenziali con le politiche assistenziali messe in atto dal Pnf.

La rilevanza accordata al binomio Stato-partito conduce probabilmente Di Nucci a interpretare in termini forse limitanti l'altro dualismo, tra la nazione degli italiani e la patria dei fascisti. Le discriminazioni derivanti dalla fascistizzazione della cittadinanza furono il risultato non solo della funzione di « tessera del pane » assunta dalla tessera del Pnf e delle sue organizzazioni dipendenti — aspetto questo a cui si fermano le fonti coeve e la memorialistica dei gerarchi — ma anche della dimensione strettamente coercitiva e repressiva dello Stato fascista e di una pratica discriminatoria di stampo razzista, sessista e omofobico. Se probabilmente è vero che « lo Stato fascista non fece ricorso al terrore » (14), è però altrettanto vero che l'utilizzo della violenza, a fini di controllo e come fondamento di un preciso modello antropologico, non si esaurì con il fascismo delle origini, così come discorsi e pratiche di stampo razzista non apparvero dal nulla nel 1938. Entrambi questi elementi — come ha messo in luce una recente stagione di studi — furono costitutivi dell'esercizio del potere da parte del fascismo e parte integrante dell'esperienza degli italiani durante il ventennio.

Quest'ultimo aspetto richiama direttamente la necessità di non chiudere la storia del regime fascista e del progetto totalitario di fascistizzazione dell'appartenenza nazionale entro i confini ristretti dello Stato amministrativo e delle gerarchie locali e nazionali del Pnf, e di verificarne il funzionamento allargando lo sguardo alla vita sociale, agli effetti prodotti sulla quotidianità degli italiani.

Proprio il rapporto tra regime e società è al centro del volume di Patrizia Dogliani. Si tratta, in questo caso, non di un lavoro di ricerca ma di un'opera di sintesi, con evidenti ambizioni divulgative (di una divulgazione alta e rigorosa, genere importante ma in Italia ben poco praticato). Il volume è costruito su un confronto critico e rigoroso con la storiografia italiana e internazionale, capace di tenere insieme i riferimenti classici e i contributi più recenti. Ne dà conto la ricca bibliografia ragionata posta in appendice, un vero e proprio tour guidato attraverso una mole enorme di studi. Sarebbe tuttavia riduttivo limitarsi a vedere nel volume una semplice opera di sintesi, in grado tutt'al più di indicare lo stato dell'arte degli studi.

Il volume occupa infatti, all'interno dell'abbondantissima storiografia sul fascismo italiano, uno spazio in precedenza vuoto. È infatti la

(14) Ivi, p. 440.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

prima storia sociale complessiva del ventennio. Dopo l'importante fioritura degli anni Settanta e primi anni Ottanta, la storia sociale è rimasta in secondo piano, circoscritta per lo più a una serie di studi spesso di ottima fattura ma di carattere monografico e specialistico. La "scoperta" della dimensione ideologica e culturale, il rinnovamento della storia politica, la proliferazione di studi locali e biografici hanno in buona parte determinato uno spostamento dell'interesse degli studiosi, con effetti non secondari sul terreno interpretativo. Il risultato, appunto, è stato la prolungata carenza di uno studio generale sulla società italiana negli anni Venti e Trenta e, più in generale, uno spostamento dello sguardo verso gli atti, le parole, le idee e le scelte degli apparati politico-istituzionali e degli uomini di vertice.

Il volume di Dogliani interpreta meritoriamente i confini e gli ambiti della storia sociale in un'accezione larga e ricca. Non indulge infatti alle angustie interpretative ricorrenti in precedenti stagioni, fondate sul presupposto di un'irriducibile contrapposizione tra politica e società, con la seconda tendenzialmente estranea, se non in opposizione, alla prima. Il volume presenta una struttura tematica, incorniciata da una parte iniziale e dal capitolo finale, che offrono una trattazione, sintetica e storiograficamente aggiornata, delle principali vicende politiche del fascismo (curiosamente scritto con la maiuscola). I primi due capitoli delineano il contesto politico del ventennio. Il primo, prendendo le mosse dalle eredità della grande guerra, è una sorta di prologo: ripercorre la prima fase della storia del fascismo, dalla formazione dei Fasci di combattimento alla costruzione del regime, con particolare attenzione al ruolo svolto dalla Chiesa e dall'esercito e al funzionamento degli apparati repressivi. Il secondo esamina invece il ruolo del Pnf, quale strumento di controllo e creazione del consenso e canale di promozione di una nuova classe dirigente, e quello del duce e del « Mussolinismo ». Il volume è poi chiuso da un capitolo dedicato alla politica estera nell'ultima fase del regime. La politica estera è correttamente ritenuta non una storia separata, un elemento esterno nel funzionamento del regime, ma, al contrario, un aspetto indissociabile, un decisivo punto di coagulo della sua costruzione politica e ideologica. D'altra parte, le scelte di politica estera e il nazionalismo aggressivo sostenuto dal fascismo contribuirono non poco a orientare l'opinione degli italiani e il loro rapporto con la dittatura.

La gran parte del volume affronta il modo in cui gli italiani vissero *il* regime e *nel* regime. Molti sono i temi trattati. Qui ci si può solo limitare a elencarli: i rapporti di genere, i ruoli dell'uomo e della donna, i cambiamenti nelle strutture familiari, le politiche demografiche pronataliste e l'eugenetica; gli effetti delle politiche ruraliste, le migrazioni interne, le bonifiche, la "nuova" urbanistica, i trasporti, la tutela del « Bel paese » e il turismo interno; la fascistizzazione della gioventù, l'intervento educativo, la scuola e l'università; il tempo libero, la cultura

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

popolare e la cultura di massa, lo sport, l'informazione e lo spettacolo; l'idea di patria e nazione, l'unificazione linguistica, le comunità italiane all'estero; l'italianizzazione forzata delle minoranze linguistiche e culturali, l'esperienza coloniale, il razzismo nelle colonie e in madrepatria, il sessismo e l'antisemitismo.

Una giusta attenzione è dedicata a « quelle pieghe della storia del Fascismo dimenticate dagli stessi storici antifascisti della prima ora » e al centro invece di innovativi lavori a opera di una nuova generazione di storici. È il caso in particolare del colonialismo, del razzismo, dell'antisemitismo, dell'antislavismo, del sessismo e dell'omofobia, cioè di « tutte quelle fobie per i diversi e per gli "altri", per coloro che furono messi al bando dal Fascismo » (15). Dogliani mette bene in luce la gradualità e la precocità con cui il razzismo entrò nel discorso pubblico e nelle realizzazioni politiche, come testimonia la rilevanza assegnata da Mussolini alla salute fisica degli italiani quale condizioni per il miglioramento delle condizioni della « stirpe » e della « razza » già nel discorso dell'Ascensione del 26 maggio 1927. Il progressivo passaggio della dittatura « dall'igiene sociale ad una profilassi sanitaria sino al razzismo » — con un'accelerazione in occasione della guerra d'Etiopia — è ampiamente delineato, senza tuttavia vedere in ogni aspetto e momento una semplice anticipazione del culmine finale costituito dalla svolta antisemita del 1938. L'analisi non manca, anzi, di delineare contraddizioni, incongruenze e svolte nella politica del regime.

Nel racconto non entrano invece altre questioni, non meno rilevanti, come ad esempio l'impatto della retorica guerresca, del culto del littorio e del mito di Mussolini e le strategie di adesione, adattamento, resistenza o non conformismo che gli individui misero in atto; oppure la quotidianità degli italiani, i cambiamenti nelle modalità lavorative, nelle opportunità occupazionali e nella mobilità sociale, le ricadute delle trasformazioni economiche, gli effetti della crisi dei primi anni Trenta. Si tratta di temi che avrebbero indubbiamente allargato il quadro analitico e offerto ulteriori spunti interpretativi. Averli trascurati o lasciati sullo sfondo è però una precisa e dichiarata scelta dell'autrice. Il volume non pretende infatti di presentare una storia complessiva della società italiana ma vuole indagare l'intersezione tra la politica del regime e la vita sociale.

Per assecondare appieno la natura di opera di sintesi, Dogliani privilegia la ricostruzione e l'analisi degli aspetti di volta in volta trattati, senza esplicitare tesi interpretative di carattere generale. Solo nell'introduzione si limita ad accennare a una chiave di lettura, che rispecchia ampiamente le acquisizioni della migliore e più recente storiografia:

« la mia tesi di fondo è che il Fascismo, nonostante tutti gli sforzi

(15) P. Dogliani, *Il fascismo degli italiani. Una storia sociale*, Torino, Utet, 2008, p. IX.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

coercitivi e propagandistici, non modificò radicalmente né interruppe le tendenze generali di sviluppo della società italiana, pur avviando politiche atte a ristrutturare processi avviatisi nel secolo precedente [...]. Esso compì in maniera consapevole una "modernizzazione" della società italiana, nel campo urbanistico, industriale e soprattutto nella nazionalizzazione degli italiani, e quindi nell'incontro tra vita politica e vita sociale. Nel contempo però il Fascismo congelò, isolò e fece arretrare il paese rispetto ad alcune grandi linee di sviluppo, delle quali avevano cominciato a godere dopo la Grande guerra i paesi democratici e le loro popolazioni, sia in campo culturale che sociale; in particolare limitò l'emancipazione di donne e giovani, il riscatto dalla povertà di ceti rurali e popolari, il maturare di liberi comportamenti privati e pubblici, e svilì il rapporto tra cittadino e Stato » (16).

Riemerge insomma, visto "dal basso" e al di fuori delle strutture politiche e amministrative, quello che Di Nucci chiama il dualismo tra la « patria del fascismo » e la « nazione di tutti gli italiani ». Mentre però in quel caso il dualismo viene circoscritto entro i confini della dialettica tra integrazione e discriminazione, tra una piena cittadinanza (e relativi appannaggi) e perdita di diritti e opportunità, qui viene letto in stretta connessione con i processi più generali di mutamento sociale.

Spiace invece che il tema della relazione tra fascismo e storia d'Italia, delle continuità e delle discontinuità con l'epoca liberale e con quella repubblicana, pur enunciato tra gli intenti del volume, rimanga sullo sfondo e sia solo fugacemente evocato nel corso della trattazione. Altre conclusioni interpretative, comunque, emergono con chiarezza tra le righe dell'analisi. Ne segnalo due, che appaiono particolarmente utili per leggere non solo le vicende della società italiana ma anche la natura del fascismo e gli esiti del suo progetto totalitario.

La prima è costituita dalle contraddizioni e incongruenze tra programmi e realtà, che segnarono quasi tutti gli ambiti di intervento del regime. Emblematici sono i casi delle politiche demografiche e del ruralismo, che pure ebbero un posto di primissimo piano nella retorica del regime, nell'idea di "nuova Italia" che esso promosse e nella politica del governo. Spesso evocata come indizio del carattere non totalitario del fascismo e della sua sostanziale inconsistenza, la distanza tra parole e fatti fu invece un effetto delle spinte centrifughe che si agitavano all'interno del regime e dei mutamenti di una società sempre più complessa e stratificata.

Non secondari, nel determinare quegli esiti, furono gli ambivalenti effetti del cattolicesimo. I comportamenti e i valori diffusi nella società a esso riconducibili si offrirono infatti come sostrato culturale su cui il fascismo poté innestare la propria opera di trasformazione e, al tempo stesso, rappresentarono un freno e un ostacolo per alcune

(16) Ivi, p. X.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

accelerazioni in senso totalitario. Nell'analizzare la politica della famiglia Dogliani mette in luce come questa abbia inciso nelle relazioni familiari e nei rapporti di potere tra generi e generazioni all'interno della famiglia « accentuando da una parte un modello tradizionale e cattolico di coppia e di famiglia, finalizzato alla procreazione e sottoposto all'autorità maschile e paterna, e dall'altra proponendone un altro integrativo, nuovo rispetto alla concezione privata della morale familista cattolica […], funzionale alle esigenze dello Stato » (17). Per quanto riguarda invece la campagna nei confronti della maternità e della "difesa della stirpe", il cattolicesimo contribuì, sino al 1943, a mantenerla « su una linea pronatalista, senza tentazioni di sperimentazione genetica, che invece raggiungevano altri paesi » (18). La sovrapposizione tra l'esaltazione di valori e comportamenti tradizionali e tradizionalisti, attinti in primo luogo da un cattolicesimo gerarchico e autoritario, e l'aspirazione a una "modernità totalitaria" fu dunque una delle ragioni all'origine degli esiti fallimentari di molte politiche del fascismo, del ripetersi di una distanza tra declamazione e attuazione.

Per altro, proprio l'intreccio di motivi tradizionalisti, statalisti, pronatalisti e spinte alla creazione dell'« uomo nuovo » — in assenza di una cultura dei diritti e della giustizia sociale — fu alla base della politiche assistenziali del fascismo e del delinearsi di un primo parzialissimo embrione di sistema di protezione sociale, con effetti — che sono ancora largamente da indagare — sulle successive stagioni della storia italiana.

Un secondo spunto è fornito dalla presenza, quasi in ogni pagina del volume, di enti, istituti, direzioni generali, opere, commissioni, comitati, segretariati o ispettorati, riconducibili a una delle varie burocrazie attive nell'Italia del ventennio. È questa una manifestazione della complessa e multiforme architettura dello Stato fascista, formata da una crescente quantità di apparati, nuovi o ereditati. Molti di questi organismi non rientravano nel dualismo tra Stato e partito. Basti citare il caso delle filiali periferiche di enti assistenziali e previdenziali come l'Infail e l'Infps, creati negli anni Trenta e guidati, al centro come in periferia, da uomini del fascismo, che non dipendevano dal partito né dal tradizionale Stato amministrativo dei ministeri. Eppure quegli enti erogavano, non senza modalità che oggi definiremmo clientelari, tutele e risorse che incidevano in misura non irrilevante sulla vita degli italiani e sul consenso verso il regime.

La grande quantità di istituzioni e apparati ci offre inoltre una tangibile testimonianza della pervasività dello Stato fascista, capace di inserirsi in ogni ganglio della società e di invadere pressoché tutti i possibili settori di attività e interesse pubblico. La stretta compenetra-

(17) Ivi, pp. 106-7.
(18) Ivi, p. 114.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

zione tra apparati istituzionali — politici e amministrativi — e società fu una caratteristica fondamentale dell'essenza e del modo di funzionamento del regime fascista. È proprio indagando quella compenetrazione che risulta possibile cogliere appieno l'effettivo funzionamento, i risultati e le aporie della "nazionalizzazione fascista".

D'altra parte, ciò che accomuna i due volumi — pur nella differenza di interessi, punti di vista e suggestioni storiografiche — è il suggerimento a non separare l'Italia *del* fascismo (uomini, istituzioni e culture del regime) dall'Italia *nel* fascismo; a porre al centro della riflessione le molteplici e complesse relazioni tra la vita sociale e il fascismo o, in un'accezione più legata alla dimensione culturale e politica, tra la nazione di tutti gli italiani e la patria fascista. Quelle relazioni, ci suggeriscono sia Di Nucci sia Dogliani, furono complesse, stratificate e non prive di contraddizioni: presenza capillare e ossessiva in tutti i gangli della società, accentramento dei poteri e delle gerarchie e inarrestabili spinte centrifughe si intrecciarono e alimentarono reciprocamente. È solo mettendo al centro della riflessione questi intrecci che si può avere una comprensione più larga della dittatura e mettere a fuoco, con strumenti conoscitivi e analitici più affinati, la complessa e irrisolta questione del rapporto fra fascismo e storia d'Italia.

ALESSIO GAGLIARDI

OLINDO DE NAPOLI, *La prova della razza. Cultura giuridica e razzismo in Italia negli anni Trenta,* Firenze, Le Monnier, 2009, 277 p.; ERNESTO DE CRISTOFARO, *Codice della persecuzione. I giuristi e il razzismo nei regimi nazista e fascista*, Torino, Giappichelli Editore, 2009, 415 p.

Quale fu in Italia l'apporto teorico-dottrinale fornito dai giuristi all'edificazione e legittimazione del sistema persecutorio razzista del fascismo? Quale il ruolo che, dopo la svolta del 1937-1938, fu loro assegnato dal regime o di cui si sentirono, comunque, investiti? A queste ed altre domande rispondono i volumi di Olindo De Napoli ed Ernesto De Cristofaro che, affrontando per la prima volta in modo ampio e articolato un tema sino ad oggi largamente trascurato dalla pur ricca storiografia relativa alla persecuzione razziale fascista — il rapporto tra cultura giuridica e razzismo — contribuiscono ad arricchire notevolmente il quadro e l'interpretazione di una vicenda che rimane tutt'ora centrale, sia per la storia nazionale nel suo complesso che per il dibattito pubblico più attuale.

Il filo rosso che percorre le pagine di entrambe i lavori parte dal riconoscimento del significativo ruolo svolto da un certo numero di

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

giuristi, spesso di indubbio prestigio, nell'offrire alle politiche razziali (1) del regime, prima e dopo il 1937-1938, un adeguato terreno di riflessione, di radicamento e di legittimazione dottrinale. L'esame della saggistica, in particolar modo l'ambito pubblicistico, penalistico, civilistico, nonché il diritto coloniale, rivela infatti che il tema della razza mostrò nella discorsività giuridica dell'epoca una densità teorica tutt'altro che secondaria. I giuristi colsero in tal modo non solo « l'opportunità di ingraziarsi il potere, ma altresì l'occasione di restituire al proprio canone epistemico lo smalto di un'antica tradizione » e, chiamati a tradurre « in regole le ragioni profonde di coesione della comunità », i giuristi rivendicarono a sé il ruolo di « guide spirituali della nazione » (De Cristofaro p. 14).

Pur muovendo da un'ipotesi di lavoro comune, l'impostazione complessiva data dai due autori è chiaramente distinta e, seppure qualche sovrapposizione tematica risulti inevitabile (il ruolo svolto da Carlo Costamagna e dalla rivista "Lo Stato" da lui diretta, i convegni giuridici di collaborazione italo-tedesca del 1938 e 1939), i due volumi riescono comunque a differenziarsi per l'accento posto su aspetti e fasi differenti della vicenda presa in esame.

Assai maggiore, ad esempio, è l'enfasi posta sul tema del razzismo coloniale pre-1938 nel volume di Olindo De Napoli. Convincente e assai dettagliata è la ricostruzione che l'autore fornisce del lungo rapporto tra la cultura giuridica nazionale e il razzismo in colonia, in particolare relativamente allo *status* dei meticci. Si trattò di un rapporto che avviatosi già nei primi anni del Novecento con le discussioni inerenti il Codice Civile per la colonia Eritrea, si snodò per oltre un trentennio risultando fortemente influenzato dalla coeva cultura giuridica francese sul tema. Il Codice civile eritreo emanato nel giugno del 1909, sebbene mai entrato ufficialmente in vigore, infatti, faceva già riferimento « ai caratteri fisici » dei meticci, per confermare o escludere che i genitori, o uno di essi, fossero sudditi coloniali o assimilati e dunque per concedere o non concedere ai figli la cittadinanza. Pur non esplicitata, la nozione di razza appariva dunque in quel testo già sottesa. L'esplicita razializzazione giuridica della cittadinanza (o, per meglio dire, della sudditanza) fu quindi introdotta nel diritto positivo fascista nel 1933, con la legge n. 999 riguardante l'ordinamento di Eritrea e Somalia. Non solo il termine « razza » — l'esatta espressione utilizzata nel testo era « razza bianca » — faceva la sua comparsa ufficiale in un

(1) Pur affrontando sia il tema del razzismo coloniale che dell'antisemitismo, entrambi gli autori riconoscono come ci si trovi di fronte a fenomeni solo in parte analoghi, in quanto i modelli teorici, le pratiche, le retoriche e gli obiettivi risultano in buona parte distinti. Efficaci le riflessioni proposte in tal senso da F. Germinario, *Razzismo e antisemitismo: similitudini e differenze*, in « Teoria politica », 2008, n. 3, pp. 133-149.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

testo positivo, ma soprattutto il criterio della razza, sino a quel momento extragiuridico, entrava nell'orizzonte normativo e culturale italiano in relazione alla concessione, o meno, della cittadinanza ai figli nati in colonia da coppie miste. In linea di principio, la distinzione formale tra cittadini e sudditi, su base razziale, era dunque stata posta (2). De Napoli evidenzia peraltro che, paradossalmente, la *ratio* della legge del 1933 mirava ad un miglioramento del trattamento giuridico dei meticci rispetto alla legislazione precedente, nell'ottica di favorire una possibile loro maggiore assimilazione. Il linguaggio esplicitamente razziale presente nel testo non corrisponderebbe dunque per l'autore ad un equivalente intento razzista (3), come testimoniato dalle modifiche in senso pesantemente restrittivo operate in tema di meticciato dalla successiva legislazione, la cosiddetta legge organica per l'impero, 1° giugno 1936, n. 1019. La creazione dell'Impero avrebbe dunque rappresentato una chiara svolta politico-ideologica e normativa in tema di razzismo coloniale. Dai dibattiti riportati dall'autore — ma il punto è ricordato e condiviso anche nell'analisi di De Cristofaro (p. 139) — emerge inoltre chiaramente come rispetto al successivo discorso antiebraico, verso i neri il discorso giuridico razzista fascista (e prefascista) nacque, si sviluppò e rimase ancorato nel corso degli anni ad una discriminazione basata su criteri meramente biologici.

Se nelle pagine di Ernesto De Cristoforo, come detto, l'esame del rapporto tra cultura giuridica fascista e razzismo coloniale risulta più circoscritto (si vedano in particolare le pp. 130-139), centrale è nel suo lavoro il confronto, in tema di razza, tra la saggistica giuridica nazista e fascista. Attraverso capitoli dedicati al diritto pubblico, penale e civile in cui le posizioni tedesche e italiane vengono presentate in parallelo, si evidenziano le divergenze marcate che caratterizzarono, in ciascuno degli ambiti presi in esame, le riflessioni dei giuristi nazisti e fascisti. La cultura giuridica nazionalsocialista fece infatti sistematico e ineludibile riferimento al concetto di "comunità" (nelle sue declinazioni di "comunità popolare" o di "comunità di destino"), considerando i vincoli di sangue come fattori fondativi, a priori, della collettività nazionale ed elementi in grado di assicurarne la coesione; il concetto di "comunità",

(2) Un aspetto trasversale e interessante sottolineato da De Napoli, e che testimonia la presenza di una struttura mentale di lungo periodo presente sin dall'inizio dell'esperienza coloniale, riguarda il fatto che la legge del 1933 prevedesse la perdita della cittadinanza per la donna cittadina che sposasse un suddito: emergeva l'avversione radicale, la fobia, per i rapporti misti che coinvolgessero la donna cittadina ritenuti non solo penalmente, ma in qualche modo moralmente e simbolicamente più gravi.

(3) In senso opposto, vede una linea di continuità tra la legislazione del 1933 e del 1936, nella penetrazione di un dispositivo razzista nelle leggi di cittadinanza P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa,* vol. IV, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 289.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

così naturalisticamente inteso, modellò e condizionò l'intero campo delle relazioni di diritto, tanto quelle giuspubblicistiche che quelle privatistiche. Per esplicitare le differenze tra il panorama italiano e tedesco De Cristofaro analizza in dettaglio soprattutto il diritto penale del ventennio — per il quale si può senz'altro parlare di un diritto autoritario, di una « latenza razziale » insita in alcune norme (p. 283), ma non di diritto penale razziale come nel caso germanico — e il concetto fascista di nazione. In questo caso viene sottolineato come, anche per i giuristi, l'idea fascista di nazione si basasse, già a partire dall'età liberale, sul concetto di Stato piuttosto che su quello di nazionalità; una tale concezione di nazione risultava quindi sostanzialmente priva di accenti naturalistici in quanto costruita attorno al cardine dell'unità volontaristico-politica.

L'autore giunge quindi ad esaminare l'apporto dato dalla cultura giuridica fascista all'introduzione e legittimazione della normativa antisemita sostenendo che fu « una politica alla quale una nutrita e autorevole pattuglia di giuristi [...] scopertisi razzisti nel volgere di un mattino, [diede] il suo blasonato e qualificato contributo » (p. 144) e interpretando dunque tale contributo più come il riflesso dell'avvicinamento politico-ideologico tra nazismo e fascismo che l'emergere e il concretizzarsi di un archivio concettuale sul razzismo già formatosi nel tempo.

Queste, in estrema sintesi, le differenze che caratterizzano nell'impostazione complessiva i volumi. E tuttavia, vi sono due importanti aspetti che accomunano entrambe i lavori e rispetto ai quali gli autori giungono alle medesime conclusioni. Il primo, forse più marginale, riguarda l''arruolamento' dei giuristi tra le fila di coloro che si sforzarono di leggere e interpretare l'introduzione delle normative antisemite come naturale e logica evoluzione di una politica già da anni perseguita dal fascismo, retrodatando le origini politico-culturali della normativa persecutoria e ancorandola alle precedenti politiche demografico-assistenziali del regime, nonché a quelle di segregazione dei sudditi in colonia e, dunque, alla nascita dell'Impero. In questo senso, insieme ai gazzettieri e ai propagandisti del regime, anche i giuristi contribuirono a costruire intorno alla normativa antiebraica e, più in generale intorno al razzismo fascista, ciò che con efficace espressione De Napoli definisce « l'ideologia della continuità » (p. 17).

Il secondo è più rilevante aspetto messo in risalto da entrambe i lavori riguarda il contributo fattivo dato dai giuristi alla elaborazione, legittimazione e diffusione di una delle correnti del razzismo fascista, quella che può forse essere definita come la vera 'via italiana al razzismo'. Si tratta del cosiddetto « razzismo spiritualista », ovvero dell'accentuazione che venne posta, sin dagli esordi della campagna antisemita, sul dato storico-culturale — in buona parte collegato ai temi

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

della romanità e della cristianità — per dimostrare e giustificare la superiorità della razza italiana.

La *querelle* storiografica sul razzismo spirituale è, in realtà, di lunga data. Nella valutazione complessiva dell'ideologia razziale del fascismo compiuta da De Felice nel suo pionieristico volume del 1961 *Storia degli ebrei italiani sotto il fascismo*, lo storico sottolineò l'apporto di quella corrente, riconducibile soprattutto a Giuseppe Bottai, Giacomo Acerbo e, in parte, a Julius Evola, non basata sul materialistico dato biologico e dunque distinta e distinguibile da quella nazista. « Non vogliamo dire che la teoria "spiritualistica" fosse accettabile — scriveva De Felice — essa aveva però almeno il pregio di non disconoscere del tutto certi valore, di respingere le aberrazioni tedesche e alla tedesca e di cercare di mantenere il razzismo [...] sul terreno di una problematica culturale degna di questo nome » (4). Con questo giudizio, lo storico contribuiva ad inaugurare una vulgata storiografica destinata per anni ad ampia fortuna e consenso: il preteso razzismo spirituale fascista veniva letto attraverso una sfumatura valutativa, in quanto definito in un certo senso più rispettabile o meno 'barbaro' rispetto all'ideologia biologica ritenuta caratteristica delle dottrine nordiche razziste. Solo in anni recenti, sulla scorta del vivace risveglio di interesse dedicato dagli studi storici alla stagione razzista del fascismo, questa tesi è stata completamente riformulata (5), dimostrando come anche i fautori del razzismo spiritualista, in realtà, non obliterarono, non scartarono mai il dato biologico nelle loro riflessioni; semplicemente, al contrario della dottrina razziale nazista, non lo considerarono un *prius*: se l'elemento biologico non determinava quello spirituale, esso era comunque presente e fondante nell'identificazione della presunta razza italiana.

Nei mesi di preparazione della campagna antisemita, così come nei dibattiti che seguirono, non pochi furono i giuristi che si inserirono attivamente nelle discussioni circa i caratteri propri del razzismo fascista, sposando, articolando, legittimando e diffondendo proprio le tesi del razzismo spiritualista, di cui diventarono tra i più convinti, e autorevoli, assertori. Se Carlo Costamagna rappresentò forse il più lucido propugnatore di una tale impostazione, sostenendo la necessità « di non ridurre il concetto di razza alla stregua di una materialistica concezione del mondo », ma concependo la lotta contro l'ebraismo nei termini (assai attuali) di « uno scontro tra civiltà portatrici di culture, caratteri spirituali e valori inconciliabili » (De Cristofaro, pp. 180-181), non meno esplicite furono le parole spese in tal senso da Sergio

(4) R. De Felice, *Storia degli ebrei italiani sotto il fascismo*, Torino, Einaudi, 1993, p. 393.

(5) M. Raspanti, *Le correnti del razzismo fascista*, in A. Cappelli e R. Broggini (a cura di), *Antisemitismo in Europa negli anni Trenta: legislazioni a confronto*, Milano, Franco Angeli, 2001, pp. 340-354.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Panunzio, da Oreste Ranelletti o da Franco Pierandrei (De Cristofaro pp. 189 e ss.). Non si può inoltre dimenticare il vero e proprio fervore antisemita che caratterizzò i numerosi interventi del celebre penalista Giuseppe Maggiore in cui, alla sottolineatura degli accenti spiritualisti del razzismo italico si accompagnò esplicitamente anche il riconoscimento del suo fondamento biologico. (De Napoli, pp. 179-183; De Cristofaro, pp. 328-334).

La cultura giuridica fascista prese dunque parte con vigore e convinzione al dibattito sulle caratteristiche del razzismo fascista, dando notevoli apporti al problema dell'identificazione e formulazione di una dottrina propriamente italiana del razzismo, quale fu appunto il filone spiritualista. Per i giuristi che sposarono tale dottrina, circoscrivere — più che respingere — gli aspetti caratterizzanti le teorie naziste sul tema della razza non significò affatto lavorare per una posizione più moderata sulla questione ebraica, ma lavorare per una versione autenticamente e autarticamente italiana, compatibile con le posizioni della Chiesa e con una certa idea di romanità cui il fascismo era legato indissolubilmente. Le loro riflessioni, occorre sottolinearlo, non si esplicarono mai in una critica alla legislazione vigente né, tanto meno, in proposte di maggiore moderazione o mitigazione della persecuzione già in atto.

ILARIA PAVAN

FEDERICO QUAGLIA, *Il re dell'Italia fascista. Forma di governo e costituzione nel regime dittatoriale*, Roma, Aracne, 2008.

Esiste un problema che la storia italiana delle istituzioni politiche — ma, si potrebbe in fondo dire, l'intera nostra storiografia — ha praticamente ignorato: quello dei rapporti fra regime fascista e Corona sabauda. E non si può certo dire fosse problema di poco conto. Ne andava quantomeno, come da più parti si è fatto notare, della stessa possibilità di ritenere compiutamente totalitario l'esperimento portato avanti per vent'anni da Mussolini. Ma tengo subito a sottolineare che ne andava anche (e bisognava davvero rifiutarsi di guardare, per non rendersene conto) della concezione istituzionale del Capo dello Stato nell'intera cultura politica italiana del dopoguerra, a partire dalle fondanti scelte progettuali della Costituente per arrivare fino ad oggi.

Un serio e documentato lavoro di riflessione sulle caratteristiche e sul senso della presenza monarchica nel corso del Ventennio è invece sostanzialmente mancato, con le gravi conseguenze che il nostro Paese ne ha inevitabilmente avuto, soprattutto in termini di incompiuta costruzione della memoria civile.

Conforta rilevare che proprio quella storia delle istituzioni poli-

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

tiche che a mio parere porta le maggiori responsabilità per tale lunghissima latitanza stia cercando di porre rimedio a una lacuna ricostruttiva troppo grave per potersi ancora trascurare. Perché — ed è opportuno subito anticiparlo — tanto l'autore del libro di cui qui si tratta quanto il recensore che qui ne scrive provengono per vie diverse da quel settore di studi ed entrambi, in contemporanea, hanno condotto le proprie ricerche sullo stesso campo della 'monarchia fascista'. Si trattava di un campo, d'altra parte e come detto, pressoché inesplorato. E non basterà certo lo studio di Federico Quaglia, né il mio (di prossima uscita) a completarne la conoscenza. Anche perché i punti fermi, in termini di documentazione, sono davvero pochi. Ne parlo, come si comprenderà, per diretta esperienza.

Le fonti archivistiche si presentano disperse, frammentate e a più riprese epurate. La letteratura, la memorialistica e le biografie risultano quasi sempre inevitabilmente partigiane. Le ricostruzioni prodotte fin qui dalla storiografia, poi, quando arrivano a toccare punti concernenti la Corona e i suoi dintorni politico-istituzionali scadono con poche eccezioni in una approssimazione e fumosità nell'uso delle fonti a dir poco preoccupante. Per non dire, infine, delle elaborazioni giuspubblicistiche di quel periodo, contraddistinte troppo di frequente — come peraltro si conviene loro da certi punti di vista — da un grado di astrattezza che le rende molto poco utili per una comprensione diretta delle dinamiche politiche della diarchia: e questo nonostante entrino ovviamente in gioco nomi di grandissimo prestigio come quelli di Santi Romano o di Oreste Ranelletti, di Emilio Crosa o di Carlo Costamagna, di Costantino Mortati o di Arrigo Solmi.

Non sorprende, in questo senso, che la storiografia sia risultata tanto riluttante ad affrontare lo studio di tale argomento. Ma il timore, le incertezze o anche solo la pigrizia non si addicono agli storici di mestiere, che dovrebbero al contrario essere attratti proprio dai terreni più ostici. Mappare quelli già di per sé accoglienti è compito di cui raramente si avverte il bisogno.

Così, non può che essere benvenuto il lavoro di Federico Quaglia, il quale inizia con coraggio a scalfire il muro che ha reso fin qui quasi invisibili ruolo e azione del "re dell'Italia fascista". Lo fa con uno studio ben articolato, opportunamente preparato dalla pubblicazione di qualche saggio anticipatorio apparso negli anni precedenti l'uscita del volume. È uno studio che serve prima di tutto a rifare il punto della situazione, assemblando con coerenza acquisizioni anche note ma mai finora ordinate in maniera tale da rendere un primo abbozzo della immagine della Corona durante il Ventennio.

In questo senso non risulta superflua l'operazione di rilettura della dottrina giuridica fascista condotta in parte di questo volume, nonostante già altri vi si fossero in misura variamente esaustiva dedicati: è una operazione che permette infatti di mettere a fuoco la percezione

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

dell'istituto monarchico proposta a credere durante il Ventennio e destinata ad avere una influenza notevolissima sulla vulgata giunta fino a noi. La Corona — detto in grande sintesi e con un grado inevitabilmente elevato di approssimazione, se si considera l'alto numero di sfumature impresse da ciascuno dei molti autori alle differenti versioni teoriche — resterebbe al vertice del sistema politico-istituzionale; le sue prerogative non sarebbero intaccate ma semmai potenziate dalle riforme fasciste mentre il suo grado di 'copertura istituzionale' verrebbe portato a livelli fisiologici dalla presenza di un uomo forte al comando di una finalmente stabile compagine governativa; la formalizzazione del ruolo del Capo del Governo Presidente del Consiglio rappresenterebbe un aggiornamento indispensabile dell'apparato pubblico rimasto fin lì privo di una figura direttiva rispetto alle svariate azioni ministeriali; il nesso tra Capo dello Stato e ministri verrebbe reso più fluido dalla responsabilità diretta di questi ultimi verso il Capo del Governo che il re nomina ed è sempre in condizione di revocare. Si arriva a parlare di "Stato monarchico fascista italiano" (Panunzio), di "governo monarchico rappresentativo con carattere autoritario" (Ranelletti) e fin di un nuovo genere di monarchia: il "Regime del capo del Regime" (Mortati e Panunzio).

Risulta inevitabile una prima osservazione: si tratta di una lettura del quadro istituzionale svolta in chiara, e ovvia, prospettiva fascista, per moltissimi aspetti centrata assai più sulla figura del Duce che non su quella del re. Una prospettiva che, nella migliore delle ipotesi, induce di conseguenza a tenere lo sguardo puntato sulla diarchia piuttosto che sulla monarchia. È una formula utile ed efficace, quella della 'diarchia', ma che sconta poi quasi per forza di cose gli stessi difetti e limiti della impostazione teorica da cui deriva: mentre uno dei suoi due termini costitutivi (il Duce, Capo del Governo) vive di vita propria, mosso dalla spinta della rivoluzione del '22, l'altro (il re, Capo dello Stato) vive di luce riflessa, fermo su posizioni residuali frutto dell'improponibile confronto con il suo esuberante e carismatico contraltare in camicia nera. Così, quando dal 1945 ad oggi si è ragionato, anche con le più pure intenzioni, di 'diarchia fascista' si è finiti quasi sempre per perdere completamente di vista ogni funzione autonoma della Corona, guardandola costantemente riflessa nello specchio del Regime.

Seconda osservazione: senza per questo che ci si debba perdere nelle diatribe sull'eventuale "ritorno allo Statuto", non si può non considerare che la ricostruzione offerta dalla dottrina giuridica di epoca fascista registrerebbe in definitiva un riallineamento con i dettami letterali della Carta albertina e un allentamento degli sviluppi più deleteri del parlamentarismo. Ovvio che le cose non stavano esattamente così. O, meglio, appare oggi evidente che stavano solo parzialmente così. Molto parzialmente. Non a caso assistiamo ancora ai giorni nostri al riemergere ormai un poco stucchevole delle disquisizioni, dal

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

tono essenzialmente formalistico, intorno alla sopravvivenza, al congelamento, all'inaridimento, alla dilatazione, al sovvertimento o alla morte di uno Statuto di volta in volta etichettato come rigido, o al contrario flessibile, o elastico e via di questo passo. Riducendo in termini per l'appunto formali tale questione si finisce tuttavia per cadere in un'altra forma di miopia che impedisce di vederne il vero cuore: quello della legittimazione. Credo sia davvero arduo sostenere — avendo presenti gli svolgimenti del 25 luglio 1943 legati alla famigerata delibera notturna del Gran Consiglio, ma anche il continuo richiamo fascista agli originari e sempre persistenti nessi tra l'esercizio del potere da parte di Mussolini e la carta costituzionale — che lo Statuto scompaia dalla scena durante il Regime.

Possiamo anche concordare sul fatto che il Duce lasci regolarmente trapelare l'idea di poter fare tranquillamente a meno dello Statuto quando si mostrasse necessario; non diversamente — e non è proprio un caso — si comporta nei confronti della monarchia. Ma poi, di fatto, continua ad appoggiarsi all'uno e a dialogare con l'altra. Né per l'appunto smette mai, nel corso del Ventennio, di essere rilevante l'origine del potere fascista, che è pur sempre connessa a quei due fattori: costituzione e Corona. Quanto contano la monarchia e la 'sua' Carta costituzionale per la legittimazione del regime fascista? Questo mi pare il punto, e occorre uscire dai perimetri più rigidi dei modelli istituzionali per poterlo valutare.

In tale prospettiva si potrebbe allora obiettare che c'è un certo eccesso di "costituzione e forma di governo" nelle pagine di questo libro, ma al proposito occorre bene capirsi. Questi due temi, abbastanza strettamente intesi, sono infatti quelli su cui tutto sommato ci si è più applicati e su cui dunque si è arrivati a disporre di spunti di riflessione ormai abbastanza consolidati: progetti di riforma costituzionale, leggi sul Capo del Governo e sul Gran Consiglio del Fascismo, sforzo di sistematizzazione attuato dal pensiero giuridico. Qui l'analisi di Quaglia, per quanto non inopportuna (come è possibile ignorare tali punti parlando di monarchia durante il regime fascista?), risulta meno originale e indispensabile. Bisogna peraltro riconoscere che l'autore del libro si dichiara implicitamente ben consapevole dell'operazione che va compiendo, fin appunto dal sottotitolo che sceglie per qualificare la propria opera.

Più convincente mi sembra l'operazione di scandaglio di alcuni argomenti solo apparentemente di minor peso o comunque più contenuti nelle loro dimensioni. È il caso, per esempio, dello studio sui decreti regi che, grazie anche a una conveniente ricerca d'archivio, mette in luce una pratica straordinaria di firma regia (attuata mentre il monarca è in viaggio all'estero) per così dire 'alla cieca', vale a dire sulla base della semplice comunicazione dell'oggetto del decreto stesso e della sua presunta urgenza: pratica che suscita molte domande sulle

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

modalità di rapporto fra Corona e Governo mussoliniano e sul livello di dipendenza operativa della prima dal secondo. Allo stesso modo rilevanti sono i passaggi in cui Quaglia addita il problema dell'influenza regia sulla politica estera, specialmente dove solleva la questione dei rapporti con la diplomazia e con gli addetti militari e sull'importanza della opera di mediazione esercitata in proposito dalla Real Casa.

Meno agevole, come non è difficile comprendere, è pretendere di uscire in una sola decina di pagine dal ginepraio della integrazione fra monarchia e fascismo e del senso delle giornate intorno al 25 luglio 1943. Resto convinto ad esempio che anche il solo periodo bellico in sé (crollo e successiva ricostruzione repubblichina del regime compresi) dovrebbe costituire l'oggetto di uno studio a sé, peculiare e molto approfondito, in buona parte indipendente dalle conclusioni cui si potrebbe giungere in riferimento alla lunga fase 'pacifica' che va dal 1922 al 1940. Dallo scoppio della guerra — quantomeno nell'ottica della storia costituzionale che è propria di questo libro — le logiche di normale funzionamento delle istituzioni si alterano profondamente e drasticamente: non credo si possa accostarle senza attente e meticolose distinzioni a quelle che si registrano in precedenza. In che, naturalmente, non significa che non si debba tenere in debito conto il significato dell'intervento regio nella caduta di Mussolini.

Dopo tanti giustificati sforzi fatti dagli storici istituzionali per restituire il senso oggettivo dei propri campi di studio e sganciare le proprie analisi dalle contingenze e dalle vicende dei singoli protagonisti della storia politica, poi, va ormai detto che è possibile — quando necessario, e con accortezza — invertire la rotta. È esattamente il caso della monarchia, all'interno della quale convivono per definizione e al massimo grado una componente strettamente istituzionale (la Corona) e una inevitabilmente personale (il re). Si tratta di due fattori che vanno concettualmente tenuti distinti ma che appare pericolosamente riduttivo separare quando si cerchi di rendere l'immagine storica di una fase di esperienza monarchica. Così, per comprendere la monarchia — a maggior ragione nell'epoca fascista, integralmente marcata dalla presenza di un solo regnante, già nel 1922 da più di vent'anni sul trono — occorre forse parlare anche e in più larga misura del re, dei suoi tratti individuali, della sua caratterialità, dei suoi atteggiamenti e delle posizioni che assume: senza con questo cadere nella più superficiale aneddotica biografica. I confini tra l'istituzione Corona e la persona che la incarna sono labilissimi e costantemente mutevoli, ma non ci si può esimere dall'impegno a restituire i punti di incontro e di equilibrio tra l'una e l'altra.

Ne *Il Re dell'Italia fascista* si avverte non a caso come un parziale limite la comparsa solo marginale di quella dimensione simbolica che è stata a più riprese e non senza fondamento indicata come l'area entro la quale la Corona sabauda riesce a conservare un ruolo tutto sommato

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

abbastanza forte da contrapporsi alla straripante figura del Duce fascista. Ma al di là di una serie di casi di attrito fra i due vertici della diarchia nell'insieme ormai abbastanza conosciuti e in linea di massima connessi ad eventi eccezionali (le attribuzioni del Gran Consiglio in materia di prerogative regie e successione dinastica, la creazione del grado di Primo Maresciallo dell'Impero, certe scelte di politica estera…), è con ogni probabilità all'azione concreta di Vittorio Emanuele III che bisogna guardare per evitare di impantanarsi nella valutazione astratta — e dunque assai difficilmente ponderabile — del valore emblematico della dinastia regnante come incarnazione della Patria, dei valori Risorgimentali o di un allora quanto mai aleatorio senso superiore dello Stato.

Credo che un buon terreno di analisi, in questo senso, sia quello della visibilità pubblica di Sua Maestà, che può permettere di render conto degli spazi di sovrapposizione fra le risorse simboliche continuamente incamerate dalla Corona per garantire la propria sopravvivenza e la ossessiva ricerca propagandistica di consenso da parte del Regime. Non per nulla qualche studioso particolarmente avvertito ha già provato a fornire indicazioni utili a procedere in questa direzione, che ho cercato di non trascurare nei miei studi.

Il punto focale rimane così ancora quello della legittimazione, circa il quale si continua in fondo per tutto il Ventennio a registrare un gap che distanzia tra loro re e Duce, lasciando costantemente il secondo subordinato al primo. Appare in questo senso perfettamente comprensibile lo sforzo inesausto del Regime di costruire una percezione risalente delle proprie origini, conficcandole quanto più possibile in un passato lontano o in ogni caso avvertito come tale per poter competere con le assai più radicate fondamenta del potere sabaudo. Ma anche al di là di simili differenze di ordine temporale, quando Mussolini (in un suo famoso articolo del 1923 per la rivista "Gerarchia") comprime a forza la questione della legittimazione a governare all'interno della dinamica mossa dalle sole due categorie di "forza" e di "consenso", sostenendo che esclusivamente il duro esercizio dell'una permette di conservare a lungo l'altro, compie una mistificazione. Possiamo discutere se ne sia già consapevole, ma quel che è certo è che lo diventerà di lì a poco. Serve anche altro. O, detto diversamente, ridurre il tutto al binomio forza/consenso presenta alla fine costi troppo alti e scontenta troppi.

Al quid di legittimazione che l'avvallo regio mette a disposizione non è quindi conveniente rinunciare: e l'ipotesi di poterselo lasciare definitivamente alle spalle si fa ogni giorno che passa meno credibile. In ciò sta forse una delle principali contraddizioni del pensiero istituzionale di Mussolini, il quale mostra a più riprese di credere che la questione della eliminazione della monarchia si possa continuamente posticipare in un tempo a venire in cui realizzarla sarà più agevole o più

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

vantaggioso, quando non necessario o addirittura imposto dalle circostanze. Verrebbe da dire che egli non si rende probabilmente mai del tutto conto che il tempo è per definizione e solare evidenza storica un grande alleato dei re, mentre è tendenzialmente un infido avversario dei dittatori.

In ogni caso, appunto, è il senso della legittimazione a esercitare il potere (assai più che il suo esercizio concreto e quotidiano) il fattore che lega indissolubilmente il Regime alla Corona: ma, attenzione, non con lo stesso vigore e con lo stesso grado di indissolubilità la Corona al Regime, come mostrerà l'epilogo del Ventennio. È allora sul terreno rappresentato da questo legame che credo si debbano concentrare i maggiori sforzi di decifrazione delle dinamiche diarchiche instauratesi nel nostro Paese a partire dalla fine del 1922. Si tratta di un genere di terreno che tradizionalmente (perché poco incline a lasciarsi formalizzare, facile agli slittamenti politologici, aperto per definizione alle scorribande della storia politica *tout-court*) non viene considerato particolarmente opportuno per gli studiosi di storia delle istituzioni politiche: sono fermamente convinto del contrario. La storia istituzionale e costituzionale ha molto da dire in proposito: forse, addirittura, anche qualche parola definitiva.

Ma per farlo occorre liberare la nostra disciplina da alcuni vincoli tanto in termini di oggetto quanto in termini di metodo che ormai ne limitano i movimenti più del dovuto. Con cautela, con senso della misura, con consapevole progettualità: ma occorre iniziare a farlo.

Ma non era certo *Il Re dell'Italia fascista* a doversi porre simili obiettivi. Già è sufficiente, per questo libro, il merito di aver aperto la strada in una direzione tanto frequentemente dimenticata.

Fatto è che ogni dimenticanza ne genera e implica — non di rado colpevolmente — altre. Risulta davvero anomalo che manchino ancora gli elementi per una approfondita e disincantata analisi in chiave storico-istituzionale della figura presidenziale nella storia repubblicana. Ormai i tempi sono più che maturi e i nessi con i temi di cui si è fin qui trattato sono anche troppo evidenti. Basti solo ricordare quanto i dibattiti in sede costituente risultarono influenzati dall'inevitabile propensione a modellarsi sui modelli pre-esistenti così come dall'altrettanto inevitabile reazione di stampo ideologico al lascito monarchico e fascista. Anche solo su questo punto non penso si sia fatta sufficiente chiarezza. Per non dire della strada evolutiva che il ruolo del Capo dello Stato ha preso velocemente a percorrere all'indomani stesso della pubblicazione della Carta del 1948. E quella strada sarà poi davvero risultata indenne dagli ostacoli e dai tranelli che avevano prodotto tanti danni a quel po' di residua tradizione liberale italiana boccheggiante sotto la dittatura di Mussolini?

Esattamente come è accaduto per lo studio del significato istituzionale della monarchia costituzionale, gli addetti ai lavori si sono

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

tuttavia subito arenati sulle apparenti difficoltà insite nello sdoppiamento tra 'persona' e 'istituzione', sostenendo che le vicende italiane non offrivano certo occasione per una storia del presidenzialismo nostrano ma tutt'al più per una frammentata storia dei diversi presidenti della repubblica succedutisi nel corso di un arco temporale ritenuto tra l'altro ogni volta troppo breve.

Ovvio: inutile cercare un presidenzialismo dove non c'è. Riduttivo, invece, pensare che in posizione intermedia tra la forma di governo (presidenzialismo) e le persone che la animano (i singoli uomini politici eletti al ruolo di Capo dello Stato) non esistano le istituzioni: così, di elementi affidabili per una ponderazione storica sul significato e il peso della presidenza della repubblica negli ultimi sei decenni di vicende politiche e istituzionali italiane ne sono emersi davvero pochi.

Ed esiste un qualunque osservatore avvertito della nostra storia repubblicana capace di sostenere che non se ne sentirebbe ormai il bisogno?

Ho divagato. Ma forse neppure tanto. E il tema scelto dallo studio di Federico Quaglia è davvero assai denso di sviluppi. Valeva la pena di sottolinearlo.

PAOLO COLOMBO

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

PROFILI DI GIURISTI
(a cura di Massimiliano Gregorio)

Luca Borsi, *Storia Nazione Costituzione. Palma e i 'preorlandiani',* Milano, Giuffrè, 2007.

Quello che andiamo a recensire è il quarto volume della collana *Archivio di storia costituzionale e di teoria della costituzione*, edita da Giuffrè ed è il secondo curato da Luca Borsi (un terzo, dedicato alle figure di Zanichelli ed Arangio Ruiz, dovrebbe essere in uscita proprio in questi giorni). Tanto vale dichiararlo in apertura: si tratta di un lavoro molto interessante, di elevato spessore. Un lavoro che risulta apprezzabile già dal titolo, nel quale — attraverso l'uso di tre parole chiave (che mi pare costituiscano la traccia principale del volume e quindi anche di questa recensione) — Borsi riesce ad evocare efficacemente i contorni teorici della dottrina di Luigi Palma e, più in generale, dell'intera giuspubblicistica italiana preorlandiana: lo storicismo della dimensione costituzionale, il ruolo fondante del concetto di nazione, la centralità della costituzione. Uno dei pregi più significativi di questo volume infatti sta proprio nella duplicità dei piani di lettura offerti, in un percorso ascendente che dal particolare conduce al generale. Da un lato troviamo infatti Luigi Palma, considerato un esempio paradigmatico della cultura costituzionale postunitaria, forse addirittura la sua espressione più matura, nel senso che si manifesta proprio quando cominciano ad emergere i primi chiari sintomi del suo superamento. Dall'altro sta la cultura costituzionale postunitaria che, lungi dal recitare un ruolo di mera comprimaria, rivendica invece legittimamente in questa vicenda la parte di co-protagonista. Ad essa è dedicata infatti la seconda parte del volume nella quale emerge quel corposo patrimonio di riflessioni dottrinali che, posto a monte del contributo di Palma, finisce per innervarlo profondamente, per spiegarne le radici, per legittimarlo incastonandolo in una trama più ampia e avvolgente.

Borsi si muove all'interno di questa duplicità di piani, dipanando un ragionamento fitto e articolato, sempre sorretto da un robusto apparato di fonti bibliografiche e saldamente incardinato su binari che ne circoscrivono efficacemente i contorni, cronologici e tematici. Contorni scanditi essenzialmente dalla lezione metodologica di Orlando,

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

che si staglia sullo sfondo del volume, come una sorta di *finis terrae*. Borsi individua il proprio tema di ricerca in ciò che venne prima di essa. Un tema impegnativo quindi, ma al tempo stesso fertile, sovente liquidato dalla storiografia giuridica con troppa leggerezza. Quella di 'preorlandiani' è infatti una categoria che, lungi dall'indicare una mera antecedenza cronologica, ha assunto sempre di più i connotati di un vero e proprio giudizio di valore. E forse, senza nulla togliere all'enorme contributo che Orlando ha dato alla fondazione della moderna scienza del diritto pubblico italiano, ha rappresentato anche, per certi versi, un comodo cliché (1). Borsi riesce a rompere questo cliché con garbo e prudenza storiografica, riannodando pazientemente le fila di una riflessione, quella della dottrina postunitaria, non sempre agevole da dipanare. Soprattutto dimostra di affrontarla senza pregiudizi, calandosi con grande disponibilità intellettuale all'interno dei suoi paradigmi, delle sue logiche, della sua complessiva cultura. Ne esce un lavoro generoso, che suggerisce di guardare alla riflessione costituzionale preorlandiana con occhiali diversi da quelli normalmente usati e con un più accorto punto di vista.

La giuridicità del diritto costituzionale, ci dice Borsi, non nasce con Orlando. Con lui nasce la dimensione statuale del diritto. Tra i concetti chiave che campeggiano nel titolo (storia nazione costituzione) brilla infatti per assenza quello di 'stato'. Potrebbe stupire, visto che l'arco di tempo preso in considerazione dal volume è proprio quello immediatamente successivo alla nascita dello Stato italiano. Ma in realtà non v'è nulla di contradditorio. La strada per la consolidazione scientifica del processo di unificazione nazionale non assunse da subito i caratteri della statualità. Questo avvenne solo in seguito. In origine, alle fondamenta del nuovo Stato unitario (inteso sia come ordinamento di poteri, sia come sintesi di una neonata identità italiana) la dottrina costituzionalistica pose un altro principio che, oltre ad uno spiccato carattere fondativo, possedeva anche una straordinaria funzione legittimante: la nazione, quella per intendersi cui Mancini dedicò la sua celeberrima prolusione torinese (2). Una nazione che ormai non evocava più alcun timore di giacobinismo, depurata com'era da tutte le possibili

(1) In particolare va notato che, diversamente da quanto fa Borsi, spesso in letteratura il termine 'preorlandiani' viene usato anche per (de)qualificare il pensiero di autori coevi ad Orlando. Sul punto, sia consentito rimandare al mio M. Gregorio, *Apologia breve dei non-orlandiani*, in *'Iuris Quiddit Tas'. Liber amicorum per Bernardo Santalucia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, pp. 127 e ss.

(2) Sul destino del concetto di nazione, dalla sua nascita alla sua progressiva 'statalizzazione' si veda F. Colao, *L'"idea di nazione" nei giuristi italiani tra Ottocento e Novecento*, in « Quaderni Fiorentini », XXX, 2001; mentre sul ruolo giocato dalla nazione nella determinazione del concetto di cittadinanza si veda P. Costa, *Civitas, storia della cittadinanza in Europa 3. La civiltà liberale*, Roma-Bari, Laterza, 2001.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

accezioni rivoluzionarie e volontaristiche; una nazione alla quale, proprio in virtù di questa nuova veste, era adesso possibile affidare anche la titolarità del potere più delicato e scottante, il potere sovrano. È questa la soluzione che adotta Palma, ci spiega Borsi, a patto però di intendere questa nazione sovrana come « percorsa e connotata da coscienza giuridica » (3). Si tratta di una precisazione fondamentale, e non solo perché risponde alla ovvia necessità di attribuire al termine un connotato ordinamentale (e pertanto antivolontaristico). Ma anche perché, rilevando la profonda compenetrazione che esisteva tra la dimensione delle libertà soggettive e il concetto di nazione, contribuisce ad ammantare quest'ultima di un deciso contenuto di originalità. La nazione infatti acquista coscienza giuridica proprio grazie alla consapevolezza di esprimere un ricco e risalente patrimonio di libertà fondamentali. Il che se da un lato consentiva di affidarle serenamente l'attributo della sovranità, dall'altro contribuiva a fare della nazione un'entità razionale e consapevole. Un'entità, sottolinea Borsi, assai distante da concezioni organicistiche alla Savigny, ma che appare piuttosto una riedizione — certamente riveduta e corretta — della nazione del 1789 (4). È questa l'idea di 'nazione organata' di cui scrive Palma, che pure non era il solo a riconoscerle un legame stretto, e annodato a doppio filo, con la sfera delle libertà individuali. Borsi mostra infatti come su posizioni analoghe, se opportunamente depurate da svariate differenze terminologiche, possiamo ritrovare anche molti altri nomi: Enrico Pessina, ad esempio, ma anche Diego Soria, Giuseppe Saredo, Ludovico Casanova. Il patrimonio di libertà fondamentali quindi, per tutti questi autori, rappresenta il fondamento supremo di legittimazione della associazione politica, il pilastro portante dell'intero progetto di unificazione nazionale e, pertanto, l'elemento centrale della stessa nazionalità. È certamente un costituzionalismo ancora fortemente intriso di aneliti risorgimentali, nel quale il dualismo tra potere e libertà non si è ancora delineato in tutta la sua nettezza. Sono ancora lontani Jellinek e il suo *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Nel pensiero costituzionale preorlandiano potere e libertà sono due dimensioni certamente diverse ma ancora fortemente intrecciate,

(3) L. Borsi, *Storia Nazione Costituzione. Palma e i 'preorlandiani'*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 87.

(4) Anche se, a mio parere, questa idea palmiana di nazione differisce da quella rivoluzionaria dell'89 per un aspetto fondamentale: il suo presentarsi in termini di realtà articolata e non acriticamente omogenea. Del resto, il liberalismo italiano poteva ben permettersi una lettura di questo genere, non avendo la necessità di abbattere alcun antico regime e non dovendo quindi identificare con esso alcuna delle sue componenti sociali.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

perché il primo trova la sua più profonda ragion d'essere solo nella necessità di garantire le seconde o, per dirla con le parole di Pietro Castiglioni: « il diritto dell'individuo e la sovranità della nazione determinano il diritto del potere sociale » (5).

È la lezione risalente ma ancora efficacissima di Locke a dettare i tempi e l'agenda del pensiero costituzionale in questo interessante scorcio di primo liberalismo italiano, una fase in cui non risulta ancora emerso quel carattere di autonomia dell'associazione politica dalla sfera sociale che ne costituirà invece l'elemento portante nella seconda parte del secolo XIX. Pur tuttavia, sarebbe sbagliato ritenere questo genere di cultura costituzionale come ciecamente ancorata a stilemi passati, riproposti in forza della loro secolare autorità. Lo storicismo della riflessione giuspubblicistica postunitaria si sostanziava infatti in ben altro modo: consisteva cioè nello sforzo di comprendere le radici profonde degli assetti istituzionali presenti, in una ricerca che non si esauriva mai nello sfoggio di un sapere fine a sé stesso, ma che dava corpo, al contrario, ad un continuo dialogo tra tradizione e progetto. Anche sotto questo aspetto la scelta di individuare nel pensiero di Palma una realtà paradigmatica è convincente, alla luce del suo intendere « l'impegno a fare storia costituzionale quale consapevole contributo nell'opera di costruzione dello Stato nazionale »". La centralità della storia nel pensiero di Palma, infatti, va di pari passo con il suo interesse per la comparazione, giacché egli — forse più di ogni altro suo contemporaneo nota Borsi — si dedicò con grande passione allo studio degli ordinamenti stranieri. Comparare, operando nel tempo come nello spazio, significava allargare i proprio orizzonti, contestualizzare l'esistente in un più ampio scenario che ne permettesse l'interpretazione alla luce delle esperienze diverse o similari da un lato e alla luce della propria genesi storica dall'altro.

Vi è un debito, nella lezione di Palma, nei confronti dell'esperienza britannica. E con ciò non diciamo certamente nulla di originale. Sull'influenza straordinaria che la forma di governo inglese ebbe sulle democrazie liberali europee e quella italiana nello specifico, infatti, esiste già un'abbondante letteratura (6). Piuttosto, vale la pena evidenziare come Palma non vi si riferisse affatto con un certo fare pedissequo ed acritico (pure assai presente nella pubblicistica, così come nelle discussioni parlamentari dell'epoca). La vulgata che faceva del modello inglese un metro di comparazione obbligato per tastare il polso dello

(5) L. Borsi, *Storia Nazione Costituzione*, cit., p. 277.

(6) Si veda, a mero titolo d'esempio, F. Cammarano, *Il progresso moderato. Un'opposizione liberale nella svolta dell'Italia crispina (1887-1892)*, Bologna, Il Mulino, 1990 oppure G. Guazzaloca, *Fine secolo. Gli intellettuali italiani e inglesi e la crisi tra Otto e Novecento*, Bologna, Il Mulino, 2004.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

stato evolutivo di una certa forma di governo non appartiene alle corde del nostro autore. Piuttosto, quell'esperienza, ma potremmo anche dire quella cultura, rappresentava per lui l'esempio più calzante di un certo modo di intendere l'ordinamento costituzionale. L'evoluzione dell'ordinamento britannico, infatti, non si era dimostrata solo lenta e progressiva (in grado quindi di corroborare la tenace fede liberale nell'esistenza di una precisa razionalità storica), ma aveva dimostrato soprattutto di svilupparsi secondo un ordine preciso, quello che dalla antecedenza logica della sfera sociale conduceva, ma solo successivamente, alla conseguente sistemazione giuridica. Un ordine che, per funzionare in maniera virtuosa, aveva necessariamente bisogno dei tempi lunghi della storia. Questa, portatrice di moderazione per eccellenza, rappresentava infatti il filtro indispensabile che consentiva di lasciar progredire solo le innovazioni veramente necessarie, mettendo così al riparo il sistema da ogni possibile accelerazione volontaristica. È in questo senso che Palma guarda con interesse al modello inglese; perché esso, più di altri, permetteva di dimostrare che "il diritto costituzionale è forma giuridica di un sottostante sviluppo di vita politica e sociale, sempre su quella incidente" (7). Una vera costituzione infatti, per Palma, è sempre una costituzione storica e se di questa l'esempio certamente più celebre era quello britannico, questo non significava che non fosse possibile interpretare nei medesimi termini, restituendo loro quindi una più alta dignità, anche altri ordinamenti costituzionali. È questo il senso dello storicismo di Palma: studiare in prospettiva storica il diritto costituzionale italiano « affinché anche lo Statuto fosse Costituzione, nei termini suoi propri, di Costituzione storica » (8).

Si giunge così a quello che mi pare veramente il tema dominante ed anche più originale dell'opera di Borsi: la centralità dell'idea di costituzione. Il pensiero di Luigi Palma, così come quello di quasi tutta la giuspubblicistica che lo ha preceduto, è infatti retto da questa essenziale architrave: esso non ruota affatto attorno all'idea di stato, bensì a quella di costituzione. Come già accennato, la cosa non deve stupire. La giuspubblicistica postunitaria sente fortissima l'esigenza di difendere e di consolidare lo straordinario frutto dell'esperienza risorgimentale rappresentato dallo stato unitario. Pur tuttavia, il bisogno che essa non sente è quello di concettualizzare l'idea di stato, di elaborare giuridicamente una specifica e autonoma nozione che lo rappresentasse. Per questo occorrerà attendere Orlando e, conseguentemente, porsi fuori dai confini cronologici del presente volume. La giuspubblicistica preorlandiana non ha bisogno di questa idea di stato perché, per

(7) L. Borsi, *Storia Nazione Costituzione*, cit., p. 173.
(8) *Ibidem*.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

interpretare e consolidare il processo di unificazione nazionale, possedeva già un'altra e più efficace nozione: quella di costituzione, appunto. Ciò non significava naturalmente estromettere lo stato dal proprio discorso. Esso rappresentava un riferimento essenziale infatti, nella misura in cui sostanziava materialmente il risultato delle lotte risorgimentali. Lo testimoniava cioè tangibilmente con i suoi poteri, con il suo apparato amministrativo. Ma era in grado di dar conto delle dinamiche sociali, economiche e politiche che lo avevano originato? Era in grado di descriverne l'azione, il divenire, la dinamicità? Era forse in grado di comprenderne la continua evoluzione o piuttosto di quella naturale evoluzione egli incarnava semplicemente la conseguenza, il risultato? L'edificio statuale poteva essere anche imponente, ma come tutti gli edifici era statico. E, per dirla con le sapienti parole di Melegari, « i poteri immobili sono pericolosi » (9). L'esigenza della dottrina costituzionalistica postunitaria, ci dice Borsi, è invece quella di governare la problematica di una *res publica* neo-nata e neo-unificata in tutta la sua complessità. E per farlo, ha bisogno di una nozione che sia al tempo stesso elastica e dinamica. Ne emerge un'idea di costituzione, quindi, che non poteva esaurirsi nella lettera del dettato statutario, ma che doveva essere in grado di contenerla, manifestando al tempo stesso tutta la sua intrinseca storicità. Perché, come quella inglese, ogni costituzione storica incarnava una realtà complessa, difficile — forse impossibile — da definire entro confini netti. Doveva essere un luogo di equilibrio, di compromesso armonioso, di contemperamento; ma ogni punto di equilibrio non poteva essere concepito che come un equilibrio instabile. Anzi, probabilmente la costituzione era da intendersi esattamente così, come un progressivo percorso di raggiungimento, di perdita e di nuova ricerca di successivi punti di equilibrio tra le forze vitali della nazione, tra quegli elementi sociali che, entrando in competizione e persino in conflitto tra loro, soffiavano dentro la costituzione storica il necessario afflato vitale. Non è un caso che Borsi si soffermi sul tema della revisione costituzionale, mostrando come esso rappresentasse uno snodo cruciale per molti giuristi. Potrebbe apparire curioso, certo, perché la rigidità costituzionale non è un problema ottocentesco, ma in realtà è assolutamente coerente con le premesse appena esplicitate. Interrogarsi sulla modificabilità della costituzione, per i giuristi preorlandiani, non significava porsi un problema di gerarchia delle fonti. Al contrario, si traduceva nella necessità di individuare un equilibrio tra due opposte ma altrettanto valide esigenze: da un lato quella di preservare l'esistenza e la continuità della costituzione storica; dal'altro quella di garantirne la vitalità, la sua capacità di adattarsi all'evoluzione

(9) Ivi, p. 251.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

dei costumi e della società. Vi è un'immagine efficacissima nel volume, tratta dalle pagine di Emilio Broglio, che permette di cristallizzare perfettamente questo concetto: « […] la costituzione si potrebbe paragonare a quegli alberi secolari e sempreverdi, come i cedri del Libano, i quali, perché mutano continuamente, una a una, le loro foglie, pare che non le mutino mai, e sieno sempre li stessi » (10).

L'idea di costituzione storica, prodotto della coscienza giuridica della nazione, sembra pertanto rappresentare davvero la chiave di volta del pensiero di Palma e, più in generale, il cruciale punto di arrivo dell'intero percorso del costituzionalismo postunitario. Un percorso che il volume di Borsi ricostruisce con dovizia di particolari, ripercorrendo accuratamente i numerosissimi contributi che quel pensiero hanno concorso a sostanziare, dai più celebri e noti, fino ai minori. Un cammino ripercorso passo a passo, fino a cogliere, intorno alla metà degli anni Settanta, le avvisaglie di un mutamento di prospettiva, di una nascente tentazione statualizzante del diritto costituzionale, frutto della progressiva penetrazione in Italia della dottrine tedesche e rilevabile — ancor prima che in Orlando — nelle opere di autori come Francesco Filomusi Guelfi e Giuseppe Trono; ben incarnata dall'affermazione di quest'ultimo secondo la quale « la costituzione dello Stato appartiene allo Stato stesso » (11). Gli esiti di questo mutamento di prospettiva sono naturalmente ben noti e altrettanto note sono le conseguenze che l'affermarsi della scuola giuridica nazionale orlandiana ha riverberato sul pensiero costituzionale ad essa precedente. A Luca Borsi va tuttavia riconosciuto il merito di aver restituito dignità scientifica alla giuspubblicistica postunitaria. Di essa, l'autore del volume non nasconde i frequenti ed eccessivi sociologismi, oppure un certo attardarsi compiacente in elucubrazioni storiche e filosofiche. Semplicemente, non esaurisce in tali carenze di rigore metodologico l'intera portata di quella lezione. Al contrario, egli ne ricostruisce con pazienza le principali direttrici, componendole nel quadro di un riflessione, quella preorlandiana, che se non può dirsi perfettamente sistematica, occorre riconoscere quantomeno come estremamente coerente. Quanto emerge non è quindi una tabula rasa della scienza costituzionalistica, ma il panorama di una scienza giuridica consapevolmente votata ad un approccio altro, diverso da quello di Orlando; certamente meno compatto e rigoroso, ma non per questo necessariamente antigiuridico o antiscientifico.

MASSIMILIANO GREGORIO

(10) Ivi, p. 297.
(11) Ivi, p. 361.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

EUGENIO CAPOZZI, *Il sogno di una costituzione. Giuseppe Maranini e l'Italia del Novecento*, Bologna, Il Mulino, 2008.

La figura di Maranini non è di quelle che si possono tratteggiare agevolmente con poche pennellate. E, senza dubbio, la vulgata comune che lo ricorda soprattutto come il più accanito fustigatore della partitocrazia italiana nel secondo dopoguerra non esaurisce adeguatamente il personaggio, né gli rende il merito dovuto. Glielo rende invece Eugenio Capozzi, che allo storico Preside della "Cesare Alfieri" di Firenze ha dedicato questo interessante volume. Interessante e pregevole, non fosse altro perché va a colmare un vuoto sin troppo eclatante nel dibattito storiografico e giuspubblicistico italiano che, da sempre, ha guardato a Maranini con attenzione sporadica e volubile. Almeno fino agli ultimi anni, nei quali certamente abbiamo assistito ad un recupero (1) del pensiero maraniniano, sicuramente bisognoso non soltanto di maggiore attenzione, ma anche di essere inquadrato all'interno di un equilibrato giudizio storiografico. In questo quadro, dunque, si colloca il volume che si va a recensire e che si presenta come la prima vera opera monografica (2) interamente dedicata al pensiero di Giuseppe Maranini.

L'architettura interna del lavoro, organizzato linearmente su base cronologica, è articolata in cinque capitoli e, almeno mi pare, in due parti sostanziali. La prima, che coincide con i primi due capitoli, copre gli anni della formazione giovanile, politica e universitaria, gli esordi di Maranini pubblicista, la scoperta della sua vocazione di studioso e il progressivo delinearsi di un nucleo forte all'interno del suo pensiero con i primi scritti e la sua progressiva affermazione nel panorama accademico dell'Italia fascista. La seconda parte del lavoro, invece, più corposa e coincidente con i successivi tre capitoli, prende le mosse dalla transizione (non indolore) di Maranini verso la nuova Italia democratica e repubblicana. Cambia anche la tribuna geografica delle battaglie del

(1) Prima di questo volume, altri interessanti contributi sul pensiero maraniniano sono venuti da A. CAMPI, *Modelli di storia costituzionale in Giuseppe Maranini*, Roma, Pellicani, 1995 e L. BORSI, *Classe politica e costituzionalismo: Mosca, Arcoleo, Maranini*, Milano, Giuffrè, 2000. Particolarmente pregevoli risultano inoltre gli Atti del convegno fiorentino che la Cesare Alfieri ha organizzato nel 2002 per celebrare il centenario della nascita di Maranini, adesso raccolti nel volume curato da S. ROGARI, *Istituzioni e poteri nell'Italia contemporanea*, Firenze, CET, 2004.

(2) L'unica precedente biografia di Maranini risulta quella pubblicata dalla moglie Elda Bossi (E. BOSSI, *Un uomo libero. Giuseppe Maranini*, Cuneo, L'Arciere, 1977). Naturalmente, lo scopo del volume, peraltro evidente già dal titolo, è palesemente agiografico e pertanto, aldilà di una ricca messe di informazioni personali (alle quali pure il libro di Capozzi attinge volentieri), pochi altri spunti offre ad una riflessione critica sul pensiero e l'opera di Maranini.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

nostro autore: non più — e ormai da qualche anno — l'ateneo perugino, ma la Facoltà di Scienze politiche fiorentina, della quale diverrà presto Preside. E sono proprio i suoi primi corsi fiorentini ad ospitare quelle linee guida che ne orienteranno il pensiero per tutto il secondo dopoguerra: la fascinazione per il modello costituzionale americano, le osservazioni critiche sulla genesi della Carta repubblicana (verrebbe da dir meglio: sulla cultura costituzionale che la animava), osservazioni che mutano, evolvono e si alimentano in un dialogo costante con l'attualità politica, per sfociare poi in una sempre più definita e complessiva ricostruzione interpretativa della Costituzione repubblicana e della forma di governo da questa prevista. Due parti, due stagioni fondamentali nella vita e nel pensiero di Maranini, che non si presentano disarticolate, ma piuttosto unite da decise continuità concettuali, oltre che dalla naturale complessità di un pensiero che visse sempre appieno la propria epoca, così ricca di vivacità culturale, ma anche di profonde contraddizioni.

Ma qui conviene arrestarsi, e non solo perché ripercorrere la biografia umana e intellettuale di Maranini non si conviene ad una recensione, ma piuttosto perché è lo stesso autore a indicare che questa non rappresenta la chiave di lettura più adeguata del suo lavoro. Scrive infatti Capozzi nella prefazione che il volume « non ambisce ad essere una biografia, nemmeno intellettuale, a tutto tondo. Piuttosto […] si configura come un contributo alla riflessione sul dibattito intorno all'organizzazione costituzionale, ai suoi modelli e ai suoi fondamenti » (3). Una precisazione che rimanda al titolo stesso del volume e che identifica la vera cifra del pensiero maraniniano in quella costante tensione culturale che spinse il nostro a ricercare una composizione in grado di garantire un convincente equilibrio e un'osmosi profonda tra le trasformazioni socio-culturali dell'Italia e il divenire del suo assetto politico-istituzionale. Nel sogno di una costituzione, appunto. Capozzi dichiara quindi, sin dall'inizio, l'obiettivo del suo lavoro: estrapolare cioè dalla vasta produzione scientifica e dalla ancor più vasta produzione pubblicistica di Maranini i lineamenti della sua complessiva dottrina costituzionale e leggere poi quest'ultima nel quadro del più vasto dibattito costituzionalistico italiano. Obiettivo certo di tutto rispetto, considerando anche l'originalità del contributo di Maranini, articolato su traiettorie per così dire sghembe rispetto alle più classiche strade battute dalla dottrina giuspubblicistica. Un obiettivo, tuttavia, che Capozzi persegue attraverso un ragionamento convincente che si dipana, almeno così mi pare, attorno a due perni fondamentali: il primo, decisamente esplicitato, è rappresentato da quegli snodi concettuali ricorrenti nel pensiero costituzionale maraniniano che potremmo attri-

(3) E. Capozzi, *Il sogno di una costituzione. Giuseppe Maranini e l'Italia del Novecento*, Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 9-10.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

buire, in sintonia con l'autore del volume, ad una tradizione giuridica definibile *lato sensu* come liberaldemocratica. Il secondo, invece, più implicito, si sostanzia nella centralità della questione metodologica ed è da questo che conviene prendere le mosse.

Si è detto che l'autore non affronta direttamente il problema del metodo, nel senso che non gli dedica uno spazio autonomo nell'economia dell'opera; ma lo richiama con costanza per tutto il libro, quasi ad indicarlo come lo sfondo imprescindibile di ogni possibilità interpretativa. Ed è solo declinando la dottrina di Maranini alla luce del suo peculiare approccio, in effetti, che si possono comprendere appieno le molteplici sfaccettature di un pensiero prismatico, nel quale non è raro rinvenire cambiamenti anche radicali di prospettiva oppure letture mutevoli della ancor più mutevole realtà politico-istituzionale italiana. Anche di queste Capozzi dà conto, ma sempre coniugandole alla luce del complessivo approccio metodologico maraniniano. Che si delinea certamente a partire dagli anni della formazione e del debutto accademico; anni in cui l'influenza dell'elitarismo liberale di stampo moschiano si sposava con quella tensione tutta novecentesca verso un approccio antiformalistico alle scienze giuridiche, il medesimo che in Germania, in quegli stessi anni, accendeva il *Methodenstreit*. A dire la verità anche la giuspubblicistica italiana di quegli anni venne attraversata da un serrato confronto metodologico che vide contrapporsi la dottrina di tradizione liberale ai nuovi giuristi di regime, fino al tentativo di composizione compiuto dai giovani costituzionalisti cresciuti negli anni Trenta. Ma a tutta questa vicenda il pensiero di Maranini rimase per larga parte estraneo. Il suo antiformalismo, infatti, si tradusse sempre in un rifiuto netto, e forse a tratti anche esasperato (4), per qualsiasi dogmatismo giuridico. Un atteggiamento che lo condusse ben presto ad una rottura sostanziale con l'intera dottrina costituzionalistica italiana (e non soltanto con quella di tradizione liberale), nei confronti della quale Maranini, ci dice Capozzi, maturò ben presto un senso di marcata estraneità. Fu un'operazione forse dolorosa ma al tempo stesso assolutamente consapevole, preordinata ad uno scopo che l'autore del libro così definisce: la « delegittimazione pressoché completa di un competenza esclusiva dei giuristi nell'esplicazione scientifica del fenomeno 'stato': per esprimere pienamente la realtà del quale ad avviso di Maranini era necessaria una figura di

(4) Il riferimento va ovviamente alla celebre polemica sul metodo ospitata sulle pagine di « Stato e diritto » tra Maranini a Vezio Crisafulli, certamente non un tardo epigono della scuola giuridica nazionale orlandiana. La risposta di Crisafulli costrinse infatti Maranini ad un ulteriore intervento nel quale egli « ridefiniva in parte la tesi fondamentale sostenuta nel primo scritto » (E. Capozzi, *Il sogno di una costituzione*, cit., p. 114).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

studioso ben diversa » (5). Lo studioso che egli aveva in mente doveva infatti saper maneggiare le categorie giuridiche, ma il fulcro centrale della sua analisi avrebbe dovuto incardinarsi nella vita concreta delle istituzioni e nel loro divenire storico.

La storiografia rimarrà infatti sempre un elemento centrale nella produzione e nel metodo di Maranini: dalla tesi di laurea sull'origine dello Statuto albertino, passando per i due volumi dedicati alla Costituzione di Venezia, per giungere infine a quella che forse è la sua opera più nota, la *Storia del potere in Italia 1848-1967*. Una vocazione, quella per la storia (6), che non si spiega solo per ragioni di scuola e per l'influenza del suo maestro, Arrigo Solmi. Piuttosto, all'interno del paradigma di comparazione diacronica proprio dello storico, Maranini sembra trovare il terreno più fertile per coltivare un'intuizione: quella dell'enorme influenza che le grandi opzioni di cultura costituzionale erano in grado di riverberare sul presente. Sarebbe interessante interrogarsi sulle origini di questo storicismo: un'eredità di quel metodo eclettico che aveva alimentato la cultura giuridica preorlandiana o il frutto, assai più attuale, di un'intuizione di grandi prospettive, successivamente coronate dalla moderna storiografia giuridica? Aldilà di ogni possibile risposta, rimane la centralità di un approccio improntato al pragmatismo e all'importanza del dato empirico, che risulta essere un elemento assolutamente indispensabile soprattutto per l'interpretazione della vastissima produzione saggistica e pubblicistica di Maranini nel secondo dopoguerra.

A quest'ultima Capozzi dedica infatti la parte più consistente del volume, nella quale introduce il lettore nei meandri della progressiva interpretazione costituzionale maraniniana. Progressiva si è detto, perché nel breve volgere di pochi anni il pensiero di Maranini sulla carta del 1948 varia sensibilmente: ad una prima lettura decisamente critica (alla quale forse non è estranea, come sottolinea l'autore, la sua estromissione dal consesso dei padri costituenti), si sostituisce a partire dalla metà degli anni Cinquanta un'interpretazione più benevola. La Costituzione repubblicana da 'antinomica' diviene 'bivalente'. Lascia quindi spazi significativi di azione. Ma anche la scelta di questi ultimi non appare univoca: le strategie variano sensibilmente, così come i percorsi. Basti pensare al diverso atteggiamento tenuto da Maranini nei confronti dell'attuazione costituzionale: prima considerata deleteria in quanto integrale applicazione di un articolato scellerato, poi difesa e propugnata, soprattutto per quanto riguardava la definitiva messa a regime di cruciali istituzioni quali la Corte costituzionale o il CSM. Interpreta-

(5) E. Capozzi, *Il sogno di una costituzione*, cit., p. 112.

(6) Per una ricostruzione di Maranini come storico delle istituzioni, si veda il bel contributo di L. Mannori, *Maranini storico delle istituzioni*, in S. Rogari, *Istituzioni e poteri nell'Italia contemporanea*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

zioni mutevoli, dunque, ma non insensate, delle quali Capozzi ricostruisce la ratio interna ponendosi sulle tracce dell'empirismo e del pragmatismo maraniniani. Un approccio che impone di leggere tali interpretazioni alla luce di quei passaggi chiave della storia politica italiana che forniscono loro una efficace attribuzione di senso: dall'interpretazione dell'impronta maggioritaria che De Gasperi impresse alla prima legislatura repubblicana, fino alle speranze — una volta conclusa quella fase — suscitate in lui dalla Presidenza Gronchi, nella quale egli intravedeva la possibilità di affermazione di un potere forte e autonomo in grado di contrastare l'assemblearismo parlamentare.

Si giunge così al secondo perno fondamentale nel quale si incardina il volume: il modello costituzionale di Giuseppe Maranini, i suoi riferimenti ideali. Quali coordinate essenziali hanno infatti orientato il nostro autore nella elaborazione di una propria dottrina costituzionale e nella sua corrispondente e instancabile attività di pubblicista volta ad orientare le istituzioni italiane in un senso che fosse ad essa conforme? Capozzi suggerisce alcune chiavi di lettura, alcune costanti ricorrenti nel pensiero del giurista e politologo. Forse la più importante di queste sembra essere il timore della dittatura parlamentare, di quella deriva assemblearistica di cui Maranini aveva correttamente individuato le radici in quella tradizione giuridica inaugurata dalla rivoluzione francese, che conduceva ad una sostanziale sfiducia nei confronti dell'esecutivo e della complessiva azione di governo. Sarà sempre questo il principale bersaglio critico dei suoi strali, sin dalla sua prima opera sullo Statuto albertino: la degenerazione del parlamentarismo come elemento paralizzante e corruttore del sistema, come origine di tutti i mali. Fu su questa base che egli affidò le proprie speranze negli anni Venti e Trenta al regime fascista, nel quale vedeva un'efficace restaurazione della centralità del governo e dell'autorità dello Stato contro le degenerazioni parlamentaristiche in cui era precipitata l'Italia liberale. E paradossalmente, nel secondo dopoguerra, quando ormai la presa di distanza dal regime era compiuta, egli ne attribuiva la sciagurata affermazione alla medesima causa originaria: a quella dittatura parlamentare, appunto, che aveva finito per impadronirsi della forma di governo statutaria alterando irrimediabilmente quell'equilibrio teoricamente disegnato dalla carta albertina, seppur in maniera non univoca, tra Parlamento e Corona, secondo l'esempio del sempiterno modello inglese. Un modello interpretato peraltro in maniera decisamente unilaterale; senza tenere conto, ad esempio, delle teorie di W. Bagehot sul ruolo del premier, né di tutte le coeve interpretazioni che individuavano il fulcro del costituzionalismo liberaldemocratico nella stretta relazione tra Governo e Parlamento (7).

Una lettura che tendeva a contrapporre i due poteri, più che a

(7) Così E. Capozzi, *Il sogno di una costituzione*, cit., p. 75.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

separarli. Non per niente Maranini, che affidò sempre al potere esecutivo il compito delicato di garantire l'unità politica e la stabilità statuale, quando si trovò a dover ricercare il criterio di legittimazione di quest'ultimo (o il modo col quale ad esso venisse attribuito un certo indirizzo politico), egli escluse sempre soluzioni che prevedessero un coinvolgimento parlamentare. Così, durante gli anni Venti e Trenta, egli sembrò affidare questo compito alle capacità interpretative delle élite dirigenti (giacché è proprio l'elitarismo di tradizione moschiana che si intravede sullo sfondo della apologia dello stato-partito contenuta nella prefazione al secondo volume sulla Costituzione di Venezia (8)), mentre nel secondo dopoguerra echeggeranno più volte nel suo pensiero suggestioni presidenzialistiche sul modello statunitense, suggestioni che negli anni Sessanta costituirono anche, come sottolinea Capozzi, la sua « ultima illusione rivoluzionaria » (9). Emergono declinazioni hobbesiane nell'idea di potere alla quale attinge Maranini, soprattutto sotto il profilo della costante preoccupazione di garantire l'integrità della dimensione statuale. La stessa crociata contro la partitocrazia si può agevolmente leggere in questo senso. Come il corollario naturale cioè di una complessiva dottrina costituzionale che faceva discendere sia il principio di autorità sia il principio di garanzia, naturalmente insiti nell'ordinamento, dalla capacità di conservare l'integrità (rappresentata dalla dimensione statuale) di quest'ultimo. L'aspetto più significativo della sua critica ai partiti, infatti, sta proprio nel condannarne la tendenza a porsi fuori dall'ordinamento, che significava porsi fuori dalle sue logiche interne (logiche che necessariamente sacrificavano l'interesse di parte per perseguire l'interesse collettivo), ma anche fuori dai suoi controlli. Si trattava sostanzialmente di ripristinare l'antico e liberalissimo principio dell'eguale sottoposizione di tutti alla medesima legge. Valeva per i cittadini; doveva valere anche per i partiti.

Quella delle radici liberali del pensiero maraniniano, di quale fosse il liberalismo dal quale egli attingeva i proprio riferimenti ideali, è certamente una tra le questioni più interessanti che il volume solleva. Perché nel suo pensiero, accanto alle già accennate matrici hobbesiane dell'idea di potere, Capozzi mostra come convivano anche i relativi anticorpi volti ad evitarne derive autoritarie. Anticorpi che si concretano negli elementi fondanti del garantismo maraniniano, e che emergono con maggiore frequenza, come è ovvio, nella produzione del secondo dopoguerra (anche se l'autore, nella prima parte del volume, non esclude affatto di poterne rinvenire le radici già nelle riflessioni degli anni Trenta). A partire dagli anni Cinquanta, infatti, è certamente possibile registrare una più equilibrata e coerente coesistenza tra la vocazione di Maranini alla primazia dell'esecutivo e al rafforzamento

(8) In tal senso L. Mannori, *Maranini storico delle istituzioni*, cit.

(9) Cfr. E. Capozzi, *Il sogno di una costituzione*, cit., pp. 337 e ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

del ruolo del governo, con altre questioni non meno fondamentali, anche se potenzialmente configgenti con le prime: la garanzia delle libertà individuali o l'indipendenza e l'autonomia della magistratura. Il libro sembra infatti suggerire il raggiungimento di un'opera di composizione, di sistemazione dei vari tasselli teorici all'interno di un mosaico coerente e complessivo, alla quale certamente non pare estraneo l'interesse, databile per l'appunto nello stesso intorno di tempo, per il sistema costituzionale americano. Quest'ultimo costituì certamente per Maranini un modello assai efficace: per l'enorme autorevolezza e per la straordinaria capacità di tenuta che testimoniavano i suoi quasi duecento anni di storia. Ma non solo. Più ancora, il modello costituzionale statunitense era in grado di offrire un quadro culturale utile a tenere insieme in maniera coerente buona parte dei principi cardine della dottrina maraniniana: la solidità democratica, la valorizzazione dell'esecutivo, la sua legittimazione extra-parlamentare, la tutela dei diritti individuali, l'indipendenza della magistratura.

Ricostruire quei principi fondamentali che si presentano come costanti nel percorso intellettuale di Maranini e, al tempo stesso, declinarli alla luce di un preciso e peculiare approccio metodologico. Questa mi pare sia, in conclusione, la cifra del volume di Capozzi. Ed è una scelta convincente perché contribuisce a disegnare un quadro in cui il metodo e i principi recitano due ruoli assolutamente complementari: il primo contribuisce a declinare i secondi, mentre questi ultimi offrono all'interprete una chiave di lettura indispensabile per non perdere di vista le linee guida più profonde del pensiero maraniniano.

Sia consentita, in chiusura di questa recensione, un ultima nota. Maranini fu certamente una voce fuori dagli schemi e altrettanto certamente, egli fu anche uno dei più feroci fustigatori del sistema di potere italiano incarnato da quella che il linguaggio giornalistico definisce come la 'prima repubblica'. Sarebbe stato facile recuperarne il pensiero, offrendone una lettura attualizzante, facendo cioè di Maranini la Cassandra inascoltata dei mali italiani, nonché il profeta che aveva indicato, in tempi non sospetti, la via da seguire. Sarebbe stato facile, e forse anche più redditizio. Ma scientificamente assai discutibile. A Capozzi, che tutt'altra strada ha scelto di seguire, va riconosciuto anche questo merito.

MASSIMILIANO GREGORIO

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Discussioni

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

JOHANNES ALTHUSIUS U.J.D., *La politica. Elaborata organicamente con metodo e illustrata con esempi sacri e profani*. A cura e con un saggio introduttivo di C. Malandrino. Traduzione di C. Malandrino, F. Ingravalle e M. Povero. Apparato critico di F. Ingravalle e M. Povero. Ha collaborato C. Zwierlein. Trascrizione del testo latino di M. Povero, Torino, Claudiana, 2009.

DIEGO QUAGLIONI

QUALE MODERNITÀ PER LA « POLITICA » DI ALTHUSIUS?

Corrado Malandrino, unito a un ristrettissimo numero di collaboratori (Francesco Ingravalle, Mauro Povero e Cornel Zwierlein), ha recentemente portato a compimento per la Claudiana la traduzione italiana della *Politica methodice digesta* di Johannes Althusius, pubblicandola col testo latino a fronte in due imponenti volumi, ai quali è premessa una densa e dottissima introduzione (1). Quest'ultima costituisce di per sé una monografia sul giurista calvinista, sul suo pensiero politico e sui molti problemi ancora aperti in una tradizione interpretativa che rimonta a Gierke e che, dopo gli studi numerosi e nuovi dell'ultima generazione, in Germania così come in Italia, era ormai bisognosa di una complessiva revisione (2).

---

(1) JOHANNES ALTHUSIUS U.J.D., *La politica. Elaborata organicamente con metodo e illustrata con esempi sacri e profani*. A cura e con un saggio introduttivo di C. Malandrino. Traduzione di C. Malandrino, F. Ingravalle e M. Povero. Apparato critico di F. Ingravalle e M. Povero. Ha collaborato C. Zwierlein. Trascrizione del testo latino di M. Povero, Torino, Claudiana, 2009.

(2) Cfr. C. MALANDRINO, *Introduzione: la* Politica methodice digesta *di Johannes Althusius*, in JOHANNES ALTHUSIUS U.J.D., *La politica*, cit., I, pp. 7-130 (con le aggiornate indicazioni della *Nota bibliografica* a pp. 125-130, in particolare pp. 129-130). Più in generale si veda la *Althusius-Bibliographie. Bibliographie zur politischen Ideengeschichte und Staatslehre, zum Staatsrecht und zur Verfassungsgeschichte des 16. bis 18. Jahrhunderts*, hrsg. von H.U. Scupin und U. Scheuner, bearb. von D. Wyduckel, Berlin, Duncker & Humblot, 1973, con gli aggiornamenti dello stesso Wyduckel in *Politische Theorie des Johannes Althusius*, hrsg. von K.-W. Dahm, W. Krawietz und D. Wyduckel,

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Una simile intrapresa scientifica poteva essere concepita, avviata e portata a compimento soltanto nel contesto di una forte ripresa degli studi di storia del pensiero giuridico e politico della prima età moderna — ripresa caratterizzata, come mi è capitato di ricordare in passato a proposito di Bodin (3), da una lenta ma sicura riconquista dei testi —, e naturalmente nel contesto più specifico della rinascita degli studi althusiani. Come quella di Bodin, l'opera di Althusius è posta a cavaliere di due mondi, anzi « alla confluenza dei due grandi movimenti del sedicesimo secolo, riforma religiosa e assolutismo monarchico » (4), sospesa fra il recupero e la difesa della tradizione e lo slancio costruttivo e novatore (e perciò esposta al sospetto, in quelle interpretazioni che non vorrebbero trovarsi mai alle prese con un « carattere equivoco » (5), cioè con uno spirito tormentato dalle ansie e dai problemi del suo tempo e in cerca di soluzioni nell'unica direzione possibile, quella del fardello della tradizione). Opera classica, insomma, la *Politica*, come la *République* di Jean Bodin o come il *De iure belli* di Alberico Gentili — i suoi antecedenti più prossimi —, che come tutti i classici esigeva una traduzione moderna, corredata da un accurato lavoro di identificazione delle fonti normative, dottrinali e storiche, « cioè dell'imponente apparato di *marginalia* nel quale si riflette e si mostra l'itinerario intellettuale e il sistema degli appigli autoritativi di un giurista del tardo *ius commune* » (6). Tale fu Bodin, tale fu Gentili, e tale fu lo stesso Althusius, *utriusque juris doctor*, come si legge invariabilmente sul

---

Berlin, Duncker & Humblot, 1988, pp. 577-584 e nell'*Einleitung* a JOHANNES ALTHUSIUS, *Politik*. Übers. von H. Janssen, in Auswahl hrsg., überarb. und eingel. von D. Wyduckel, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, *Literaturverzeichnis*, pp. LXXIII-LXXXII. Si veda infine l'importante silloge *Il lessico della* Politica *di Johannes Althusius. L'arte della simbiosi santa, giusta, vantaggiosa e felice*, a cura di C. Malandrino, prefazione di D. Wyduckel, introduzione di C. Malandrino, Firenze, Olschki, 2005 (ora anche nella versione tedesca: *Politisch-rechtliches Lexikon der* Politica *des Johannes Althusius. Die Kunst der heilig-unverbrüchlichen, gerechten, angemessenen und glücklichen symbiotischen Gemeinschaft*, hrsg. von C. Malandrino und D. Wyduckel, Berlin, Duncker & Humblot, 2010).

(3) D. QUAGLIONI, *Verso un nuovo ritratto di Jean Bodin: appunti in margine alla letteratura più recente*, in *Jean Bodin a 400 anni dalla morte. Bilancio storiografico e prospettive di ricerca*, a cura di A.E. Baldini, « Il pensiero politico », XXX (1997), pp. 169-183 (in particolare, p. 177).

(4) A. MOMIGLIANO, *Le radici classiche della storiografia moderna*. Sather Classical Lectures, a cura di R. Di Donato, Firenze, Sansoni, 1992, pp. 124-125.

(5) *Ibidem*.

(6) D. QUAGLIONI, *Introduzione*, in ALBERICO GENTILI, *Il diritto di guerra (De iure belli libri III, 1598)*. Traduzione di P. Nencini. Apparato critico a cura di G. Marchetto e Ch. Zendri, Milano, Giuffrè, 2008, pp. I-XXXIII: X.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

frontespizio dei suoi lavori e come molto opportunamente si legge anche sul frontespizio della traduzione italiana della *Politica*.

Malandrino dichiara che la scelta di offrire al pubblico degli studiosi e dei lettori colti la prima edizione scientifica integrale in traduzione italiana della *Politica* nasce sul « modello di traduzione » fornito dal compimento dell'edizione italiana della *République* di Bodin, l'opera principe del nascente diritto pubblico moderno (7). Il Curatore ha voluto inoltre richiamare, adesivamente, quanto nella recente occasione del centenario gentiliano e della pubblicazione del *De iure belli* è accaduto di ricordare, « sulla scorta di Benjamin »: « "La traduzione è sempre attività delicata e rischiosa, proprio come l'interpretazione, della quale essa — che è mediazione per eccellenza — costituisce la prima e basilare manifestazione [...]; la traduzione è l'interpretazione nella sua più immediata esigenza di restituzione di un testo alla sua vita ulteriore". È vero: la traduzione è quasi la riscrittura di un'opera classica di cui si vuol restituire ai contemporanei il significato più intimo e più vero... » (8). Frutto che richiede l'attesa di una "maturità", la traduzione, anche in un ambito specialissimo, com'è quello delle opere eminenti della dottrina giuridica, segna « lo stadio della loro sopravvivenza », perché in essa « la vita dell'originale raggiunge, in forma sempre rinnovata, il suo ultimo e più comprensivo

(7) C. Malandrino, *Introduzione: la* Politica methodice digesta *di Johannes Althusius*, in Johannes Althusius U.J.D., *La politica*, cit., I, p. 114. Cfr. *I sei libri dello Stato* di Jean Bodin, I, a cura di M. Isnardi Parente, Torino, Utet, 1964, 1988[2]; II-III, a cura di M. Isnardi Parente e D. Quaglioni, Torino, Utet, 1988-1997. Il volume III e ultimo, dotato come gli altri due di un apparato critico e di un commento, con ampio corredo bibliografico e con il sussidio di un centinaio di pagine di indici, andò in stampa in coincidenza col centenario bodiniano del 1996 e apparve infine nel 1997, preceduto e seguito da vari convegni e seminari che hanno riproposto gli studi su Bodin e sul pensiero giuridico del suo tempo. Per quest'impresa scientifica ed editoriale si veda la bella memoria di M. Isnardi Parente, *Per la storia della traduzione italiana di J. Bodin*, Les six livres de la République, in *Jean Bodin a 400 anni dalla morte. Bilancio storiografico e prospettive di ricerca*, cit., pp. 159-168 (ora in M. Isnardi Parente, *Rinascimento politico in Europa*. Studi raccolti da D. Quaglioni e P. Carta, Padova, Cedam, 2008, pp. 187-197); cfr. anche, in quella stessa sede, i contributi di A.M. Lazzarino Del Grosso, *Un'impresa editoriale al traguardo: il terzo volume dei* Sei libri dello Stato *di Jean Bodin*, pp. 343-348, e di D. Quaglioni, *Per il testo critico della* République, pp. 355-360.

(8) C. Malandrino, *Introduzione: la* Politica methodice digesta *di Johannes Althusius*, in Johannes Althusius U.J.D., *La politica*, cit., I, p. 114; la citazione di D. Quaglioni, *Introduzione*, in Alberico Gentili, *Il diritto di guerra*, cit., pp. XIII, rimanda a W. Benjamin, *Strada a senso unico*, in *Opere complete*, II, *Scritti 1923-1927*. A c. di R. Tiedemann e H. Schweppenhäuser. Edizione italiana a cura di E. Ganni, Torino, Einaudi, 2001, p. 415.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

dispiegamento »: c'è insomma « una maturità postuma anche delle parole che si sono fissate » (9).

Storia, interpretazione e traduzione sono perciò indissolubilmente legate nell'esperienza del pensiero giuridico moderno; e « come la traduzione è una forma propria, così anche il compito del traduttore va inteso come un compito a sé [...]. Esso consiste nel trovare quell'atteggiamento verso la lingua in cui si traduce, che possa ridestare, in essa, l'eco dell'originale » (10). Di qui le « opzioni filologiche e tecniche » sperimentate nella traduzione del testo della *Politica methodice digesta*, la resa inevitabilmente nuova benché trasparente dei *verba iuris*, della lingua della giurisprudenza avviluppata nel latino tardo-umanistico (« la vera traduzione — per citare ancora Benjamin — è trasparente: non copre l'originale, non gli fa ombra », ma ne accompagna e ne sottolinea la "vita ulteriore") (11). Così, correttamente, e con una presa di distanza da precedenti esperienze di minore intelligenza del testo, gli interpreti avvertono che « i problemi maggiori si sono posti nella ricerca della traduzione più idonea di alcune parole-chiave del lessico althusiano » (12):

> Se per alcuni termini greci entrati come tali nell'uso del lessico scientifico — come *polítia*, *symbiotica* — si è valutato possibile lasciarli nella forma originale, lo stesso non poteva accadere per i termini latini che occorreva invece tradurre in modo non banale (ovvero utilizzando il calco italiano esistente, ma non dotato della giusta pregnanza e precisione): si pensi per esempio a *digesta*, *consociatio*, *communicatio*, *communio*, *commodum*, *utilitas*, *collegium*, *universitas*, *respublica*, *majestas* e *jura majestatis*, *imperium*, *polítia* o *respublica judaica*. Il lavoro svolto per l'edizione del *Lessico* ha predisposto una base scientifica preparatoria per valutare le opzioni più adatte all'uopo. Anche se alcuni termini ne sono rimasti esclusi. Per esempio, *digesta*, apparentemente una piccola parola sulla quale pochi hanno pensato di soffermarsi. Alcuni traduttori l'hanno semplicemente ignorata riducendo il titolo sul frontespizio alla sola « politica ». La maggior parte degli studiosi l'ha forse considerata assorbita dalla più forte *methodice*, che la segue nel titolo, e perciò si è soffermata sulla *methodus*. In realtà, nella traduzione di questo termine si nasconde una valutazione sulla intenzionalità e finalizzazione dell'autore, per cui non si è ritenuto saggio evitarla [...]. Ci è parso evidente, data la formazione giuridica e la professione di Althusius, che nella sua scelta del vocabolo *digesta*, ricorrente peraltro anche nei titoli delle sue opere giuridiche, emergesse un richiamo all'attività di natura compilativa e ordinatrice che nel campo del diritto è confluita storicamente

(9) W. Benjamin, *Il compito del traduttore*, in *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, a cura di R. Solmi, Torino, Einaudi, 1962, pp. 41-42.

(10) Ivi, p. 47.

(11) Ivi, p. 49.

(12) C. Malandrino, *Introduzione: la* Politica methodice digesta *di Johannes Althusius*, in Johannes Althusius U.J.D., *La politica*, cit., I, pp. 115-116.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

> appunto nel *Digesto* [...]. L'idea che *digerere* vuole suggerire è quella di prendere una materia da un assetto disorganico, incoerente, disordinato, confuso, incomprensibile, per raccoglierla e portarla a una condizione di distribuzione sistematica, ordinata secondo un certo metodo, organica, e quindi renderla chiaramente definita e comprensibile.

Indipendentemente della scelta di tradurre *digesta* con « elaborata » (non con « ordinata », « organizzata » o « esposta », preferite da altri traduttori, perché « la vera operazione che Althusius conduce a termine è di "elaborare e spiegare con ordine e metodo" una concezione della politica che solo in parte è il risultato [...] dell'operazione di raccolta, ordinamento critico e sistematizzazione di precedenti o contemporanee idee della politica ») (13), la nota di metodo ripone esattamente Althusius e la sua vasta opera in quel moto che Harold J. Berman ha chiamato *usus modernus protestantorum*, interpretandolo come un transito dalla fase "assiomatica" (« principled ») a quella sistematica dell'umanesimo giuridico (quella in cui « leading jurists, chiefly German and chiefly Protestant, undertook to derive from basic principles and concepts not simply individual aspects or parts of law but the entire body of law ») (14). Si tratta appunto di quel moto che è stato posto all'insegna della ricerca dell'ordine, e che deve essere collocato nella stagione della ricerca compendiosa del *ius in artem redigere* (o *digerere*) come uno dei principali *point de départ* del diritto pubblico moderno e del moderno costituzionalismo (15).

Grazie alla folta tradizione di studi sopra richiamata, non si può

---

(13) Ivi, p. 116.

(14) H.J. Berman, *Law and Revolution, II. The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, Cambridge (Mass.)-London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2003, p. 109.

(15) Si vedano le belle pagine sulle origini della modernità giuridica nell'umanesimo e nella riforma religiosa, in P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 88-96 (« *In particolare: riforma religiosa e ordine giuridico* »; « *l'umanesimo giuridico e le sue due anime* »). Credo che il miglior tentativo di sintesi, nella prospettiva del "moderno", sia quello di I. Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, Giappichelli, 2002 (« Il diritto nella storia », 9). Si veda anche A. De Benedictis, *Politica, governo e istituzioni nell'Europa moderna*, Bologna, Il Mulino, 2001, che ricomprende per "generi" buona parte dei temi della transizione dal Medioevo alla modernità giuridico-politica. Cfr. infine la revisione del giudizio sullo "snodo" storico dell'umanesimo giuridico in D. Quaglioni, *Tra bartolisti e antibartolisti. L'Umanesimo giuridico e la tradizione italiana nella* Methodus *di Matteo Gribaldi Mofa (1541)*, in *Studi di Storia del Diritto Medioevale e moderno*, a cura di F. Liotta, Bologna, Monduzzi Editore, 1999, pp. 185-212; e inoltre Id., *L'éducation du juriste face au pouvoir: la « Methodus » de Matteo Gribaldi Mofa (1541)*, in *Science politique et droit public dans les facultés de droit européennes (XIIIe-XVIIIe siècle)*. Sous la direction de J. Krynen et

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

dire di Althusius e della sua *Politica methodice digesta* quel che si è spesso detto di altri grandi giuristi della modernità: che della sua opera sia stato letto solo il testo, tralasciando l'ampio corredo di note e di allegazioni, di cui l'autore si servì nella costruzione di una fitta trama dottrinale (16). Nel caso di Bodin la ripresa dell'indagine sulle sue "autorità" e fonti ha via via revocato in dubbio molte delle costruzioni ideologiche nate con le teorie ottocentesche della sovranità, intese a schematizzare e irrigidire un pensiero che era invece vivo e aperto a soluzioni dogmatiche diverse (17). Ciò è vero per Bodin, ma è vero anche per Althusius, la cui magnifica edizione italiana mostra di per sé la via obbligata di una presa di distanze da ogni vulgata semplificatrice e intesa a rappresentare l'autore in una fissità di tratti funzionale al perpetuarsi di paradigmi ideologici.

Malandrino non si è nascosto le difficoltà della revisione del giudizio, ponendo in termini nuovi, sia rispetto al testo sia rispetto alle sue "fonti", il problema della "classicità" della *Politica* althusiana, « nel senso dello sviluppo organico degli istituti giuridici lungo generazioni e secoli, con ciascuna generazione che costruisce coscientemente sull'opera di quelle che l'hanno preceduta » (18). Credo che la sua domanda: « Quale classicità per la *Politica* di Althusius? », sia destinata a prolungarsi nella domanda: "Quale modernità per la *Politica* di Althusius?". Se è infatti vero che la vigorosa ripresa della ricerca scientifica su Althusius, a partire dagli ultimi decenni, ne ha riproposto il pensiero politico come "classico" e anche come punto di riferimento tra i più suggestivi « nella fase di crisi matura dello Stato moderno e di passaggio all'epoca [...] definita "postmoderna" », è opportuno chiedersi, come

---

M. Stolleis, Frankfurt am Main, V. Klostermann, 2008 (« Studien zur europäische Rechtsgeschichte », 229), pp. 347-357.

(16) Così, a proposito della *Republique* di Bodin, R.E. Giesey, *Medieval Jurisprudence in Bodin's Concept of Sovereignty*, in *Jean Bodin. Verhandlungen der internationalen Bodin Tagung in München*, hrsg. von H. Denzer, München, Verlag C.H. Beck, 1973 (« Münchener Studien zur Politik », Bd. 18), pp. 167-186: 167; cfr. D. Quaglioni, *I limiti della sovranità. Il pensiero di Jean Bodin nella cultura politica e giuridica dell'età moderna*, Padova, Cedam, 1992, p. 1, con la recensione di D.R. Kelley, « The Journal of Modern History », LXVII (1995), pp. 153-156.

(17) Si veda ora, in estrema sintesi, D. Quaglioni, *La sovranità*, Roma-Bari, Laterza, 2004, pp. 45-79.

(18) C. Malandrino, *Introduzione: la* Politica methodice digesta *di Johannes Althusius*, in Johannes Althusius U.J.D., *La politica*, cit., I, p. 37, con riferimento alle note sulla "classicità" delle dottrine giuridiche in D. Quaglioni, *Introduzione*, in Alberico Gentili, *Il diritto di guerra*, cit., p. IX. L'espressione appartiene alla prosa di H.J. Berman, *Law and Revolution, II. The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, cit., p. 3.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

appunto fa Corrado Malandrino, che tipo di classicità si possa attribuire all'opera althusiana (19):

> Ma che tipo di classicità si può attribuire all'opera althusiana? Non pare più esservi dubbio sul suo essere una tappa miliare del pensiero politico rinascimentale e specificamente calvinista riformato. Certamente il modello politico disegnato da Althusius è passato in eredità agli attori di un certo tipo di modernizzazione, come ha dimostrato in passato Walzer [...]. Qualche perplessità, però, può continuare a manifestarsi allorché ci si domanda se alcuni concetti politici fondamentali coniati da Althusius, o nell'uso specifico da lui fatto, possano dirsi « classici » [...]. Ovvero che costituiscano « snodi » di una tradizione di pensiero occidentale [...].
>
> Nel nostro caso si tratterebbe di verificare [...] se i concetti althusiani della politica possano corrispondere allo sviluppo organico della tradizione politica occidentale e si incastonino coscientemente nell'opera delle generazioni precedenti per rielaborarne il pensiero e plasmarne i riferimenti per le successive. Sotto tale prospettiva [...] Althusius appare essere un « classico » solo di una tradizione minoritaria e alternativa, anche se presente senza soluzione di continuità, nella modernità dominata dal teorema hobbesiano-rousseauiano dello Stato moderno.

Proprio qui sta il punto. Althusius potrà anche essere collocato « nella corrente del *covenantalism* federalista, antiassolutista e anticentralista del calvinismo politico », ma si potrà ritenere che nel suo "protofederalismo" si esprima « una linea di pensiero politico contrapposto alla tradizione statale moderno-vestfalica, una *countertradition* — come dice Hüglin — strettamente legata alla *covenantal* tradition » (20), solo in una concezione della modernità giuridica e politica totalmente disancorata dalla tradizione di diritto comune e totalmente posta all'insegna della centralizzazione e dell'assolutismo. Ritornare ad Althusius significa in realtà ritornare ad una modernità a più dimensioni (e almeno in ciò "altra" da quella rappresentata sul continente europeo dalla "linea assolutistica", essa stessa non certo riducibile al « teorema hobbesiano-rousseauiano dello Stato moderno ») (21). È qui che la

(19) C. MALANDRINO, *Introduzione: la* Politica methodice digesta *di Johannes Althusius*, in JOHANNES ALTHUSIUS U.J.D., *La politica*, cit., I, pp. 36-37.

(20) Ivi, p. 38. Si veda TH. HÜGLIN, *Althusius – Vordenker des Subsidiaritätsprinzips*, in *Subsidiarität. Ein interdisziplinares Symposium*, hrsg. von A. Riklin-G. Batliner, Vaduz, Verlag der Liechtensteinischen Akademischen Gesellschaft, 1994, pp. 97-117, e ID., *Early Modern Concepts for a Late Modern World. Althusius on Community and Federalism*, Waterloo (Ontario), W. Laurier University Press, 1999, pp. 152-168.

(21) Cfr. le importanti osservazioni di C. MALANDRINO, *Introduzione: la* Politica methodice digesta *di Johannes Althusius*, in JOHANNES ALTHUSIUS U.J.D., *La politica*, cit., I, pp. 111-112. Mi permetto di rinviare, su questo punto, alle considerazioni che svolgevo, ormai qualche anno fa, in *'Les citoyens envers l'État': The Individual as a*

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

riflessione di Berman si rivela portatrice di urgenti e significative correzioni. Nella lunga tradizione giuridica occidentale la cesura radicale della Riforma religiosa, della quale il calvinismo — nelle sue diverse declinazioni — è un fattore dinamico di enorme importanza, non separa il "medievale" dal "moderno", ma taglia in due, per così dire, la modernità stessa: non si tratta di riaffermare la profondità e la persistenza delle radici "medievali" nell'esperienza giuridica "moderna", ma di ricordare che quest'ultima scaturisce da un complesso di tematiche medievali portate alle estreme conseguenze. Ciò non ha nulla a vedere con il vecchio e ricorrente vizio anacronistico del "precorrimento" e della "anticipazione" di concetti e istituti giuridici, cioè con l'antistorica proiezione all'indietro di categorie ed esperienze della "modernità", ma con la lunga durata della tradizione giuridico-istituzionale dell'Occidente, che ha i suoi snodi e le sue cesure — le sue "rivoluzioni" — proprio in quanto tradizione e continua rielaborazione.

In tal senso il pensiero di Althusius non solo non è estraneo alla modernità, ma ne rappresenta efficacemente uno dei suoi sembianti (« l'idea di una convenzione suscettibile di legare i poteri », alla quale si deve, come diceva Marc Bloch, l'aver lasciato « in retaggio alla nostra civiltà qualcosa di cui desideriamo ancora vivere ») (22): di quel sembiante di cui già Gierke presentiva la dissoluzione nella "autobiografia dell'uomo europeo", nel rapido affermarsi della statolatria nazionalistica ottocentesca (e non è certo un caso che nel 1943, nell'anno più tragico della seconda guerra mondiale e della distruzione di un intero ordinamento, proprio all'Althusius di Gierke si siano rivolti con forte ansia rinnovatrice i migliori intelletti dell'Italia resistente) (23).

Citizen, from Bodin's République to Rousseau's Contrat social, in *The Individual in Political Theory and Practice*, Ed. by J. Coleman, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 269-279 (anche in trad. francese, Paris, PUF, 1996, pp. 311-321).

(22) M. Bloch, *La società feudale*, trad. it. di B.M. Cremonesi, Torino, Einaudi, 1974, p. 504. Se ne è riproposta la lettura, in questa chiave, in D. Quaglioni, *La sovranità*, cit., p. 120.

(23) Alludo naturalmente alla traduzione italiana del celebre saggio di Otto von Gierke, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien* (1880): O. von Gierke, *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche. Contributo alla storia della sistematica del diritto*, trad. it. a cura di A. Giolitti, Torino, Einaudi, 1943 (rist. 1974). L'*Avvertenza editoriale*, tutta einaudiana, si chiude (p. X) con queste parole: « L'opera che si presenta al pubblico italiano è una delle pochissime che indichino al lettore in uno sguardo panoramico non superficiale la via attraverso cui il pensiero moderno è passato per elaborare quei concetti da cui è uscita la concezione dello Stato di diritto, tanto più oggi preziosa, quanto più minacciata, e tanto più viva quanto più condannata dagli impazienti, dai fanatici, dagli indotti di tutte le fazioni. Presupposto necessario per ogni riflessione filosofica sullo Stato, quest'opera, penetrante nell'indagine storica e validissima nello scoprire nessi di derivazione dall'una

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

È stato opportunamente ricordato che fin dalla prefazione della *Politica* Althusius rivendica « al corpo sociale la titolarità dei diritti sovrani » (24). Così è già nella prima edizione del 1603, dove si afferma che la piena pertinenza degli *jura maiestatis* non può collocarsi altro che nell'universalità del popolo (« la proprietà e l'ususfrutto dei diritti di sovranità, se non risiedono nel popolo tutto, non hanno altro luogo ») (25), a più ardita espressione di un pensiero già velatamente introdotto nella *Disputatio politica De regno recte instituendo et administrando*, « difesa da Hugo Pelletarius sotto la presidenza di Althusius, e pubblicata a Herborn nel 1602 » (26). In quelle tesi, che formano « una prima schematica esposizione di buona parte della materia della prima edizione della *Politica*, apparsa a distanza di un solo anno presso lo stesso editore Corvinus » (27), « la *majestas*, con i diritti che la contraddistinguono, non è caratteristica da attribuire al principe » (28).

Althusius sa di cozzare contro una dottrina ormai dominante e non teme di qualificare la propria opinione come minoritaria. Nella terza e definitiva edizione della *Politica*, del 1614, il cui testo si legge a fronte della traduzione italiana qui in esame, sta scritto: « Quelli che si chiamano diritti di sovranità, io li ho attribuiti non al sommo magistrato, ma alla comunità statuale e alla consociazione universale. La maggior parte dei giuristi e degli scrittori di politica li assegnano come propri al solo principe e sommo magistrato, tanto che, se venissero attribuiti e condivisi col popolo, o con la comunità statuale, per ciò stesso perirebbero e non esisterebbero più. Con pochi altri, io affermo il contrario, cioè che essi sono talmente propri del corpo simbiotico della consociazione universale, ne costituiscono lo spirito, l'anima e il

---

all'altra dottrina, pone in discussione i temi della sovranità, del contratto sociale, della rappresentanza politica, del federalismo e dello Stato di diritto, dai quali è uscito ma non ancora si è affermato — e la lotta è tuttora aperta appunto per la sua affermazione — lo Stato moderno ».

(24) L. Bianchin, *Politica e Scrittura in Althusius. Il diritto regale nell'interpretazione di* I Sam. *8, 11-18 e* Deut. *17, 14-20*, in *Politeia biblica*, a cura di L. Campos Boralevi e D. Quaglioni, Firenze, Leo S. Olschki, 2003 [« Il pensiero politico », XXXV (2002), n. 3], pp. 409-430: 409.

(25) Johannes Althusius U.J.D., *La politica*, cit., *Prefazione 1603*, I, pp. 202-203 (= Johannis Althusii U.J.D. *Politica, Methodice digesta et exemplis sacris et profanis illustrata...* Herbornae Nassoviorum, Ex Officina Christophori Corvini, MDCIII, *Praefatio*, f. *iiijv).

(26) G. Duso, *Una prima esposizione del pensiero politico di Althusius: la dottrina del patto e la costituzione del regno*, in G. Duso-M. Scattola-M. Stolleis, *Su una sconosciuta 'disputatio' di Althusius*, « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 25 (1996), pp. 65-126: 67.

(27) *Ibidem*.

(28) Ivi, p. 92.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

cuore al punto che, tolti questi diritti, il corpo di cui ho parlato morirebbe » (29). Nel ravvisare nel principe « l'amministratore, il curatore e il governatore dei diritti di sovranità », Althusius ripete l'attribuzione della titolarità di una "proprietà perfetta" della *majestas* (« proprietario [...] e usufruttuario della sovranità ») esclusivamente all'universalità del popolo (« non [...] altri che il popolo tutto ») nella sua costituzione corporata e consociativa, riconoscendo a tale proprietà il carattere della inalienabilità: « I diritti di sovranità, a mio giudizio, sono tanto peculiari di questa consociazione che, anche se essa vi volesse rinunciare, trasferendoli e alienandoli a un altro, nondimeno non potrebbe, proprio come un uomo non potrebbe metter in comune con un altro la propria vita. Infatti, i diritti di sovranità costituiscono e conservano la consociazione universale. E come essi hanno avuto origine dal popolo, ovvero dai membri dello Stato o del regno, così non possono sussistere se non in essi, né essere conservati se non da essi » (30).

Non sbagliava Gierke a vedere qui tutta la novità del contrattualismo althusiano rispetto alla tradizione medievale degli *Herrschaftsverträge*: « I diritti sovrani appartengono necessariamente ed esclusivamente al corpo sociale ("corpus symbioticum") [...]. E il popolo, mentre è la sola fonte concepibile della sovranità, ne è per la stessa ragione il solo soggetto concepibile e stabile » (31). Intento a ricercare una concezione della sovranità che non annullasse « nell'unità il momento della pluralità ») (32), Gierke poteva credere che Althusius avesse dedotto « il suo intero sistema in maniera razionale da un concetto di società del tutto profano » e che la *Politica*, « col suo generale sviluppo sistematico della vita statale », si presentasse « come un libro di carat-

---

(29) JOHANNES ALTHUSIUS U.J.D., *La politica*, cit., I, pp. 191-193 (= JOHAN. ALTHUSII, U.J.D. *Politica Methodice digesta atque exemplis sacris et profanis illustrata ...* Editio tertia, duabus prioribus multo auctior, Herbornae Nassoviorum, 1614, *Praefatio*, ff. *3v-*4r).

(30) Ivi, p. 193 (= f. *4r).

(31) O. VON GIERKE, *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche*, cit., pp. 34-35. Per questo passaggio e per quanto segue nel testo cfr. D. QUAGLIONI, *Majestas (Jura Majestatis)*, in *Il lessico della* Politica *di Johannes Althusius*, cit., pp. 215-229 (= *Politisch-rechtliches Lexikon der* Politica *des Johannes Althusius*, cit., pp. 245-259).

(32) Così, a proposito degli esiti della prospettiva gierkiana nel pensiero di Hugo Preuß, giudicava H. HELLER, *La sovranità. Contributo alla teoria del diritto dello Stato e del diritto internazionale*, in ID., *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, a cura di P. Pasquino, Milano, Giuffrè, 1987, p. 82. Cfr. D. QUAGLIONI, *Un dogma in crisi: il dibattito sulla sovranità nel pensiero giuspolitico del Novecento*, in *Temi politici del Novecento*, a cura di A.M. Lazzarino Del Grosso, Napoli, Cuen, 1997, pp. 11-36.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

tere assolutamente laico », anzi, a dispetto delle sue radici calviniste, come un'opera del tutto sciolta « dalla concezione teocratica dello Stato » (33). Quel che a noi può oggi apparire come un equivoco, non era in realtà che il tentativo di sottrarre l'opera di Althusius al rapporto genetico con la teologia politica medievale, poiché Gierke ritiene che la teoria contrattualistica dello Stato moderno faccia ovunque seguito « all'idea teocratica » che « per secoli dominò tirannicamente gli spiriti » (34). L'Althusius di Gierke è perciò il "classico" del pensiero giuridico moderno, che, benché « del tutto dimenticato », sta alla base della moderna dottrina contrattualistica del popolo « come soggetto originario di ogni potere pubblico » (35).

Gierke non negava che il concetto di sovranità avesse percorso durante il Medioevo « le prime tappe del suo sviluppo storico » (36), ma che alla dottrina medievale fosse stato possibile « di sollevarsi al concetto della sovranità » a causa della scomparsa della personalità unitaria dello Stato « dietro quella di coloro che erano visibilmente investiti delle funzioni inerenti a tale potere », con la conseguenza di risolvere « la contesa intorno al diritto supremo e assoluto [...] soltanto fra il sovrano e l'assemblea popolare, che incarnavano, o si pensava incarnassero, i due soggetti di diritto nei quali si divideva lo Stato » (37). Perciò, contrariamente al carattere incompiuto della sovranità popolare prima di Althusius, Gierke sottolinea i « tratti nuovi e caratteristici » della *Politica*, dovuti « soprattutto all'impiego di un concetto di sovranità meglio definito » (38).

Questa "miglior definizione" ripropone ovviamente il problema della relazione di Althusius con Bodin e con la definizione della sovranità come « puissance absolue et perpetuelle d'une Republique », là dove il giurista francese fa già uso di termini destinati a entrare nel lessico della *Politica* (com'è il caso del greco *politeuma*, che Althusius sottrarrà al contesto aristotelico-bodiniano per assegnarlo ad una matrice evangelico-paolina) (39). Nel ripercorrere l'itinerario lessicografico

---

(33) O. von Gierke, *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche*, trad. it. cit., p. 67.

(34) Ivi, p. 79.

(35) Ivi, p. 19 e p. 111.

(36) Ivi, p. 121.

(37) Ivi, p. 119.

(38) Ivi, p. 127.

(39) Johannes Althusius U.J.D., *La politica*, cit., Cap. I, n. 5, I, p. 222 (= p. 3): « Il termine *polítia* significa principalmente tre cose [...]. In primo luogo indica la comunanza del diritto che è nello Stato, ciò che l'apostolo chiama *políteuma* ». Ma si veda già la *Disputatio politica De regno recte instituendo et administrando*, a cura di M. Scattola, in G. Duso-M. Scattola-M. Stolleis, *Su una sconosciuta 'disputatio' di Althusius*, cit., pp. 23-46, X, pp. 26-27: « Politeuma est jus civitatis seu Reipublicae

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

e concettuale della *maiestas* sulle pagine in cui Bodin semplifica il paradigma medievale della duplice *potestas*, resecando dalla sua formula la *potestas ordinaria et ordinata* e riducendone il contenuto alla *potestas absoluta*, e nel sostare sul capitolo sulla sovranità, che nel testo latino della *République* prende il titolo *De iure maiestatis*, Althusius ebbe chiara la visione del contributo bodiniano a una compiuta teoria dei *fundamenta Reipublicae*. « Fu veramente, come dice Gierke, "un gesto ardito e originale" quello di riferire alla sovranità popolare il concetto di sovranità degli assolutisti; se poi Althusius lo abbia conservato "in tutto il suo rigore", parlando per primo della "maestà" del popolo, assegnando per primo esplicitamente "a questa maestà gli attributi di esclusività, di inalienabilità, di indivisibilità e di inamovibilità rivendicati dal Bodin alla maestà del sovrano", e respingendo "con la stessa energia del suo avversario i concetti della costituzione mista e della divisione del potere statale", è problema ancora aperto » (40).

Semplificando, Gierke sosteneva che Althusius « modificò il concetto di sovranità del Bodin in un solo punto importante: compenetrato dall'idea dello Stato secondo il diritto e la costituzione, rifiutò assolutamente il concetto di "potestas absoluta", e dichiarò anche il potere sovrano limitato non soltanto dal diritto divino e naturale, ma anche dalla legge positiva e specialmente dalla legge costituzionale » (41). Conseguentemente Althusius avrebbe rigettato dalla definizione bodiniana i caratteri della perpetuità e dell'assolutezza, pur assorbendone una nozione di sovranità come principio d'individuazione della comunità politica e propiziandone la metamorfosi dalla compiutezza del

---

commune » (dove, ad eccezione di un'allegazione di Gellio, tutti i riferimenti sono neo e veterotestamentari), e XI, p. 27: « Politeuma hoc consistit in κοινονία et κοινοπζαξία seu communicatione rerum, operarum, et juris ejusdem ». Per il vocabolo, che la *Vulgata* rende con « conversatio » e che Lutero traduce in « Wandel », cfr. M. Zerwick-M. Grosvenor, *A Grammatical Analysis of the Greek New Testament*, II, Rome, Biblical Institute Press, 1979, *ad Phil.* 3, 20, p. 600: « *citizenship*; *commonwealth*; *colony* ».

(40) D. Quaglioni, *Majestas (Jura Majestatis)*, in *Il lessico della* Politica *di Johannes Althusius*, cit., pp. 219-220 (= *Politisch-rechtliches Lexikon der* Politica *des Johannes Althusius*, cit., p. 249); la citazione è da O. von Gierke, *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche*, trad. it. cit., pp. 131-132. Si vedano a questo proposito i contributi di Marie Gaille-Nikodimov, Diego Quaglioni, Thomas Berns, Laurent Gerbier, Romain Descendre, Christian Nadeau, Isabelle Bouvignies, Michael Stolleis, Giuseppe Duso, Jean Terrel e Frédéric Gabriel, *Le Gouvernement mixte. De l'idéal politique au monstre constitutionnel en Europe (XIIIe-XVIIe siècle)*. Études réunies et introduites par M. Gaille-Nikodimov, Saint-Étienne, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2005.

(41) O. von Gierke, *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche*, trad. it. cit., p. 132.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

potere alla cura e amministrazione dello Stato (42). Così scrive infatti Althusius nel capitolo IX della *Politica* (rielaborazione del capitolo VI della *princeps* del 1603), affrontando il nodo problematico della sovranità e offrendo tutta la misura della sua dipendenza e insieme del suo distacco da Bodin (43):

> Tale potere del regno, ovvero dei corpi consociati, è sempre uno solo, non più d'uno, come nel corpo fisico è una sola anima a comandare, non più d'una. Gli amministratori di questo potere possono essere più d'uno, in modo che ciascuno di essi assuma una parte dell'incarico, non la pienezza dei poteri. Essi, singolarmente, non hanno altresì in sé il potere supremo, ma tutti insieme ne riconoscono uno solo nel consenso e nella concordia dei corpi consociati [...].
>
> Bodin contraddice il nostro parere, secondo il quale il sommo potere è attribuito al regno ovvero alla consociazione universale. Egli infatti nel passo citato dice che il diritto di sovranità — che abbiamo chiamato diritto del regno — è un potere sommo e perpetuo, non delimitato dalla legge, né dalla durata [...]. Ma nel senso in cui Bodin intende questi concetti, fra suoi requisiti io non ne riconosco nessuno come vero, per quanto riguarda il diritto di sovranità.

Il più alto punto di dissenso non riguardava tuttavia la nozione di *summa potestas*, respinta da Althusius con espressioni non dissimili da quelle di cui lo stesso Bodin faceva uso per « temperare », come diceva bene Gierke, « l'assolutismo statale » vincolando il sovrano alla legge divina e naturale (44): « Non esiste sommo potere, né perpetuo, né sciolto da leggi. Non è sommo, poiché ogni potere umano riconosce come superiore la legge divina e naturale. Il potere assoluto, sommo e sciolto da ogni legge, è detto tirannide. Neanche Bodin in questo dissente da noi. Infatti non sottrae quello che lui chiama sommo potere all'imperio del diritto divino e naturale. La nostra obiezione concerne la

---

(42) Così appare già nella *Disputatio politica De regno recte instituendo et administrando*, cit., XVI, p. 28: « Majestatis jura sunt, in quibus ἀυτονομία, amplitudo, magnitudo et autoritas regni consistit, et sine quibus esse nequit ullum regnum ». In tal senso si potrebbe discutere quanto revocato in dubbio da G. Duso, *Una prima esposizione del pensiero politico di Althusius: la dottrina del patto e la costituzione del regno*, cit., p. 90 e nota 50, a proposito di M. Behnen, *Herrscherbild und Herrschaftstechnik in der « Politica » des Johannes Althusius*, in « Zeitschrift für historische Forschung », 11 (1984), pp. 417-472: 419.

(43) Johannes Althusius U.J.D., *La politica*, cit., Cap. IX, nn. 19-20, I, pp. 522-525 (= p. 176). Per tutto ciò cfr. H.U. Scupin, *Der Begriff der Souveränität bei Johannes Althusius und bei Jean Bodin*, « Der Staat », 4 (1965), pp. 1-26.

(44) O. von Gierke, *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche*, trad. it. cit., p. 162.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

legge e il diritto civile » (45). Qui sta il vero punto della controversia, nella *solutio a legibus*, cioè nella pretesa natura incondizionata della sovranità, nel "primato della politica" al di sopra e contro il diritto positivo che dal potere stesso promana. L'importanza del luogo althusiano, redatto in forma di *quaestio*, è ancora una volta da sottolineare (46):

> La nostra obiezione concerne la legge e il diritto civile: se colui che si dice abbia il sommo potere assoggetti alla legge e al diritto anche il potere di ordinare e di punire. Lo negano Bodin e moltissimi altri con lui. Secondo il parere di costoro il sommo potere sarebbe quello che non è delimitato dalla legge civile, ma ne è sciolto; io non lo direi. Sciogliere il potere dalla legge civile infatti significa anche, in qualche modo, spogliarlo dei vincoli della legge naturale e divina. Non esiste, e non può esistere una legge civile che non abbia incorporata in sé qualche cosa dell'equità naturale, divina e immutabile. Se infatti la legge civile si allontana nettamente dallo spirito del diritto naturale e divino, non va chiamata legge, ma è indegna di questo nome, e non può essere vincolante per nessuno, essendo contraria all'equità naturale e divina.

Ho notato altrove che questa recisa negazione della pensabilità della legge civile come norma vuota di un contenuto morale è una radicale riaffermazione del punto d'appoggio di tutta la tradizione di diritto comune: rigetto di una norma « che si autolegittima come legge, cioè come volizione di un soggetto sovrano », e di una legge che « diventa una pura forma [...], un atto senza contenuto, cioè [...] un atto cui non sarà mai un determinato contenuto a conferire il crisma della legalità, ma sempre e soltanto la provenienza dall'unico soggetto sovrano » (47). Il passo della *Politica* allega del resto il frammento di Ulpiano in *Dig.* 1, 1, 6, « ad insegnamento che il diritto positivo è sempre adattamento di un ordine normativo superiore, collocato nella base ferma e immutabile di quei *naturalia iura, quae apud omnes gentes peraeque servantur* e che, come recita il luogo gaiano allegato in conclusione da Althusius, *divina quadam providentia constituta semper firma atque immutabilia permanent* (*Inst.* 1, 1, § 11) » (48).

---

(45) Johannes Althusius U.J.D., *La politica*, cit., Cap. IX, n. 21, I, pp. 524-525 (= pp. 176-177).

(46) *Ibidem*.

(47) P. Grossi, *Modernità politica e ordine giuridico*, in Id., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 443-469: 459-460. Cfr. D. Quaglioni, *Majestas (Jura Majestatis)*, in *Il lessico della* Politica *di Johannes Althusius*, cit., p. 222 (= *Politisch-rechtliches Lexikon der* Politica *des Johannes Althusius*, cit., pp. 251-252).

(48) D. Quaglioni, *Majestas (Jura Majestatis)*, in *Il lessico della* Politica *di Johannes Althusius*, cit., p. 222 (= *Politisch-rechtliches Lexikon der* Politica *des Johannes Althusius*, cit., p. 252). Cfr. G. Gorla, *« Iura naturalia sunt immutabilia ». I limiti al*

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Già nella ritrovata *Disputatio politica De regno recte instituendo et administrando*, del 1602, Althusius ammette che tra gli *jura majestatis* il primo e principale consiste nel dare, interpretare e abrogare le leggi, "purché non contrarie al diritto naturale o alle norme morali" (« juri tamen naturali vel legi morali non contrarias [...], prout necessitas et utilitas Reipublicae exigit ») (49). Si può dunque affermare che il principe sia *solutus* in rapporto ai soli contenuti della legge civile che eccedono l'equità naturale, « nella misura in cui la legge civile si separa in qualche modo dall'equità naturale », come Althusius conferma nell'ultima redazione della *Politica* (50). Questo è anche il significato della l. *digna vox* (*Cod.* 1, 14, 4), la norma che nella tradizione di diritto comune pubblico tempera la *solutio a legibus*, esaltando la *maiestas* che si assoggetta al diritto, e con la quale Althusius suggella la sua *quaestio*. Solo in tal senso può essere accolta la dottrina di Bodin e dei giuristi suoi contemporanei: « Intendendo in questo senso il sommo potere, cioè come sciolto da leggi, faccio una concessione all'opinione di Bodin, Grégoire, Cujas, Donello, Duarenus e altri giuristi. Ma non posso attribuire in nessun modo questo sommo potere al re o agli ottimati; opinione, questa, che Bodin, tuttavia, si sforza di attaccare aspramente; esso invece va ascritto per diritto soltanto al corpo della consociazione universale, cioè allo Stato o al regno, in quanto gli è proprio » (51).

In questa stringente critica a Bodin (che qui è colto in contraddizione con se stesso, poiché la sua definizione della sovranità, almeno nel testo francese, riguarda « la puissance absolue et perpetuelle *d'une République* », « quel potere assoluto e perpetuo ch'è *proprio dello Stato* »), sembra stare la novità della *Politica*: nell'ammettere l'esistenza di un potere "eccezionale" solo in relazione agli eventuali (e residuali) contenuti moralmente adiafori della legge civile. In tal modo Althusius ripropone l'idea della sovranità "divisa", che Bodin aveva negato riducendone il duplice sembiante (*potestas absoluta* e *potestas ordinaria*) alla sola *solutio a legibus* di *Dig.* 1, 3, 31 e togliendo di mezzo la l. *digna vox* (*Cod.* 1, 14, 4) con la sua proclamazione della *legibus alligatio*, cioè del principio a fondamento dell'obbligazione bilaterale fra principe e popolo (così è appunto nelle *Vindiciae contra tyrannos*, 1579, opera di

---

potere del "principe" nella dottrina e nella giurisprudenza forense fra i secoli XVI e XVIII, in *Diritto e potere nella storia europea*, Firenze, Olschki, 1982, pp. 629-684.

(49) *Disputatio politica De regno recte instituendo et administrando*, cit., XVII, p. 28.

(50) Johannes Althusius U.J.D., *La politica*, cit., Cap. IX, n. 21, I, pp. 526-527 (= p. 177).

(51) Ivi, n. 22, pp. 526-527 (= p. 178). Correggo in « Donello » il « Daneau » che per una evidente svista si legge nella traduzione (il testo a fronte ha ovviamente « Donellus »).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

capitale importanza per Althusius) (52). La dottrina althusiana compendia e suggella una lunga disputa sull'obbligazione bilaterale tra sovrano e soggetti, sul potere di controllo dei magistrati, sui limiti della sovranità collocati sulla base ferma del diritto naturale (tanto più ferma quanto più il diritto naturale era attratto nella sfera del *ius divinum* positivo, del Decalogo), sui vincoli posti dalle "leggi fondamentali" (*leges regni*).

Tutto ciò era *in nuce* nella *Disputatio politica De regno recte instituendo et administrando*. Al n. XXXVIII di quelle "tesi" Althusius difendeva già il principio per cui il sommo magistrato è « in administratione sua alligatus » non solo al diritto divino e naturale, ma anche alle leggi civili e alle *leges* « regni et majestatis » (53). La tesi nega espressamente che il magistrato sia « legibus generalibus solutum [...] nec etiam civilibus », allegando più volte la l. *digna vox* e delineando con chiarezza l'argomento antiassolutistico del necessario fondamento della legge civile nel diritto naturale, tolto il quale essa non solo non merita il nome di diritto e di legge, ma si volge in una finzione che ha i tratti della *injuria* (54):

> Ratio est, quia hae leges exstructae sunt ex naturalibus. *Diss. Dd. vulgo per l. 31. D. de legib*. qui leges fingunt, mere civiles, quibus principem solutum dicunt. Sed ejusmodi leges mere civiles, quae nihil prorsus ex jure naturae habent, revera nullae sunt; et si sint, nec juris, nec legis nomen merebuntur, sed merae erunt injuriae ».

« *Dissentiunt Doctores vulgo per l. 31, D. de legibus, qui leges fingunt mere civiles, quibus principem solutum dicunt* », "sono notoriamente di parere contrario, sulla base della l. 31 (*princeps legibus solutus est*) in *Dig*. 1, 3 (*de legibus*), i giuristi che pretendono di ridurre le leggi a pure forme del diritto civile, dalle quali, essi dicono, il principe non è vincolato" (55).

---

(52) Il testo della l. *digna vox* è significativamente posto in epigrafe e richiamato nel titolo stesso del celebre trattato: STEPHANUS JUNIUS BRUTUS, *Vindiciae contra Tyrannos. Il potere legittimo del principe sul popolo e del popolo sul principe*, a cura di S. Testoni Binetti, Torino, La Rosa, 1994, p. 3.

(53) *Disputatio politica De regno recte instituendo et administrando*, cit., XXXVIII, p. 33.

(54) Ivi, p. 34.

(55) Cfr. D. QUAGLIONI, *Majestas (Jura Majestatis)*, in *Il lessico della* Politica *di Johannes Althusius*, cit., p. 225 (= *Politisch-rechtliches Lexikon der* Politica *des Johannes Althusius*, cit., pp. 254-255). Ribadisco qui che è questo il solo modo di sciogliere ed interpretare correttamente l'allegazione, che dunque non è solo « notizia di una generica discussione sulla legge in questione » (M. SCATTOLA, *Nota bibliografica*, in G. DUSO-M. SCATTOLA-M. STOLLEIS, *Su una sconosciuta 'disputatio' di Althusius*, cit., pp. 47-63: 53).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Ricostruendo in forme nuove la dialettica tra i due distinti sembianti della sovranità, la *potestas absoluta* e la *potestas ordinaria et ordinata* della lunga tradizione di diritto comune, Althusius non traduce semplicemente i diritti sovrani dal *princeps* alla *consociatio*, ma immette un'inedita tensione nella moderna dottrina della sovranità. E se può ancora risultare difficile assegnare alla modernità un concetto della sovranità che ricusa i caratteri della "monoliticità" irresistibile e che sembra perciò appartenere a una visione ancora medievale del potere (56), si deve però riconoscere che « nel modello politico althusiano il moderno concetto di sovranità ha ormai fatto il proprio ingresso […], anche se esso vi è accolto non tanto nel suo significato specifico di 'pienezza del potere statuale', quanto piuttosto come categoria concettuale che serve genericamente ad individuare chi nell'ordinamento politico-giuridico detiene la supremazia del potere » (57). Proprio perciò, lungi dall'essere, come talvolta si è voluto, un modello di dottrina politica che mira precisamente ad annientare la sovranità moderna al suo nascere (58), la *Politica* di Althusius è una delle incarnazioni moderne della dottrina della sovranità, come principio conservativo di un ordine plurale e della mutua obbligazione fra governanti e governati, che alla modernità non può certo dirsi estraneo. E deve essere riconosciuta, in questo senso e non a dispetto, ma esattamente in ragione delle

---

Nessuna delle letture proposte da Scattola è accettabile (meno che mai quella che ipotizza una conoscenza da parte di Althusius delle *Dissensiones dominorum*, ignote fino all'edizione ottocentesca dello Haenel e in ogni caso non congruenti con l'argomento in discussione); non molto diversamente la resa a senso: « su *Digesto*, I, 3, 31 regna tradizionalmente un grande disaccordo ». Sul tema in generale cfr. l'importante lavoro di D. Wyduckel, *« Princeps legibus solutus ». Eine Untersuchung zur frühmodernen Rechts- und Staatslehre*, Berlin, Duncker und Humblot, 1979.

(56) Alludo alla difficoltà che ha indotto Giuseppe Duso a negare che la *majestas* di Althusius possa tradursi come sovranità e a disconoscere la *Politica* come un momento della formazione della concezione moderna della sovranità: G. Duso, *La* Maiestas populi *chez Althusius et la souveraineté moderne*, in *Penser la souveraineté à l'époque moderne et contemporaine*, sous la direction de G.M. Cazzaniga et Y.Ch. Zarka, Pise, Edizioni ETS-Paris, Vrin, 2001, I, pp. 85-106: 88. Cfr. E. Bonfatti-G. Duso-M. Scattola, *Warum lesen wir noch Althusius? Vorwort*, in *Politische Begriffe und historisches Umfeld in der Politica methodice digesta des Johannes Althusius*, hrsg. von E. Bonfatti, G. Duso u. M. Scattola, Wiesbaden, Harrassowitz Verlag, 2002, pp. 7-12, e ancora G. Duso, *Herrschaft als* gubernatio *in der politischen Lehre des Johannes Althusius*, ivi, pp. 13-33.

(57) L. Bianchin, *Politica e Scrittura in Althusius. Il diritto regale nell'interpretazione di* I Sam. *8, 11-18 e* Deut. *17, 14-20*, cit., p. 411, nota 5, con riferimento a G. Duso, *Althusius. Pensatore per una società postmoderna?*, in « Filosofia politica », IV (1990), n. 1, pp. 163-175.

(58) G. Duso, *La* Maiestas populi *chez Althusius et la souveraineté moderne*, cit., p. 88.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

sue radici nella rivoluzione politico-religiosa a cavaliere del Seicento, come « un anello centrale della teoria costituzionalista, nel suo dispiegamento dal basso Medioevo a John Locke » ([59]).

MERIO SCATTOLA

IOHANNES ALTHUSIUS E LA STORIA DEI SAPERI POLITICI

1. *L'edizione italiana della* Politica methodice digesta.

L'edizione della *Politica methodice digesta* di Iohannes Althusius curata da Corrado Malandrino rappresenta un grande contributo della ricerca italiana alla cultura politica europea, e gli studiosi che, con grande determinazione, ma anche con tenacia, pazienza e fatica, hanno progettato, avviato e portato a termine un'impresa di tali dimensioni meritano la riconoscenza e la spontanea ammirazione dell'intera comunità scientifica. In un momento come l'attuale nel quale il primo piano dell'informazione è con frequenza occupato dalle difficoltà del fare cultura, questa edizione di Althusius è un'occasione per andare fieri — spero che gli autori consentano su questo giudizio — del mondo scientifico cui apparteniamo. L'edizione italiana di Althusius ha, tra gli altri, due grandi meriti, che corrispondono alle due parti del testo che leggiamo, alla pagina italiana sulla destra e alla pagina latina sulla sinistra. Da un lato essa è infatti una pregevole traduzione del testo di Althusius e soprattutto è una versione scientifica ed ermeneutica, nella quale, come chiarisce l'introduzione di Corrado Malandrino ([1]), nella scelta attenta e controllata del campo lessicale e semantico si concentra

([59]) M. Miegge, *Introduzione*, in M. Walzer, *La rivoluzione dei santi. Il puritanesimo all'origine del radicalismo politico*, trad. it. di M. Sbaffi Girardet, Torino, 1996, pp. 7-28: 21, con riferimento alla « argomentazione [...] vulnerabile » di Quentin Skinner, secondo cui « la rilevanza storica e teorica di queste opere non dipende dalle convinzioni religiose degli autori bensì dalla continuità di un linguaggio laico e razionale, organizzato nei concetti del diritto pubblico e della politica, distinto e distante dalla teologia » (cfr. Q. Skinner, *The Foundations of Modern Political Thought*, II, *The Age of Reformation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1978, p. 314).

([1]) Corrado Malandrino, *Introduzione. La* Politica methodice digesta *di Johannes Althusius*, in Johannes Althusius, *La politica elaborata organicamente con metodo, e illustrata con esempi sacri e profani*. A cura e con un saggio introduttivo di Corrado Malandrino. Traduzione di Corrado Malandrino, Francesco Ingravalle e Mauro Povero. Apparato critico di Francesco Ingravalle e Mauro Povero. Ha collaborato Cornel Zwierlein. Trascrizione del testo latino di Mauro Povero, Torino, Claudiana, 2009, pp. 113-121.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

tutto il lavoro pregresso di indagine su questo autore e sulla sua opera. In tal senso ogni termine utilizzato nella traduzione è, per così dire, l'esponente denso d'intere bibliografie. Questa traduzione sarà perciò un riferimento e un termine di paragone non solo in Italia, ma anche all'estero, per tutti coloro che in futuro vorranno interpretare la *Politica methodice digesta* di Althusius. C'è tuttavia anche la pagina di sinistra, con il testo latino, proposto qui in una vera edizione, la quale identifica e restituisce una a una le migliaia di citazioni accumulatesi nella storia editoriale della *Politica methodice digesta*. Naturalmente dietro al velo continuo dei riferimenti bibliografici, ora ordinati e restituiti, s'intravede il lavoro enorme e certosino, metodico e investigativo, del gruppo dei curatori. E anche da questo lato l'impresa scientifica di Corrado Malandrino sarà in futuro un punto di partenza obbligato e un criterio imprescindibile per chiunque si cimenterà con quest'autore.

Abbiamo un altro motivo di felicitarci se poi consideriamo che quest'impresa non è isolata, ma è l'ultima e più recente di una serie di prestigiose edizioni e traduzioni di grandi classici del pensiero politico e giuridico, che nel loro insieme testimoniano la vitalità della ricerca prodotta nelle nostre istituzioni e che contengono la promessa di sempre nuovi frutti. In questo stesso senso va ricordato che Corrado Malandrino ha sviluppato per quest'impresa un originale modello di lavoro, che si è rivelato, a fronte dei risultati, di grandissima efficacia. Egli ha scelto di rendere partecipe — di *communicare* — il lavoro d'indagine sui concetti e sulle categorie della *Politica methodice digesta* alla disciplina italiana degli storici del pensiero politico e agli studiosi stranieri distintisi in questo campo. Con la *Giornata internazionale di studi in occasione del 400° anniversario della* Politica methodice digesta *di Johannes Althusius (1603-2003)* egli chiese ai colleghi di riflettere insieme sul lessico di Althusius e di attraversare analiticamente i più importanti nuclei concettuali dell'opera. Corrado Malandrino ha rapidamente messo a disposizione i risultati di quest'indagine nel 2005 con la pubblicazione del *Lessico della* Politica *di Johannes Althusius. L'arte della simbiosi santa, giusta, vantaggiosa e felice* (2) e ora la stessa opera si può leggere anche nella traduzione tedesca *Politisch-rechtliches Lexikon der* Politica *des Johannes Althusius*, edita in Germania sotto l'egida di Dieter Wyduckel, il decano degli studi althusiani (3). In

(2) Francesco Ingravalle e Corrado Malandrino (cur.), *Il lessico della* Politica *di Johannes Althusius. L'arte della simbiosi santa, giusta, vantaggiosa e felice*, Firenze, Leo S. Olschki editore, 2005, (Fondazione Luigi Firpo. Centro di studi sul pensiero politico. Studi e testi, 26).

(3) Corrado Malandrino e Dietrich Wyduckel (cur.), *Politisch-rechtliches Lexikon der* Politica *des Johannes Althusius. Die Kunst der heilig-unverbrüchlichen, gerechten, angemessenen und glücklichen symbiotischen Gemeinschaft*, Berlin, Duncker und Humblot, 2010.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

questo modo, assieme allo straordinario lavoro dei curatori e traduttori, l'edizione ha potuto accogliere un riverbero o una scintilla di una riflessione collettiva nata nel seno della disciplina italiana. Anche per questo gli storici italiani del pensiero politico hanno un altro motivo per stringersi attorno a Corrado Malandrino e alla sua équipe e per essergli riconoscente, perché, con grande generosità, egli ha inventato un metodo e una pratica della sinergia che, se riproposta, potrà in futuro condurre ad altri risultati così cospicui.

2. *Le dimensioni ermeneutiche di un classico politico.*

La *Politica methodice digesta* ha avuto una vicenda editoriale complessa e avvincente perché Althusius pubblicò tre diverse edizioni di quest'opera, che assorbì le sue cure dal 1603 al 1614, e in ciascuna di queste versioni mise mano al testo con interventi ingenti, ampliandolo, integrandolo, riorganizzandolo (4). D'altra parte questa vicenda si prolungò anche oltre i limiti temporali della *Politica methodice digesta* in senso proprio, perché Althusius anticipò il nucleo argomentativo fondamentale della sua opera maggiore in una disputazione *Sulla fondazione e sull'amministrazione del regno* pubblicata nel 1602. Inoltre egli aveva toccato temi politici, pur con prese di posizione sorprendentemente probodiniane, già nei suoi primi scritti d'introduzione alla giurisprudenza romana (5). All'altra estremità della linea temporale, dopo la terza edizione del 1614, il progetto di una « scienza politica » (6) fu infine duplicato nel tentativo di descrivere « metodicamente » anche la scienza della giustizia in una *dicaeologica* (7).

Vista in questa prospettiva la *Politica* di Althusius acquista un significato inusuale in una storia delle idee politiche. Innegabilmente essa è una grande elaborazione concettuale e dottrinale che sviluppa in modo esemplare i principi del calvinismo politico e del contrattualismo

---

(4) Sulla storia del testo della *Politica* di Althusius mi permetto di rinviare a Merio Scattola, *Von der* maiestas *zur* symbiosis. *Der Weg des Johannes Althusius zur eigenen politischen Lehre in den drei Auflagen seiner* Politica methodice digesta, in Emilio Bonfatti, Giuseppe Duso e Merio Scattola (cur.), *Politische Begriffe und historisches Umfeld in der* Politica methodice digesta *des Johannes Althusius*, Wiesbaden, Harrassowitz Verlag, 2002, pp. 211-249.

(5) Iohannes Althusius, *Iuris Romani libri duo. Ad leges methodi Rameae conformati et tabula illustrati*, Basileae, Ad lecythum Waldkirchianam, 1586, cap. 8, p. 18.

(6) Althusius, *La politica*, Prefazione 1603, pp. 199 e 201.

(7) Iohannes Althusius, *Dicaeologicae libri tres, totum et universum ius, quo utimur, methodice complectentes*, Francofurti, Prostant Francofurti apud haeredes Christophori Corvini, 1649, (1. ed. 1617), rist. Aalen, Scientia Verlag, 1967.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

o federalismo protomoderno e che ci indica in tal modo alcuni elementi fondamentali del pensiero e della pratica del governo politico. Altrettanto indubitabilmente essa è un lungo e articolato progetto culturale legato alla figura di Althusius e alle sue esperienze nell'epoca delle lotte confessionali. Nel primo senso Althusius è un classico della *filosofia* politica, nel secondo egli è un riferimento fondamentale nella storia delle *dottrine* politiche. La *Politica methodice digesta* possiede tuttavia anche una terza dimensione, che rinvia invece alla storia dei saperi e alla loro costituzione in corpi disciplinari, e che in tal senso è parte di una storia delle *discipline*, e fu, anche nella sua complessa storia editoriale, un importante episodio nelle vicende della conoscenza pratica della prima età moderna.

L'opera di Althusius si presta così a essere considerata secondo almeno tre prospettive diverse. Possiamo in primo luogo misurarci con il suo contenuto filosofico-politico e considerare le riflessioni sulla forma e sull'essenza della comunità politica, sulle sue premesse teologico-politiche, sugli strumenti concettuali e sui tipi di comunicazione che si devono o possono attuare al suo interno, sulle varianti di associazione teoricamente possibili e storicamente realizzate. Possiamo continuare su questa via fino anche a ottenere legittime indicazioni, parziali o globali, sulle forme di vita politica praticabili nel nostro tempo, indicazioni quasi di tipo politologico. Rientrano in questa dimensione molte analisi sul « federalismo » di Althusius, sulla teologia federale, sul governo delle parti e la costituzione dell'intero politico, sulla dottrina del contratto, sulle figure di controllo politico e sul diritto di resistenza. A questi temi si è dedicata la ricerca fin dai lavori di Otto von Gierke (1841-1921), e alla discussione, talora appassionata, su questi principi, alla quale hanno preso parte tra gli altri Carl Joachim Friedrich (1901-1984), Peter Jochen Winters o Daniel Judah Elazar (1934-1999), anche la comunità scientifica italiana ha dato un contributo fondamentale, soprattutto negli ultimi anni (8).

In secondo luogo possiamo considerare la *Politica methodice digesta* come un documento della lotta politica e confessionale che infiammò nei primi decenni del diciassettesimo secolo il Sacro Romano Impero e, nel caso specifico, i territori dell'Assia, in cui quest'opera fu composta, e dell'Oldenburgo, in cui essa fu ampliata e in cui si confrontavano le rivendicazioni religiose e politiche dei principi territoriali evangelici e della città riformata di Emden. In questa dimensione il libro di Althusius può essere letto in due modi distinti, come se si trattasse dei due versi di una stessa retta. In primo luogo può essere considerato come la testimonianza di una situazione politica reale, come il precipitato ideale depositatosi dopo lo scontro di due composti fortemente reattivi. D'altra parte è possibile anche considerare lo stesso

(8) Cfr. MALANDRINO, *Introduzione*, cit., pp. 31-35.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

processo dal punto di vista opposto e porre, per così dire, il libro prima dell'azione. In tal senso la *Politica methodice digesta* apparirà come un tentativo di dirigere il corso della lotta politica modificando la lingua nella quale si affrontavano i contendenti per imporre allo scambio politico una nuova grammatica, orientata ai paradigmi del contratto, della resistenza, della costruzione sussidiaria. In questa prospettiva l'opera di Althusius è stata indagata soprattutto negli ultimi decenni, dopo le ricerche pionieristiche di Heinz Antholz (9), e si possono ricordare a questo proposito i contributi di Michael Behnen e Corrado Malandrino (10).

Esiste infine anche una terza prospettiva nella quale si può considerare la *Politica methodice digesta* ed essa interviene quando si considera quest'opera alla luce dei codici disciplinari e delle forme di sapere, non tanto cioè come un caso dell'*agire* politico, ma come un elemento del *sapere* politico. Ovviamente la separazione tra agire e sapere vale qui solo come anticipazione ermeneutica ed è perciò avvertita del fatto che i termini ampiamente coincidono, ma è tuttavia anche consapevole che la coimplicazione può essere ricostruita dal pensiero solo estrapolando unilateralmente le singole posizioni.

D'altronde giova ammettere che le tre dimensioni ora indicate sono sempre compresenti; anzi è pensabile che oltre a quelli menzionati siano plausibili e legittimi anche altri punti di vista complementari. La loro reciproca inscindibilità deriva dal fatto che la *Politica* di Althusius è veramente un « classico del pensiero politico », come Corrado Malandrino ricorda nella sua introduzione (11), che, per definizione, non è identificabile in uno solo dei suoi singoli aspetti. Come a dire che un classico è sempre maggiore della somma delle sue parti.

3. *Un sapere topologico.*

La distinzione tra fare politico e sapere politico, tra il consigliere a corte e il professore sulla cattedra, non è un ritrovato euristico introdotto dagli interpreti moderni, bensì era un criterio di classificazione praticato correntemente dagli autori del primo Seicento, che

(9) Heinz ANTHOLZ, *Die politische Wirksamkeit des Johannes Althusius in Emden*, Leer (Ostfriesland), Hellmut Möckel Verlag, 1954.

(10) Michael BEHNEN, *« Status regiminis provinciae ». Althusius und die « freie Republik Emden » in Ostfriesland*, in Giuseppe DUSO, Werner KRAWIETZ e Dieter WYDUCKEL (cur.), *Konsens und Konsoziation in der politischen Theorie des frühen Föderalismus*, Berlin, Duncker und Humblot, 1997, pp. 139-158; Corrado MALANDRINO, *Il* Syndikat *di Johannes Althusius a Emden. La ricerca*, in « Il pensiero politico », XXVIII (1995), pp. 359-383.

(11) MALANDRINO, *Introduzione*, cit., pp. 36-38.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

infatti, curiosamente, utilizzavano due termini latini per tradurre il greco πολιτική: *politica* e *politice* (12). Con il primo essi indicavano la politica come insieme dei comportamenti propri della vita in comunità, mentre il secondo era riservato al complesso delle conoscenze, alla *Politica* come libro, a cominciare dal celebre trattato di Aristotele. La stessa distinzione poteva essere espressa notando che la politica può essere intesa *habitualiter*, cioè come un abito o una virtù del comportamento umano, ovvero *systematice*, cioè come un corpo ordinato di conoscenze (13). Nell'opera di Althusius la differenza tra l'abito della *politica* e il sistema della *politice* viene denunciata già nella prima pagina, lì dove nel frontespizio si insiste nel dichiarare che quanto è qui presentato è una materia *methodice digesta*. Siamo dunque nell'ambito della disciplina e degli insiemi ordinati di conoscenze, e di questo sforzo il testo fornisce eloquenti testimonianze nelle due prefazioni del 1603 e 1610/1614 e nel corpo della trattazione. A tale proposito varrebbe citare l'inizio della prefazione del 1603, nella quale Althusius descrive il modo in cui compose la sua opera.

> « Ho tentato, chiarissimi e coltissimi signori, congiunti e amici onorandi, di ripercorrere in un ordine conveniente i precetti politici, che sono stati trattati in vario modo nelle varie opere, e di sperimentare nei fatti se in essi si possa osservare il principio metodico di insegnamento, secondo la prescrizione degli studiosi di logica » (14).

Delle pratiche disciplinari la *Politica methodice digesta* reca d'altronde traccia fin nella struttura del testo, e l'edizione italiana permette di ricostruire agevolmente le successive stratificazioni incorporate nella redazione finale, perché la cospicua crescita attraverso le tre edizioni, molto grossolanamente, corrisponde alla differenza tra il testo a corpo pieno e le parti a corpo ridotto, che fungono da complementi, integrazioni e approfondimenti ovvero reagiscono polemicamente a dottrine che Althusius apprese nel frattempo, come avvenne con le opere di Henning Arnisaeus (1575?-1636) o di William Barclay (1546-1608).

Il libro di Althusius non ha tuttavia subito soltanto una crescita lineare, attraverso l'aggiunta di nuovi capitoli e segmenti, bensì ha conosciuto anche una parziale riorganizzazione perché la trattazione di singole materie è stata talora sdoppiata, mentre parti differenti sono state fuse insieme. Si può tuttavia restituire un'impressione gestaltica dello sviluppo percorso dall'opera di Althusius riportandolo a due processi: da un lato lo schema di organizzazione delle materie, la

(12) Christian LIEBENTHAL, *De constitutione politices*, in ID., *Collegium politicum*, Giessae Hessorum, Typis Nicolai Hampelii, 1619, th. 6, p. 3.

(13) *Ibid.*, quaest. 6, p. 11.

(14) ALTHUSIUS, *La politica*, Prefazione 1603, p. 197.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

methodus, fu perfezionata nel corso delle tre edizioni, dall'altro lato i materiali articolati dall'ordine classificatorio aumentarono in misura esponenziale. In tal senso la storia delle edizioni ci mostra che l'impresa culturale di Althusius perseguì fin dall'inizio due obiettivi: un fine era quello di raccogliere tutto il sapere politico disponibile al suo tempo, elaborato fin dall'antichità o proposto dai nuovi scrittori; l'altro fine era quello di disporre questa massa di conoscenze nel modo corretto. I due obiettivi si possono riassumere anche con i due termini del titolo *digesta* e *methodice*, un *digestum* della politica secondo la giusta *methodus*. E d'altronde questi due compiti corrispondevano esattamente ai due principi che Pietro Ramo (1515-1572) assegnava alla conoscenza dialettica: *inventio* e *iudicium* (15).

Quale concezione del sapere ci restituisce questa vicenda? Evidentemente Althusius pensava che il sapere umano fosse chiuso e di fatto completo. Già alla sua epoca l'umanità aveva percorso una lunghissima serie di esperienze morali, politiche, giuridiche, ed era pensabile che in tale amplissimo arco di tempo fossero state esaurite tutte le possibilità della conoscenza umana, che si fossero presentati già tutti o quasi tutti i casi dell'agire. La novità di un'esperienza non costituiva perciò un valore positivo, anzi essa era un peccato generato dal vizio della *curiositas* e ogni pretesa innovazione poteva in realtà essere smascherata per un *inventum novantiquum*, un bene già posseduto dall'umanità, che ora era riproposto come fosse una scoperta per colpevole ignoranza dei *novatores* (16).

Una cosa però era la grezza conoscenza dei dati, che effettivamente erano stati esauriti dalla storia umana; altra cosa era l'organizzazione di questo sapere in un quadro comprensibile e trasmissibile. Se il primo aspetto, il lavoro di raccolta, poteva ritenersi concluso da molto tempo, il secondo punto, l'organizzazione delle conoscenza stava ancora muovendo i primi passi. Tutto il sapere teologico era certamente contenuto nelle Sacre Scritture e nella tradizione apostolica, tutto il sapere giuridico era compreso nel *Digesto*, tutta la conoscenza politica era inclusa nell'*Etica a Nicomaco* e nella *Politica* di Aristotele, ma l'ordine della compilazione giustinianea non era affatto l'unico possibile e, soprattutto, esso non forniva necessariamente la migliore organizzazione del sapere giuridico, e considerazioni simili si potevano proporre anche per la teologia e per la filosofia. Il compito di uno scrittore del

(15) Pierre de La Ramée, *Dialecticae libri duo*, Francofurti, Apud Andream Wechelum, 1577, (1. ed. 1555), lib. I, cap. 1, p. 12 e lib. II, cap. 1, p. 105.

(16) Georg Pasch, *Schediasma de curiosis huius seculi inventis, quorum accuratiori cultui facem praetulit antiquitas*, Kiloni, Sumptibus Iohannis Sebastiani Riechelii, 1695; Erhard Weigel, *Methodum discendi nov-antiquam, qua more veterum, ad minimùm dimidio temporis duplum eius quod vulgo sit, adeoque quadruplum [...] praestari potest*, Ienae, Bauhoferus, 1673.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

tempo di Althusius richiedeva perciò che si rintracciasse il vero ordine per classificare efficacemente tutti gli argomenti disponibili. In tal senso la prestazione di un autore era in primo luogo topologica e consisteva nell'*inventio*, nel definire una *dispositio disciplinae*. In termini grafici essa corrispondeva alle tabelle che Althusius, come molti altri autori della sua epoca, soprattutto se inclini al ramismo, inserì a complemento di tutte le sue opere.

Nella disposizione consisteva il vero merito di uno scrittore, mentre gli argomenti, che, per così dire, avrebbero dovuto riempire le caselle vuote generate dal sistema dei luoghi comuni, erano, in fondo, l'esito di un lavoro meccanico di lettura e classificazione. Perciò, quando dovevano esaltare i propri metodi, gli scrittori politici del primo Seicento, Althusius incluso, citavano in primo luogo gli schemi da loro proposti (17).

Si poteva così arrivare alla situazione paradossale che l'argomentazione estensiva, in quanto riempitivo, era considerata irrilevante e il libro consisteva esclusivamente nella disposizione tabellare. In tal senso, per fare due soli esempi, Jakob Bornitz (1560?-1625), autore di una delle più apprezzate introduzioni allo studio della politica (18), pubblicò i suoi *Partitionum politicarum libri quattuor*, la sua opera di più vaste ambizioni, come una successione di tabelle commentate (19), utilizzando una forma ben nota e diffusa anche nella letteratura teologica, dove fu applicata dai presbiteriani di Cambridge, fra gli altri, anche da William Perkins, John Preston, Thomas Hooker (20) e Dudley Fenner (21). Il percorso opposto fu invece intrapreso da Theodor Zwinger, che nel 1566 intese dimostrare che anche Aristotele aveva utilizzato una ben precisa *dispositio* nella sua filosofia pratica e perciò ridusse l'intero

(17) ALTHUSIUS, *La politica*, cit., Prefazione 1603, p. 197, citato sopra alla nota 14; Johann Thomas FREIGIUS, *Partitiones iuris utriusque e Conradi Lagi methodo expressae*, Basileae, Per Sebastianum Henricpetri, 1581, (1. ed. 1571), Epistola dedicatoria, fo. A3^{v}; Hermann VON VULTE, *Idea methodi iuris civilis Iustinianei logica*, in ID., *Tractatus tres*, Francofurdi, Apud Ioannem Wechelum, 1586, pp. 2-3.

(18) Jakob BORNITZ, *Discursus politicus de prudentia politica comparanda*, Erphordiae, Sumptibus Heinrici Birnstilii, 1602; Jakob BORNITZ, *De maiestate politica et summo imperio eiusque functionibus*, Lipsiae, Apud Henningum Grosium seniorem et Thomam Schurerium, 1610.

(19) Jakob BORNITZ, *Partitionum politicarum libri quatuor. In quibus ordine et summatim capita artis politicae designantur de republica fundanda, conservanda, amplificanda et curanda*, Hanoviae, Apud Claudium Marnium et heredes Ioannis Aubrii, 1608.

(20) Herbert WALLACE SCHNEIDER, *A History of American Philosophy*, New York, Columbia University Press, 1946, pp. 5-6.

(21) Dudley FENNER, *Sacra theologia, sive veritas, quae est secundum pietatem, ad unicae et verae methodi leges descripta et in decem libros digesta*, [Genevae], Apud Eustathium Vignon, 1589, (1. ed. 1585).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

contenuto dell'*Etica a Nicomaco* e della *Politica* a una successione di tavole (22).

Gli argomenti consegnati dall'antichità non erano tuttavia considerati solo disordinati, ma nella loro confusione essi sembravano proporre affermazioni contraddittorie. Questa era una situazione ben nota alla teologia, che da Abelardo in poi si era assunta l'onere di identificare i frequenti punti critici, sui quali le fonti divine sembravano affermare e negare allo stesso tempo, come avviene quando, secondo un raffronto tipico della *Quaestio de bello*, si uniscono senza mediazione l'esortazione a porgere l'altra guancia di *Luca*, 6, 27-38 con il comando di sterminare i nemici di *Deuteronomio*, 20, 16-17. Situazioni simili si offrivano d'altronde anche nella filosofia pratica, nella quale Aristotele da un lato escludeva che la società domestica fosse una relazione di tipo politico perché non è istituita su liberi (23), e contemporaneamente dedicava il primo libro della *Politica* e buona parte del secondo a discutere di proprietà e di amministrazione della casa. Questo era, per esempio, il problema che affaticava Henning Arnisaeus, uno dei principali antagonisti di Althusius, nelle prime pagine della sua *Doctrina politica* (24).

La soluzione di tali casi era sempre di tipo dialettico, in senso classico. Poiché entrambi i punti di vista da cui muoveva la questione erano veri — cosa che per le fonti teologiche era assodata autoritativamente — la soluzione non consisteva tanto nel provare la certezza di una posizione contro la falsità dell'altra, quanto nel trovare il punto di vista che rendeva evidente la verità di entrambi gli argomenti. Distinzione, limitazione, eccezione erano gli strumenti dialettici utilizzati per risolvere tali questioni. Nel caso appena ricordato, Arnisaeus dimostrò

---

(22) Theodor Zwinger, *Aristotelis Stagiritae de moribus ad Nicomachum libri decem, tabulis perpetuis, quae commentariorum loco esse queant, explicati et illustrati*, Basileae, Per Ioannem Oporinum et Eusebium Episcopium, 1566; Theodor Zwinger, *Argumenta, scholia et tabulae*, in Aristoteles, *Politicorum libri octo ex Dionysii Lambini et Petri Victorii interpretationibus purissimis Graecolatini*, Basileae, Eusebii Episcopii opera ac impensis, 1582.

(23) Aristoteles, *Politica*, lib. I, cap. 7, 1255^{b} 16-21.

(24) Henning Arnisaeus, *Doctrina politica in genuinam methodum, quae est Aristotelis, reducta*, Amstelodami, Apud Ludovicum Elzevirium, 1651, (1. ed. Francofurti ad Viadrum, 1606), cap. 1, pp. 42-45; Henning Arnisaeus, *De republica seu relectionis politicae libri duo*, Argentorati, Sumptibus haeredum Lazari Zetzneri, 1636, (1. ed. Francofurti ad Viadrum, 1615), lib. I, Ratio ordinis, numm. 1-17, pp. 1-5. Cfr. Merio Scattola, Methodus politices. *Il contributo dell'aristotelismo padovano alla fondazione della filosofia pratica tedesca (1570-1650)*, in Emilio Bonfatti (†), Herbert Jaumann e Merio Scattola (cur.), *Italien und Deutschland. Austauschbeziehungen in der gemeinsamen Gelehrtenkultur der Frühen Neuzeit*, Padova, Unipress, 2008, pp. 75-138, qui pp. 123-124.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

che la casa non fa parte della definizione formale della politica, che consiste sempre in un rapporto d'ordine, bensì rappresenta la sua causa materiale, che quindi deve essere approfondita preliminarmente. E perciò i primi due libri della *Politica* aristotelica fanno parte della trattazione solo con il valore di un'introduzione.

Del compito complessivo, di raccolta e ordinamento, affidato ai contemporanei, Althusius fornisce un'efficace descrizione nella prefazione alla *Dicaeologica*, l'opera che svolge il medesimo progetto disciplinare della *Politica methodice digesta*, ma applicandolo alla giurisprudenza.

> « Ho ricondotto la materia del diritto, dispersa nei libri dei giuristi, a precisi titoli e generi. Ho riportato al loro luogo proprio e ho rimesso in ordine gli argomenti che erano stati confusi e spostati dalla loro sede a un'altra. Ho collocato ogni cosa, mi sembra, secondo ordine e metodo in modo tale che quanto precede illumini quanto segue e ciò che segue riceva luce da ciò che precede. Certe materie, raminghe e peregrine, vagavano tra sedi incerte: alcuni autori volevano assegnarle al possesso o al dominio, altri alle convenzioni, altri ai delitti, altri ai giudizi, altri autori le attribuivano a un luogo comune proprio e separato. E certe altre materie invece erano bandite ed esiliate dai territori del diritto e, da vere apolidi, non erano degne di godere del diritto di cittadinanza nella giurisprudenza. A ciascuna di esse ho ridato ciò che a esse spettava e che era stato loro sottratto a torto, le ho riportate al loro proprio focolare e le ho restituite al suolo natio » (25).

D'altronde l'immagine che Althusius e i suoi contemporanei restituiscono della politica e della giurisprudenza non è una particolarità di queste due discipline, ma corrisponde a una strutturazione generale del sapere protomoderno, almeno del sapere pratico, includendo in quest'ambito anche teologia, giurisprudenza e medicina. Bartholomaeus Keckermann (1572?-1609), professore di filosofia a Danzica e correligionario di Althusius, ricordava in modo molto efficace che tutte le conoscenze umane sono riportabili a una topologia dei luoghi comuni, che il compito del filosofo è di ridurre la pluralità delle

(25) ALTHUSIUS, *Dicaeologicae libri tres*, cit., Praefatio, fo. 2r-v: « Materiam iuris in libris iurisconsultorum dispersam ad certa capita et genera revocavi. A sedibus suis ab aliis turbata et dimota, in domicilia propria retuli et in ordinem redegi. Collocavi omnia, meo iudicio, eo ordine et methodo ut praecedentia lucem sequentibus inferent et sequentia a prioribus lumen acciperent. Vagabantur et peregrinabantur quaedam materiae, incertisque sedibus oberrabant, quibusdam eas ad possessionem, vel dominium, quibusdam ad conventiones, quibusdam ad delicta, quibusdam ad iudicia eas deposcentibus, quibusdam illis peculiarem et separatum locum adsignantibus. Quaedam etiam materiae hucusque ex agro iuridico exterminatae exulabant, quasi ἀπόλιδες iure civitatis iuridicae indignae. His possessionem suam, quae iniuria illis erat adempta, tribui, easque ad proprios lares reduxi, soloque suo natali restitui ».

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

esperienze a una loro disposizione articolata, ma padroneggiabile, sciogliendo le incongruenze dialettiche e riportando l'ordine delle cose, all'ordine delle parole e all'ordine dei luoghi comuni.

> « Qualsiasi cosa faccia parte del mondo intero e anche qualunque cosa accada o sia mai accaduta in questo mondo può essere riferita senza eccezione a una disciplina, e anzi deve essere riportata a una qualche disciplina, se si vuole giudicare correttamente su di essa. D'altra parte, come ogni cosa può essere ricondotta a una qualche disciplina, così può esservi riferita anche ogni parola e ogni proposizione. Infatti le parole sono segni delle cose e seguono in tutto e per tutto le cose di cui sono segno, nello stesso modo in cui l'ombra segue il corpo cui appartiene. Tutto ciò che si riferisce a una disciplina, e deve poter esservi riportato, possiede però i due seguenti requisiti: 1. è metodico; 2. è completo. Di conseguenza anche i luoghi comuni delle cose e delle parole dovranno essere dotati di questi due requisiti: 1. essere metodici, naturalmente secondo il metodo di una determinata disciplina; 2. essere completi. I luoghi comuni saranno metodici, 1. se verranno distinti secondo le discipline in modo da formare tanti generi diversi e separati di luoghi comuni quanti sono i diversi generi delle discipline; 2. se ogni genere dei luoghi comuni verrà disposto secondo lo stesso medesimo ordine nel quale è stata disposta la disciplina alla quale esso si riferisce. I luoghi comuni saranno integri e completi, non cioè mutili e imperfetti, se non ti limiterai a disporre nel tuo registro soltanto i titoli più generali di una certa disciplina, bensì, cominciando dai più generali, procederai fino ai più particolari, in modo da potere annotare nei tuoi luoghi comuni tutti i generi e tutte le specie degli oggetti contenuti in quella disciplina […]. Considerata nei suoi vari aspetti, un'unica e medesima cosa può concernere diverse discipline. Di conseguenza, quando ascolterai o leggerai qualcosa su un certo tema, subito ti sforzerai di capire per quale aspetto l'argomento in questione riguardi questa o quella disciplina e ne prenderai nota in libri diversi secondo ciascuno di questi suoi aspetti » (26).

---

(26) Bartholomaeus Keckermann, *Apparatus practicus, sive idea methodica et plena totius philosophiae practicae, nempe ethicae, oeconomicae et politicae. In qua ostenditur ratio studii practici dextre conformandi et locos communes colligendi atque adeo tum politicos tum historicos cum certo fructu legendi*, 1609, in Id., *Systema systematum*, cur. Johann Heinrich Alsted, Hanoviae, Apud haeredes Guilielmi Antonii, 1613, Manuductio ad studium philosophiae practicae, cap. 2: De locis communibus, p. 1700[a]: « Quicquid omnino est in toto mundo, quicquid etiam fit in mundo aut unquam factum est, id omnino ad aliquam disciplinam referri potest, et si de eo dextre iudicare velis, referri etiam debet. Sicut autem omnis res potest referri ad aliquam disciplinam, ita etiam omne vocabulum et omnis phrasis potest reduci ad aliquam disciplinam. Nam verba sunt signa rerum et in omnibus ita sequuntur res suas, quarum sunt signa, sicut umbra sequitur suum corpus. Cum omne id, quod ad aliquam disciplinam pertinet et referri potest, duo ista requisita habeat, nempe: 1. ut sit methodicum; 2. ut sit plenum, ideo locos communes rerum et verborum istis duobus requisitis etiam praeditos esse oportebit: 1. ut sint methodici secundum methodum, nempe disciplinae; 2. ut sint pleni. Methodici

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Seguendo questi suggerimenti Johann Jakob Speidel (1595?-1666?) collezionò nel 1629 una silloge di questioni politiche e giuridiche che, a sua dire, avrebbe dovuto esaurire l'intero scibile pratico e mettere così a disposizione tutti gli argomenti possibili per l'organizzazione topologica della politica e della giurisprudenza, ed effettivamente la sua raccolta ammontava a 14.000 questioni e 8.000 decisioni, disposte secondo l'ordine alfabetico (27). Veniva così a conclusione, o almeno raggiungeva un punto rilevante, lo sforzo d'identificazione e di organizzazione dei luoghi comuni e degli argomenti che aveva mobilitato la giurisprudenza, la politica e anche la medicina del secolo sedicesimo e che aveva prodotto da un lato la dialettica legale nelle sue molteplici varianti (28) e dall'altro i dibattiti metodologici del Cinquecento, molto spesso legati al sapere medico (29).

---

erunt loci communes, si 1. per disciplinas distinguantur et tot locorum communium genera constituantur diversa et separata, quot sunt genera diversa disciplinarum; 2. si quodlibet genus locorum communium disponatur secundum eundem ipsum ordinem, secundum quem disposita est disciplina, ad quam isti loci communes pertinent. Pleni erunt loci communes et integri, non vero mutili ac imperfecti, si non tantum generalissimos quosque titulos istius disciplinae in volumine tuo disponas, sed, incipiendo a generalissimis, progrediaris ad specialissima, sic ut omnia genera et omnes species rerum ista disciplina contentarum in tuis locis communibus consignes […]. Una eademque res diversis suis respectibus ad varias disciplinas pertinet. Idcirco cum aliquid audis vel legis de aliqua re, statim cogitabis, quo respectu ista res ad hanc, quo vero ad alteram disciplinam pertineat, et secundum istos diversos respectus notabis in diversis voluminibus ». Cfr. Howard Hotson, *Commonplace Learning. Ramism and its German Ramifications, 1543-1630*, New York, Oxford University Press, 2007, pp. 127-168.

(27) Johann Jakob Speidel, *Sylloge quaestionum iuridicarum et politicarum (ultra quatuordecim milia) maximeque practicabilium, secundum alphabeti et materiarum seriem dispositarum, quae per remissionem ad praeclarissimos ac neotericos inprimis authores deciduntur*, Tubingae, Apud Philibertum Brunnium, 1629; Johann Jakob Speidel, *Sylloges quaestionum iuridicarum et politicarum maximeque practicabilium, secundum alphabeti et materiarum seriem dispositarum, pars altera. Ubi per remissionem ad praeclarissimos ac neotericos inprimis authores ultra octo milia decisionum reperiuntur*, Tubingae, Apud Philibertum Brunnium, 1631.

(28) Alfredo Serrai, *Dai* loci communes *alla bibliometria*, Roma, Bulzoni, 1984, pp. 5-153. Importanti scritti cinquecenteschi della *dialectica legalis* e dei *topica legalia* (Pietro Andrea Gambaro, 1507; Claudius Cantiuncula 1520; Christoph Hegendorff 1531; Johann Apel 1535) furono raccolti nel *Primum volumen tractatuum ex variis iuris interpretibus collectorum, continet eos tractatus, qui de cognitione et interpretatione iuris ac verborum significatione summatim et in genere tractant*, Lugduni, Excudebat Thomas Bertellus, 1549. Cfr. Aldo Mazzacane, *Scienza, logica e ideologia nella giurisprudenza tedesca del secolo XVI*, Milano, Giuffrè, 1971; Aldo Mazzacane, *Methode und System in der deutschen Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts*, in Jan Schröder (cur.), *Entwicklung der*

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

4. *La disciplina politica.*

In questa prospettiva di storia dei saperi — i colleghi tedeschi direbbero di *Wissenschaftsgeschichte der Politik* — i due obiettivi di Althusius, il *digestum* e la *methodus*, appaiono ancora più perspicui, e forse nessun altro scritto del primo Seicento potrebbe meglio esemplificarli perché egli organizzò la sua *Politica methodice digesta* come una vera e propria opera aperta, che aggiornò continuamente inserendo tutti gli autori e gli argomenti di cui veniva via via a conoscenza. Lo stesso sforzo si legge anche nell'opera del già menzionato Arnisaeus, che, mentre arricchiva i propri scritti, si cimentò in una sorta di gara a distanza con Althusius per proporre una descrizione esaustiva della politica. Di questa competizione tra i due campioni dell'aristotelismo luterano da un lato e del calvinismo politico dall'altro, protrattasi nei primi due decenni del diciassettesimo secolo, possiamo ricostruire le singole tappe e verificare come ciascun avversario tentasse di vincere l'altro superandolo con la quantità dei materiali offerti (30), finché la polemica raggiunse il culmine e la conclusione nel 1615 con i *De republica seu relectionis politicae libri duo* di Arnisaeus. Quest'opera toccò infatti l'estensione di 1.200 pagine, per proporre in realtà solo il primo terzo di un progetto complessivo in sei libri, rimasto inevitabilmente incompiuto.

Il secondo elemento caratterizzante la disciplina politica di Althusius, la riduzione all'ordine giusto, corrisponde, come abbiamo avuto occasione di osservare, al suo impegno per l'identificazione di un corretto schema disciplinare o *methodus*. Effettivamente nella dottrina logica del tempo, qual è testimoniata tra gli altri da Bartholomaeus Keckermann, *methodus* e *ordo* coincidevano e indicavano la *dispositio totius disciplinae*, ovvero la distribuzione degli argomenti di un ramo del sapere all'interno di uno schema topologico.

> « Nel frattempo tuttavia per metodo s'intende non la descrizione e la spiegazione di un singolo strumento logico, ma il sistema intero di una disciplina, composto ricorrendo a molti strumenti logici […]. Qui il logico esperto […] noterà che il metodo, per quanto attiene all'ordinamento del discorso, non viene mai utilizzato nel primo significato, ma solamente nel secondo, cioè come la disposizione di una disciplina intera ottenuta con l'uso di molti strumenti logici » (31).

Methodenlehre in Rechtswissenschaft und Philosophie vom 16. bis zum 18. Jahrhundert, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1998, pp. 127-136.

(29) SCATTOLA, *Methodus politices*, cit., pp. 94-107.

(30) La vicenda è stata in questo senso ricostruita in Scattola, *Von der* maiestas *zur* symbiosis, cit., pp. 211-249.

(31) Bartholomaeus KECKERMANN, *Systema logicae tribus libris adornatum*, Hanoviae, Apud Gulielmum Antonium, 1600, III, 2, 1: De methodo, p. 591: « Interdum vero

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Lo sforzo di ordinamento che si manifesta nell'opera di Althusius è quindi un tratto comune a tutta la cultura universitaria tedesca ed effettivamente esso nasceva dalla necessità di offrire un percorso di formazione a quello che ora chiameremo « il personale politico » dei territori del Sacro Romano Impero, giacché l'amministrazione civile e religiosa, dopo la secolarizzazione dei beni ecclesiastici e lo scioglimento degli ordini religiosi, doveva essere interamente ricostituita. Il problema toccava naturalmente i territori evangelici, ma era doppiamente pressante per i territori calvinisti, che avevano esperito una doppia riforma, e infatti i pensatori riformati furono in prima linea nello sforzo di elaborare un sapere politico all'altezza di questi compiti.

Il progresso della disciplina politica nei territori del Sacro Romano Impero si può misurare in tre modi. In primo luogo è evidente l'espansione delle cattedre per l'insegnamento della politica, introdotte nelle università negli ultimi anni del secolo sedicesimo e rapidamente diffusesi a tutti i principali atenei protestanti, fossero essi vere università privilegiate, come nel caso di Helmstedt, o scuole superiori e ginnasi accademici, come avveniva a Herborn, Danzica e Marburgo (32). In secondo luogo la produzione di letteratura politica destinata all'insegnamento universitario conobbe nel primo decennio del diciassettesimo secolo una crescita imponente e si consolidò in un sistema di generi letterari rigorosamente determinato (33). In terzo luogo furono elaborate due forme letterarie specifiche per identificare e spiegare le caratteristiche proprie della politica come insegnamento e come attività conoscitiva. Il primo di questi generi può essere definito « isagogico » e comprendeva tutti gli scritti che spiegavano in che modo e attraverso quali tappe si potesse raggiungere una completa ed efficace formazione politica. Il secondo genere letterario può essere chiamato « epistemologico » e abbracciava tutte le opere, solitamente disputazioni, dissertazioni o trattati, che intendevano definire quali fossero la natura e l'essenza della politica, a quale genere del sapere essa appartenesse, a

---

methodus sumitur non pro notificatione et explicatione unius instrumenti logici, sed pro integro aliquo systemate disciplinae per varia instrumenta logica concinnato […]. Hic logicae studiosus […] notabit methodum, quatenus ad discursum ordinativum pertinet, neutiquam in priore, sed tantum in posteriori significatione sumi, pro dispositione videlicet integrae alicuius doctrinae ex multis instrumentis logicis constructae ».

(32) L'elenco delle prime cattedre di politica nei territori del Sacro Romano Impero si può reperire in Horst Denzer, *Moralphilosophie und Naturrecht bei Samuel Pufendorf. Eine geistes- und wissenschaftsgeschichtliche Untersuchung zur Geburt des Naturrechts aus der Praktischen Philosophie*, München, Verlag C. H. Beck, 1972, pp. 300-307.

(33) Cfr. Merio Scattola, *L'ordine del sapere. La bibliografia politica tedesca del Seicento*, numero monografico di « Archivio della Ragion di Stato », X-XI (2002-2003), pp. 59-109 e pp. 441-445.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

quale abito intellettuale essa corrispondesse, quale metodo dovesse essere applicato per la sua trasmissione, in quante e quali parti essa si suddividesse, in che cosa si differenziasse dalle altre discipline della filosofia pratica e quali fossero i suoi rapporti con l'etica e con l'economica.

Nel tentativo di formalizzare un percorso formativo per il personale di governo dei territori imperiali, la politica entrò tuttavia fin dall'inizio in competizione con un'altra disciplina, il diritto pubblico imperiale, che nei primi decenni del Seicento percorse le medesime tappe ed elaborò gli stessi strumenti scientifici: insediamento nelle università, crescita dell'apparato bibliografico, ideazione di generi isagogici ed epistemologici dedicati (34). Tra le due discipline si sviluppò una lunga competizione che vide prevalere in un primo tempo la politica, almeno fino allo scoppio della Guerra dei Trent'anni, e che tuttavia terminò con l'affermarsi del diritto pubblico, allorché il grande conflitto entro il Sacro Romano Impero si concluse con una sostanziale giuridizzazione della vita politica (35).

Althusius si colloca ovviamente all'inizio di questa vicenda, e anche nella sua proposta, nonostante le differenze che la separano da altre elaborazioni coeve, sono presenti tutti i tratti epistemici caratteristici del primo Seicento. Anche da Althusius la politica è infatti concepita in primo luogo come un sapere delle università, prodotto dai professori e rivolto soprattutto agli studenti. Questa sembra in effetti essere la prima qualità che differenzia il discorso politico tedesco da altri contesti europei, dove il sapere politico era creato da altri attori e diffuso in altri luoghi e con altre forme (36). Per fare un solo esempio, il discorso italiano era dominato da protagonisti che si possono compendiariamente indicare nella figura del segretario, che si muovevano nelle cancellerie e nelle segreterie delle corti, che praticavano il genere letterario dei *discursus* e che concentrarono la loro attenzione sulle dottrine della deroga (37).

Il sapere politico tedesco, anche nella forma proposta da Althu-

---

(34) Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Erster Band. Reichspublizistik und Policeywissenschaft (1600-1800)*, München, Verlag C. H. Beck, 1988, pp. 141-154.

(35) Merio Scattola, *Von der Politik zum Naturrecht. Die Entwicklung des allgemeinen Staatsrechts aus der* politica architectonica, in Jacques Krynen e Michael Stolleis (cur.), *Science politique et droit public dans les facultés de droit européennes (XIIIe-XVIIIe siècle)*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2008, pp. 411-443.

(36) Merio Scattola, *L'ordine del sapere. La bibliografia politica tedesca del Seicento*, in Id., *L'ordine del sapere*, cit., pp. 5-39.

(37) Merio Scattola, *Krieg des Wissens-Wissen des Krieges. Konflikt, Erfahrung und System der literarischen Gattungen am Beginn der Frühen Neuzeit*, Padova, Unipress, 2006, pp. 36-41; Cornel A. Zwierlein, Discorso *und* Lex Dei. *Die Entstehung neuer*

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

sius, si presenta come una comunità di citazione ben diversa, che infatti era radicata nelle università, particolarmente nella facoltà delle arti, e si riconosceva in alcune autorità comuni. I suoi due testi di riferimento erano soprattutto l'*Etica a Nicomaco* e la *Politica* di Aristotele, e in tal senso si può parlare di un « aristotelismo politico » diffuso, sebbene in un'accezione ampia e prevalentemente formale (38). Anche quando erano utilizzate autorità provenienti da tradizioni diverse — basti ricordare gli autori giuridici o le Sacre Scritture citate da Althusius —, esse erano lette dal punto di vista della dottrina filosofica, come conferme, smentite, integrazioni, complicazioni delle argomentazioni che essa proponeva.

Contemporaneamente all'affermarsi e all'espandersi della politica nel mondo universitario, si sviluppò anche una serie rigorosamente definita di generi letterari, che riflettevano con esattezza le modalità di produzione e di articolazione del sapere. Si tratta di un repertorio di forme accademiche che aveva la sua unità di misura fondamentale nella disputazione, il testo breve proposto da uno studente o *respondens* sotto la supervisione di un *praeses* e generalmente da costui anche composto, che poteva essere utilizzato per esercitazione, ma più spesso coronava il percorso di studi e dava adito al titolo di *magister*. La disputazione poteva avere due sviluppi, l'uno quantitativo e l'altro qualitativo. Più disputazioni, dieci, dodici o più, potevano essere infatti unite insieme, come capitoli di una trattazione unitaria, dando così vita a un *collegium*, che veniva utilizzato come libro di testo e a sua volta poteva subire ulteriori processi di fusione, fino a dare vita al *systema* o manuale.

Gli autori tedeschi del primo Seicento, tra i quali si possono ricordare Christoph Besold (1577-1638) o il già citato Henning Arnisaeus, offrono eloquenti esempi di questa pratica, alla quale aderì anche Althusius poiché anch'egli anticipò la sua *Politica methodice digesta* con alcuni testi minori, tra i quali è stata conservata la disputazione *Sulla fondazione e sull'amministrazione del regno* del 1602 (39). Il secondo sviluppo, di tipo qualitativo, avveniva invece quando il contenuto di una singola disputazione era progressivamente ampliato, producendo prima una dissertazione e quindi un trattato.

Denkrahmen im 16. Jahrhundert und die Wahrnehmung der französischen Religionskriege in Italien und Deutschland, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 2006, pp. 25-197.

(38) Horst Dreitzel, *Der Aristotelismus in der politischen Philosophie Deutschlands im 17. Jahrhundert*, in Eckhard Kessler, Charles H. Lohr e Walter Sparn (cur.), *Aristotelismus und Renaissance*, Wiesbaden, Otto Harrassowitz, 1988, pp. 163-192; Artemio Enzo Baldini, *Premessa*, in Id. (cur.), *Aristotelismo politico e ragion di stato*, Firenze, Leo S. Olschki editore, 1995, pp. 5-10.

(39) Iohannes Althusius, *Disputatio politica de regno recte instituendo et administrando*, resp. Hugo Pelletarius, Herbonae Nassoviorum, Ex officina Christophori Corvini, 1602, cur. Merio Scattola, in « Quaderni fiorentini », XXV (1996), pp. 23-46.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

I generi ora considerati fornivano la modalità esteriore del discorso politico universitario tedesco, che effettivamente si espresse solo in queste forme; essi tuttavia incidevano ben più in profondità nell'organizzazione del discorso disciplinare perché in una certa misura governavano anche la disposizione dei contenuti. La successione delle disputazioni all'interno di un *collegium* o dei capitoli in un manuale non era infatti libera, ma seguiva uno schema prefissato. In tal senso la prima disputazione doveva essere di carattere epistemologico e definire le caratteristiche generali della scienza, la seconda doveva affrontare la materia della politica, ovvero la casa e le società minori che fanno parte della repubblica, la terza la città, la quarta il magistrato e le sue forme, e così di seguito. D'altra parte ciascuno dei temi affrontati nelle singole disputazioni conosceva a sua volta un'articolazione interna prevedibile, che rimandava alla disposizione topologica della disciplina. Anche a questo proposito è evidente la struttura chiusa del sapere premoderno, ed effettivamente quello che possiamo definire il « sistema dei generi letterari della politica » coincideva con il repertorio topicamente ordinato e completo di tutte le domande che si potevano formulare sul vivere associato degli uomini. Quando si accingeva a comporre la sua opera, lo scrittore politico conosceva dunque in anticipo tutti i temi che avrebbe dovuto toccare e in quale successione. Ovviamente per ciascuna questione erano disponibili molti argomenti, anche contraddittori, così che, considerato da questo punto di vista, il compito dell'autore risultava in una prestazione combinatoria, con la quale componeva le possibilità numerose, ma di numero finito, messegli a disposizione dalla tradizione.

È possibile ricostruire il sistema dei generi letterari della politica protomoderna tedesca, cioè il repertorio topologico delle questioni e degli argomenti della politica, attraverso tre sussidi, che erano generi letterari a loro volta, generi, per così dire, « riflessivi ». In primo luogo gli scritti del già citato genere epistemologico descrivevano nel dettaglio la struttura che la disciplina politica avrebbe potuto assumere e anticipavano analiticamente lo schema che il *collegium* o il *systema* effettivamente applicavano nella loro trattazione. In secondo luogo le bibliografie politiche del diciassettesimo secolo, che, tranne poche eccezioni, seguivano una disposizione sistematica, elencando e presentando autori e opere, riprendevano fedelmente la distribuzione dei luoghi comuni disciplinari (40). Infine alcune raccolte di disputazioni e alcuni libri di testo erano preceduti dall'elenco ordinato delle questioni sollevate nel corpo della trattazione, talvolta da un vero ed esauriente repertorio delle domande poste al sapere politico, come fu il caso dei *collegia* di

(40) Merio SCATTOLA, *Geschichte der politischen Bibliographie als Geschichte der politischen Theorie*, in « Wolfenbütteler Notizen zur Buchgeschichte », XX (1995), pp. 1-37.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Christian Liebenthal (1586-1647) e di Christoph Besold ([41]). Anche le tabelle disciplinari apposte da Iohannes Althusius alle sue opere obbedivano alla stessa funzione.

5. *Storia delle dottrine e storia delle discipline.*

Il quadro descritto finora apre alcune possibilità e pone alcuni interrogativi. Se infatti i saperi politici, almeno nel contesto protomoderno del Sacro Romano Impero, si organizzavano secondo codici rigorosamente disciplinari, sarà da un lato necessario considerare nella storia delle dottrine politiche anche questo « linguaggio letterario » come un elemento importante e capace di condizionare la comunicazione politica; dall'altro lato sarà possibile scrivere la storia delle dottrine politiche anche come la vicenda dei codici che si sono trasformati, succeduti, sostituiti l'uno all'altro nel corso del tempo; si potrà cioè ricostruire la storia delle dottrine politiche come storia delle discipline politiche.

D'altra parte, in questa prospettiva si possono registrare alcuni rilevanti paradossi poiché le linee di demarcazione della « storia delle dottrine » non sempre coincidono con i confini della « storia delle discipline ». Definiamo qui per comodità come « dottrine » le prese di posizione ideali a favore o contro una determinata situazione di fatto. « Dottrine » sarebbero in questo senso i pronunciamenti monarcomachi o monarcofili, o le interpretazioni del Sacro Romano Impero come monarchia, aristocrazia o come costituzione mista, oppure le ecclesiologie che difendono il primato pontificio o la supremazia del concilio. « Dottrine » e « discipline » sono descrivibili su due distinte carte geografiche, che hanno molte affinità in comune, ma che non sempre si lasciano sovrapporre esattamente. Possiamo, per esempio, identificare da un lato una « dottrina » calvinista che esalta il principio di collegialità e respinge l'immaginazione monarchica del governo e dall'altro un locus della « disciplina » dedicato al diritto di resistenza. Non è però assicurato che queste due posizioni coincidano e che pensatori riformati siano per ciò anche monarcomachi o che, viceversa, il diritto di resistenza sia una loro prerogativa; si dà infatti anche la possibilità di « riformati filomonarchici », come fu per esempio il caso del citato Bartholomaeus Keckermann.

La differenza tra i due piani è particolarmente evidente se si considera la riflessione sul diritto naturale, una dottrina che era della massima importanza per il discorso politico dei secoli sedicesimo e diciassettesimo, perché forniva i fondamenti dell'ordine civile e le basi argomentative per la definizione della tirannide e del diritto di resi-

([41]) SCATTOLA, *L'ordine del sapere*, cit., pp. 449-467.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

stenza. Nel Cinquecento la teologia scolastica dedicò una particolare attenzione ai temi del diritto naturale, che era uno dei capisaldi nella discussione sul diritto di guerra e occupava una parte notevole dei trattati *De iustitia et iure*, tanto da poter essere identificato come il loro tema principale. Tuttavia la dottrina del diritto naturale fu coltivata anche dai teologi evangelici con non minore cura, tra i quali si distinse soprattutto Filippo Melantone (1497-1560) nelle molteplici edizioni dei suoi *Loci comunes theologici* (42). Lo stesso complesso argomentativo non fu infine trascurato neppure dai riformati, e Althusius offre in tal senso un ottimo esempio perché la sua *Politica methodice digesta* tratta estesamente il diritto di natura nel ventunesimo capitolo (43).

Non si può perciò dire che la dottrina del diritto di natura fosse esclusiva di una particolare confessione, né che essa identificasse una particolare posizione politica in difesa di un certo regime. Effettivamente, se si eccettuano alcune varianti fondative imperniate attorno alla distinzione tra ragione e volontà divina (44), il diritto naturale rappresentava una lingua comune praticata senza distinzione da tutti gli orientamenti religiosi del Cinquecento. Di questa grammatica condivisa, e riprodotta anche da Althusius, faceva parte in primo luogo la convinzione che il diritto di natura fosse stato dato da Dio al genere umano durante la creazione e che esso contenesse perciò tutti i principi fondamentali dell'agire umano. Si riteneva poi che il diritto naturale non fosse stato completamente offuscato dal peccato originale, ma che avesse mantenuto una sua perspicuità, soprattutto per i comandi che riguardavano i doveri reciprochi tra gli uomini, mentre i doveri verso Dio avrebbero perso ogni evidenza e sarebbero caduti in oblio. Perciò il diritto naturale, almeno per quanto concerneva gli obblighi verso il prossimo, era valido per tutti gli uomini di tutti i tempi, indipendentemente dal loro accesso alla rivelazione. Per salvare l'umanità dall'offuscamento della ragione umana e dalla perdita della conoscenza divina il Creatore aveva tuttavia ripetuto o promulgato nuovamente la legge

(42) Merio Scattola, *« Notitia naturalis de Deo et de morum gubernatione ». Die Naturrechtslehre Philipp Melanchthons und ihre Wirkung im 16. Jahrhundert*, in Barbara Bauer (cur.), *Melanchthon und die Marburger Professoren (1527-1627)*, Marburg, Universitätsbibliothek Marburg, 1999, pp. 865-882.

(43) Althusius, *La politica*, cit., cap. 21, par. 16-29, pp. 904-923. Cfr. Merio Scattola, *Johannes Althusius und das Naturrecht des 16. Jahrhunderts*, in Frederick Smith Carney, Heinz Schilling e Dieter Wyduckel (cur.), *Jurisprudenz, Politische Theorie und Politische Theologie*, Berlin, Duncker und Humblot, 2004, pp. 371-396.

(44) Franco Todescan, *Il problema del diritto naturale fra Seconda Scolastica e giusnaturalismo laico secentesco. Una introduzione bibliografica*, in Fausto Arici e Franco Todescan (cur.), Iustus ordo *e ordine della natura. Sacra doctrina e saperi politici fra XVI e XVIII secolo*, Padova, Cedam, 2007, pp. 1-61.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

naturale prima nel Decalogo e quindi nel Vangelo, che nella sua essenza corrispondeva dunque ai comandamenti originali presenti in ogni essere umano.

Questa grammatica elementare del diritto di natura era praticata da pressoché tutti gli autori del tardo Cinquecento e del primo Seicento e fu proposta anche da Althusius. Sarebbe così difficile identificare orientamenti o comunità peculiari usando come metro di paragone una dottrina tanto uniforme. Evidenti sono invece le differenze tra le diverse *discipline* che proponevano questa medesima *dottrina*. Durante il secolo sedicesimo dottrine del diritto naturale furono infatti elaborate in due distinte facoltà, che raccoglievano eredità secolari sul tema e generarono due tradizioni indipendenti: da un lato la linea giuridica, dall'altro quella filosofico-teologica. Ciascuna di queste tradizioni si riferiva a proprie fonti autorevoli e organizzava la medesima materia con due diversi schemi topologici, proponendo due serie di domande. In tal modo, gli autori del primo Seicento, quando affrontavano il tema del diritto di natura, si distinguevano non tanto per il *che cosa* dicevano, che era abbastanza uniforme, quanto per il *come* trattavano la medesima materia.

La linea giuridica ragionava di diritto naturale partendo dal primo titolo del *Digesto* e dal secondo capitolo delle *Istituzioni*, intitolati rispettivamente *De iustitia et iure* e *De iure naturali, gentium et civili*. Questa tradizione non era refrattaria a utilizzare anche argomentazioni filosofiche, e basterebbe a questo proposito ricordare che la formula *Natura id est Deus*, di sapore panteista se letta dopo Baruch Spinoza, risaliva alla *Glossa ordinaria* di Accursio (45); la tradizione giuridica si distingueva tuttavia dalla filosofia per le questioni che poneva. I suoi sforzi erano infatti in primo luogo dedicati a stabilire l'esatta differenza tra il diritto di natura, quello delle genti e quello civile. In secondo luogo si chiedeva come fosse stato, storicamente o teoreticamente, possibile il passaggio dal diritto di natura al diritto delle genti. In terzo luogo doveva stabilire quali forme intermedie fossero intervenute, e in tal senso giunse alla quadripartizione di *ius naturae primaevum*, *ius naturae secundarium*, *ius gentium primaevum* e *ius gentium secundarium*. Inoltre doveva risolvere una questione che era intrinseca alla stessa definizione di Ulpiano: « Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit », perché risultava qui necessario stabilire in che senso alcune norme fossero comuni a tutti gli esseri animati e se, di conseguenza, intercorresse una qualche comunità giuridica tra uomini e animali (46).

---

(45) Franciscus Accursius, *Glossa ordinaria*, in *Domini Iustiniani imperatoris Institutionum libri IIII Francisci Accursii glossis illustrati*, Lugduni, Apud Bartholomaeum Vincentium, 1627, lib. I, tit. 2, lex 1, a « Ius naturale est ».

(46) Merio Scattola, *Das Naturrecht vor dem Naturrecht. Zur Geschichte des* ius

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Gli stessi temi, ovvero le stesse *dottrine*, erano distribuite e organizzate in modo assai diverso nella *disciplina* diversa, e per certi versi alternativa, della politica e più in generale nelle facoltà di filosofia e di teologia. Le fonti autorevoli erano, in questo caso, i passi del quinto libro dell'*Etica a Nicomaco* e della *Retorica* nei quali Aristotele discuteva del giusto secondo natura, le Sacre Scritture, alcuni Padri della chiesa, come Ambrogio, e la sistemazione teologico-giuridica di Isidoro di Siviglia, ripresa infine nel *Decreto* di Graziano. Partendo da queste fonti, il primo problema era di stabilire in che senso il diritto di natura fosse una conoscenza immediata. Si poteva infatti pensare che i comandamenti del diritto di natura fossero *notitiae inditae*, laddove tuttavia la scolastica più vicina alla gnoseologia aristotelica doveva argomentare in favore di conoscenze quasi innate, non presenti nell'animo umano all'atto della nascita, ma sviluppate senza alcun processo, *nullo negotio*, non appena fossero stati appresi i termini elementari. In secondo luogo era essenziale per questa tradizione definire in che modo la legge naturale derivasse dalla sua origine divina, pensata dai cattolici come *lex aeterna* e dai luterani come *lex Dei*. In terzo luogo andava definito anche il rapporto tra diritto di natura e Decalogo per stabilire quali comandamenti fossero stati offuscati dal peccato e in che misura. A questo proposito si doveva poi spiegare il nesso tra Decalogo e legge morale e mostrare in che senso il Decalogo, essendo il compendio perfetto del diritto naturale, fosse anche la migliore sintesi della legge morale. In questo quadro poteva infine essere formulata una questione formalizzata già nelle *Sentenze* di Pietro Lombardo e concernente la possibilità di una deroga divina ai comandamenti del diritto di natura. Può Dio accordare una dispensa dalle leggi che egli stesso ha fissato nel Decalogo e scritto nel cuore degli uomini nella forma di verità evidenti? E se sì, può esonerare dall'obbedienza di tutti i comandamenti ovvero soltanto di alcuni, e quali?

Dovremmo dunque concludere che all'inizio del secolo diciassettesimo, oltre alle *dottrine*, e forse più di esse, erano rilevanti anche le *discipline*, le quali organizzavano il sapere politico e giuridico in due sistemi separati e relativamente autonomi. Tali considerazioni valgono certamente anche per Iohannes Althusius: anch'egli infatti ripropose la stessa *dottrina* in due *discipline* differenti, prima nella *Politica methodice digesta* e poi nella *Dicaeologia*, usando nelle due distinte occasioni due diversi codici. Anch'egli fu in tal senso un maestro, forse un « classico », del sapere topologico.

---

naturae *im sechzehnten Jahrhundert*, Tübingen, Max Niemeyer Verlag, 1999, pp. 156-194.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

CORRADO MALANDRINO

QUALE ATTUALITÀ PER IL PENSIERO DI JOHANNES ALTHUSIUS?

1. Si dice che un 'classico' sia sempre attuale, perché dalla lettura delle sue opere si possono trarre suggestioni capaci di dare orientamenti in ogni tempo. Ma, sebbene Althusius si stia avviando ad acquisire una sua 'classicità' e una sua 'modernità', sarebbe stolto pensare che la *Politica methodice digesta* possegga una attualità tale da permettere una diretta applicazione delle complesse costruzioni giuridico-politiche ivi illustrate. D'altra parte, dubito che anche autori di ben più rodata classicità possano aspirare a un simile privilegio. Anche per un autore senza tempo, come Machiavelli, vi sono aspetti talmente legati al 'suo' tempo da risultare francamente improponibili oggi.

Ciò nonostante, possono esservi alcune logiche politiche, anche in Althusius, che opportunamente mediate si rivelano capaci di dare orientamenti in una fase in cui grande è la confusione e la crisi dei precedenti ordini. Questa 'utilizzazione' non data da oggi. Mi propongo perciò, tramite questo breve intervento complementare e integrativo rispetto alle riflessioni dei due recensori Diego Quaglioni e Merio Scattola, di argomentare in qual senso si possa parlare oggi di 'attualità' althusiana. Ci si chieda, per esempio, perché un giurista e autore politico dell'inizio del Seicento, del tutto dimenticato nel Settecento e nell'Ottocento, viene a sorpresa riscoperto e riletto dal « capo rispettato dei germanisti tedeschi e giurista di rinomanza mondiale » (1), Otto von Gierke, nel 1880. Una ragione risiede nel fatto che Gierke vide nel trattato di Althusius un rinnovamento metodologico e contenutistico che gli parve 'attuale' rispetto all'operazione da lui condotta, sul finire dell'Ottocento, ai fini di uno svecchiamento della scuola storica tedesca e per il rilancio di una visione contrattualistica della dottrina dello Stato contro l'impostazione positivistica dominante. Così pure l'editore italiano che nel 1943 pubblicava la traduzione dello scritto althusiano di Gierke, come appropriatamente rileva Diego Quaglioni nella sua recensione, vedeva proprio nel pensiero di Althusius — in un momento storico in cui nel nostro Paese si viveva lo sbriciolamento della statolatria fascista e la possibilità di costruire una nuova Italia democratica e sociale — le fondamenta prodromiche di una dottrina antitirannica e

(1) Cfr. la citazione in A. Passerin d'Entrèves, *G. Althusio e il problema metodologico nella storia della filosofia politica e giuridica*, in Id., *Saggi di storia del pensiero politico*, a cura di G. M. Bravo, Milano, Angeli, 1992, p. 243 (il saggio apparve originariamente in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », XIV, 1934, 1, pp. 109-123).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

costituzionalistica, che nel Settecento si sarebbero affermate con l'elaborazione costituzionale del federalismo e dello Stato di diritto. Con ciò aprendo le porte a una concezione dello Stato moderno che non si identificava necessariamente con lo Stato-Leviatano di hobbesiana ispirazione.

Anche nella riscoperta di Carl J. Friedrich negli anni Trenta del Novecento, in sincronia con l'apertura di una fase autoritaria e totalitaria nella storia dell'Occidente, non mancavano elementi e motivazioni legati 'all'attualità' politica e scientifica dell'intellettuale tedesco-americano di Harvard. Nel sottolineare più attentamente la 'politicità' di Althusius, rispetto alla lettura 'giuridica' operata da Gierke, Friedrich intendeva additare l'elemento del calvinismo politico e la sua dimensione etico-politica alla base del contributo althusiano in materia di costruzione federativa dello Stato. In ciò certamente riprendeva un'ispirazione che, ancor prima in Weber, si era prodotta nella ricostruzione del pensiero economico capitalistico in rapporto alla Riforma protestante.

Con acutezza Alessandro Passerin d'Entrèves vide questo aspetto quando sottolineò che « l'opera dell'Althusio è in primo luogo opera speculativa e costruttiva, un tentativo di elaborare un compiuto sistema politico fondato sulle premesse del calvinismo inteso non soltanto come fede religiosa e come insieme di proposizioni teologiche e dogmatiche, ma come creatore di una nuova e originale visione della vita e del mondo » (2). Tutto ciò, s'intende, superando comunque la tradizionale premessa teologico-religiosa, la dottrina giusnaturalistica medievale, e aprendosi a un atteggiamento naturalistico moderno, che trovava nella costruzione della *consociatio symbiotica* il suo fulcro, deterministicamente necessario nell'antropologia calvinista, ma anche oggetto di libera scelta umana individuale. Lo studio di Althusius si qualificava pertanto in Friedrich — scriveva Passerin d'Entrèves — come ricerca di un nuovo fondamento scientifico-politico del potere nello Stato.

Anche nella ripresa althusiana degli studi della seconda metà del Novecento non è mancata la motivazione dell'attualità. La si trova in prima battuta nella ripresa del pensiero antitirannico e 'repubblicano' del giurista tedesco (3). Come pure nella necessità di dare nuove basi alle concezioni federaliste ed europeiste nell'epoca postmoderna della

---

(2) Ivi, p. 249.

(3) Cfr. D. Neri, *Antiassolutismo e federalismo nel pensiero di Althusius*, in « Il Pensiero Politico », XII, 1979, 3, pp. 393-409; L. Calderini, *La "Politica" di Althusius tra rappresentanza e diritto di resistenza*, Milano, Angeli, 1995; D. Wyduckel, *Althusius und die Monarchomachen*, in *Politische Begriffe und historisches Umfeld in der Politica methodice digesta*, a cura di E. Bonfatti, G. Duso, M. Scattola, Wiesbaden, Harassowitz Verlag, 2002, pp. 133-164. Rinvio sul 'repubblicanesimo' althusiano anche a C. Malandrino, *L'eforato in Althusius*, in *Magistrature repubblicane: modelli nella storia del*

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

crisi dello Stato, come si vede sia nell'anticipazione di Friedrich, sia nella riflessione di uno dei massimi pensatori del federalismo postmoderno, Daniel J. Elazar. Negli ultimi trent'anni, grazie agli sforzi della Johannes Althusius-Gesellschaft guidata da Dieter Wyduckel, che ha pubblicato la prima traduzione parziale tedesca della *Politica* (4), e di una nutrita schiera internazionale di studiosi — tra i quali gli italiani hanno conquistato un posto di rilievo (5) — Althusius è giunto a esser considerato ormai tra i 'classici' del pensiero politico', e tra i più suggestivi autori di riferimento nella fase di crisi matura dello Stato moderno. In questa stessa rivista Giuseppe Duso, pochi anni fa, a conclusione di una serie di studi specifici, ha tenuto conto dell'approccio althusiano in materia di 'sovranità' allorché ha tematizzato la trama dei rapporti tra i diversi livelli di poteri statale, infranazionale e sovranazionale, nell'ambito della costruzione unitaria europea (6). Prima di lui, Thomas O. Hüglin ha evidenziato — sulla scorta di una letteratura di riferimento ormai ampia — il fatto che gli articoli sul principio della sussidiarietà siano stati suggeriti agli estensori dei trattati europei, da Maastricht in poi, proprio da una riflessione sull'opera di Althusius (7). Anche lo scrivente ha più volte sottolineato che emerge dalla *Politica* una concezione che si svolge integralmente all'insegna della categoria della sussidiarietà, sia per ciò che riguarda la costituzione delle consociazioni particolari e generali, sia per quel che riguarda le loro competenze e le relazioni tra le consociazioni maggiori più inclusive e quelle minori meno inclusive (8). In quanto tale essa è di grande significato, anche per l'oggi, per l'operare dei rapporti fra le ammini-

---

pensiero politico, a cura di C. Carini, V. I. Comparato, G. Pellegrini e F. Proietti, Perugia, 2007, pp. 410-419.

(4) Cfr. J. Althusius, *Politica*, curata e introdotta da D. Wyduckel sulla base della traduzione di H. Janssen, Berlin, Duncker & Humblot 2003; cfr. inoltre D. Wyduckel, *Presentation of the German Translation of Althusius' Politica*, in « Pensiero Politico », XXXVII, n. 2, 2004, pp. 255-261. Lo stesso Wyduckel ha annunciato l'imminente pubblicazione dell'edizione scientifica integrale tedesca della *Politica*.

(5) Per i necessari riferimenti bibliografici cfr. C. Malandrino, *La Politica methodice digesta di Johannes Althusius*, saggio introduttivo all'edizione critica italiana di J. Althusius, *La politica*, a cura di C. Malandrino, Torino, Claudiana, 2009, pp. 31-37.

(6) Cfr. G. Duso, *L'Europa e la fine della sovranità*, in « Quaderni Fiorentini », 31, 2002, pp. 109-139.

(7) Cfr. Th. O. Hüglin, *Althusius — Vordenker des Subsidiaritätsprinzips*, in *Subsidiarität*, a cura di A. Riklin e G. Batliner, Vaduz, Liechtensteinische Akademische Gesellschaft 1994, pp. 97-117; Id., *Early Modern Concepts for a Late Modern World. Althusius on Community and Federalism*, Waterloo, Ontario, Wilfrid Laurier University 1999, pp. 152-168.

(8) Cfr. C. Malandrino, *La "sussidiarietà" nella* Politica *e nella prassi antiassolutista di J. Althusius a Emden*, in « Il Pensiero Politico », XXXIV, 2001, n. 1, pp. 41-58.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

strazioni maggiori e minori, per l'articolazione politica corretta dei rapporti fra il centro e la periferia.

Sono, questi, indizi sicuri di 'attualità' del pensiero althusiano. Come, d'altra parte, le recensioni critiche di Quaglioni e di Scattola non mancano di sottolineare. Ma si tratta di un'attualità particolare, legata al tipo di 'modernità' e di classicità 'altre' rinvenibili in questo autore. Althusius appare infatti essere un 'classico' solo di una tradizione minoritaria e alternativa, anche se presente senza soluzione di continuità, nella modernità dominata dal teorema hobbesiano-rousseauiano dello Stato moderno. Una tradizione che Elazar, Charles McCoy e Hüglin individuano (pur con sfumature diverse) nella corrente del *covenantalism* federalista, antiassolutista e anticentralista del calvinismo politico, nel suo collegamento tanto con il naturalismo aristotelico quanto con il comunitarismo germanico. In questo senso, centrali nel sistema politico althusiano appaiono — oltre alle più conosciute dottrine della sovranità popolare e della resistenza antitirannica — le peculiari visioni della comunità strutturata federativamente, della partecipazione 'popolare' fondata sulla mutua obbligazione tra popolo e governante, del rapporto tra la concezione sussidiaria della politica e il principio della divisione verticale e orizzontale dei poteri. A tal proposito, nel pensiero protofederalista di Althusius si esprime realmente una linea di pensiero politico contrapposto alla tradizione statale moderno-vestfalica, una *countertradition* — come scrive Hüglin — strettamente legata alla *covenantal tradition* e culminante appunto nelle tesi sulla postmodernità tipiche del federalismo integrale e comunitario di pensatori quali Elazar, Martin Buber (9), ecc. Affini a tale 'controtradizione' sono correnti di pensiero comunitariste, neocontrattualiste, cooperativiste o '*neo-corporatist*', concezioni della democrazia cosmopolitica distinte da quelle di matrice kantiana.

Ciò precisato, e ringraziando i due benevoli recensori, che collocano con competenza l'opera di Althusius nella galleria moderna e contemporanea dei 'saperi' giuridici e politici (sui quali si sofferma soprattutto Scattola), non vi è molto da aggiungere, tranne forse riproporre alcuni versanti interpretativi originalmente propri di questa edizione scientifica latino-italiana della *Politica* che in qualche modo sono rimasti poco illuminati, mentre invece a giudizio di chi scrive meritano maggior rilievo proprio in relazione al discorso sulla 'attualità' althusiana.

2. In primo luogo, vi è il problema dell'interpretazione dell'aggettivo « santa », da Althusius espressamente attribuito alla politica

(9) Su Buber cfr. D. Quaglioni, *La « Politeia Biblica » in Martin Buber*, in *Politeia Biblica*, a cura di L. Campos Boralevi e D. Quaglioni, n. monografico de « Il Pensiero Politico », XXXV, n. 3, 2002, pp. 501-521.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

simbiotica e alla simbiosi. Questo aggettivo, a mio parere, insieme alla concezione della "simbiosi", rappresenta la massima novità del lessico althusiano. Esso elimina ogni dubbio sull'essere la *Politica* althusiana una tappa miliare del pensiero politico rinascimentale e specificamente calvinista riformato. Tuttavia, proprio da una riflessione su di esso può scaturire un importante insegnamento di 'attualità' anche per noi postmoderni.

All'aggettivo « santa », nel contesto della simbiosi althusiana, non si è dedicata finora l'attenzione dovuta. Anche a tale lacuna intende rimediare questa edizione della *Politica*, sulla scorta di un approfondimento filologico apportato dalla nostra precedente edizione del *Lessico* althusiano (10). Forse lo si è considerato un luogo comune della prosa calvinista, che così indica gli eletti e le loro comunità (11), e in quanto tale non meritevole di una specifica analisi. Forse, per il peso delle implicazioni con la religione e la morale, lo si è ritenuto implicitamente contraddittorio con il postulato dell'autonomia della 'politica' dichiarato dall'autore nelle sue prefazioni all'opera e in altri luoghi (12). Se così è stato, si è trattato di preoccupazioni poco fondate, poiché Althusius è maestro nell'evitare di mescolare il campo della teologia con la politica e col diritto, ma non nasconde i nessi tra loro pur sempre esistenti.

In tal senso, 'santo' è una parola centrale per capire la pienezza del significato della *Politica* e del progetto politico e sociale nel contesto del calvinismo politico della *zweite Reformation*. E, pur rendendo manifesto il legame della 'politica' althusiana con la religione e la morale cristiane, non ne inficia l'autonomia in quanto arte di governo, disci-

---

(10) Cfr. *Il lessico della* Politica *di Johannes Althusius*, a cura di C. Malandrino e F. Ingravalle, prefazione di D. Wyduckel, Firenze, Olschki, 2005, in particolare il saggio introduttivo di chi scrive, *Calvinismo politico, repubblicanesimo, 'sussidiarietà' e lessico politico althusiano*, pp. XVII-LI. Del *Lessico* è ora disponibile anche l'edizione tedesca: *Politisch-rechtiliches Lexikon der* Politica *des Johannes Althusius*, a cura di C. Malandrino e D. Wyduckel, Berlin, Duncker & Humblot, 2010.

(11) Cfr. per es. BAINTON, *La Riforma protestante*, (1958), ed. it. Torino, Einaudi, 1966, p. 107: « L'idea di una repubblica dei santi era comune ad ambedue le confessioni religiose [zwinglianesimo e calvinismo, ndr], benché il calvinismo la sviluppasse in maniera più grandiosa ». Il termine "santo" nell'accezione riformata esula da riferimenti a qualità religiose o morali eroicamente possedute (come è nell'accezione cattolica), ma ha piuttosto il significato di colui che riceve un mandato da Dio e si impegna in modo militante per la realizzazione in terra del regno divino.

(12) Già nella prefazione alla prima edizione in effetti Althusius scrive sui confini che separano la politica dalla giurisprudenza e dalla teologia (« dove si ferma il politico, lì inizia il giurista », perciò « bisogna evitare di portare la falce tra la messe altrui »), però ne riconosce anche le parentele, tanto che aggiunge: « Difficilmente si potrebbe scorporare gli elementi giuridici dalla scienza politica ».

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

plina socialmente formativa e repressiva, scienza del vivere associato. A sostegno di questa tesi ci si può riferire anche all'argomentazione fatta molti anni fa da Michael Walzer nel libro sulla "rivoluzione dei santi" calvinisti (13). Sulla ricerca di Walzer basti qui rilevare che essa compie una ricognizione sul 'momento calvinista' degli scritti (sermoni, opuscoli politici, componimenti letterari) di aderenti alle confessioni dei "santi", calviniste o affini (disciplinari, presbiteriane, congregazionaliste, ecc.). Tale operazione è funzionale all'affermazione tra Cinquecento e Seicento di un linguaggio, di un immaginario sociale e di un'ideologia radicali. « Il santo calvinista » fu dunque — così la conclusione di Walzer — « il primo di quegli agenti della ricostruzione sociale e politica » apparsi di frequente nella storia moderna.

Anche Quentin Skinner, sostenendo la necessità di valutare di più e meglio i nessi tra il pensiero calvinista e il pensiero giuridico e politico dei secoli XII-XIV, conferma nella sua fondamentale opera sulle "origini del pensiero politico moderno" l'emergere del modello del radicalismo calvinista negli scritti sul diritto di sovranità e sul diritto di resistenza del XVI secolo. La *Politica methodice digesta* si staglia nella storia dottrinaria come « l'enunciazione più sistematica del pensiero politico rivoluzionario calvinista » (14). In essa, scrive Skinner, « Althusius ha l'ambizione di emancipare lo studio della 'politica' dai limiti della teologia e della giurisprudenza, e di restituire alla loro giusta posizione tutti gli elementi meramente teologici, giuridici e filosofici, concentrandosi esclusivamente sulla materia indipendente della scienza politica » (15). Pur essendo vero, ciò non autorizza minimamente a pensare che Althusius dimenticasse quegli elementi teologici, filosofici e giuridici già propri della « teologia federale » (16), che anzi formavano i presupposti dalla sua concezione politica.

È da sottolineare la straordinaria somiglianza del profilo non solo religioso, ma politico, civile e sociale, del "santo" puritano e delle comunità "sante" tratteggiate nell'opera walzeriana con il modello emergente dalla *Politica* althusiana. Vi è un'affinità nelle loro logiche comportamentali e nelle aspirazioni che è troppo grande perché possa

---

(13) Cfr. M. Walzer, *The Revolution of the Saints. A Study in the Origins of Radical Politics*, Cambridge (Mass.), Harvard University 1965 (trad. it. *La rivoluzione dei santi. Il puritanesimo alle origini del radicalismo politico*, intr. di M. Miegge, con un'intervista a M. Walzer a cura di D. Spini, Torino, Claudiana, 1996).

(14) Miegge a ragione sottolinea che la *Politica* è « sicuramente un anello centrale della teoria costituzionalista nel suo dispiegamento dal Basso medioevo a John Locke », cfr. Miegge, *Introduzione* a Walzer, *La rivoluzione dei santi*, cit., p. 21.

(15) Cfr. Q. Skinner, *Le origini del pensiero politico moderno*, intr. di M. Viroli, Bologna, Il Mulino, 1989, II, pp. 488-9.

(16) Su questo tema rinvio a C. Malandrino, *Teologia federale*, « Il Pensiero Politico », XXXII, 1999, n. 3, pp. 427-446.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

esser casuale. Vi è poi il punto centrale della teoria del *covenant* (*pactum*, *foedus*) nella formazione delle comunità "sante" (per Althusius le « consociazioni simbiotiche sante »), la cui accentuazione è opera di una linea interpretativa che negli ultimi anni ha rivalutato il pensiero "protofederalista" di Althusius. La "teologia del patto" deve esser tenuta presente come presupposto necessario e centrale della *Politica*. L'archetipo biblico del patto tra Dio e l'uomo, tra Dio e il suo popolo, e poi sotto altra forma tra il popolo e il suo magistrato, è la figura retrostante il patto calvinista tra i "santi" anche in Althusius.

Si deve aggiungere che Althusius — come giurista consapevole delle esigenze della continuità istituzionale — si opponeva alla prassi accentratrice del principe territoriale anche in nome dei princìpi tradizionali che regolavano i rapporti fra le *universitates* dell'Impero. Ma egli interpretava tali princìpi alla luce della teologia federale, sottostante alla teoria della "simbiosi santa", nei suoi aspetti applicabili non all'agire religioso, ma a quello sociopolitico. Analogamente il puritanesimo indipendente interpretava alla luce della sua verità religiosa le 'antiche libertà' che l'accentramento amministrativo tentato da Carlo I minacciava apertamente.

Tutto ciò premesso, se si vuol richiamare l'attenzione sul significato pieno del termine 'politica' nella concezione althusiana, ci sembra che questo non possa non esser visto nel contesto della 'seconda Riforma', dello sforzo immane portato avanti dalle comunità calviniste per affermare il loro diritto all'esistenza politica mantenendo integri i presupposti della loro fede. Si tratta di una concezione anche militante che deve necessariamente avere, per Althusius, il presupposto della *symbiosis*, per realizzare una *vocatio* sentita dagli eletti come integralmente fondante l'attività umana e sociale. Althusius ha ben presente qual è il limite di passaggio dalla teologia all'etica, e da questa alla politica e quindi al diritto. Ognuna di queste discipline ha la sua propria autonomia, ma ciò non significa che esse non abbiano nessi e legami. L'autonomia che ha in mente Althusius non è 'l'amoralità' della politica di Machiavelli (specie nel modo in cui se ne è ripreso il pensiero), e nemmeno quella dettata dalle tecniche della ragion di Stato, che però Althusius conosce bene attraverso l'*Antimachiavelli*, Lipsius e Ammirato (17). Pertanto anch'egli, come i puritani ricordati da Walzer, si muove in controtendenza con la visione tradizionalmente naturalistica e aristotelica della natura e del mondo, ma è anche maestro nell'utilizzare la disciplina neoscolastica ai suoi fini. Che però non coincidono con quelli della neoscolastica.

La sua accezione della 'politica', proprio in virtù della proclamata

(17) Cfr. C. Malandrino-F. Ingravalle, *Calvinismus, Machiavellismus und die Politica des Althusius*, in *Machiavellismus in Deutschland*, a cura di C. Zwierlein e A. Meyer, München, Oldenbourg Verlag, 2010, pp. 61-78.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

esigenza di "santità" della simbiosi, è paradossalmente modernizzatrice nella misura in cui vuole difendere e instaurare la visione politica e civilizzatrice di una confessione che si propone come scelta 'moderna' dell'oggi, in contrapposizione a quella antica, dell'ieri. A tale esito — che ricolloca Althusius, pur nel professato rispetto sostanziale dell'autonomia tecnica e concettuale della disciplina politica (così come del diritto), nell'ispirazione delle correnti più radicali del calvinismo politico — portava, d'altra parte, anche la stretta amicizia religiosa e politica da lui dimostrata (insieme ai calvinisti herborniani ed emdensi) nei confronti delle correnti più dogmatiche e rigoriste del calvinismo olandese, i cosiddetti gomaristi, che avrebbero avuto la meglio nel corso del Sinodo di Dordrecht nel 1618-19 sui "rimostranti" arminiani guidati da Conrad Vorstius e da Grozio.

Tutto ciò ricordato, in che senso può aver 'attualità' questo legame tra la forma tecnicamente autonoma della politica e il suo contenuto, che viceversa deve tendere alla 'santità simbiotica'? Credo che, da un lato, il richiamo a una peculiare 'attualità' si possa connettere con il tema del rapporto tra etica e politica. Dall'altro, al rapporto tra democrazia e federalismo attraverso la peculiare visione del patto teologico-federale, il *covenant* cui si è accennato sopra.

Per quanto riguarda il primo punto, Althusius ci ricorda che, sebbene gli uomini siano imperfetti, non autarchicamente capaci di provvedere a se stessi, corrotti, condannati in quanto individui isolati alla disfatta (l'antropologia althusiana non è ottimistica né utopica, ma realistica, e vede in modo 'protoelitistico' il rapporto tra i pochi che dirigono e i molti che obbediscono), essi possono però, anzi 'devono' tendere, per salvarsi come singoli e tutti insieme, a costituire e a realizzare la simbiosi santa, giusta, confortevole e felice. Questa è l'unica via di scampo, la sola strada per rendere la politica un'attività morale, che eticamente inveri gli insegnamenti della legge eterna e naturale sintetizzati nella seconda tavola del Decalogo e, ciò facendo, realizzi la giustizia e si allontani dal predominio del sempre incombente 'volto demoniaco del potere' ([18]). Molto a proposito giunge quindi la citazione althusiana che Quaglioni fa del rapporto stretto e ineliminabile tra il potere e la legge civile, tra la legge divina e la legge naturale

([18]) La citazione del noto libro di Gerhard RITTER, *Il volto demoniaco del potere* (1948), Bologna, Il Mulino, 1997[2], vuol richiamare la consapevolezza, che Althusius certamente ebbe, che la *hybris* è ineliminabilmente associata al potere politico. Credo sia da condividere la convinzione di Ritter che solo un politico cosciente dei due fattori onnipresenti nella sua attività, di *kratos* e di *ethos*, ma deciso a superare la *hybris*, può essere in grado di ascoltare la voce della ragione, del diritto e della moralità. E che "senza un sistema realmente soddisfacente di etica politica, nessuna forma di dispiegamento del potere da parte dello Stato [potrebbe] convincere gli uomini del suo diritto di esistere" (p. 179).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

(*Politica*, IX, 21): « Sciogliere il potere dalla legge civile infatti significa anche, in qualche modo, spogliarlo dei vincoli della legge naturale e divina. Non esiste, e non può esistere una legge civile che non abbia incorporata in sé qualche cosa dell'equità naturale, divina, immutabile. Se infatti la legge civile si allontana nettamente dallo spirito del diritto naturale e divino, non va chiamata legge, ma è indegna di questo nome, e non può essere vincolante per nessuno, essendo contraria all'equità naturale e divina ». Giustamente Quaglioni sottolinea « la recisa negazione della pensabilità della legge civile come norma vuota di un contenuto morale ». Credo che una concettualità di tal genere, che non implica beninteso la pedissequa ripetizione di forme giuridico-politiche ampiamente superate, possa suggerire qualcosa anche in quest'epoca caratterizzata dal prevalere della violenza e dalla confusione, della meschina politica ridotta al proprio particolare interesse.

L'interpretazione qui proposta della parola 'politica' deve, dall'altra parte, anche necessariamente collegarsi con l'analisi approfondita del concetto di 'simbiosi', con altre categorie fondamentali del pensiero althusiano, quali il "patto" e lo *jus symbioticum*. Fino a scrutare le relazioni più intime tra questo termine-concetto e le maggiori fonti d'ispirazione di Althusius, il calvinismo politico e la concezione federativa della società e dello Stato. Proprio queste relazioni formano il cuore del discorso politico althusiano e danno ragione delle scelte operate nella *Politica* su molte altre questioni rilevanti.

Da tali formulazioni sorgono vari interrogativi. Uno riguarda il patto che dà origine alla simbiosi. Perché Althusius scrive che il patto può esser anche tacito? In genere, lo si spiega dando un'interpretazione riduttiva sull'incidenza della teoria del patto nella *Politica,* portando questo fatto a prova che Althusius in realtà non solo non è un vero contrattualista in senso moderno (cosa del tutto condivisibile, che però non molti sanno essendo tratti in inganno da Gierke), ma che il suo contrattualismo è poco più che un orpello. Questa seconda alternativa è da rifiutare. È vero il contrario: il patto è l'elemento metodologico di prassi esistenziale che fonda la *consociatio symbiotica* politica (*potestas constituens*), suggerito dall'esperienza del rapporto dell'uomo con Dio, e può essere tacito semplicemente perché l'uomo, se vuole salvarsi non può vivere in modo autosufficiente (è questa la traduzione del "per se *autarkes*"), è predestinato in quanto tale alla simbiosi. Compiere questa scelta, che ha su livelli diversi e autonomi dalla sfera politica anche forti implicazioni religiose, è una necessità per la salvezza del corpo e dell'anima. Ma è arbitrio degli uomini farla o meno. Gli uomini possono decidere di continuare a fare il proprio male o di vivere secondo la *vocatio* al bene. Tale volontà, che non è la semplice volontà giusnaturalista medievale o moderna, si deve confermare nella vita simbiotica, giorno per giorno, opera per opera, nella politica perseguita all'insegna della giustizia in una statualità simbiotica che istituzionalmente si

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

riflette, in ultima istanza e in piena autonomia tecnica, obbedendo al principio dell'obbligazione reciproca tra popolo e magistrato (di qui la proprietà degli *jura majestatis* di pertinenza popolare e non del sommo magistrato stabilita nel *contractus mandati*), nei tratti dello Stato federativo giurisdizionale popolare a costituzione cetuale. In tal modo, si legano in un'unica struttura pattizia il *foedus naturae vel operum* e il *foedus gratiae* di cui parlano teologi contemporanei e vicini ad Althusius, come Ursinus e Franciscus Junius.

L'interpretazione qui proposta del senso althusiano di simbiosi si appoggia sulla doppia struttura, materiale e spirituale della simbiosi. In *Politica* I, 4, Althusius scrive che neppure nell'età adulta, sebbene avendo il corpo ben nutrito, l'uomo può "far emergere la luce dell'animo e neanche da adulto trova in sé e accanto a sé quei beni esteriori dei quali necessita per trascorrere la vita in modo vantaggioso e santo" fuori dalla simbiosi. In I, 6, è scritto: « I simbiotici sono, insomma, *symbòethoi* [formula che letteralmente vuol solo dire "coloro che recano aiuto", mentre in Althusius implementa il suo valore spirituale], i quali, congiunti e consociati dal vincolo del patto, mettono in comune tra le loro cose quelle che servono a condurre vantaggiosamente la vita spirituale e materiale […] ». Ciò vale a tutti i livelli, non solo a quello delle consociazioni private (famiglia e collegio), ma anche pubbliche (città, provincia e consociazione simbiotica universale). In *Politica* III, 42, Althusius conduce un serrato ragionamento per affermare la tesi che « symbiosis omnis est politica », ovvero che tutte le consociazioni simbiotiche, le private quanto le pubbliche, vanno considerate politiche.

In conclusione, la simbiosi è l'unione 'santa', giusta, vantaggiosa e felice alla cui realizzazione non basta l'inclinazione naturalistica di tipo aristotelico, ma necessita un elemento metafisico di volontà rivolta a una scelta, un elemento intenzionale contenuto nello strumento teologico-federale del patto istituito per primo da Dio come *foedus naturae et operum*, successivamente penetrato nella metodologia sociale e politica attraverso la dottrina della predestinazione, e divenuto, come sostiene Charles McCoy, una *root metaphor* nell'agire politico. Uno strumento dato agli uomini perché imparino a convivere in primo luogo santamente nel vero culto di Dio. Ciò implica che sul piano storico, concreto e pratico gli individui simbiotici vivano anche comodamente, cercando il proprio utile, ma secondo giustizia e nel rispetto della legge. In caso contrario, al di fuori della simbiosi, ammonisce Althusius in *Politica* XXI, 18, citando le Sacre Scritture: « Legibus sublatis, societas humana, quam symbioticam vocamus, in beluinam vitam mutatur ».

Quanto finora detto non significa per nulla che Althusius ponga un principio teocratico alla base della società politica: la sfera della politica mantiene infatti la sua autonomia genetica, strutturale, tecnica e funzionale, pur se deve essere orientata, come Althusius non si stanca

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

di ripetere, alla realizzazione della seconda tavola del Decalogo e della giustizia.

Oestreich fece capire fino a che punto e quanto fortemente la teologia federale s'innestava nel travaglio teorico costitutivo dei principali concetti dello Stato e della politica modernamente intesi. Egli coglieva tale momento nel trapasso graduale — che prende un'accelerazione caratteristica nel Cinquecento — da una attitudine "costituzionale" medievale alla contrattazione di libertà e privilegi (*Statusvertrag*) messa in atto dagli ordini e ceti sociali (*Stände*) contro prìncipi e signori, alla più moderna attività contrattuale mirata alla fondazione dello Stato (*Staatsvertrag*). Oestreich scriveva che la trasformazione della rappresentazione religiosa del patto, di un contratto originario di *status*, in una libera e politica relazione contrattuale, fa diventare visibile una pagina fino ad allora ignota della storia delle idee politiche. « La teoria secolare del contratto del XVI secolo, andando oltre i predetti reali tratti, guadagnò attraverso un cosciente processo di analogia sulla base dell'idea biblica del patto una solida compattezza e forza morale e religiosa » (19). Si creava così una sorta di circolo virtuoso fatto di reciproci influssi tra la teologia ebraico-cristiana, il diritto privato romano e il diritto feudale franco-europeo, la cui conseguenza fu un maggior radicamento morale e religioso della vita statale (20). Cosa che anche ad Althusius, pur nell'affermazione dell'autonomia della scienza politica nella sfera di sua pertinenza, non dispiaceva certo.

3. Un altro punto è stato richiamato giustamente da Quaglioni per la "modernità" del pensiero althusiano, ossia la sua concezione della sovranità (*jura majestatis*) in termini con i quali concordo pienamente (21). A mio avviso, esso può valere anche ai fini di una 'attualità postmoderna' (22). In verità già Duso, come detto all'inizio, ha invitato a considerare questo tema. Tuttavia egli lo ha fatto, e continua a rielaborare in modo interessante questo pensiero, a partire da una considerazione della sovranità moderna che non mi trova consenziente (23). Duso pensa che in Althusius non vi sia un pensiero moderno

(19) Cfr. G. Oestreich, *Die Idee des religiösen Bundes*, in *Geist und Gestalt des frühmodernen Staates*, Berlin, Duncker & Humblot, 1969, pp. 162-163.

(20) Cfr. la sintesi del ragionamento di Oestreich, ivi, p. 177.

(21) Cfr. anche le pertinenti osservazioni di D. Quaglioni, *Majestas (Jura majestatis)*, in *Il lessico della* Politica *di Johannes Althusius*, cit., pp. 215-229.

(22) Cfr. G. Duso, *Althusius. Pensatore per una società postmoderna?*, in « Filosofia Politica », IV, 1990, 1, 163-175.

(23) Su questo punto si è svolta una discussione approfondita tra Duso e lo scrivente nell'ambito del convegno, da lui organizzato a Padova il 24-26 settembre 2009, con il titolo "*Come pensare il federalismo? Nuove categorie e trasformazioni costituzionali*", i cui atti sono in corso di stampa. Anticipo qui solo un aspetto particolare del mio

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

della sovranità. E certo ha ragione se appunto con questo intende solo l'idea hobbesiana della sovranità.

Credo sia però necessario ricordare che in *Politica*, IX, 25, si dà la definizione del diritto di sovranità inteso come sommo potere la cui origine va ricercata « nella causa e nello scopo della consociazione universale, cioè nella utilità e nella necessità della vita umana associata. Secondo quest'ultima, la caratteristica e la natura del comando e del potere sarà di occuparsi e curarsi della mera utilità e comodità dei sudditi ». E al par. 26 viene ribadito « che il diritto di sovranità è il potere preminente, sommo e universale di disporre di ciò che pertiene collettivamente alla salute e alla cura dell'anima e del corpo dei membri del regno, ovvero dello Stato ». Pertanto l'idea althusiana di sovranità, propria del popolo e demandata pro tempore al magistrato, ammette i requisiti della unicità, incedibilità, indissolubilità e perpetuità, ma rifiuta nettamente quello dell'assolutezza. Dalla certezza della sovranità promana la certezza e l'efficacia del governo. Questa idea della sovranità è ben diversa dalla "forma politica moderna" (per dirla con Duso), ma mette in essere ugualmente poteri di definizione legislativa e certezza del diritto, poiché mette in essere una forma di comando tipico di un governo che deve decidere in ultima istanza, sebbene sotto il controllo eforale, il quale deve verificare che esso non si scosti dalle finalità sostanziali e costitutive della consociazione. Ovvero all'interno delle finalità valoriali ben definite nella natura e nell'essenza del contratto di mandato che, a sua volta, si iscrive nella natura e nella finalità del patto di costituzione della *politía*. I controlli e i limiti non contraddicono il potere del magistrato di decidere e di esplicare con efficacia il suo governo, fino al punto in cui esso è santo, giusto e rivolto al bene comune e alla giustizia. In questo quadro il magistrato può anche decidere di attuare iniziative contrarie all'interesse di alcune parti per il bene comune, e tale iniziativa è legittimata a maggioranza negli appositi consigli, non all'unanimità.

Questa puntualizzazione è necessaria per comprendere l'applicazione 'europea' che Duso fa del pensiero althusiano (conferendogli perciò 'attualità postmoderna'). La tesi di Duso, in estrema sintesi, fa perno sull'affermazione che Althusius non ha una concezione moderna della coppia concettuale sovranità-Stato. La soluzione 'althusiana' di una unità politica (consociazione universale) non eliminerebbe, anzi terrebbe in vita e valorizzerebbe la pluralità dei soggetti politici. Tale caratteristica si rivelerebbe utile nel pensare l'unione europea, visto che

---

intervento intitolato *Sviluppo di un nuovo paradigma federalista-comunicativo nella prospettiva di un'Europa federale* perché si attaglia al tema della 'attualità' althusiana. Di Duso cfr. anche *Oltre il nesso sovranità-rappresentanza: un federalismo senza Stato?*, in *Ripensare la costituzione. La questione della pluralità*, a cura di M. Bertolissi, G. Duso, A. Scalone, Milano, Polimetrica, 2008, pp. 9-20.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

escluderebbe in radice la 'forma politica moderna' (e quindi, secondo Duso, l'ipotesi di una statualità europea) e, al contrario, metterebbe in essere una sorta di unione funzionale in cui i soggetti confederati, ossia gli Stati membri che resterebbero veri contraenti e decisori del patto e, perciò, pluralisticamente 'presenti' davanti all'istanza (o "potenza") costituente da cui dipende il "governo" esecutivo sovranazionale; a tale suprema "potenza costituente" (si intende qui l'assemblea o consiglio europeo dei membri costituenti l'unione, che detiene il massimo potere politico di indirizzo e decisionale) è negata da Duso la possibilità di una procedura decisionale a maggioranza, ma è concessa solo quella all'unanimità. Viceversa, il governo esecutivo può procedere col criterio della maggioranza.

A me pare che la soluzione avanzata da Duso (col quale concordo nell'affermare una 'attualità' del tutto peculiare del pensiero althusiano) non sia conclusiva in quanto manterrebbe inalterati tutti gli elementi di debolezza politica dell'unione (a mio avviso non ancora federale) e farebbe assomigliare sempre più l'unione europea all'immagine del Sacro Romano Impero, cui andrebbero giustamente rivolte le parole di scherno del *Faust* di Goethe, l'accusa di mostruosità di Pufendorf, nonché la condanna senza appello di impotenza politica emessa da Hegel. Infatti tale prospettiva non garantirebbe certezza di un governo efficace ed efficiente dell'Europa, non risolverebbe il vero problema di un'unione politica, consistente nel dare autorevolezza e legittimazione ai suoi poteri di governo. Un problema, questo, simile a quello che si pose tra il 1778 e il 1787 ai rivoluzionari americani guidati da Washington.

Pertanto, nella prospettiva di trovare una fonte di legittimazione costituzionale all'unione europea, sarebbe molto più utile un utilizzo althusiano che facesse perno, da un lato, sul presupposto del federalismo *covenantal* e, dall'altro, sulla nozione data nella *Politica* (XVII capitolo) di « *confoederatio plena* » in contrapposizione alla « *confoederatio non plena* » (24), nella quale ha funzione dirimente il concetto althusiano di sovranità (*jura majestatis*). Occore infatti ricordare quanto accennato sopra: ossia che, sebbene Althusius non elabori ovviamente un'idea di sovranità assoluta nel senso bodiniano, ciò non significa che non proponga un'idea di sommo potere (*majestas*) limitato e controllato nello Stato. Con tali *jura majestatis* ha a che fare il concetto di « *confoederatio plena* ». La *non-plena confoederatio* è in Althusius, invece, la forma istituzionale dell'alleanza stabile tra province o regni che non mette in discussione gli *jura majestatis* della 'sovranità' dei singoli membri, ma che è istituita a seguito di accordo per un tempo più o meno prefissato, al fine di recarsi mutuo aiuto contro i nemici e mantenersi in relazioni di lealtà, pace e amicizia reciproca. È insomma

(24) Cfr. in generale MALANDRINO, intr. ad Althusius, *La politica.*, cit., pp. 68-80.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

una nozione affine a quella che nel successivo linguaggio politico 'moderno', a partire dal *Federalist*, si chiamerà semplicemente confederazione. Non vi è in essa alcuna innovazione rispetto alla tradizione romana (o, volendo, anche rispetto a quella greca delle anfizionie). È interessante notare che Althusius non fornisce particolari esempi storici di questo genere ampio e debole di confederazione.

Ben diverso è il caso della « *plena confoederatio* ». Recita il passo althusiano: « La confederazione con un popolo straniero o con un altro corpo è di due tipi: piena o non piena, realizzata parzialmente e fino a un certo punto. La consociazione e confederazione piena è quella con la quale un regno straniero e i suoi sudditi, o una provincia, oppure qualsiasi altra consociazione universale, mettendo in comune le leggi fondamentali del regno e i diritti di sovranità, vengono assunti e cooptati nel pieno e integro diritto e nella comunità del regno, e, per così dire, si unificano e fondono in un medesimo corpo, di cui sono come membra » (25). Althusius, pur con un linguaggio 'protofederalista' coerente col suo tempo, è consapevole della differenza essenziale in tema di sovranità (*jura majestatis*) tra questa speciale '*confederatio plena'* e quella '*non-plena*', e la sottolinea subito: « Non si deve dubitare che questo diritto di stipulare il patto vada ricondotto ai princìpi della sovranità […] ». Proprio così: non c'è dubbio che questo diritto di stabilire un patto federale vada ricondotto ai princìpi della sovranità. Questa differenza non è per Althusius una novità dei suoi tempi. Infatti prosegue scrivendo che « tale patto e confederazione avveniva tra i Romani con l'intervento del sacerdote feziale, con cerimonie solenni e tradizionali, prestando un giuramento e dopo aver recitato in pubblico le norme convenute per il patto ». Ovvero con procedure particolarmente solenni e impegnative, che incombevano al collegio dei feziali (26), venti sacerdoti cui era affidata la difesa del diritto internazionale, con la recita di un giuramento e delle leggi che si mettevano in comune. Esempi di tali « confederazioni piene » erano quelle antiche tra Romani e Albani, tra Giudei e Gibeoniti, Idumei o Edomiti; e, nel tempo althusiano, l'unione tra Scozia e Inghilterra, congiunte nella persona di Giacomo I nella dinastia Stuart.

In sostanza, Althusius può essere utile per riproporre una visione europea di *communicatio jurium majestatis*, nel senso sopra inteso dalla "confederazione piena", assistita dalla concezione "sussidiaria" nel rapporto dei poteri a livello orizzontale e verticale, che come si è detto costituisce un'altra caratteristica fondamentale della *polítía* althusiana. Questo richiamo — tradotto e mediato per un uso postmoderno — induce a pensare, anche sulla scorta del pensiero *covenantalist*, alla

(25) ALTHUSIUS, *La politica*, cit., par. 27, pp. 663-665.

(26) Un particolare cultuale e sacrale che non viene riportato per l'altro tipo di confederazione.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

possibilità di un federalismo per l'Europa in cui sia presente la volontà di arrivare a una unione sempre più intima sul piano politico, perché si ritiene che tale sia il destino comunitario dei popoli europei che credono nella dimensione profonda del patto da stringere. Inoltre, che tale patto debba essere consacrato da una fusione più ampia e solida dei propri diritti sovrani. In questo Althusius può dare una indicazione.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

PATRIZIA PEDERZOLI, *La Corte costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2008.

GIOVANNI BISOGNI

Il motivo principale per attrarre l'attenzione degli studiosi di diritto su questo volume di Pederzoli sta nella assoluta novità di uno studio *organico* e specificamente *politologico* dedicato alla nostra Corte costituzionale.

Ed invero, la scienza politica italiana, sebbene non frequentemente, si è occupata di questa istituzione, ma fino ad oggi mai abbracciando tutte le competenze della Corte e per tutto l'arco temporale di esistenza di questa istituzione. Trattazioni generali sulla giustizia costituzionale, poi, non mancano in letteratura, ma provengono da giuristi, la cui prospettiva, per quanto possa essere sensibile a suggestioni politologiche, rimane essenzialmente diversa. A ciò si aggiunga che l'autrice non è affatto nuova all'argomento e, anzi, rappresenta uno degli studiosi più preparati: docente di Sistemi giudiziari comparati presso la Facoltà di Scienze Politiche 'Roberto Ruffilli' di Forlì, da tempo i suoi interessi scientifici ruotano intorno agli apparati giurisdizionali, al ruolo e all'impatto che essi hanno nel funzionamento concreto dei sistemi politici.

Ben si può dire, quindi, che una lacuna sia stata colmata sia nella scienza politica italiana — che forse, complice la robusta dose di tecnicismo giuridico richiesta per indagini del genere e anche un tal qual influsso esercitato dalla tradizionale raffigurazione politicamente nulla delle giurisdizioni sul continente europeo, non ha prestato la dovuta attenzione alla crescita di rilevanza politica che le stesse hanno conosciuto a partire dal secondo dopoguerra in poi — sia nella scienza giuridica italiana — la quale, nel fare il suo mestiere ovvero suggerire alla Corte quali decisioni prendere o nel rilevare (criticamente) e prevedere la sua giurisprudenza, ha sempre un po' trascurato i fattori più schiettamente politici che ne condizionano nel bene o nel male l'operato.

Del resto, che trattasi di una lettura proficua per un giurista, lo si evince sin dall'introduzione del saggio, ove l'autrice dichiara esplicitamente lo scopo della sua indagine.

A suo avviso, infatti, attualmente non è forse così fecondo inter-

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

rogarsi ancora sulla compatibilità democratica di istituzioni — quali sono le corti costituzionali — che espressione diretta dell'elettorato certamente non sono: non solo per la semplice ragione per cui esse fanno parte ormai stabilmente del panorama istituzionale delle democrazie avanzate, ma anche e soprattutto perché sono state volute proprio per contrapporsi alle maggioranze democraticamente elette.

Molto più interessante, invece, è il presupposto teorico di questo tema ovvero *se e con quale frequenza le corti costituzionali siano in grado di essere 'anti-maggioritarie'*. Detto altrimenti, posto che le corti costituzionali sono istituzionalmente preposte a fungere da 'cani da guardia' dei legislatori, risulta più utile chiedersi se sono *davvero* in condizioni di 'mordere': solo dopo aver chiarito se realmente un tribunale costituzionale sia in grado di essere « attivista » ovvero sia capace di « sfidare le maggioranze di governo » (p. 10) oppure sia di fatto indotto alla « deferenza » verso le stesse ovvero « ad assecondarne gli indirizzi » (*ibidem*), ha senso porre la questione — se ce la si vuole porre — della sua legittimazione democratica.

Per far luce su questo presupposto Pederzoli adotta degli strumenti teorici che rappresentano il 'motore' della sua indagine — e, quindi, il suo aspetto più stimolante, forse ancor più dei risultati per loro tramite ottenuti. Essi vanno a comporre quella che potrebbe definirsi una teoria dell'indipendenza politica dei tribunali costituzionali che l'autrice non enuncia in chiave generale, ma che è possibile ricavare dall'uso che ne fa in riferimento alla Consulta: un insieme di fattori sia « istituzionali » che « ambientali », « che variamente concorrono a dilatare ovvero a comprimere l'autonomia di chi giudica la legge dai suoi artefici » (p. 8).

Tali fattori sono: l'impianto originario della Corte; le competenze conferite e le pratiche concrete del loro esercizio; gli interlocutori istituzionali della Corte e il dialogo che si è sviluppato in maniera diacronicamente diversa fra gli uni e l'altra; la storia del sistema politico all'interno del quale essa è collocata e il condizionamento esercitato dal primo sulla seconda; *last but non least*, la struttura del collegio e le prassi della sua composizione.

Certo, si tratta di un'analisi nient'affatto semplice sia in generale che con particolare riferimento alla nostra Corte costituzionale — e l'autrice ne è perfettamente consapevole. Intuitivamente si tenderebbe a dar grande importanza all'identità politica dei giudici costituzionali ovvero a chi li nomina e a come essi decidono, ma è un sentiero che si rivela, da un lato, oscuro — a causa del segreto della camera di consiglio — e, dall'altro lato, non assolutamente determinante — a causa della durata del mandato che, pur essendo a termine, è sufficientemente lungo da garantire una relativa indipendenza. A ciò si aggiunga che le competenze formalmente attribuite alla Corte non son poche e soprattutto sono eterogenee: gli interlocutori istituzionali non sono sempre gli

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

stessi e « variando gli attori, gli interessi in gioco e gli schemi di interazione può variare anche il modo di atteggiarsi del collegio, quali che siano la sua composizione e la solidità delle maggioranze con cui si confronta » (p. 260). Qualche elemento in più potrebbe ricavarsi, allora, dal « momento fondativo » (p. 252) della Corte allo scopo di illuminare « i meccanismi di controllo incorporati nel disegno costituzionale » (*ibidem*) e, tuttavia, non solo il suo influsso giustamente non va sopravvalutato, ma soprattutto il modello prescelto dai costituenti — ammesso che ve ne sia stato uno — non pare brillare per coerenza e comunque risulta esser stato ampiamente modificato dall'evoluzione successiva del sistema politico italiano.

Appare, pertanto, del tutto giustificata la conclusione di Pederzoli in virtù della quale il fattore che forse più degli altri incide sulla politicità di una corte costituzionale è proprio quest'ultimo ovvero il concreto atteggiarsi del sistema politico in cui essa è calata, *persino al di là del condizionamento che il primo può istituzionalmente esercitare sulla seconda tramite la nomina dei suo membri* — una tesi che si rivela tanto più condivisibile, quanto più si pensa alla fluidità che caratterizza la nostra forma di governo e alle considerevoli trasformazioni che questo stesso sistema ha conosciuto alla fine del secolo scorso. Non è un caso, quindi, che l'indagine sia concentrata sul comportamento politico della Corte tra gli anni Novanta del XX secolo e la prima metà del decennio successivo — con particolare riferimento alla XIII e alla XIV legislatura —, in un arco temporale che ha assistito al tramonto di un assetto politico più che quarantennale e al sorgere di uno nuovo.

Ed invero, l'analisi della giurisprudenza costituzionale di questo periodo accredita l'ipotesi — già formulata in rapporto alla Corte suprema statunitense, nei cui confronti gli studi politologici sono molto più sviluppati — secondo la quale il tasso di autonomia politica di un tribunale costituzionale è funzione della stabilità del sistema politico nel suo complesso. Quanto più esso è debole e incapace di produrre maggioranze solide e governi autorevoli — ciò che accadde verso la fine della c.d. I Repubblica —, tanto più si amplia lo spazio politico in cui un giudice delle leggi può praticare il proprio attivismo senza tema di essere 'smentito'; viceversa, dinanzi ad un quadro più delineato e a forze politiche più o meno compatte che si alternano al governo si riscontra la tendenza ad una maggiore cautela e ad una deferenza, seppur in linea di massima, verso l'indirizzo politico emerso dalle urne.

Il merito di Pederzoli sta, quindi, nel porre in piena luce non solo quanto le corti costituzionali nell'esercitare le proprie competenze siano sensibili agli *inputs* provenienti dal contesto politico circostante e inclini a produrne di propri, ma soprattutto che la loro politicità non è mai 'originaria', ma sempre 'derivata' da quell'autentica « variabile indipendente » (p. 259) che è il sistema politico, a discapito di tutte quelle letture giuridico-dottrinali (vecchie e nuove) che o ignorano del tutto

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

siffatta politicità — limitandosi a vedere nei giudici delle leggi degli organismi impegnati esclusivamente nella migliore interpretazione giuridico-morale della costituzione — oppure ne vedono fin troppa — paventando il ben noto 'governo dei giudici' (costituzionali).

Perché è proprio questa l'utilità per un giurista di un'indagine del genere: nel predire i *dicta* della Corte o nello stimolarne la giurisprudenza in un senso o in un altro si può dubitare della giuridicità — ciò che dipende, in ultima analisi, dalle personali concezioni di ciascun interprete circa i rapporti fra diritto e politica —, ma non certo della rilevanza e dell'interesse che rivestono i condizionamenti politici al suo operato. Ciò è tanto più vero se si tiene presente che l'autrice non cerca di spiegare *singoli* comportamenti della Corte — che magari possono anche essere il frutto di contingenti pressioni politiche —, ma di vere e proprie *regolarità di condotta*, che è piuttosto difficile ignorare se già dopo pochi anni dalla prima sentenza della Corte il giudice costituzionale Nicola Jaeger, proprio in rapporto ad una delle prime manifestazioni di creatività giurisprudenziale della Corte (le cd. interpretative di rigetto), invitava i commentatori alquanto perplessi a non porsi « su un piano meramente teorico, prescindendo completamente dagli ammaestramenti dell'esperienza e dalla conoscenza di dati di fatto essenziali, quali il tempo necessario per l'esaurimento dell'*iter* legislativo, le conseguenze probabili di una lunga carenza di norme su una data materia, le frequenti imperfezioni nella redazione tecnica delle leggi, perfino le attitudini dialettiche degli operatori del diritto e la loro capacità di escogitare sempre nuovi modi di interpretazione delle norme meglio redatte » (*La Corte Costituzionale nei primi tre anni della sua attività*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », 1958, p. 790).

Ovviamente, l'autrice è ben lungi dall'assumere le vesti di un giurista. La sua prospettiva è — politicamente e giuridicamente — descrittiva, non prescrittiva. Dato l'elevato tasso di tecnicismo della materia, è assolutamente inevitabile l'interpretazione di documenti giuridici, ma ciò non avviene mai in prima persona e sempre riportando quanto altri e, in particolare, la dottrina costituzionalistica sostiene al riguardo. Scopo dell'analisi — lo si ripete — è accertare quanto la Corte costituzionale italiana sia attivista o deferente e le ragioni di questa condotta, non certo pronunciarsi sulla sua conformità a Costituzione. Si ingannerebbe, quindi, chi anche soltanto intravvedesse una natura giuridica nelle conclusioni cui perviene Pederzoli: per riprendere la ben nota distinzione di H.L.A. Hart, il suo punto di vista non è certamente 'interno' — indicare alla Corte come *debba* o *non debba* decidere —, ma sicuramente 'esterno' — rilevare come essa *di fatto* decide (o non decide) e perché.

Senonché, siffatto punto di vista sembra essere molto più 'esterno' di quanto Hart stesso pensasse. Per questi, il punto di vista esterno era proprio di giusrealisti *à la* Ross, per i quali l'operato di

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

qualsiasi giudice poteva essere compreso facendo a meno di nozioni scientificamente infondate quali quelle di 'norma' e di 'diritto', ma non prescindendo dalla cultura giuridica delle corti e, più in particolare, di quella sua proiezione psicologica che è il 'sentimento di obbligatorietà'. Detto altrimenti, tra i fattori menzionati in precedenza e di cui Pederzoli si serve nella propria intrapresa il diritto finisce con l'essere una sorta di 'cenerentola': nella stessa misura in cui non si vuole invadere il campo spettante al sapere giuridico, si tende a sottostimare l'apporto di questo stesso sapere, *proprio ai fini che ci si propone*, il che sarebbe tanto più prezioso allorquando non sempre possono ravvisarsi condizionamenti politici e non sempre ad essere fronteggiata è una maggioranza legislativa.

Ed invero, spesso sono valutazioni (non solo, ma anche) di ordine giuridico a spiegare la condotta della Corte, che non si lascia così facilmente ricondurre a motivazioni di carattere politico e che, nonostante ciò, viene frequentemente presentata come 'difficile da spiegare' rispetto ad uno schema interpretativo volto quasi sempre ad assimilarla ad un attore politicamente consapevole e/o politicamente determinato.

Così è, ad es., il caso della perseveranza con cui la Corte, nonostante il Parlamento del '97 avesse sconfessato taluni precedenti della stessa e avesse riconfermato l'inutilizzabilità probatoria delle dichiarazioni di un testimone-imputato in procedimento connesso che si fosse avvalso della facoltà di non rispondere senza il consenso della parti e quindi della difesa, ribadì il suo precedente orientamento giurisprudenziale sul punto con la famosa sent. 361/98, quella che diede, poi, impulso alla riforma costituzionale sul c.d. giusto processo: un atteggiamento sicuramente poco razionale sotto il profilo strategico-politico, ma perfettamente comprensibile — come, peraltro, l'autrice stessa riconosce — alla luce della natura « culturale » della fonte di quel conflitto e della « importanza del discorso normativo che le Corti costituzionali costruiscono attraverso i precedenti » (pp. 244-5). Ancor più evidente è il caso dell'incongruenza fra la giurisprudenza sul controllo incidentale nel periodo fra la XIII e la XIV legislatura — caratterizzata, secondo Pederzoli, da una marcata inclinazione alla deferenza, in coerenza ad uno sviluppo in senso maggioritario del sistema politico — e la giurisprudenza del medesimo periodo riferita, però, al controllo astratto fra Stato e Regioni, ove invece si riscontra esattamente il contrario ovvero un attivismo che non conosce colore politico: si può essere anche d'accordo sul fatto che, in sedi diverse, diversi possono essere gli orientamenti, ma resta pur sempre da capire perché, per spiegare l'attivismo, vengano invocate ragioni giuridico-istituzionali — nella specie, la recente riforma del Titolo V, ma soprattutto la natura « federale » del contenzioso Stato-Regioni, che indurrebbe la Corte ad un ruolo « arbitrale » e, quindi, ad un maggior

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

« "distacco" dal governo centrale » (pp. 220-1) —, che non trovano, invece, spazio alcuno per comprendere la deferenza.

Gli esempi appena riportati, poi, evidenziano anche un secondo svantaggio derivante dalla trascuratezza del fattore 'diritto', che non riguarda ora la *spiegazione* del comportamento politico della Corte, ma la sua *qualificazione* in termini di attivismo o deferenza.

Tutto il volume di Pederzoli, da un lato, ruota intorno al presupposto secondo cui caratteristica funzionale precipua degli organismi di giustizia costituzionale consiste nel loro compito 'anti-maggioritario' e, dall'altro lato, è finalizzato a rilevare l'*an* e il *quantum* di interventi del genere: orbene, in entrambi i casi succitati risulta arduo riscontrare quella caratteristica funzionale e, quindi, sapere se la Corte si è opposta ad una maggioranza oppure si è piegata alle sue indicazioni. Per il processo penale, infatti, ad essere sfidata non fu una maggioranza di governo, ma addirittura buona parte del ceto politico, il quale *compatto* ovvero a maggioranza di ben 2/3 approvò la riforma dell'art. 111 Cost.. Lo stesso dicasi per il controllo astratto nel periodo considerato: a testimoniarlo non è solo il fatto che le censure sono state indirizzate indistintamente al centro-destra e al centro-sinistra, ma soprattutto la circostanza — rilevata dall'autrice stessa — per la quale « alcune pronunce paiono dirette, più che alla maggioranza del momento, alla classe politica nel suo complesso » (p. 221).

Ma l'ambito in cui siffatta griglia interpretativa appare sicuramente inapplicabile concerne il diritto comunitario. In questa sede — come anche nei due esempi sopra riportati — la Corte, oltre a essere mossa per lo più da costrutti concettuali attinenti ai rapporti fra ordinamenti giuridici, di fatto esercita una funzione che 'anti-maggioritaria' non è — nel panorama comunitario, la Corte magari ha da temere di essere scalzata dal primato che sta assumendo vieppiù la Corte di Lussemburgo —, ma che può comprendersi solo a partire dalla funzione giuridico-costituzionale complessivamente esercitata dalla Consulta o — se si vuole, da un punto di vista empiricamente più controllabile — dalle percezioni che di quella funzione i giudici costituzionali dimostrano di avere tramite la giurisprudenza. Vero è che l'autrice sembra riconoscere tutto ciò allorquando precisa che « in modo inatteso questa parte del lavoro [relativa all'UE] si è poi imbattuta in un'altra dimensione utile all'analisi, ossia l'influenza sulle decisioni di idee e valori radicati nel corredo intellettuale e professionale dei giudici »; molto più utile, però, sarebbe stato estendere questa dimensione anche a tutto lo spettro d'indagine assunto.

Con ciò non si vuol sostenere che le categorie di 'attivismo' e di 'deferenza' siano del tutto impraticabili. Sovente lo sono, ma altrettanto soventemente non lo sono e sarebbe assai utile continuare ad adoperarle a condizione di rinunciare ad una analisi per lo più strutturale della Corte, ove l'unica declinazione funzionale è a favore di un mandato

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

'anti-maggioritario' piuttosto limitativo, e di aprire attivismo e deferenza alla pluralità di competenze *giuridiche* svolte dalla Corte.

Che dire, infatti, di tutti gli anni in cui la Corte era impegnata per lo più a svecchiare i codici dal retaggio del passato autoritario? Discorrere di attivismo nei confronti di maggioranze assai risalenti appare scarsamente plausibile, tanto più poi che — come giustamente Pederzoli stessa afferma (p. 210) — l'annullamento di leggi vecchie può rappresentare, a ben vedere, anche una forma di deferenza nei confronti di una maggioranza attuale del tutto favorevole in tal senso — il che sembrerebbe avvalorato dall'assenza di apprezzabili reazioni politiche di quel periodo. Si può perseverare in tale etichettatura, allora, solo a patto di intendere l'attivismo puramente e semplicemente come la sovrapposizione da parte della Corte di « preferenze di *policy* » diverse rispetto a quelle espresse nella legge (presente o passata), ma, se così fosse, la nozione stessa di 'attivismo' e il suo correlato della 'deferenza' finiscono con l'essere poco significative se non accompagnate — ancora una volta — da un criterio giuridico: è interessante sapere se una Corte costituzionale annulli una legge vecchia per deferenza verso una nuova maggioranza, ma è molto più interessante sapere se lo ha fatto, *nonostante non lo dovesse giuridicamente fare*.

In conclusione, ben si attagliano le parole adoperate da Norberto Bobbio oltre vent'anni fa per descrivere la più generale situazione degli studi politologici in Italia: « Per quel che mi riguarda mi pare che lo stato di salute della scienza politica sia buono, nonostante sia cresciuta molto in fretta. La crisi del formalismo giuridico ne ha favorito lo sviluppo. Del resto, se la separazione tra scienza politica e diritto pubblico, ossia la loro reciproca autonomia, possono essere state utili in una certa fase del loro sviluppo, oggi è assai più utile la loro conoscenza reciproca e pertanto auspicabile la loro collaborazione » (1).

PATRIZIA PEDERZOLI

Ringrazio Giovanni Bisogni per il tempo che ha dedicato alla lettura del volume sulla Corte costituzionale, per i suoi generosi apprezzamenti e soprattutto per l'acuta analisi critica. Approfitto dunque volentieri dello spazio che questa Rivista ha scelto di dedicare alle eventuali repliche degli autori per tentare una risposta ai suoi rilievi.

Vengo subito al primo, dal quale si dipanano gli altri, se ben colgo il ragionamento. La prospettiva adottata per studiare la Corte lungo

(1) N. Bobbio, *La scienza politica e la tradizione di studi politici in Italia*, ora in Id., *Saggi sulla scienza politica in Italia*, nuova edizione accresciuta, Roma-Bari, Laterza, 1996, p. 263.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

l'intero arco della storia repubblicana sarebbe sin troppo "esterna", tale cioè da privilegiare chiavi di lettura e di spiegazione imperniate su fattori politici in senso lato, con la conseguenza di trascurare il peso che diritto e cultura giuridica sempre hanno nelle decisioni dei giudici. Una simile trascuratezza — si osserva poi e con buone ragioni — è tanto meno giustificabile quanto più si considera che in non pochi casi, o ambiti di competenza, quei fattori non sono di grande aiuto per interpretare e tanto meno spiegare le pronunce delle corti costituzionali, della nostra come delle sue omologhe in altri paesi. Si potrebbe naturalmente obiettare che una simile prospettiva è dovuta sia alla formazione di chi scrive sia alla circostanza che sulla giustizia costituzionale italiana già esiste una copiosa ed autorevole produzione dottrinale perlopiù incentrata su fattori interni, di natura giuridica. In realtà, quello sottolineato da Bisogni è un punto importante e che merita attenzione. Mette a fuoco infatti, se non un'autentica lacuna, quanto meno una dimensione d'analisi che in questa ricerca non è stato possibile trattare in modo compiuto. Le scienze sociali in genere, e tra queste la stessa scienza politica, non rifuggono certo dal considerare i filtri culturali degli attori di volta in volta studiati, siano essi individuali o collettivi. Ed è ormai indiscusso, anche perché ribadito da un'ampia letteratura sulle relazioni tra giustizia e politica, che per comprendere come i giudici decidono vanno prese in esame anche le concezioni di ruolo: gli orientamenti, i valori individuali, e tra questi il "sentimento di obbligatorietà" che discende dall'indossare la toga; ma anche l'importanza attribuita ai precedenti, che sono parte integrante del corredo culturale dei giudici, a prescindere dalla tradizione giuridica in cui si muovono, sia essa di common law o di civil law; e, non ultima, la consapevolezza che il consenso alle sentenze dipende in buona misura da coerenza, persuasività e solidità degli argomenti "in punto di diritto". Ma, detto questo, le scienze sociali sono anche tenute ad ancorare ipotesi e spiegazioni a dati empirici. I quali, anche quando disponibili o pazientemente raccolti in proprio, necessitano di appositi metodi e strumenti per essere trattati in maniera adeguata, ossia non impressionistica. Inserire stabilmente nel quadro d'analisi gli elementi suggeriti da Bisogni, per poi proiettarli sui processi decisionali della corte, non è affatto semplice: anche a voler considerare un singolo settore della legislazione, magari in un lasso di tempo limitato, resta l'ostacolo insormontabile del segreto che da sempre circonda la camera di consiglio e dunque l'impossibilità di conoscere gli apporti individuali alle scelte del collegio. Più importante, "prendere sul serio" diritto e cultura giuridica avrebbe richiesto una ricerca diversa e in definitiva un libro diverso; distante, sia consentito ricordarlo, anche dalle finalità della collana editoriale e dei suoi curatori, che si propongono di far luce sul ruolo nel sistema politico delle singole istituzioni affrontate (dal Parlamento alla Banca d'Italia), anche in chiave diacronica. Ho però

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

tentato di far affiorare questi elementi, e la loro indubbia rilevanza, ricostruendo il percorso che la Consulta ha seguito in uno dei pochi casi di conflitto aperto col legislatore, quello poi sfociato nella revisione costituzionale che ha introdotto i principi del cosiddetto giusto processo. È solo circoscrivendo l'analisi ad una 'manciata' di pronunce in uno specifico settore — usando cioè una lente d'ingrandimento invece del grandangolo — che diventa agevole cogliere il rilievo dei filtri culturali. Il tutto, ovviamente, senza alcuna pretesa di formulare ipotesi di più ampio respiro. Per tentare una qualche generalizzazione nel senso auspicato da Bisogni, mi preme ripeterlo, sono indispensabili ricerche mirate, nello spazio come nel tempo, e comunque di impianto diverso da quello seguito in questa prima esplorazione a tutto campo della Corte costituzionale italiana.

Vengo ora alla questione più rilevante tra quelle sollevate, ma pur sempre connessa alla 'latitanza' del diritto nella disamina della nostra giustizia costituzionale: la qualificazione del comportamento della Corte in termini di attivismo o di *self-restraint* e l'impossibilità di tutto ricondurre a questi due poli concettuali. Vero è che l'analisi ruota in gran parte su questo interrogativo, centrale per chi studia ruolo ed impatto politico del giudice delle leggi. Un interrogativo, inoltre, cui si può cercare di rispondere ancorandosi ad una base empirica. Pur con tutti i limiti insiti nel trattamento quantitativo delle pronunce (limiti dichiarati nel volume e che non occorre qui ripetere), per farlo si possono 'contare' le censure di costituzionalità, soffermandosi in particolare — come è stato fatto relativamente alla XIII e XIV legislatura — su quelle che colpiscono maggioranze ancora in essere, e non già del passato, laddove cioè si può ragionevolmente assumere che il giudice eserciti un autentico potere di veto e si risolva ad assumere uno scomodo ruolo "anti-maggioritario". Ed è vero anche che questi due poli concettuali non riescono a catturare interamente le differenze riscontrate nello stesso periodo tra controllo concreto e controllo astratto; anche se, rispetto a quest'ultimo, emerge in modo abbastanza netto uno scarto nel 'rendimento' costituzionale delle coalizioni di centrosinistra e di centrodestra. Qui soccorre però un concetto caro a chi pratica la scienza politica e l'analisi delle politiche pubbliche, quello di arena decisionale: variando gli attori che si muovono al suo interno, gli interessi in gioco, gli schemi e le dinamiche di interazione, *può* variare anche il modo di agire del collegio, quali che siano la sua struttura e la solidità delle maggioranze con cui si confronta. Si tratta beninteso di un'ipotesi, non a caso formulata nelle conclusioni della ricerca, che tuttavia non andrebbe scartata a priori. Del resto, anche senza voler approfondire questo aspetto, è abbastanza evidente che l'arena 'federale' presenta caratteri peculiari, non assimilabili in alcun modo a quelli propri di altri ambiti di competenza della Corte, si tratti dell'ammissibilità dei referendum abrogativi o del controllo di costitu-

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

zionalità in via incidentale. Convengo poi con Bisogni che la griglia d'analisi utilizzata calza stretta anche al diritto comunitario; una sfera decisionale che certo non si presta ad essere incasellata nel continuum attivismo-moderazione, ma nella quale si può talvolta scorgere una qualche prudenza della Corte, forse suggerita da uno sguardo attento più alla scena politica interna che ai complessi rapporti tra ordinamenti giuridici (così sembra essere stato, a parere di non pochi costituzionalisti, nella lunga e complicata vicenda del "falso in bilancio", che verteva sul d.lgs. 61/2002). Comunque, anche nel capitolo dedicato alle relazioni con le altre corti, ho cercato di portare in luce l'influenza del bagaglio culturale e intellettuale dei giudici, ma "estendere questa dimensione a tutto lo spettro di indagine assunto", dalla nascita della Consulta sino ad oggi e nei diversi settori di sua competenza, potrebbe semmai costituire (e qui spero sia Bisogni a convenire con me) un programma di ricerca per gli anni a venire. Il punto è che non conviene forse considerare come 'monolitica' una istituzione che tale non è; se non altro per l'ampia gamma di *tipi* di decisione che la Corte è chiamata a prendere e di interlocutori con i quali di volta in volta dialoga: giudici nazionali e non, governo e regioni, comitati promotori di referendum, maggioranze attuali o già sconfitte dalle urne, almeno pro tempore.

Quanto all'ultimo rilievo, logicamente connesso agli altri, secondo cui è "molto più interessante sapere se [una corte annulla una legge] *nonostante non lo dovesse giuridicamente fare*", la mia risposta non può che essere una sola: valutarlo, perché non più di questo si può fare, è compito dei giuristi, con i quali la scienza politica può utilmente dialogare.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

IGNACIO FERNÁNDEZ SARASOLA, *Los partidos políticos en el pensamiento español. De la Ilustración a nuestros días*, Madrid, Marcial Pons, 2009, 382 pp.

SEBASTIÁN MARTÍN

En un principio, el libro que pasamos a reseñar, culminación de una línea de investigación cultivada por el autor desde hace años (1), dice abordar « la historia de la *idea de partido*, del concepto, de cómo se percibieron los partidos políticos en la conciencia de los actores de cada época » (p. 15). Con el paso de las páginas, el lector se percata de que está ante una monografía que abarca mucho más que la mera reconstrucción histórica de la idea de partido. Es más, desde la perspectiva de la historia del pensamiento jurídico, me atrevería a señalar que el estudio de la construcción teórico-jurídica de los partidos cuenta con una presencia proporcionalmente menor, aunque en absoluto carente de importancia. Comienza con el examen de las ideas de José Donoso Cortés o Antonio Alcalá Galiano, se hace patente en el análisis de los tratados de derecho político circulantes en los años treinta (p. 255 ss.), llega a su cénit con la valiosa recuperación de la tesis inédita sobre el particular de Francisco Ayala — uno de los momentos más destacables del libro — (pp. 258-261), prosigue con el estudio de la doctrina franquista, en la que sobresale la interpretación de Luis Legaz Lacambra (p. 293), y concluye con la reseña de ciertos diccionarios políticos y de varios tratados y artículos publicados durante la transición.

Junto a esta temática, que supone apenas una cuarta parte del

(1) Cultivo que ha ido rindiendo sus frutos: *Los partidos políticos en el pensamiento español (1783-1855)*, « Historia Constitucional » 1 (2000); *La idea de partido en España: de la Ilustración a las Cortes de Cádiz (1783-1814)*, « Cuadernos de Estudios del Siglo XVIII », 8-9 (1998/9), pp. 79-100; *Idea de partido y sistema de partidos en el constitucionalismo histórico español*, « Teoría y realidad constitucional », 7 (2001), pp. 217-235; *Los conceptos de Cortes y parlamentarismo en la España del siglo XX*, « Revista de las Cortes Generales », 62 (2004), pp. 141-178; *La idea de partido político en la España del siglo XX*, « Revista Española de Derecho Constitucional » 77 (2006), pp. 77-107.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

relato (2), nos encontramos con otros hilos conductores de mayor extensión, principalmente con dos: el primero hace referencia a la dimensión legislativa, institucional y organizativa de los partidos políticos en la historia contemporánea española, y el segundo desentraña las concepciones que sobre éstos mantuvieron sus principales protagonistas, aquellos sujetos caracterizados por reflexionar sobre el partido desde la praxis y la estrategia política, incluso desde la misma pertenencia a formaciones partidarias. Si estamos, pues, ante una historia « de la idea de partido », y no frente a una historia política de los partidos mismos, es porque acertadamente se da por entendido que ésta, su idea, también se halla engastada tanto en los proyectos, leyes y programas que los iban perfilando como en las disquisiciones de sus líderes o de intelectuales atentos a la actualidad social.

Ocupada en describir los pormenores de su progresiva y cambiante implantación, y partiendo de la constatación de que, « por lo general, en los partidos la realidad ha precedido a las ideas » (p. 15), nuestra monografía se centra así, fundamentalmente, en concepciones nacidas de la práctica política y la actividad legislativa, cuando no en los avatares de las propias agrupaciones partidarias. Para ilustrarnos sobre tales extremos, y pese a la restricción editorial de buena parte de las notas bibliográficas (3), el autor se basa en un formidable repertorio documental, encomiable despliegue de fuentes que comprende textos legislativos y obras de doctrina, discursos parlamentarios y artículos de prensa, discursos políticos y alocuciones académicas, memorias y epístolas, programas y manifiestos, textos literarios y citas elocuentes que introducen cada uno de los epígrafes. Con tan heterogéneo material, se corre el riesgo de fundir lo dispar y de no distinguir estratos discursivos con relativa autonomía. Creo, no obstante, que Fernández Sarasola salva el peligro de una exposición heteróclita y logra ofrecernos un fresco completo de esta voz indispensable del léxico político moderno, ya sea en su aspecto más singular, como la noción de partido propugnada por políticos decisivos tal que Antonio Cánovas, Francisco Silvela o Manuel Azaña, o bien en su aspecto más general, exponiendo « la ideología » sobre los partidos imperante en cada período histórico y sus transformaciones sucesivas. Y tanto para comentar idearios personales

(2) Y acaso no pudiera extenderse más, dado que un objeto como los partidos, manifestación del carácter polémico de la toma de decisiones políticas, obstaculizaba el afán de sistema que caracterizó al derecho público desde la segunda mitad del siglo XIX hasta su tecnificación en el XX.

(3) El autor nos indica ya desde el comienzo del texto que ha debido « eliminar dos tercios de las notas que originariamente lo acompañaban », supresión que intenta « compensar incluyendo en las fuentes y bibliografía todas las obras consultadas » (pp. 18-19).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

como para describir los contornos sucesivos del citado concepto el autor se sirve de una convincente ordenación estructural.

A ella le preceden dos premisas de partida. La primera consiste en la tácita convicción del autor de que el modo más ético de organizar la cosa pública se identifica con los cánones de una moderada democracia pluralista. Tal presupuesto se hace patente, por ejemplo, en su elección como interlocutor histórico para narrar los pormenores del Sexenio de « los partidos más avanzados », « los demócratas y republicanos » (p. 119), en sus valoraciones positivas sobre la República, « la primera verdadera democracia española » (p. 246), o en la vinculación del « socialismo » con determinantes conquistas para la participación política y « la defensa del individuo » (p. 17).

La asunción legítima de principios políticos o juicios de valor apriorísticos comporta vidriosos problemas metodológicos. Lo más honesto científicamente es reconocerlos de un modo abierto y claro, pues resulta inverosímil que tales pre-comprensiones no estén presentes en la elaboración de las ciencias sociales. En el caso de la historiografía política, su adopción y contenidos son además fundamentales porque de ellos depende el resultado final, y de su mayor o menor proyección en los análisis se derivan riesgos específicos. Al igual que para el antropólogo implica un importante error de apreciación valorar una cultura que le es exótica con los parámetros de la propia, el historiador no debe proyectar hacia el pasado valores fundadores de su presente. De hacerlo, incurriría en anacronismos y terminaría realizando una lectura teleológica y evolucionista del objeto tratado, como si por la fatalidad del destino estuviese abocado a tomar la forma que tiene en la actualidad. Ahora bien, el problema se complica para el examen del tracto histórico más contemporáneo, en el que comenzaron a circular valores relacionados con la libertad, el individuo y la democracia sobre los que supuestamente se asientan las últimas Constituciones europeas. En ese caso, oponer como contraste a los regímenes políticos que se sucedieron en los siglos XIX y XX los principios y metas del primer liberalismo, lejos de constituir un signo de anacronismo, supone un recurso definitorio indispensable, pues desde el Estado liberal hasta los totalitarismos pasando por las Repúblicas de entreguerras modularon su identidad, de un modo u otro, en referencia a los valores inaugurales de la tradición democrática, social y liberal, ya fuese para cercenarlos y negarlos o ya para llevarlos a término. Pero esto nos coloca ante una nueva disyuntiva, a saber: el discurso oficial en que se apoyaron los diversos sistemas de ambos siglos invocaba la libertad, la democracia y los derechos del individuo, pese a que el sentido de tales invocaciones no se correspondiese con el alcance que la libertad, la democracia y los derechos tuvieron en sus más exigentes formulaciones. Por lo tanto, el historiador se encuentra así ante una doble tarea, la de precisar el significado que en la cosmovisión hegemónica se atribuía a dichos

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

términos políticos y la de definirlos en contraste con el sentido que éstos tenían en su versión más completa y moral, que, repito, se supone vigente en la actualidad (4).

Toda esta digresión metodológica se justifica porque, como veremos, esta preferencia del autor por el pluralismo democrático tiene en el texto una función irregular. En términos generales, habría de facilitar el punto de comparación con los modelos políticos precedentes al de 1978, sin interrumpir ni menoscabar la explicación del discurso político oficial que les sirvió de base cultural. Y el caso es que así lo hace en bastantes ocasiones, tanto para denunciar la falta de pluralismo hasta 1868, y aun durante el Sexenio (p. 128), como para poner de relieve el carácter excluyente del bipartidismo auspiciado por Cánovas (p. 176). Por eso no se comprende el motivo de que desaparezcan las convicciones pluralistas de fondo en otros momentos, quizá más decisivos, como en buena parte del examen del régimen franquista. Se deduce que Fernández Sarasola quiere evitar toda clase de anacronismo, cuidándose de oponer a realidades pretéritas el marco superior del pluralismo democrático y prefiriendo atender a los atributos distintivos de cada una de las declinaciones históricas de la idea de partido. Pero, comoquiera que no deja de oponerlo en otros fragmentos de la obra, el rango de que goza resulta confuso y el tenor de las conclusiones que alcanza puede generar equívocos.

Baste por ahora citar, antes de seguir profundizando en él, un solo ejemplo de este punto que tratamos: su preferencia por los políticos intransigentes y continuistas de la transición (p. 318), cuyos argumentos considera « más sólidos » y « consistentes » que los esgrimidos por los aperturistas porque, en definitiva, bajo el imperio de los principios inconmovibles del « Movimiento » no cabían los partidos, aun disfrazándolos de « asociaciones políticas » con relieve electoral. Si esto es cierto, no sobra tampoco una mención expresa al trasfondo pluralista y democrático desde el que es posible sostener semejante convergencia, pues, en efecto, un sistema compuesto de una pluralidad de partidos, por irrisoria que fuese, era radicalmente incompatible con la supervivencia de la dictadura, lo cual hacía deseable la ruptura con esta última más que el rechazo de aquel sistema. Pero más allá del señalamiento de dicha incompatibilidad, interpretable como digo también en términos democráticos, la solidez y consistencia de los defensores integristas del

(4) Esa misma doble tarea traté de llevar a cabo en *Penalística y penalistas españoles a la luz del principio de legalidad (1874-1944)*, en « Quaderni Fiorentini », 36 (2007), pp. 503-610, intentando combinar, por un lado, la crítica del pensamiento penal español en función de su proximidad o lejanía respecto de las garantías jurídico-penales en su más pleno sentido, y por otro, la exposición del significado que los penalistas atribuían a tal principio cuando lo defendían o negaban.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Movimiento equivalía tan solo a la solidez y consistencia de sus intereses particulares protegidos por el régimen.

Si la primera premisa consiste en esta asunción irregular y tácita de la ética democrática, la segunda se corresponde con el concepto-tipo de partido que al autor sirve de guía en su prospección historiográfica. Esta acepción — según la cual el partido es una « asociación » coagulada en torno a una ideología compartida que aspira a « conquistar el poder para realizar su programa » (p. 236) — es la que marca la divisoria entre la prehistoria de los partidos y su andadura en sentido estricto. El gozne entre ambas etapas lo encarna un nombre propio, Andrés Borrego, primer formulador de esa « idea moderna de partido » en la historia intelectual hispana (pp. 101-109), la cual obtuvo de Manuel Azaña su versión más acabada, aquella que transitaba de « la opinión pública nacional » a las « opiniones en plural » y disolvía los mitos políticos ilustrados y liberales del « bien público », la « voluntad general » o el interés común (p. 247, p. 265). Este concepto típico funciona además como punto de contraste para poder apreciar, por un lado, lo poco que en realidad tenían de partido la Unión Patriótica de Primo de Rivera o la Falange del franquismo, y por otro, lo que les quedaba para serlo a las dos corrientes de la familia liberal y a las agrupaciones parlamentarias que éstas formaron en la España anterior a 1868, consideradas más bien como « tendencias ideológicas carentes de organización y líderes » (p. 61) y desprovistas de « un programa definido » y de la indispensable « cohesión interna » (p. 75). Por eso no se entiende el motivo que lleva al autor a denominarlas, de todas formas, como partidos. Se infiere que su objetivo, propio de la historia conceptual, no es sino ir revelando los diferentes significados que en el vocabulario político y periodístico de la época fueron atribuidos al campo semántico « partido », antes incluso de que éste hubiese sido concebido, o se hubiese materializado, en términos modernos (5). Pero, en todo caso, no faltan las ocasiones en que el lector no puede distinguir con claridad si dichas « tendencias » — que no nacían del derecho de asociación, ni expresaban pluralismo alguno, ni contaban con programas verdaderos sometidos al refrendo electoral — son calificadas como partidos por fidelidad a las fuentes de la época o por vaguedad conceptual.

Como se decía, junto a los dos postulados descritos, el abundante caudal de hechos relatados en nuestro texto viene además articulado por una certera distribución basada en principios generales. Cierto es que en el relato prepondera la narración de hechos en detrimento de la

(5) Así, por ejemplo, indica que, en tiempos del Trienio, « diarios como *La Colmena, El Espectador, El Zurriago* o *El Amigo del Pueblo* comenzaron a referirse a exaltados y moderados como partidos. De esta forma superaban la primera idea de partido como facción » (p. 61).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

exposición estructural. Ello acarrea algunas reiteraciones, comunes, por otra parte, a la historiografía con más vocación informativa que teórica, y visibles, por ejemplo, en el estudio de los autores críticos con los partidos y el régimen parlamentario, los cuales, pese a sus particularidades accidentales, convergían en la defensa de un conjunto reducido de axiomas fácilmente identificable. Pero lo relevante es que, al lado de las habituales remisiones internas, que traban el texto y agilizan una lectura de por sí amena, la exposición se ordena en función de ciertos referentes que aparecen con frecuencia, orientando al lector y permitiéndole sistematizar sus conclusiones. Tales referentes se condensan en la oposición binaria entre Estado y sociedad, marco en el que son inscritas las diferentes acepciones y las variadas dimensiones del partido, visto que, en definitiva, « los partidos se concibieron en algún momento como émulos ya del Estado, ya de la sociedad » (p. 18).

Este esquema implícito permite que la problemática tratada en el libro se despliegue con claridad y en toda su extensión. Referido a la sociedad, el partido, entre otras cosas, se relaciona con el alcance del derecho de asociación, se topa con el dilema de si ha de representar la presunta unidad social o la pluralidad ideológica que caracteriza a la comunidad, se vincula de un modo revelador con los idearios que pretende materializar y, más recientemente, se halla en tensión con las fórmulas de participación directa y con la existencia de agrupaciones electorales. Y referido al Estado, el partido entabla relaciones con su trasunto en las cámaras, el « grupo parlamentario » — ya sea apoyando al gobierno o en la oposición —, se debate entre ser un « instrumento al servicio del parlamentarismo », como en el sistema bipartidista, o un órgano supremo del Estado mismo, como en las dictaduras, y se coloca en la compleja posición de destinatario de unas normas que él mismo ha contribuido a producir.

Con la estructura abocetada y el acopio documental mencionado, Fernández Sarasola nos propone un recorrido exhaustivo a través de las diferentes etapas que jalonan la historia española, desde las décadas de la Ilustración hasta la más palpitante actualidad. Por su legítima vocación de dirigirse al « público interesado en la política » (p. 18), y no solo al especialista, nuestro libro detalla los aspectos más relevantes de cada uno de dichos períodos. Es aquí, en la recreación instrumental de la historia política española, donde el recensor se aleja más de los postulados del autor y donde quizá se alojen los puntos más débiles del libro, al menos en la medida en que la referencia al pluralismo político deja de funcionar o funciona intermitentemente, con el resultado de trasladar al lector juicios y observaciones contradictorios entre sí.

No creo, por ejemplo, que el liberalismo gaditano se aproxime tanto a Rousseau, ni que esté tan liberado de referencias premodernas, ni que su concepto de Constitución sea ya, a esas alturas, « racional-normativo » (p. 37), algo incompatible con el sostenimiento de princi-

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

pios tradicionales inamovibles hasta para el poder constituyente (6). Tampoco caracterizaría exactamente a las Constituciones de 1837 y 1845 por su naturaleza transaccional, flexible y proclive a favorecer cierto pluralismo dadas sus continuas « remisiones a la ley » (p. 92) y, por consiguiente, a la dialéctica parlamentaria. Y no lo haría precisamente por la vigencia presupuesta de dichos principios inalterables, por el establecimiento extraconstitucional, y por tanto no sujeto a discusión en las cámaras, de aspectos fundamentales para la construcción del Estado y por la acostumbrada elaboración gubernamental de las leyes, dato que restaba protagonismo a las Cortes (7). Y aun considerando que tales Constituciones se caracterizan por dichas señas, lo más que habrían propiciado sería la división funcional para la praxis parlamentaria del liberalismo en dos grupos diferenciados, fenómeno todavía alejado del partido como institución política. Tampoco me convence que el Sexenio, igual de propenso que los regímenes anteriores y posteriores a los estados de excepción y a la represión extralegal de cierta criminalidad, fuese ajeno al aseguramiento del orden público,

(6) Sabido es que existe abundante y actual bibliografía sobre el particular, que se decide ignorar, y hasta el mismo Fernández Sarasola sostiene que los herederos del liberalismo doceañista mantenían « la idea de que existían determinados principios intangibles que quedaban al margen de toda discusión » (p. 81). Además, al obviar el lastre jurisdiccional de este primer liberalismo y la persistencia corporativa en la sociedad hispana de principios del siglo XIX, se deja en consecuencia de mencionar uno de los principales motivos que impedían el florecimiento de los partidos. Y con respecto al concepto de Constitución defendido por los primeros liberales, no está de más volver al significado original de la legitimidad racional-normativa para apreciar hasta qué punto no puede identificarse por entero con ella una norma con numerosas referencias historicistas. Para ello, cf. Max WEBER, *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva* (1956[4]), México, FCE, 1993[10], pp. 173 ss. 1993.

(7) Fernández Sarasola cita en este sentido el clásico estudio de Juan Ignacio MARCUELLO BENEDICTO, *La práctica parlamentaria en el reinado de Isabel II*, Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1986, como bibliografía válida « por todos » (p. 93, n. 52) para documentar el asunto de la « parlamentarización » de la Monarquía. En él se identifica, como rasgo estructural de dicho sistema parlamentario, la práctica « de *delegaciones legislativas* acordadas por las Cortes en favor del poder ejecutivo […] en campos tan relevantes como el de las leyes orgánicas, las leyes de Códigos e, inclusive, las leyes de Presupuesto », p. 23. Y a dicha práctica se añadía un ejercicio de la iniciativa legislativa mayoritariamente gubernamental y una relegación de la iniciativa parlamentaria a campos secundarios, pp. 88 y 249. El mismo Fernández Sarasola, páginas más adelante, caracteriza el « parlamentarismo liberal » por « 'discutir y no legislar' » (p. 252). Se percibe así hasta qué limitado punto la dinámica parlamentaria encuadrada en las Constituciones isabelinas pudo contribuir a la generación del pluralismo y, con ello, de los partidos.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

rasgo que el autor atribuye tan solo a la Restauración (p. 114) (8). Y, por último, me resulta algo excesiva la calificación de la « Constitución interna » como « exitosa construcción » de Cánovas del Castillo (p. 175), visto que procedía, en todas sus facetas, de bastante atrás (9).

Estas indicaciones, de cualquier modo, patentizan unas divergencias que solo muestran que la historia político-constitucional hispana es susceptible de variadas lecturas (10), aunque unas, a mi entender, guarden mayor fidelidad a las fuentes que otras. Caben, sin embargo, algunas otras apreciaciones que señalan, sino contradicciones, sí desde luego tensiones evidentes en los planteamientos de Fernández Sarasola. Por ejemplo, cuando se abre el capítulo dedicado a la República con el título « El pluralismo 'excesivo' » y se cierra concluyendo que, « [f]raccionada España en dos bloques, desoída la llamada a la unidad política, la suerte de la República estaba echada » (p. 281), el lector espera tropezar con muchas de las convenciones de tono conservador que sobre aquel régimen han ido consolidándose en la última década, en especial la que vincula una situación de ingobernabilidad con un golpe de Estado poco menos que inevitable. Alguna desde luego hay, como creer que « uno de los grandes males que impregnaron la Segunda República [fue] su escasa capacidad de conciliación » (p. 247), vicio que no pertenecía tanto al sistema constitucional republicano — tan integrador que daba cabida política a la región, la mujer, el trabajador y a todos los partidos — como a los políticos, sectores y movimientos que lo destrozaron. Mas, pese a tal consideración, lo que el estudioso hallará realmente es una representación progresista del tracto republicano. Dicha imagen se torna perceptible, en primer término, con la calificación de la República como modelo que abolía « la artificiosidad » de los regímenes anteriores, acababa con « los partidos de notables » y permitía por fin que « los partidos emergieran del pueblo » (pp. 246-249), algo totalmente extraño para el corrupto, falsario y

(8) Para deshacer cierta mitología liberal resulta de suma utilidad la lectura de Manuel Ballbé, *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Madrid, Alianza, 1985^2.

(9) Basta abrir la fuente bibliográfica que emplea el autor para saber que « Constitución interna es un concepto recurrente a lo largo de todo el constitucionalismo del siglo xix », cuya función consistió en « oponerse a las pretensiones constitucionalizadoras basadas en principios propiamente liberales », Almudena Bergareche Gros, *El concepto de constitución interna en el constitucionalismo de la Restauración española*, Madrid, CEPC, 2002, p. 11.

(10) Obsérvese que casi todas las objeciones realizadas sobre la visión que de la historia constitucional decimonónica transmite nuestra monografía convergen en un punto: en señalar que no es tenido en cuenta el pesado lastre tradicional, y por tanto preconstitucional, que la caracterizaba.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

oligárquico turnismo impuesto durante la Restauración (11). En segunda instancia, con la indicación de que 1931 supuso « una depuración de un parlamentarismo seriamente herido » (p. 249). En tercer lugar, con la útil recordación de que las tácticas de obstruccionismo parlamentario, lejos de ser inventadas o producidas por la República, venían de atrás (12). Y en cuarto — pero no último — lugar, con el muy oportuno apunte de que la República trató « de poner en práctica » un « parlamentarismo racionalizado » que se caracterizaba, entre otras cosas, por « fortalecer al Gobierno » y favorecer « la formación de mayorías estables » para evitar « la excesiva atomización política del Parlamento » (p. 252), es decir, por unos rasgos muy distantes de ese « pluralismo excesivo » que parecía denunciar la titulación del capítulo.

De similar manera procede el autor con su generoso retrato del franquismo posterior a la Ley Orgánica del Estado de 1967. Sobre este asunto volveremos enseguida, pero puede ahora señalarse que este presunto « intento de apertura », que supuestamente incrementaba « los cauces de participación ciudadana » (p. 303), puede ser interpretado de modo alternativo, en concreto como una desesperada estrategia de supervivencia y perpetuación en el poder más que como síntoma de tímido democratismo o de incipiente rectificación (13). Pero, independientemente de la interpretación realizada, la cuestión es que no casa del todo bien creer, por una parte, que se estaba ante « un relevante avance hacia la modernización » (p. 304), y por la otra, criticar el cínico y « casi nulo » asociacionismo que estatuyó el régimen nacional-católico (pp. 310-311).

Estas observaciones, centradas en la ilustración general de la historia política española llevada a cabo por Fernández Sarasola, aunque a veces afectan al estudio del objeto central, no restan mérito alguno al notorio esfuerzo reconstructivo exhibido por el autor. De tal esfuerzo, verdaderamente digno de elogio, dan testimonio numerosas manifestaciones: la atención prestada a las condiciones que hicieron

---

(11) Séame permitido introducir un recuerdo relacionado con el pluralismo democrático republicano. Cuando en el otoño del año 2000 consulté por vez primera el *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes* de la II República me llamó poderosamente la atención cómo todos los hoy denominados grupos parlamentarios se llamaban entonces « minorías », independientemente de la proporción de su presencia en la Cámara.

(12) De ahí que en un temprano 1930, como Sarasola nos hace saber, la Derecha Liberal Republicana de Niceto Alcalá Zamora renegase ya del parlamentarismo que « derriba y no combate », p. 252.

(13) Intento al menos sugerir esa lectura en Sebastián Martín, *Génesis y estructura del 'nuevo' Estado (1933-1947)*, en Federico Fernández-Crehuet, Daniel García López (eds.), *Derecho, memoria histórica y dictaduras*, Granada, Comares, 2009, pp. 79-135.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

posible el rechazo, la emergencia y la proliferación de los partidos y su costosa liberación del estigma de facciosos; el análisis de asuntos vinculados a la temática principal como el derecho de asociación o las concepciones de la representación política y la voluntad general; la renuncia, en lo que el texto tiene de historia intelectual, a realizar una hagiografía al uso, dando por consiguiente cabida a voces solo aparentemente periféricas, que contaban, como en el caso de Manuel Llorente, con el logro de plasmar por vez primera, incluso antes de Andrés Borrego, una idea positiva y pluralista de los partidos (p. 73); y, por último, en lo que tiene de historia más política, cabe destacar un ostensible ánimo de exhaustividad, apoyado en el ya citado vigor documental, que permite al lector conocer las aventuras partidarias de Joaquín Costa y de Ortega y Gasset, el intento de Primo por instaurar un bipartidismo compartido entre Unión Patriótica y el Partido Socialista, el novedoso concepto de partido que supuso la irrupción del Frente Popular, la posición inicialmente perdedora del tradicionalismo en el régimen franquista, los entresijos legislativos e institucionales de la democracia orgánica y los términos exactos de problemas y fenómenos actuales como la ilegalización de partidos políticos por motivos de seguridad — más que por « irradiación o maximización democrática » (p. 332) —, el surgimiento de novedosas, significativas y ascendentes formaciones como Unión Progreso y Democracia o la discriminación positiva por razones de género en los cargos públicos.

Y es que nuestro libro cuenta con varios hilos conductores que lo atraviesan por entero y le permiten abordar un repertorio tan variado de temas. A lo largo de sus páginas, como cuestiones recurrentes, aparecen, en efecto, diversos asuntos de calado. Los resortes y el desenvolvimiento de la actividad parlamentaria, las relaciones entre los poderes del Estado (14), los reparos que a lo largo de dos siglos se opusieron al régimen parlamentario, el fenómeno de las coaliciones, el sistema del turnismo, sus antecedentes y las causas de su crisis y disolución, las líneas de fuerza que condujeron a los partidos de masas, las posibles vertientes — orgánica, individualista, mixta — de la representación política y la configuración interna y el mapa de los partidos operantes en la escena hispana, desde las agrupaciones católicas y nacionalistas hasta los partidos de clase, son algunos de los tópicos que el lector podrá ver examinados en este estudio. Un rico entramado de materias en el que destaca una problemática específica, esencial para la teoría y la historia políticas, a saber: los complicados vínculos entre el pluralismo y la unidad, entendidos como factores indispensables, pero en tensión permanente, de la organización social.

(14) Objeto del que Fernández Sarasola es buen conocedor: vid. su trabajo *Poder y libertad. Los orígenes de la responsabilidad del Ejecutivo en España (1808-1823)*, Madrid, CEPC, 2000.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

En este sentido, puede decirse que estamos ante una historia del (accidentado y maltrecho) pluralismo político en España. Aunque no se indague en sus motivos últimos, una de las conclusiones más claras del libro hace referencia a la inexorabilidad de la fragmentación ideológica en una sociedad desencantada, suerte de entropía política que afectó hasta a los colectivos supuestamente más cohesionados por sus creencias dogmáticas, según demuestran las escisiones y divisiones acontecidas en el seno de los partidos nacionalistas, católicos y socialistas (pp. 147, 152, 158) o en el interior mismo de los partidos únicos en que se apoyaron las dictaduras de Primo y Franco (pp. 242, 295, 306). Y en el polo opuesto, el de la unidad, también se contempla en nuestra monografía una cumplida exposición de sus diferentes modulaciones históricas, o, lo que es igual, de la reiterada estrategia desarrollada por determinados sectores políticos para erigirse en representantes exclusivos de la nación, con la consiguiente proscripción de las restantes sensibilidades ideológicas, descalificadas sistemáticamente, y por interesado y duradero influjo de la experiencia revolucionaria francesa, como « facciones ». Una apropiación ilegítima de la representación nacional que no solo fue patrimonio del partido único franquista o de su precedente primorriverista, sino también de las tendencias liberales, coincidentes en su rechazo del pluralismo por incompatible con la « razón » o la « unidad nacional » (p. 89), o del mismo liberalismo doceañista y « exaltado » (p. 57), el cual, Siéyes mediante, reducía la nación al estrato burgués (15).

Como ya se ha insinuado, el lugar notable que ocupa este problema ético de la exclusión del pluralismo en algunos pasajes del texto contrasta con su práctica e incomprensible postergación en el tratamiento del franquismo. La causa de esta desatención relativa acaso sea la adopción de un enfoque inmanente al propio régimen franquista, optando así por representarlo con las propias categorías que éste acuñó para concebirse a sí mismo y presentarse (o legitimarse) ante la historia. De ahí que la crítica más fundamentada en este particular, muy oportuna por otra parte, se refiera al desfase entre los grandilocuentes y revolucionarios principios nacionalsindicalistas y la más prosaica realidad del franquismo.

El problema abierto por esta perspectiva inmanente es de notable magnitud. A mi entender, no puede justificarse con el prurito de evitar los anacronismos, puesto que después de 1931 los ideales democráticos y pluralistas eran ya contemporáneos al franquismo, ni con el pretexto

(15) A este respecto, continúa teniendo plena vigencia la lectura que Foucault hizo de Siéyes, distinguiendo en su concepto de nación « las condiciones jurídico-formales » — asamblea representativa y legislación común — de las « sustanciales » o « histórico-funcionales ». Vid. *Hay que defender la sociedad. Curso del Collège de France (1975-1976)*, Madrid, Akal, 2003, pp. 187-192.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

de estar realizando exclusivamente historia institucional o del derecho, dado que las instituciones y leyes franquistas respondían y reflejaban unos determinados supuestos sociales de ineludible análisis. ¿Basta, por ejemplo, con que el Fuero de los Españoles mencionase ciertos derechos o con que algún eximio franquista hablase de Constitución para concluir que ésta y aquéllos gozaban de vigencia durante la dictadura? Pues igual de evidente que la respuesta a este interrogante resulta que los procuradores en Cortes no representaron nunca « a toda la Nación », ni aun después de las leyes supuestamente reformistas y por mucho que así comenzase a entenderlo, abandonando las concepciones orgánicas, una imposible « teoría constitucional » (16) (p. 305). Y la razón de esta imposibilidad es que, con la mayor parte de la ciudadanía excluida por la fuerza de la esfera pública, nunca, ni antes ni tras 1967, se dieron los cauces para que quienes ocupaban asiento en las Cortes del Reino ostentasen tal representatividad. Puede objetarse que la consideración plasmada en el libro solo hace referencia a un cambio en la doctrina política y en la legislación franquistas, pero ni ello impide el pertinente señalamiento de dicha exclusión violenta ni tampoco exonera de analizar cuáles eran las condiciones de producción, igual de excluyentes, de esa doctrina y de dicha legislación.

La misma impresión traslada el parecer según el cual las reformas de la dictadura podían realizarse « sin contradicción manifiesta » debido a « la flexibilidad del Movimiento » (pp. 306, 307). Lo que causa perplejidad y desconcierto no es ya el contraste de esta observación con el carácter « permanente e inalterable » de los principios del Movimiento, según el tenor de la ley que los declaraba, sino la creencia de que éste era « evolutivo » y se regía, como Franco afirmaba, por una suerte de « Constitución abierta », que le comunicaba esa flexibilidad « tan distinta de la rigidez característica de los textos liberales » (p. 306). Al conceder crédito a las valoraciones que sobre el régimen hacía su principal valedor, acaso se oscurezcan las verdaderas causas de esa aparente ductilidad de la dictadura, más relacionadas, a mi juicio, con la insignificancia de las reformas, con la arbitrariedad constitutiva del sistema y con las modificaciones imprescindibles para lograr que éste perdurase, remontando la presión social e internacional que lo mellaba. De hecho, hasta qué punto el régimen franquista continuó reaccionando con virulencia frente a cualquier tentativa pluralista real lo

(16) Para Fernández Sarasola, « la reforma de la democracia orgánica en 1967 supuso un cambio significativo de teoría constitucional. Si alguna vez habían existido dudas acerca de la representatividad de los procuradores, a partir de la Ley Orgánica del Estado éstas quedaban disipadas. Los diputados ostentaban una representatividad política ya que, aunque elegidos por los distintos grupos orgánicos, en realidad representaban a toda la Nación, y no sólo a los sectores que los habían designado », p. 305.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

demuestran documentos como el decreto-ley de 16 de agosto de 1968, aprobado en plena 'modernización aperturista' y dirigido a reprimir con medidas militares todas las conductas que pretendiesen alterar los « valores intangibles » del Movimiento; clara prueba, como puede observarse, de que la dictadura, hasta su mismo final, solo supo responder con las armas y los sables frente a cualquier verdadero intento de democratización. Y es que la democracia parlamentaria no fue el resultado de una evolución interna del Estado franquista sino una conquista de la sociedad ejecutada contra el régimen.

La ausencia del referente ético del pluralismo democrático, esta óptica reacia a juzgar a cada instante las intenciones y exclusiones reales del oficialismo franquista, hacen además que se incurra en la mayor, y acaso única, omisión en un libro distinguido por su exhaustividad. Me refiero al olvido de la decisiva experiencia del Partido Comunista durante la dictadura, que no equivale tan solo a la historia de la resistencia antifascista en la clandestinidad, ni se agota en un episodio más de las formaciones clasistas, sino que transmite también variaciones de interés en el concepto mismo de partido y en el de sus funciones político-sociales, pues pocos partidos hasta el momento habían desempeñado una función de socialización y educación política tan intensa como lo hizo el comunista, del que puede hasta afirmarse que forjó una sub-sociedad, con todas sus solidaridades, interdependencias y jerarquías, en el interior mismo de la sociedad. De haberse atendido a este punto — y podía haberse hecho, pues Fernández Sarasola es consciente de que los partidos habitaban « en los *extra muros* del sistema » (p. 315) —, se habría enriquecido además el relato de la transición, cuya decantación electoral estuvo determinada por el ánimo expreso de excluir del gobierno al comunismo.

Estamos, pues, ante un libro de contrastes. Por un lado, siempre según mi discutible opinión, cuenta con fragilidades en su enmarque histórico del objeto y con esta notoria omisión recién aludida. Pero, por otro, nos encontramos ante un ensayo muy bien redactado, de grata lectura, con un inusitado soporte documental, con estructura expositiva de fondo y con un afán abarcador, signo a mi juicio de calidad y excelencia investigadoras, que permite al estudioso ver examinados con soltura prácticamente todos los temas imaginables relacionados con la historia de los partidos políticos en la España contemporánea. Su lectura deja incluso, al menos al lector hispano (17), una duda desasosegante en relación a su presente político: vista la misión que han ido

(17) Aunque no solo, pues la problemática quizá posea rango general: vid. los informes de Michael STOLLEIS, Heinz SCHÄFFER y René A. RHINOW sobre el interrogante *Parteienstaatlichkeit. Krisensymptome des demokratischen Verfassungsstaats?*, en « Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer » 44 (1985), pp. 6-168.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

cumpliendo los partidos, ora sosteniendo la unidad y el poder del Estado, ora canalizando la pluralidad ideológica de la sociedad, ¿es coherente que en el tiempo de la democracia constitucional, en el que habría de primar el pluralismo sobre la razón de Estado, se cuente con un sistema, el llamado bipartidismo, enderezado principalmente a garantizar la gobernabilidad y la estabilidad de la institución estatal? Si en un régimen democrático prevalece un modelo de corte estatalista, tendente a los « partidos de notables » y compatible incluso con la prohibición de agrupaciones mediante leyes estatuidas *ad hoc*, ¿dónde se localiza el fallo?, ¿dónde se ubica, y cuáles son los supuestos, del punto de inflexión que nos aleja de la lógica constitucional para arrojarnos de nuevo en brazos de la lógica estatal?, ¿de qué modo, en definitiva, cabe cohonestar las exigencias constitucionales del pluralismo con las inercias insuperables de un « Estado de partidos » en el que éstos, que no llegan a sumar más de dos, « monopolizan la democracia »?

IGNACIO FERNÁNDEZ SARASOLA

REFLEXIONES METODOLÓGICAS Y SUSTANTIVAS EN TORNO A LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Cuando el profesor Pietro Costa me comentó la posibilidad de comentar en los *Quaderni Fiorentini* la valiosa recensión del profesor Martín a mi libro *Los partidos políticos en el pensamiento español*, reconozco que me asistió una inquietante duda. Por una parte, siempre es un placer inaugurar una nueva sección en una revista tan prestigiosa como ésta, y más cuando el objetivo es impulsar el debate intelectual. En el otro lado de la balanza se situaba mi reticencia a que el lector se pudiera quedar con la "contrarréplica" más que con la recensión en sí misma, debido a ser yo quien tuviera — al menos provisionalmente — la última palabra.

Finalmente, ha pesado más el primer aspecto que el segundo, como el lector puede fácilmente colegir. En la decisión también ha influido la recensión efectuada por el profesor Martín. Una recensión tan meditada como la que ha elaborado, bien merece un diálogo que espero pueda resultar fructífero.

No quisiera comenzar mi exposición (o acaso diré defensa argumentativa) sin agradecer muy sinceramente al citado profesor su trabajo, escrito además con gran claridad (algo no siempre habitual, por desgracia, en una época tan dada a farragosas posmodernidades), que convierte su lectura en tan grata como clarificadora e interesante. Por otra parte, tampoco es frecuente encontrarse con profesores que aco-

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

metan con rigor la ingrata tarea de recensionar, tomándose la molestia de leer en profundidad el libro y de reflexionar sobre él. Algo que el profesor Martín ha realizado con creces, lo cual es un adicional motivo de gratitud.

Aunque creo que el tono de la recensión muestra que, en términos generales, el libro le ha parecido al profesor Martín de interés, y de hecho no ahorra elogios que también agradezco, encuentra en él algunos puntos controvertidos, como no puede ser de otra forma. Pero incluso en estos puntos de divergencia, el profesor Martín reconoce que se deben a las diversas lecturas que son posibles en la historia constitucional. Da muestras el comentarista, así, de una amplitud de miras, y de una generosidad intelectual que por desgracia escasean cada vez más en el campo de la historia constitucional española, que se ha contaminado de los peores vicios de la academia: abundan los sectarismos, hasta el punto de que algunos "talibanes de la historia constitucional" actúan como auténticos gremios académicos, descalificando cualquier alternativa metodológica que no encaje — o elogie — lo que ellos consideran la única, incontrovertible y patente verdad. Una forma de pensar (aunque quizás el verbo aquí resulte excesivo) que se va extendiendo, y por desgracia convierte cualquier alternativa de diálogo en estéril.

Puesto que no es éste el caso, y el escrito del profesor Martín se sitúa en las antípodas de ese talante que acabo de referir, creo que aquí si cabe el diálogo que nos ofrecen las páginas de los *Quaderni Fiorentini* y, de resultas, voy a centrarme en las cuestiones que el recensor encuentra más vidriosas de mi libro. Cuestiones que, desde mi perspectiva, podrían resumirse en dos: por una parte, un problema de índole metodológica, y por otra (aunque relacionado con el anterior) algunos aspectos sustantivos referentes al modo de interpretar determinadas fases de la historia político-constitucional española. Siguiendo estas premisas, dividiré mis argumentos en esas dos direcciones.

Aunque desde mi punto de vista la historia constitucional, si desea tener vocación de plenitud, debe abordar el estudio de su objeto desde varias perspectivas (normativa, institucional, política y doctrinal) (1), es evidente que ese mismo objeto condiciona el mayor o menor peso del enfoque que se haya de emplear. Tratándose de un análisis sobre el de partido político en el pensamiento español, huelga decir que

(1) Joaquín VARELA SUANZES-CARPEGNA, *Algunas reflexiones metodológicas sobre la historia constitucional*, « Historia Constitucional », 8, 2007 (http://hc.rediris.es/08/index.html). El texto fue previamente publicado en francés, en el número 68 de la "Revue Française de Droit Constitutionnel", octubre de 2006. También en 2006 se publicó, esta vez en italiano, en el número 12 del « Giornale di Storia Costituzionale ». Vid. igualmente mi trabajo *Sobre el objeto y el método de la Historia Constitucional española*, « Teoría y Realidad Constitucional », 21, 2008, pp. 435-446 y « Revista General

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

predominará la perspectiva doctrinal. Así visto, tanto las normas como el desarrollo institucional y las prácticas políticas se toman en consideración sólo en la medida en que traslucen una determinada forma de entender los partidos.

Ahora bien, teniendo en cuenta este enfoque doctrinal, el profesor Martín considera que el libro incurre en una inconsistencia metodológica, por cuanto parte de una precomprensión de los partidos y de una preferencia "ética" por un modelo político concreto (la democracia pluralista) proyectando luego hacia el pasado ambas categorías. Si ello conduce a un incorrecto anacronismo, el problema se ve agravado (y sigo citando al recensor) porque en otras ocasiones el libro trata de evitarlo, buscando el significado que ha tenido el concepto de partido en cada fase histórica. De ahí que la transferencia de categorías actuales al pasado (anacronismo) mixturado con el análisis del significado concreto que tuvieron términos e instituciones en esas mismas épocas (contextualización) acabe supuestamente por incurrir en equívocos o falta de coherencia metodológica.

No obstante, creo que esa inconsistencia que se atribuye al libro no es rigurosamente tal. El estudio de una categoría jurídico-política entraña desde mi punto de vista una primera definición del objeto de estudio, sin la cual es imposible analizar el pasado. En este caso, o partimos de una idea de lo que deba entenderse por partido político, o el resultado será una caótica confusión, toda vez que ni autor ni lector tendrán claro ni tan siquiera cuál es el objeto del libro. Es evidente que la definición que se haga ha de ser general, para permitir encajar en ella realidades históricas dispares y evitar anacronismos: por ejemplo, si definimos un partido político en los términos en los que lo hace la actual Constitución española del 78 en su artículo sexto, y como lo desarrolla la Ley Orgánica 6/2002, todo lo más que encontraremos en el pasado serán aproximaciones mayores o menores a ese concepto, pero no verdaderos partidos que respondan milimétricamente a los patrones actuales. Que un partido es una asociación unida por vínculos ideológicos y con aspiración de obtener el poder público es una definición canónica, aceptada tanto por constitucionalistas como por los estudiosos de ciencia política, y que permite diferenciar los partidos de otras instituciones y realidades asociativas, como los sindicatos, las asociaciones profesionales y mercantiles o los grupos de presión. ¿Supone este punto de partida una extrapolación? En absoluto. En palabras de Otto Brunner, se trata de optar por una "metodología dogmática" que evita

---

de Derecho Constitucional », 5, 2008, pp. 1-12. Más recientemente, y con carácter másgeneral: La *Historia Constitucional: método e historiografía a la luz de un bicentenario hispánico*, « Forum Historiae Iuris » (http://s6.rewi.hu-berlin.de/online/fhi/), 2009.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

que el discurso científico se convierta en "una colección de datos de anticuario" (2).

Este primer concepto general de partido nos permitirá discriminar en el pasado aquellas doctrinas que se refieren a una realidad aproximada a ella, de las que tratan de cuestiones radicalmente distintas. Por tanto, no creo que exista anacronismo alguno en definir el objeto de estudio, sino apenas un afán de clarificar éste al lector, algo, por cierto, que no siempre se hace. Qué mayor confusión que empezar una historia intelectual de los partidos sin tomar como referencia qué notas básicas los caracterizan.

Aclarado este extremo, creo que merece la pena detenerme ahora en la idea que sostiene el profesor Martín de que el libro trasluce una preferencia "ética" por el pluralismo democrático que afecta al estudio. El propio profesor Martín deja claro que la indiferencia política y ética es muchas veces (por no decir siempre) imposible en las ciencias sociales, y que constituye un lastre que conviene asumir de antemano, tratando simplemente de matizarlo hasta donde sea posible. Ahora bien, en este caso estimo que no hay razón para imputárseme una preferencia (que en su caso sería política más que ética) por ningún modelo concreto de democracia. La cuestión es otra radicalmente distinta. Como bien indicaba Blunschli (3), etimológicamente el término "partido" presupone una parte de la totalidad y, por tanto, es consustancial a los partidos el pluralismo. De ahí que estos germinen principalmente en las democracias, donde se tiene presente el valor de unas minorías que han de ser representadas y cuyas aspiraciones sociales también han de tener la oportunidad de canalizarse hacia el Estado (4).

Así pues, el pluralismo es un dato que acompaña siempre a los partidos. Si en el libro en ocasiones me refiero a actitudes que históricamente impidieron el pluralismo (desde el primer liberalismo hasta las dictaduras) no es por una preferencia "ética" hacia él, sino simplemente porque el rechazo del pluralismo y las concepciones holistas actúan como impedimentos intelectuales para la formación de asociaciones políticas. Donde no hay pluralismo no surge la necesidad de instrumentos para encauzarlo y, de resultas, los partidos son prescindibles, por lo que tampoco emergen en la conciencia política. Creo, por tanto, que guardo una absoluta coherencia en mis argumentaciones y que no arranco de precomprensión alguna: simplemente busco en la historia dónde ha habido mayor percepción del pluralismo porque es el que posibilita en mayor medida que se forme la conciencia de partido. Baste

(2) Otto Brunner, *El historiador y la historia de la Constitución y del Derecho*, en « Revista de las Cortes Generales », 11, 1987, p. 15.

(3) M. Blunschli, *La politique*, Paris, Librairie Guillaumin et. Cie., 1879.

(4) Como ya percibió con clarividencia Hans Kelsen, *De la esencia y valor de la democracia*, Oviedo, edición de Juan Luis Requejo Pagés, Krk, 2006, pp. 70 y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

un ejemplo para comprobar esta realidad: la mayor abundancia en España de teorías sobre los partidos viene a coincidir con un momento histórico, la revolución de 1868, en el que se empieza a reconocer como nunca el pluralismo social y político. Es entonces, como demuestro en mi estudio, cuando empiezan a emerger múltiples visiones de los partidos que hasta entonces eran impensables. Del mismo modo, cuando Andrés Borrego decide dedicar un estudio analítico a los partidos es porque empieza a percatarse de la necesidad de que los sistemas políticos acojan un cierto pluralismo (5).

En un sentido contrario, y así lo sostengo en el libro, no es coincidencia que el liberalismo revolucionario rechazase los partidos, toda vez que renegaba también del pluralismo político. De ahí las reveladoras palabras de Palarea en el Trienio Liberal negando que se pudiera denominar a los liberales como un partido (6). Una actitud en la que coincidieron los movimientos contrarios a la democracia inorgánica. Así, cuando José María Pemán teoriza sobre la *Unión Patriótica*, huye en un principio del término partido o, todo lo más, la califica como un partido "antipartido" (7). El pluralismo no es, pues, una preferencia ética mía de partida, sino un condicionante científico para que el concepto estudiado pueda emerger.

Determinado el objeto de estudio en sus nociones básicas, en mi estudio he intentado seguir dos líneas de análisis que, seguramente por imprecisión mía, parecen ser las que han causado cierta perplejidad al generoso comentarista de mi libro. Por una parte, he tratado de explorar aquellas fórmulas asociativas o grupales que, constituyendo de algún modo un precedente de los partidos, permitían que poco a poco se fuera tomando conciencia de la existencia o necesidad de aquéllos. Y siempre lo hago, desde luego, evitando cualquier descontextualización. Así, menciono los diferencias ideológicas que separaron a los actores políticos y sociales en diversos estadios históricos: por ejemplo las distinciones entre serviles, afrancesados y liberales (durante la guerra de la Independencia), entre exaltados y moderados (en el Trienio), o entre liberales y carlistas (durante la etapa isabelina). Divisiones cuyo nombre identificativo ya les imprimía una conciencia grupal ideológica relevante

(5) Andrés Borrego, *De la organización de los partidos en España, considerada como medio de adelantar la educación constitucional de la nación*, Madrid, Imprenta de Anselmo Santa Coloma, 1855.

(6) « Me he admirado mucho de oír al Sr. Moreno Guerra llamar partido a los liberales: los serviles son un partido; los afrancesados son un partido, pero los liberales es toda la Nación; los liberales no son, ni han sido nunca, un partido; son, lo repito, toda la Nación ». *Diario de Sesiones (Legislatura de 1820)*, vol. I, n. 12, 16 de julio de 1820, p. 164.

(7) José María Pemán, *El hecho y la idea de la Unión Patriótica,* Madrid, Imprenta Artística Sáez Hermanos, 1929.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

para la futura idea de partido. Del mismo modo me refiero a las agrupaciones ideológicas que se fueron percibiendo dentro del Parlamento (antecedentes de nuestros actuales grupos parlamentarios) porque supusieron una bipolarización política que sirvió para tomar conciencia del bipartidismo. Y, en fin, también menciono por ejemplo a las Sociedades Patrióticas, porque entre sus integrantes subyacía una comunión de intereses políticos que apunta a esa cohesión ideológica característica de los partidos. En todo caso, la referencia a estos grupos se instrumentaliza en el libro: no se estudian en cuanto tales, sino sólo en la medida que sirvieron para que se cobrara conciencia de los partidos.

Pero, junto a este análisis de formas asociativas que, con acierto el profesor Martín tilda de "prehistoria de los partidos", también mantengo un discurso paralelo: el estudio semántico del término mismo de "partido", es decir, el significado contextual que se fue concediendo a ese sustantivo. Se trata de un estudio *stricto sensu* del concepto mismo, en un línea de investigación cuyas principales referencias se encuentran en Brunner y Kossellek, y que han cultivado con tanto éxito en el mundo iberoamericano autores como Javier Fernández Sebastián, Juan Francisco Fuentes (8), Elías Palti o José Carlos Chiaramonte, integrantes todos ellos del Proyecto Iberoamericano de Historia Conceptual (9).

La confusión que el recensor aprecia — y que, insisto una vez más, seguramente sea culpa de no haber resultado yo suficientemente claro — deriva de la confluencia, y el estudio en paralelo, de ambas líneas de análisis: la prospección de agrupaciones que condujeron a percibir los partidos, y el estudio semántico del término "partido" en sí mismo considerado. Visto así, no creo que haya contradicción en mis afirmaciones: las tendencias y agrupaciones previas a 1868 sirvieron para ir tomando conciencia de los partidos, pero no fueron generalmente designados como tales ni tan siquiera por sus integrantes. No había, por tanto, una plena asunción de que fuesen partidos (según el significado que se daba concepto), aunque contribuyeron a forjar esa imagen. Por el contrario, partidos únicos como la Unión Patriótica, Falange o, posteriormente FET de las JONS sí fueron concebidos como

(8) Estos dos autores son editores (y autores de gran parte de las voces) de dos espléndidos diccionarios conceptuales: *Diccionario político y social del siglo XIX español*, Madrid, Alianza, y tores (y autores de gran parte de las voces) avier Fernncia de los partidos. se estudian en cuanto tales, sino s 2002 y social del siglo XX español, Madrid, Alianza, 2008.

(9) La propuesta metodológica y los objetivos de esta red, en: http://www.iberconceptos.net/. Sobre las diversas iniciativas científicas en torno a esta red, véase Javier Fernández Sebastián/Elías José Palti, *Novedades en historia político-conceptual e intelectual iberoamericana. Redes, Foros, Congresos, Publicaciones y Proyectos*, « Historia Constitucional », 7 (http://www.historiaconstitucional.com).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

partidos según la conciencia jurídica de su época, por más que se distancien de lo que hoy consideraríamos como verdaderos partidos políticos.

En este sentido, debo insistir en que no he dedicado el libro a mensurar en términos actuales qué asociaciones pretéritas encajan dentro de los esquemas de los partidos modernos, porque eso sí sería un anacronismo, del que he huido en todo momento. En la formación histórica del concepto de partido, muchas de las realidades que se concibieron como tales no encajarían en lo que hoy denominaríamos como partidos: algunas prescindían del pluralismo (los partidos únicos ya citados), otras del fin de alcanzar el poder público (por ejemplo, la concepción orteguiana de partido) e incluso del carácter asociativo (la idea de partido como órgano del Estado), pero todos ellos son objeto de estudio porque integran las diversas imágenes que se han ido forjando de los partidos.

Por no extenderme más en las precisiones metodológicas, abordaré ahora otras discrepancias, en este caso de carácter sustantivo, que me separan de las observaciones vertidas por el profesor Martín en su extensa recensión. Discrepancias que, citando al recensor, se refieren, ante todo, a la "recreación instrumental de la historia española". Me limitaré aquí a exponer, en cada fase político-constitucional, los argumentos en los que sustento mi postura.

El primer punto de discrepancia se refiere al liberalismo gaditano, que el profesor Martín considera que ni era tan rousseauniano como sostengo, ni la Constitución de 1812 tan racional-normativa. En el núcleo de su argumento reside (cito textualmente) el que no he tenido en cuenta "el pesado lastre tradicional, y por tanto preconstitucional" que caracterizó a ese primer movimiento constitucional.

En realidad, creo que esta crítica se encuentra tan enquistada en nuestra historiografía constitucional que hace tiempo que he perdido la fe en el fruto de cualquier diálogo al respecto. El asunto sobre tradición/innovación en las Cortes de Cádiz es lo suficientemente antiguo como para que ya debiera entenderse superado, pero no es así. Antes bien, en pleno bicentenario de las magnas Cortes gaditanas, parece cobrar nuevos impulsos.

En todo caso, lamento si me veo obligado a reproducir aquí argumentos que cualquier conocedor de la polémica ya habrá oído hasta el hastío. En primer lugar, sobre la aproximación del primer liberalismo a Rousseau, creo que hay que aclarar ciertos aspectos. El primero es que, aquellos que rechazan esa influencia, tienden a identificar, erróneamente, el liberalismo con los diputados liberales de las Cortes de Cádiz. Cualquiera que conozca la vida parlamentaria sabe que un grupo ideológicamente definido (hoy un partido político) no se comporta exactamente igual en el hemiciclo que fuera del Parlamento. Hay múltiples factores que entrañan un cambio de actitud en el

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

momento en que el político se sienta en su escaño: desde la transacción parlamentaria para lograr objetivos, hasta la necesidad de justificarse con amplias capas de la población o, en fin, la responsabilidad como gobernantes que obliga a veces a matizar o ceder en ciertas posturas radicales.

Así visto, es cierto que dentro de las Cortes de Cádiz la aproximación a Rousseau no es tan evidente. Aunque existe, desde luego. Se percibe con toda claridad en el conde de Toreno, como ha demostrado su más reputado biógrafo (10), y también en muchas de las argumentaciones de los diputados americanos como Mejía, a la hora de defender el derecho de sufragio de las castas y la igualdad representativa de ultramar con la metrópoli, basándose en la soberanía popular (11). Incluso entre los liberales metropolitanos que huían de conceptos tan rousseaunianos como pacto social, estado de naturaleza o igualdad, no faltan abundantes referencias a la idea de voluntad general, y al voto como instrumento para indagar cuál fuese ésta. « Si por los principios ciertos que se han proclamado aquí, — decía el diputado Traver en el debate sobre el artículo 139 del proyecto de Constitución — la ley es expresión general de la voluntad del pueblo, siendo los representantes los que expresan esta voluntad, no puede la mitad y uno mas tener la de la nación. Dos terceras partes llevan a lo menos la mayoría verdadera, y forman (digámoslo así) la expresión de la voluntad general, o de la nación a quien representan » (12). Si esto no es influencia de Rousseau, sino herencia del Antiguo Régimen, visión corporativa de la sociedad, adscripción al régimen polisinodial, y anclaje con las pragmáticas reales, debe ser que yo no he entendido bien a Rousseau, o que los diputados gaditanos escribían en unas claves arcanas que no he sabido comprender.

Pero si nos situamos extramuros del Parlamento, la afirmación de que Rousseau (y de paso Mably, por cierto) no fue influyente, me resulta todavía más difícil de sostener. Que las obras de Rousseau circularon por España con extraordinaria fluidez es algo que se halla suficientemente documentado, al punto que ni el cierre ideológico de las fronteras decretado por Floridablanca pudo evitar esa circulación. Pero, además, en 1799 José Marchena (de forma anónima) traducía por vez primera el *Contract Social* de Rousseau, agotándose la primera edición casi de inmediato, al punto de tener que imprimir ese mismo

(10) *Cfr.* Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, *El conde de Toreno. Biografía de un liberal (1786-1843)*, Madrid, Marcial Pons Historia, 2005.

(11) *Vid.* Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, *La teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico (Las Cortes de Cádiz)*, Madrid, CEC, 1983. Hay una nueva edición del 2010 en prensa.

(12) *Diario de Sesiones*, 4 de octubre de 1811.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

año una segunda en Londres (13). La influencia de Rousseau se siente incluso entre algunos intelectuales poco identificados con sus doctrinas, como Cabarrús (14) e incluso, en algunas referencias, en Jovellanos (15). Y en el caso de los liberales resulta más que evidente. Basta leer a Flórez Estrada (16) o a Valentín de Foronda (17), que en ocasiones no sólo resume, sino que prácticamente plagia al ginebrino. Como en la "Consulta al país" también lo plagia (sin citarlo) uno de los informantes liberales, Antonio Panadero, cuya exposición está extraída de las *Consideraciones sobre el gobierno de Polonia* (18). El propio Jovellanos señaló que la juventud española estaba muy influida por Rousseau (19); y Argüelles mencionaba a Lord Holland que las únicas teorías políticas que se conocían en la fase constituyente de 1811 eran las de Francia (20); influencia que el propio José María Blanco White reconoció haber

(13) Vid. Lucienne DOMERGE, *Notes sur la première édition en langue espagnole du Contrat social (1799)*, Madrid, Mélanges de la Casa de Velázquez, vol. II, 1967, pp. 375-416; Juan Francisco FUENTES, *José Marchena. Biografía política e intelectual*, Barcelona, Crítica, 1989, pp. 182-186.

(14) Conde de CABARRÚS, *Cartas sobre los obstáculos que la naturaleza, la opinión y las leyes oponen a la felicidad pública* (1795), Madrid, Fundación Banco Exterior, 1990, pp. 36, 40, 44, 46, 74-75, 80 y 88.

(15) Gaspar Melchor de JOVELLANOS, *Discurso leído por el autor en su recepción a la Real Academia de la Historia, sobre la necesidad de unir al estudio de la Legislación el de nuestra Historia y antigüedades* (1780), en *Obras publicadas e inéditas*, Madrid, Atlas, 1963, vol. XLVI (I), pp. 288- 298.

(16) Me remito al respecto al conjunto de textos que analizan su pensamiento político en Joaquín VARELA SUANZES-CARPEGNA (edit.), *Álvaro Flórez Estrada (1766-1853). Política, economía, sociedad*, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 2004, así como el monográfico dedicado a esta figura en « Historia Constitucional », núm. 5, 2004 (http://www.historiaconstitucional.com).

(17) La admiración de Foronda por Rousseau le llevó a resumir el "Contrato Social" en su obra, *Cartas sobre la obra de Rousseau titulada Contrato Social, en las que se vacía todo lo interesante de ella, y se suprime lo que puede herir la Religión Católica Apostólica Romana* (1814), La Coruña, Oficina de Don Antonio Rodríguez, 1814. En esta obra, Foronda rechaza expresamente las ideas góticas (pp. 130) y el valor de las leyes antiguas españolas (pp. 186).

(18) Antonio Panadero, 2 de febrero de 1809, en Miguel ARTOLA, *Los orígenes de la España contemporánea*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1976, vol. II, pp. 648.

(19) Gaspar Melchor de JOVELLANOS, *Carta a Lord Holland* (Muros, 5 de diciembre de 1810), en *Obras completas,* Gijón, Instituto Feijoo de Estudios del Siglo XVIII, 1992, vol. V, p. 423.

(20) *Carta de Agustín Argüelles a Lord Holland* (Madrid, 8 de febrero de 1823). En: Manuel MORENO ALONSO, *Confesiones políticas de don Agustín de Argüelles*, « Revista de Estudios Políticos », 54, 1986, pp. 250.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

tenido hasta su posterior adscripción a la anglofilia (21). Por no hablar de los cientos de referencias que en la prensa liberal existe entre 1808 y 1814 a la idea rousseauniana de la ley como expresión de la voluntad general del pueblo (22). Reconozco que todavía no he hallado nadie que justifique documentalmente que Rousseau fue intrascendente, o que Jovellanos y Argüelles mentían cuando señalaban esas influencias. Del mismo modo que nadie me ha explicado todavía cómo puede rechazarse la influencia del constitucionalismo francés en el proyecto constitucional gaditano, cuando, entre otros muchos puntos en común, éste incluso contenía una declaración de derechos — luego suprimida por prudencia — copiada de las declaraciones francesas de 1789 y 1793.

Y es que si la influencia de un particular pensador, Rousseau, es clara, no menos lo es la repercusión que el constitucionalismo revolucionario francés tuvo como modelo en la Constitución de 1812. Por supuesto que no se trata de una opinión mía, sino que me atrevería a decir que de la mayor parte de la historiografía española (23) que, desde luego, no se ha dejado influir por las interesadas opiniones de Alvarado, Vélez o el *Manifiesto de los Persas*. Así, tampoco coincido con el profesor Martín en su rechazo a la idea "racional-normativa" en las Cortes de Cádiz. Dos son los argumentos en las que el recensor funda su oposición a mis planteamientos: la existencia de "principios tradicionales inamovibles hasta para el poder constituyente" y el característico historicismo gaditano. Por lo que se refiere al primer asunto, no coincido en su idea de que los liberales entendiesen que había principios *tradicionales* inamovibles, ni yo sostengo tal cosa en ningún momento: en el libro señalo que había principios que, en efecto, se presumían intangibles, ¡pero no tradicionales, sino lógico-jurídicos! Para los liberales, la nación no podía constitucionalmente desprenderse de su soberanía, ni establecer una tiranía, ni negar los derechos subjetivos, ni claudicar de su poder legislativo, pero no por razones histórí-

(21) Blanco White reconoció su cambio de talante en « El Español », vol. VI, enero de 1813, pp. 3-19, justificándolo por su conocimiento del gobierno británico. Este cambio de ideas ha sido señalado certeramente por Manuel Moreno Alonso, *Las ideas políticas de « El Español »*, « Revista de Estudios Políticos », núm. 39, 1984, pp. 65 y ss. *Vid.* también, del mismo autor: *Las ideas constitucionales de Blanco White*, en Juan Cano Bueso (edit.), *Materiales para el estudios de la Constitución de 1812*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 521 y ss.

(22) Pueden consultarse, a modo de ejemplo, el *Semanario Patriótico*, *El Conciso, El Sensato*, *El Revisor Político, El Diario de Mallorca*, *El Observador Político y Militar de España, La Abeja Española* y *El Tribuno del Pueblo Español*. En todos ellos existen referencias de clara raigambre rousseauniana.

(23) *Cfr.* Jean-René Aymes, *Le débat idéologico-historiographique autour des origines françaises du libéralisme espagnol: Cortès de Cadix et Constitution de 1812*, « Historia Constitucional », 4, 2003, pp. 45-102.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

cas, sino porque suponía una negación misma de la soberanía de la colectividad (nueva coincidencia con Rousseau, por cierto). Pero dejaron claro que la Nación, en cuanto soberana, podía cambiar totalmente si así lo deseaba las Leyes Fundamentales, y que el pasado no vinculaba al poder constituyente. Y así lo expusieron con rotundidad cuando defendieron en el artículo tres de la Constitución el adverbio "esencialmente" ("la soberanía reside *esencialmente* en la Nación") y lograron imponer en dicho artículo que a la Nación le correspondía « *establecer* sus leyes fundamentales » (24). Por otra parte, el concepto racional-normativo de Constitución no es incompatible con la existencia de límites tanto al poder constituyente (límites iusracionales, si se adscribe a esta corriente) como al poder constituyente-constituido, como demuestra la existencia de cláusulas de intangibilidad y límites implícitos a la reforma constitucional presentes en muchas de las Constituciones del siglo XX.

Por lo que se refiere al historicismo, nuevamente nos hallamos ante un tema controvertido. Como ya he sostenido en alguna otra ocasión, el historicismo es un instrumento argumentativo en las Cortes de Cádiz (25) (por eso se incluye en el *Discurso Preliminar*, sin referencias en el articulado), pero no atañe al poder constituyente. Según acabo de recordar, las Cortes no se sentían atadas por el pasado, simplemente se decidían a respetarlo o, por mejor decir, a contemplar los principios básicos de *un* pasado concreto, el de la Constitución gótica. Es más, la argumentación historicista del *Discurso Preliminar* no es, en muchos casos, sino una herencia de la Junta Central y de la *Instrucción a la Junta de Legislación* redactada por Jovellanos. No debe olvidarse que las tareas de la Junta de Legislación se tuvieron en cuenta, al menos teóricamente, en la Comisión de Constitución, al punto de llamar a su

(24) Vuelvo a remitirme aquí a la obra de Joaquín VARELA SUANZES-CARPEGNA, *La teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico (Las Cortes de Cádiz),* cit., que tiene por objeto principal precisamente analizar el poder constituyente y el de reforma constitucional en las Cortes gaditanas. Su libro demuestra con sólidos argumentos la idea liberal de poder constituyente, próxima a Sieyès. A esos argumentos, añadiría palabras tan claras como las de Argüelles, cuando afirmó que en la Junta Central se habían visto obligados a señalar que no existía una Constitución en España (Argüelles, *Sesión de 12 de diciembre*, en *Semanario Patriótico*, 3 de enero de 1811, pág. 146), añadiendo que las Cortes estaban llamadas a ejercer un "poder constituyente" (Sesión de 9 de diciembre de 1810; *Semanario Patriótico*, núm. XXXVIII, 27 de diciembre de 1810, pág. 129). Las citas en este mismo sentido son demasiado numerosas para reproducirlas aquí. Tampoco puede decirse que el juramento realizado por los diputados al juntarse las Cortes de Cádiz les vinculó necesariamente, atándolos a lastres tradicionales. El Decreto I pone de relieve lo poco que les importó el juramento.

(25) *La Constitución española y su proyección europea e iberoamericana*, « Fundamentos », 2, 2000, pp. 372 y ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

seno a miembros de aquélla (Argüelles y Ranz Romanillos). Me sería ahora muy largo detallar este punto, pero quien lea los dictámenes de Jovellanos y las Actas de la Junta de Legislación, y luego las coteje con el *Discurso Preliminar*, hallará muchas referencias comunes.

Finalmente, y por no detenerme más en este punto tantas y tantas veces discutido, no coincido tampoco con esa idea de "lastre jurisdiccional" del primer liberalismo (26) y la incidencia que el profesor Martín dice tener en el concepto de partido, aunque no explica cómo. Doctrinalmente — y ésta es la perspectiva del libro — los liberales no vieron ataduras jurisdiccionales, por más que *institucionalmente* tuvieran que convivir con ellas (27), les gustase o no, porque, como es obvio, ninguna Constitución puede hacer *tabula rasa* con el pasado. Pero el argumento

(26) Sin duda se adhiere aquí el recensor a las teorías, caras a cierta escuela de historiadores del Derecho, de la denominada "Constitución jurisdiccional". Sin embargo, si hay que aplicar un adjetivo a la Constitución de Cádiz, no es el de jurisdiccional, sino el de "asamblearia". Las Cortes eran constitucionalmente el centro del Estado, y la función jurisdiccional estaba mediatizada por la Asamblea: el Parlamento interpretaba la ley, decidía indirectamente sobre los titulares de los juzgados (a través del Consejo de Estado), determinaba legalmente toda la planta jurisdiccional (arts. 271-275 y 278 de la Constitución), así como los procedimientos (art. 286) y exigía responsabilidad a los jueces por infracción constitucional (Título X). Por no hablar que en la práctica, las Cortes exigieron responsabilidad también por infracciones legales (no sólo constitucionales) y ejercieron por sí mismas funciones judiciales, amén de que las más relevantes normas del Estado, Leyes y Decretos, no estaban sujetos a control jurisdiccional alguno. Por otra parte, la propia Constitución alteraba la organización judicial del Antiguo Régimen, por ejemplo eliminando las funciones gubernativas de los tribunales (estableciendo la exclusividad de la función judicial) y creando nuevos órganos judiciales como el Tribunal Supremo de Justicia. Así las cosas, se entiende que los propios autores del concepto de "Constitución jurisdiccional" reconozcan que su propuesta no ha tenido demasiada implantación en España. *Cfr.* Carlos Garriga / Marta Lorente, *Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 17.

(27) El mantenimiento de procedimientos y órganos judiciales del Antiguo Régimen se fijó por vía de Decretos y órdenes de las Cortes, pero no en términos constitucionales. De ahí que no se entienda que se hable de "Constitución jurisdiccional". En su caso, se podría hablar de "legislación jurisdiccional". En este caso se confunde normativa constitucional con desarrollo institucional de la misma. De hecho, estimo que buena parte de la falta de entendimiento sobre esta cuestión deriva de confundir los planos normativo-doctrinales y el institucional. No puede negarse que en la práctica existieron insalvables dificultades para desprenderse de fórmulas del Antiguo Régimen (empezando por la publicidad normativa), pero esas ataduras no están presentes en la mayor parte del articulando constitucional. Por otra parte, también es cierto que quienes sostienen ese lastre con el pasado, empezando por el propio profesor Martín, silencian procedimientos y fórmulas de actuación que son novedosos, como el nuevo

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

no sirve en absoluto para negar el carácter racional-normativo de la Constitución. La actual norma fundamental española por supuesto que no derogó toda la planta judicial preconstitucional, ni toda la legislación franquista (ni tan siquiera en materia de derechos fundamentales, donde, por ejemplo, el derecho de petición se reguló por una ley franquista nada menos que hasta el 2001) e incluso declara la vigencia de fueros históricos (Disposición adicional primera) y atiende a condicionantes también históricos para la conformación de las autonomías (art. 143 y 147.2.a). Visto desde este prisma, sería igual de válido decir que nuestra actual Constitución es histórica, convive con el pasado y sufre lastres nada menos que del franquismo.

Lleva razón, sin embargo, el profesor Martín cuando señala que la existencia de una sociedad corporativa supuso un lastre para el florecimiento de los partidos. Ahora bien, ése no es el objeto de mi libro, que no trata del nacimiento fáctico de los partidos, sino del origen y evolución del *concepto*. Se trata, vuelvo a decirlo, de un estudio doctrinal: por supuesto que no me ocupo de la sociedad corporativa ([28]), como tampoco lo hago de la emergencia de la sociedad burguesa o de la influencia de la economía, por poner sólo dos ejemplos.

Por lo que se refiere a otras fases políticas, nuevamente nos hallamos ante aspectos muy opinables, en los que no me ha quedado más remedio que ser sucinto, por no ser objeto principal del libro. Cuando digo que la Constitución de 1837 contuvo factores de transacción, estoy citando estudios de reputados especialistas que, con buen tino, han mostrado cómo el liberalismo progresista trató de eliminar algunas de las tachas que se habían imputado a la Constitución de 1812, admitiendo factores como el bicameralismo, la flexibilidad constitucional, el sistema electoral directo o el reforzamiento de la Corona ([29]). Respecto de la Constitución de 1845, por supuesto que ésta no fue en absoluto transaccional; de hecho siguió el patrón conservador, sin recoger ni tan siquiera las aspiraciones del ala más progresista del conservadurismo español. Ahora bien, lo que señalo en mi trabajo es que la exclusión del articulado de gran parte del contenido "reglamentario" que se incluyó en la Constitución de 1812 es un elemento que

---

sistema de exigencia de responsabilidad a los agentes regios, o la posibilidad de que las Cortes conociesen en exclusiva de las infracciones constitucionales.

([28]) Aun así, debo decir que en el libro sí menciono la estructura corporativa de la sociedad como lastre *conceptual* para los partidos, concretamente entre los realistas, que eran quienes sustentaban una idea estamental de la comunidad (pp. 44-45).

([29]) *Cfr.* Joaquín Varela-Suanze-Carpegna, *La Constitución española de 1837: una Constitución transaccional*, en *Política Constitución en España (1808-1978)*, Madrid, CEPC, 2007, pp. 311 y ss. La misma idea late en varios de los artículos del monográfico dedicado a esta Constitución en la « Revista de Derecho Político », 20, 1984.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

permitía, al menos en teoría (la práctica siguió unos derroteros bien distintos), matizaciones legislativas, algo imposible al amparo del constitucionalismo revolucionario (que además había proclamado una intangibilidad temporal absoluta). Que existían límites es evidente, pero no hay mayor límite que el hipertrofiar el contenido constitucional, sustrayendo de la decisión legislativa toda suerte de cuestiones políticas. En el Sexenio revolucionario, por su parte, sigo sosteniendo que hubo una apuesta por la libertad, como demuestra la emergencia entonces de la doctrina de los derechos naturales. Nuevamente creo que la discrepancia se debe a que el profesor Martín está leyendo el libro, como buen historiador del Derecho, más en clave institucional que doctrinal. Algo, por cierto, en lo que no incurre al matizar mi afirmación de que la idea de Constitución interna de Cánovas fue una « exitosa construcción » ya que, coincido con él, remonta sus orígenes mucho antes (30) y, por ejemplo, halla claros ecos en el pensamiento político de Jovellanos ya en la década de 1780, sobre todo desde su *Discurso de recepción a la Real Academia de la Historia* y, cómo no, en su *Memoria en defensa de la Junta Central* (1811) pero no es menos cierto que Cánovas popularizó el concepto y logró insertarlo en el entramado constitucional como nunca hasta entonces se había hecho.

Donde la recensión del profesor Martín alcanza mayores cuotas de distancia respecto del libro es, quizás, en mi análisis de la II República y del régimen franquista. Reconozco que me ha sorprendido un poco una cierta sospecha de "conservador", o de hacer un "generoso retrato del franquismo". Lo cual, por cierto, me parece incoherente con la previa afirmación del recensor de que tengo una preferencia "ética" por la democracia pluralista. Quizás es un riesgo cuando se escribe de cuestiones políticas: que por muchas cautelas que se adopten, siempre se puede acabar salpicado por la política misma, de modo que el objeto de estudio acabe por cobrar vida propia y absorba al autor. En realidad, creo que mi libro es todo lo aséptico posible, porque siempre me han disgustado los historiadores a los que falta el suficiente distanciamiento con el objeto de estudio y que tratan con especial deferencia a unos personajes y tendencias, y desprecian a otros.

Que mis afirmaciones no encierran valoraciones políticas creo que debiera desprenderse del texto, y si no es así, he errado doblemente, porque muy mal tengo que haberlo hecho para que se me pueda considerar que arrastro cierta complacencia con la etapa franquista. Que la II República supuso exclusión no es una "convención de tono conservador", sino algo que hemos asumido en la democracia española desde la transición. Una somera lectura de los debates constituyentes de

(30) *Vid.* Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, *La doctrina de la Constitución histórica. De Jovellanos a Cánovas*, « Fundamentos », 6 (en prensa, por cortesía del autor).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

1977 evidencian que las fuerzas más democráticas, y las más críticas con el franquismo, admitieron la falta de consenso que caracterizó a la II República. Del mismo modo, entre los ponentes del anteproyecto constitucional, especialmente críticos fueron personas tan poco "conservadoras" como Gregorio Peces-Barba. Incluso las célebres negociaciones entre Abril y Guerra tuvieron como objeto impedir que volviera a repetirse una situación ya vivida, entre otras en 1931, cuando la mayoría arrollaba a las fuerzas minoritarias en el proceso constituyente. Que la II República supuso un factor de integración en muchos puntos, como bien señala el profesor Martín, es indudable: por eso precisamente en mi trabajo la denomino como la primera democracia verdadera que conoció nuestro país y basta ver que fue el principal referente de nuestro actual texto constitucional. Pero también es cierto que aquella Constitución — en muchos aspectos más progresista que la presente — introdujo también factores excluyentes de no poco calado que fueron, precisamente, los que intentaron no volver a reproducirse en 1978. Unas exclusiones derivadas de que el texto nació de la arrolladora fuerza de la conjunción republicano-socialialista, que incluso descartó en su totalidad el anteproyecto elaborado por la Comisión Jurídica Asesora. Tanto las palabras de Azaña (partidario, como digo en el libro, de que el partido mayoritario arrasara a los minoritarios), como el discurso de Jiménez de Asúa al presentar el proyecto constitucional muestran una escasa vocación transaccional (31).

No sirve de excusa afirmar que tales vicios respondieron más a los políticos que el propio sistema constitucional, porque aquéllos fueron los autores de éste, y el propio sistema constitucional permitía tales exclusiones. Desde luego que excluyente fue la política "expropiadora" (*lato sensu*) del Gobierno cuando se disolvió la Compañía de Jesús, o cuando se privó de sus bienes a los colaboradores con el General Sanjurjo o, en fin, cuando se sustrajo a varios Grandes de España de casi cuatrocientas mil hectáreas laborales, todo ello sin indemnización alguna. Pero esa política de tierra quemada (nunca mejor dicho) venía posibilitada por el propio texto constitucional, cuyo artículo 44 permitía hasta tres formas de supresión de la propiedad privada (expropiación, socialización y nacionalización), las dos últimas sin necesidad de indemnización alguna. Y las críticas a esta intransigencia constitucional no vinieron sólo de la derecha, como sostiene erróneamente el recensor, sino de juristas nada conservadores, como Nicolás Pérez Serrano o Alfonso Posada. Éste último tildaría a la mayoría constituyente de "intransigente" en muchos puntos, como la organización de las Cortes

(31) Sobre este proceso constituyente me remito a la muy reciente obra de Santos Juliá, *La Constitución de 1931*, en la colección dirigida por Miguel Artola, *Las Constituciones Españolas*, vol. VIII, Madrid, Iustel, 2009.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

o el problema religioso, y dejaría claro que la Constitución había sido elaborada con un deseo de "revancha" (32).

Y es que, en efecto, la crítica razonable a la Constitución de 1931 no es la que vertieron las fuerzas franquistas (que se limitaron a liquidarla de forma ilegítima creando un régimen que sí que era totalmente excluyente) sino que se puede hacer hoy a partir de una democracia de consenso; y muchas veces perdemos esto de vista, al punto de que parece que nuestra actual norma suprema es menos "democrática" que la del 31 (33). A más apertura constitucional, más democracia (34), aunque en ocasiones el legislador haya aprovechado esa misma apertura para restringir opciones, algo perceptible, por cierto, en la actual legislación española sobre partidos políticos (35).

Por lo que se refiere al franquismo, los expertos en esta etapa política coinciden en señalar que fue mucho menos uniforme de lo que

---

(32) Adolfo Posada, *La Nouvelle Constitution Espagnole*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1932, pp. 117.

(33) Dejo aparte la idea de que el fraccionamiento político condujo a la Guerra Civil, porque en ningún momento afirmo en mi libro tal disparate. Lo que sí es cierto, y así lo reconocen los principales especialistas en la II República, es que la República políticamente había quedado maltrecha y las fuerzas del Frente Popular eran conscientes de ello; de ahí su llamada a la unidad. *Vid.* Javier Tusell, *Las elecciones del Frente Popular*, Madrid, Edicusa, 1971.

(34) *Cfr.* Ignacio de Otto, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1988, pp. 46 y ss., así como, del mismo autor: *La Constitución abierta*, « Revista de Occidente », 54, 1985. Ambos textos se recogen en las *Obras completas*, Universidad de Oviedo-CEPC, 2010, en prensa.

(35) Como sostengo en el libro, el cambio de un concepto procedimiental a un concepto material de democracia ha llevado a prohibir partidos que realicen conductas no democráticas, entre las que se incluyen limitaciones a ciertas libertades como las de expresión y asociación. Ei profesor Martín incurre en evidentes errores iurídicos cuando considera que este cambio legislativo se debe más a motivos de seguridad que a una *vis expansiva* del concepto de democracia. Constitucionalmente un partido sólo puede ilegalizarse por afectar a la seguridad cuando incurre en un ilícito penal (según establece el límite inmanente positivo previsto en el artículo 22 CE). La ilegalización que prevé el artículo 9 de la Ley 2/2006 no es penal y refiere a la inobservancia del funcionamiento democrático que impone el art. 6 (y no el 22 CE). Se trata, por tanto, de una limitación (en realidad, *sticto sensu*, una delimitación) establecida para proteger el bien jurídico constitucional "democracia" previsto en el artículo 1.1 CE como principio estructural (límite lógico) y en el art. 6 CE (límite positivo), y no para tutelar el derecho fundamental a la seguridad (art. 17 CE). Si el Tc ha declarado constitucional la Ley es precisamente porque ha interpretado la referencia constitucional a la democracia del artículo 6 en un sentido expansivo, como sostengo en mi libro; si lo que se pretendiese la Ley fuese tutelar la "seguridad", su artículo 9 habría sido declarado inconstitucional en su mayoría, si no en su totalidad. A tales efectos basta con consultar la STC 48/2003, de 12 de marzo.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

se trató de difundir, merced a la confluencia de diversas fuerzas políticas más unidas por el rechazo al liberalismo y a la democracia inorgánica, que por una común ideología. Basta ver los conflictos internos de liderazgo suscitados a raíz de la unión entre la Falange y el Partido Tradicionalista. También es cierto que el propio Franco y sus ideólogos trataron de mostrar que el Movimiento no era estático, y admitía evolución (36); no son palabras que diga yo, ni creo dar a entender en el libro que me alineo con esta postura, si no que simplemente reproduzco lo que mencionan los actores políticos para justificar los cambios inevitables que sufrió el régimen dictatorial en sus cuarenta años de singladura. La contradicción que sin duda existe entre esa concepción evolutiva del Movimiento y la intangibilidad de sus principios no es mía, sino de la doctrina franquista.

Que a partir de 1967 se produjo una apertura del régimen es también algo bien documentado; yo me limito a afirmarlo y ciertamente no me detengo a analizar si se trataba de un problema de supervivencia (obviamente que así era) porque una vez más tengo que insistir en que analizo ideologías, no aspectos sociológicos o políticos (37). En términos de democracia moderna ese avance fue timorato, y el reconocimiento del asociacionismo escaso, pero no creo que exista contradicción al afirmar a un tiempo que supuso un "relevante avance". Lo que tenemos que examinar no es lo que vendrá después, la Constitución del 78, sino lo que había antes, y el mismo reconocimiento de una representación familiar, negada desde la instauración misma de las Cortes, permitió que emergieran las llamadas Cortes itinerantes y el inicio de una tibia corriente crítica. Pero creo que, precisamente por ello, y frente a lo que sostiene el profesor Martín, soy perfectamente coherente al decir que la postura del sector más reaccionario del franquismo era la más consistente: si el Movimiento contenía principios inamovibles, como la concepción orgánica de la democracia, lo coherente en términos jurídico-políticos era negar el asociacionismo político, y lo incoherente era lo que pretendían las corrientes críticas, esto es, establecerlo al amparo

(36) Francisco Franco, *Declaraciones a la "Asssociated Press"* (29 de enero de 1946), en Agustín del Río Cisneros (compilador), *Pensamiento político de Franco. Antología*, Madrid, Servicio Informativo Español, 1964, p. 225; Id., *Mensaje de fin de año* (31 de diciembre de 1955), *ibídem*, p. 226; Id., *Declaraciones al "New York Times"* (19 de marzo de 1957), en *ibídem*, p. 227. Véase que tales declaraciones empiezan en 1946, es decir, una vez finalizada la II Guerra Mundial, y una vez que la victoria de los aliados obliga al dictador a modular su orientación totalitarista.

(37) De nuevo el recensor acude a hechos donde yo analizo doctrinas cuando dice que "la democracia parlamentaria no fue el resultado de una evolución interna del Estado franquista, sino de una conquista de la sociedad ejecutada contra el régimen". Desde luego que así es, pero ése es un análisis de historia política (e incluso podría verse así en términos de lógica jurídica), no de historia de las doctrinas políticas.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

de un régimen dictatorial. Las únicas soluciones coherentes eran o mantener el *status quo* (como pretendían los más inmovilistas del régimen dictatorial) (38) o romperlo (como finalmente se hizo en la Transición), pero no intentar articularlo desde dentro del sistema. *Tertium non datur*. Considerar que esta afirmación mía implica « preferencia por los políticos intransigentes y continuistas de la transición » sólo puede justificarse por volver a valorar en términos éticos o políticos afirmaciones que yo sostengo en un sentido absolutamente científico. En este aspecto, creo que, quien muestra preferencias éticas es el propio profesor Martin, y éstas no le permiten percibir con claridad afirmaciones que se vierten en términos cientificos.

El mismo rescate de la idea de "Constitución" llevada a cabo por autores como Rodríguez Carvajal muestra un cambio intelectual (el único que me interesa subrayar) en un régimen que había denominado a sus normas básicas "Leyes Fundamentales" con tal de huir de un término, el de "Constitución", que les evocaba liberalismo y democracia inorgánica. Que lo que digo es absolutamente correcto lo muestra el hecho de que la Constitución española de 1978 al final no surgió de una mera evolución del régimen franquista, sino de una ruptura con aquél, llevada a efecto a través de la Ley para la Reforma Política, que aun emanada de los procedimientos de las Leyes Fundamentales, derogaba implícitamente cláusulas intangibles de los principios del Movimiento.

Ciertamente, para tener reticencias sobre si debía aceptar el amable ofrecimiento del profesor Costa, el resultado ha sido más largo de lo esperado, pero reitero que, cuando una recensión está tan cuidadosamente elaborada como la que ahora me ocupa, bien merece la pena debatirla con detenimiento. Creo que buena parte de las críticas del recensor se fundamentan en introducir en la discusión planos distintos al meramente doctrinal del que se ocupa el libro: aspectos éticos, fácticos, políticos e institucionales. Las críticas, y eso me reconforta, se reducen cuando se atiende sólo a mi análisis doctrinal, que es precisamente el único del que se ocupa el libro. No quiero con ello decir que todos los demás aspectos sean intrascendentes. Desde luego que no lo son, y en muchas de las afirmaciones que sobre ellos hace el profesor Martín convengo plenamente. Lo que sucede es, simplemente, que no se trata del enfoque de un libro que trata de los partidos "*en el pensamiento*", es decir, en el mundo de las ideologías.

En todo caso, quisiera que mis observaciones a la generosa recensión del profesor Martín no se vieran como una confrontación,

(38) Una vez más el recensor se aleja del objeto del libro (las doctrinas) cuando señala que, esta coherencia era "tan sólo la solidez y consistencia de sus intereses particulares protegidos por el régimen". Tal afirmación de materialismo histórico no contempla que los intereses subyacentes (sociales, políticos, económicos, o del orden que fueren) no son objeto de un libro que se ocupa de las doctrinas.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

sino como un mero diálogo sustentado en planteamientos distintos y con un objetivo de intercambio intelectual. Si la recensión no resultase tan interesante, o el interlocutor con quien debato no demostrara tanta solvencia, desde luego que habría declinado la amable propuesta del profesor Costa. Me alegra haberla aceptado, porque el trabajo del profesor Martín me ha permitido volver a reflexionar sobre este tema que ambos tenemos por interés común. Gracias, pues, tanto al profesor Costa, como al profesor Martín, por haberme brindado, de distinta forma, esta oportunidad de dialogar en los *Quaderni Fiorentini*.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

JAMES Q. WHITMAN, *The origins of reasonable doubt. Theological roots of the Criminal Trial*, New Haven & London, Yale University Press, 2008, 277 p.

ARNO DAL RI JR.

A obra *The origins of reasonable doubt. Theological roots of the Criminal Trial* (1), de James Q. Whitman, nos apresenta não só uma análise das origens, mas também uma tentativa de reconstrução do itinerário histórico da "dúvida razoável" entre medievo e modernidade, evidenciando processos de ressignificação e transformação ao qual o instituto é submetido na passagem entre dois universos jurídicos.

A ruptura existente no âmago do conceito de « reasonable doubt » entre os direitos medieval e moderno, segundo os escritos do autor, é bastante incisiva. No primeiro, a « reasonable doubt » tinha como finalidade central a escusa do julgamento para tutelar a alma de quem julga, evitando que, ao julgar errado, cometa-se injustiça mandando à execução ou à mutilação um inocente. Se a voz da consciência alertasse para traços de dúvida sobre o real comportamento de quem é submetido a juízo, o julgador não deveria proceder ao julgamento. Fortemente condicionada por uma releitura da teologia cristã, a cultura jurídica medieval tentava evitar que o julgador visse comprometido seu destino na Redenção ao agir de modo incorreto no exercício da função ao qual era chamado (2). Portanto, como bem salienta Withman, a « reasonable doubt » serviria a evitar que o julgador se tornasse vítima de seus próprios atos.

A principal legitimação para a utilização da « reasonable doubt »

---

(1) New Haven & London: Yale University Press, 2008, 277.

(2) Os conselhos deixados por Agostinho ao julgador são marcados, justamente, pela preocupação de que o mesmo esteja em condições de diferenciar a justiça da iniqüidade, evitando assim a dúvida e, por conseqüência, o erro. Para o teólogo, o julgador, acima de tudo, nada poderia censurar como iniqüidade sem antes ter visto o que é a justiça: « Non reprehenderes iniquitatem nisi videndo iustitiam [...] Reprehensor iniquitatis esse non potest qui non cernit iustitiam, cui comparatam reprehendat iniquitatem ». In: AGOSTINHO (Santo), Comentários aos Salmos, São Paulo, Paulus, 1997, p. 261.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

sofria, ainda, principalmente, o impacto da idéia de mácula de sangue. Esta poderia recair sobre o julgador causada por uma sentença viciada por erro de quem julga, tendo por resultado o derramamento de sangue através da morte ou da mutilação do condenado (3). A escusa proporcionada pela dúvida razoável conduziria, então, a uma "desresponsabilização" moral do julgador no que concerne ao resultado da decisão. Neste mesmo sentido, se teria o renascimento da prática de ordálios enquanto "Voz de Deus" e o surgimento dos júris como a "Voz do Povo", estratégias para que os julgamentos acontecessem minimizando a responsabilidade do julgador.

O processo de secularização promovido a partir da modernidade (4), por outro lado, incidiria sobre a « reasonable doubt » reduzindo ao silêncio e ao esquecimento os pressupostos teóricos que advinham da teologia cristã. O papel a ser desempenhado pelo conceito no âmbito da nova cultura que se delineia dirigiria a sua atenção a novos valores, tais como a liberdade, imprimindo no âmago do conceito uma suposta preocupação com o destino do réu, sem que com isso se levasse em consideração com tanta ênfase o papel do julgador. O conforto moral de quem julga é substituído pela tutela de determinadas garantias de quem é submetido ao julgamento.

O redimensionamento causado pela secularização que se inicia a partir da cultura jurídica pré-moderna no conceito de responsabilidade do julgador com certeza irá conduzir ao distanciamento do mesmo em relação aos resultados brutos dos seus julgamentos. Este último fenômeno, contudo, como fica claro na leitura oferecida por Whitman, apresenta diferenças significativas em relação à desresponsabilização do juiz tipicamente medieval. Na desresponsabilização medieval, mecanismos como aquele de conforto moral são necessários porque parte-se de uma concepção de processo onde o juiz, a princípio, está moralmente

---

(3) O fato de a Igreja romana em várias ocasiões ter proibido aos clérigos de participarem de julgamentos do gênero, justamente para evitar que os mesmos se vissem maculados por decisões que contrariavam a sagrada escritura, teria sido, segundo o que nos aparece apontar a leitura de Whitman, um dos principais fatores a alimentar a idéia no imaginário da sociedade medieval.

(4) Parece, neste ponto, que a análise se aproxima de algumas nuances do pensamento de Carl Schmitt, que afirma serem os conceitos da teoria do Estado, conceitos teológicos submetidos a um processo de secularização durante a modernidade: « Alle prägnanten Begriffe der modernen Staatslehre sind säkularisierte theologische Begriffe. Nicht nur ihrer historischen Entwicklung nach, weil sie aus der Theologie auf die Staatslehre übertragen wurden, indem zum Beispiel der allmächtige Gott zum omnipotenten Gesetzgeber wurde, sondern auch in ihrer systematichen Struktur, deren Erkenntnis notwendig ist für eine soziologische Betrachtung dieser Begriffe ». In: Carl Schmitt, *Politische Teologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveranität*, Berlin, Dunker & Humblot, 2004[8], p. 43.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

implicado na questão; nesta, o destino tanto do juiz quanto das partes estariam em jogo (5). Já na concepção moderna, com as noções de dúvida razoável (6) e de conforto moral ganhando outros lineamentos, o problema da responsabilidade passa a ser resolvido *a priori* através do vínculo da decisão com a lei (7), e o único destino que está em jogo no processo é o do acusado (8). Por este motivo, reveste-se de particular

---

(5) O distanciamento do juiz que marca a concepção moderna de desresponsabilização encontra uma das suas melhores ilustrações na voz de Montesquieu, quando afirma, no *De l'ésprit des lois*: « Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur ». In: Charles de Secondat, Baron de MONTESQUIEU, *Oeuvres Completes*, Paris, Seuil, 1964, p. 589. A modernidade conduzirá o julgador a não se apropriar do processo e da decisão, mas a deles se distanciar, desresponsabilizando-se. Os ecos desta concepção podem ser claramente encontrados na cultura jurídica processualista através de autores de renome, como Piero Calamandrei, que, no período entre guerras, e antes da severa re-avaliação ao qual submeteu a influência do iluminismo na sua produção, escrevia, no ensaio *Appunti sul concetto di legalità*: « Il giudice non ha altro modo di essere giusto che quello di conformare la sua sentenza alla volontà della legge ». In: Piero CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, Napoli, Morano, 1976, Vol. III, p. 69.

(6) È interessante verificar como, justamente, Francesco Carnelutti vai se valer do papel que pode vir a ser desempenhado pela dúvida no âmbito do processo penal para criticar as insuficiências da ciência processual moderna: « Se vi fosse bisogno di una prova della insufficienza dei risultati finora conseguiti dalla logica per le esigenze della scienza giuridica e, in particolare, della scienza processuale, questa è data proprio dall'istituto delle prove. [...] Una osservazione analoga si può fare quanto al rapporto fra dubbio e certezza, ch'è pur esso un rapporto di mezzo a fine: vero è che codesta funzione non altrove che sul terreno del diritto e, più precisamente del diritto penale, si riesci a chiarire: esiste un altro campo, nel quale il dubbio, anziché un male, apparisca un rimedio cosi che quando non esiste dev'essere provocato ». In: Francesco CARNELUTTI, *Torniamo al giudizio*, « Rivista di diritto processuale », IV, 1949, p. 170.

(7) Sempre pautado nesta "desresponsabilização" proporcionada a partir da modernidade, Giovanni Tarello, em particular, fala de desresponsabilização não só do julgador, mas de todo o estamento dos juristas e de tecnicização do seu saber, desta vez como objetivos buscados pelo absolutismo, através do lento e gradual processo de codificação do direito. Vide, a propósito, Giovanni TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1976, p. XVI, 16-17.

(8) É bastante oportuna, por outro lado, neste contexto, a preocupação manifestada por Giuseppe Capograssi no artigo *Giudizio processo scienza verità*, em que o autor lança uma perspectiva diferente das concepções iluministas de desresposabilização do juiz: « Il processo è qualcosa che tocca tutte le persone e tutti gli interessi: se pure è un problema tecnico, al disotto c'è come in ogni problema tecnico, un problema de vida, un problema da vida ». In: Giuseppe CAPOGRASSI, *Opere*, Milano, Giuffrè, 1959, Vol. V, p. 53. Vide, a respeito, o comentário de Paolo GROSSI, em *Uno storico del diritto in*

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

significado a frase final da introdução da obra de Whitman: *"We have slowly been losing the capacity to gaze into our own breasts and ask ourselves hard questions about when and how we have the right to punish"*.

A possibilitação do próprio gesto de julgar no mundo cristão medieval através da regra « beyond reasonable doubt » e a distância que esta assume das garantias do acusado, assim como da manutenção da *rule of Law*, é evidenciada com bastante precisão por Whitman. Tratava-se, contudo, de um elemento funcional ao próprio gesto de julgar, já que « beyond reasonable doubt », o juiz poderia fazê-lo sem colocar em jogo o destino da própria alma. Porém, atribuir às mudanças históricas nos sentidos e nas funções do « reasonable doubt », à *"perda das origens"*, as dificuldades atuais em torno desse princípio, é uma afirmação que, talvez, vai além das respostas que a história do direito é capaz de dar. Do ponto de vista da história do pensamento jurídico, o que se percebe, pela leitura do livro de Whitman, é, antes de mais nada, a ressignificação do princípio: primeiro, vinculado ao conforto moral do juiz, depois, vinculado às garantias do acusado e à própria busca da "verdade dos fatos" no processo penal. O que temos, portanto, é um objeto que se transforma. A expressão « living fóssil » para qualificar o « reasonable doubt » no sistema atual mereceria, portanto, maiores explicações. Algumas destas o próprio Whitman já nos oferece, evidentemente: o exemplo utilizado é o da regra da unanimidade nas decisões do júri no sistema de *common law* norte-americano. O argumento para justificar a regra da unanimidade — « the State must prove the elements of a substantive offense 'beyond a reasonable doubt and to the satisfaction of every juror' » — vinculando-o à busca pelos fatos, para Whitman, parece ser forçado, e não espelha a realidade do funcionamento do dispositivo, já que, pelas regras atuais da busca pelo conhecimento na ciência, a unanimidade não é necessária.

O que parece merecer uma explicação ulterior é, justamente, o esforço para vincular esse dispositivo a outros elementos — ou seja, ao « factual proof » —, independente de essa argumentação espelhar mais ou menos fielmente a realidade. Ao menos para uma história do pensamento jurídico, trata-se de um acontecimento de toda a relevância. A dificuldade, no texto de Whitman, parece estar exatamente no binômio conceitual mais fértil que a obra oferece: "moral comfort" x "factual proof". Por um lado, essas categorias permitiram uma releitura histórica muito consistente, mas, por outro, por ser uma categoria *geral* de leitura do processo, tem também uma função "avaliativa" a respeito de outras leituras do processo em qualquer época e lugar. É o que acontece quando Whitman considera simplesmente equivocadas as

---

colloquio con Capograssi, « Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto », LXXXIII, 2006, p. 13 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

doutrinas que vinculam dispositivos como o da unanimidade do júri à busca da verdade dos fatos, resolvendo o problema apressadamente, atribuindo as dificuldades em torno de pontos como esse à incapacidade dos outros autores de enxergar a "origem", que acaba sendo identificada com a "essência verdadeira" do instituto. Quando a "essência verdadeira" do instituto é maculada, torna-se bastante óbvio que este último não funcionará adequadamente. Mas, como bem se vê, trata-se de uma explicação demasiado simples. Em primeiro lugar, seria necessário levar em consideração a dimensão garantista de dispositivos que Whitman considera meros resquícios de « moral comfort », e a articulação nem sempre óbvia entre garantias e as necessidades de busca pela "verdade dos fatos". Em segundo lugar, talvez fosse necessário rever em qual medida a história do direito tem a ver com "origens", sob o risco de transformá-la em um exercício de denúncia de "origens perdidas" ou, ao contrário, de elogio de "origens mantidas". Evidentemente, são riscos, e não o que o livro de Whitman faz e fala expressamente. Não por acaso, com a argumentação de Whitman é possível chegar a lugares completamente diferentes, se levarmos em consideração a grande lista de descontinuidades entre o mundo medieval e o mundo moderno, o modo como Whitman — muito bem — aborda a diferença na concepção de processo que subjaz a tantos dispositivos medievais outrora lidos anacronicamente (o ordálio como "oráculo ao contrário", ou seja, vinculado a *"factual proof"* moderna), todos elementos que possibilitam uma leitura histórica muito mais acurada.

A dimensão teológica da « reasonable doubt » sobre a responsabilidade moral do julgador também possui, segundo Whitman, uma incidência significativa na utilização de ordálios no universo medieval. E, a análise do fenômeno que o trabalho de Whitman nos oferece se delineia como uma chave de leitura importante para romper com uma tradição de leituras presente na historiografia penal que concebe os ordálios como método de investigação de alguma verdade factual, ou melhor, com o anacronismo causado por uma leitura baseada em uma determinada idéia de processo — aquela de processo como percurso de busca pela verdade —, existente, no Continente, mesmo antes do Iluminismo, naquilo que Mario Sbriccoli (9) chamou de "penal hegemônico" tardio e pós-medieval.

A análise de Whitman toca de modo incisivo este impressionante acúmulo de equívocos e imprecisões que submerge os ordálios há vários

(9) Vide, a respeito, o texto Mario Sbriccoli, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale*, in Marco Bellabarba, Gerd Schwerhoff et Andrea Zorzi (a cura di), *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo Medioevo ed età moderna*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 345 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

séculos. Logicamente, a obra de Whitman não tem como objeto privilegiado os ordálios, mas, contudo, a perspectiva tomada pelo autor para analisar o itinerário histórico da « reasonable doubt », passando pelo modo como esta se relaciona com a prática dos ordálios em plena Idade Média, fornece ao leitor novos e importantes elementos para uma compreensão mais nítida deste objeto (10).

Contestando as afirmações em torno dos ordálios oferecidas por tradições historiográficas que têm nas obras de Hermann Nottarp (11) e Jacob Grimm (12), assim como, de um certo modo, de Heinrich Brunner (13), Carl Mittermaier (14), Federico Pateta (15), Giuseppe

---

(10) Dentre os escritos dos iluministas que se ocuparam de comentar aspectos processuais da experiência penal medieval, se reveste de particular importância as páginas do *L'ésprit des lois*, de Montesquieu, marcadas pelo relativismo e por uma preocupação na leitura que parece se revestir de um caráter "antropológico". Nesta perspectiva, ao apresentar exemplos de ordálios no universo jurídico franco, Montesquieu oferece uma leitura mais lúcida do fenômeno: « On sera étonné de voir que nos pères fissent ainsi dépendre l'honneur, la fortune et la vie des citoyens, de choses qui étaient moins du ressort de la raison que du hasard, qu'ils employassent sans cesse des preuves qui ne prouvaient point, et qui n'étaient liées ni avec l'innocence, ni avec le crime. [...]. Quant à la preuve par le feu, après que l'accusé avait mis la main sur un fer chaud, ou dans l'eau bouillante, on enveloppait la main dans un sac que l'on cachetait: si, trois jours après, il ne paraissait pas de marque de brûlure, on était déclaré innocent. Qui ne voit que, chez un peuple exercé à manier des armes, la peau rude et calleuse ne devait pas recevoir assez l'impression du fer chaud ou de l'eau bouillante, pour qu'il y parût trois jours après? Et, s'il y paraissait, c'était une marque que celui qui faisait l'épreuve était un efféminé. Nos paysans, avec leurs mains calleuses, manient le fer chaud comme ils veulent. Et, quant aux femmes, les mains de celles qui travaillaient pouvaient résister au fer chaud. Les dames ne manquaient point de champions pour les défendre; et, dans une nation où il n'y avait point de luxe, il n'y avait guère d'état moyen. [...] dans les circonstances des temps où la preuve par le combat et la preuve par le fer chaud et l'eau bouillante furent en usage, il y eut un tel accord de ces lois avec les mœurs, que ces lois produisirent moins d'injustices qu'elles ne furent injustes; que les effets furent plus innocents que les causes; qu'elles choquèrent plus l'équité qu' elles n'en violèrent les droits; qu'elles furent plus déraisonnables que tyranniques ». In Charles de Secondat, Baron de Montesquieu, De *l'esprit des lois*, in Id., *Oeuvres Completes*, Paris, Seuil, 1964, p. 731.

(11) Hermann Nottarp, *Gottesurteilstudien*, München, Kosel, 1956.

(12) Jacob Grimm, *Deutsche Rechts Alterhümmer*, Göttingen, Dietrich, 1828; Jacob Grimm, *Deutsche Mythologie*, Göttingen, Dietrich, 1854³.

(13) Heinrich Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Berlin, Dunker & Humblot, 1906, em particular o § 9, voltado ao direito processual.

(14) Carl Anton Joseph Mittermaier, *Die Lehre vom Beweise im deutschen Strafprozesse*, Darmstadt, Heyer, 1834.

(15) Federico Patetta, *Le ordalie*, Torino, Cisalpino-Goliardica, 1890.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Salvioli (16) e Adhémar Eismen (17), alguns de seus principais expoentes, Whitman coloca concretamente em debate vários aspectos por estes afirmados. Obviamente, deve ser salientado que, nas últimas décadas, a historiografia contemporânea que se dedica ao penal demonstrou todas as suas desconfianças em relação às leituras que os autores acima citados e os demais do seu tempo (18). Mas Whitman o faz utilizando a profícua noção de « moral comfort », acrescentando elementos originais ao debate historiográfico sobre o tema.

Na América Latina, em particular, por mais de um século foi fenômeno comum, para não se dizer uma regra, a presença continua de uma leitura distorcida dos ordálios — bastante particular —, nas escassas páginas que os manuais de direito penal e de direito processual penal (19) continham para contemplar a história da disciplina a qual se dedicavam (20). Seduzidos pelas facetas místicas e sobrenaturais com o

---

(16) Giuseppe SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1921[9].

(17) Adhemar EISMEN, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le* XIIIe *siècle jusqu'à nos jours*, Paris, L. Larose et Forcel, 1882.

(18) As principais obras que compõem o núcleo central da tradição historiográfica a qual pertence Federico Pateta vem indicadas pelo próprio autor no início de cada capítulo da sua obra *Le ordalie*. Vide, ID., *Le ordalie*, cit., pp. 37, 72, 88, 123, 150, 164.

(19) Mesmo Nelson Hungria, Roberto Lyra, Heleno Fragoso e Aníbal Bruno, entres os penalistas brasileiros de maior erudição e cultura, que apresentam uma evidente sensibilidade à história do direito penal, trazem em suas obras visíveis dificuldades em se liberar totalmente de uma leitura simplista do fenômeno. Na coleção Comentários ao Código Penal, publicada sob a coordenação de Nelson Hungria, Roberto Lyra afirmava: « Embora o conceito religioso da penalidade fosse próprio da vida primitiva dos germanos, atendiam ao princípio individualista. Primitivamente, as questões resolviam-se pelas armas, como exigência do caráter e da índole da raça, confiando-se ao próprio braço a sustentação dos direitos, mas, quando os germanos se convertem ao novo dogma, surgiram as 'ordálias ou juízos de Deus', as provas da água fervente, do fogo da cruz etc., e, por último, o 'duelo judiciário' ». In: Roberto LYRA, *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1958[2], p. 20. Vide, a propósito, ainda, Heleno Cláudio FRAGOSO, *Lições de Direito Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 2004[16], p. 39; e Aníbal BRUNO, *Direito Penal*, Tomo I, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 82. Entre os tratados de direito processual penal brasileiro que citam os ordálios, continuando reféns de simplismos e reducionismos, tem-se Fernando da Costa TOURINHO FILHO, *Processo Penal*. vol. 3°, São Paulo, Saraiva, 1999[21], p. 240; Júlio Fabrini MIRABETE, *Processo Penal*, São Paulo, Atlas, 1995[4], p. 263.

(20) Entre os penalistas brasileiros aquele que atualmente consegue realizar uma leitura mais isenta de reduções e simplismos, com certeza é Nilo Batista, in Nilo BATISTA, *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*, Rio de Janeiro, Revan, Vol. I, p. 49-50.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

qual o fenômeno era apresentado, era prática comum dos penalistas e processualistas a absorção desta leitura no interior das suas obras. Fascinados simplesmente pelo caráter "mágico" do fenômeno, estes autores, nas décadas finais do século XIX e do início XX, parecem buscar nos ordálios da Idade Média uma epopéia mítica para ilustrar os antecedentes de uma disciplina que somente adquirirá sua maturidade pela voz dos iluministas. Trata-se de um fenômeno que, em alguns momentos, manifesta até mesmo uma grande contradição, já que, justamente quando grande parte da doutrina dá os primeiros passos de uma longa caminhada em direção ao rigor e a aridez do positivismo e do tecnicismo jurídico, as páginas históricas que antecediam o exame dos primeiros capítulos dos códigos penais não poupavam esforços na construção de um grande cenário em que homens, heróis e divindades interviam no que mais parecia ser a rude, mas mítica, pré-história da disciplina, advinda dos campos de Asgard e de Valhol.

Talvez ao traçar um paralelo com a forma como o surgimento do Estado vinha até poucas décadas atrás apresentado nas ainda primeiras aulas das disciplinas de "Teoria do Estado" e de "Direito Constitucional" nas faculdades de direito, ou seja, através da riquíssima, mas não pouco carregada de distorções, imagem mitológica do Leviathã de Hobbes, ou como na grande maioria das aulas da disciplina "Filosofia de Direito", eram recitadas as tramas construídas no interior das fascinantes fábulas contratualistas e iluministas (21), seja possível entender a quase obsessão de alguns penalistas em ao menos citar a presença dos ordálios para legitimar a existência de uma suposta epopéia mítica antecedente ao racional e esclarecido direito penal moderno.

Longe dos devaneios iluministas e românticos de alguns penalistas e processualistas, mas firme na sua crítica, o exame realizado por Whitman faz um importante redimensionamento do fenômeno, diluindo a camada de escombros que se arrastava através dos séculos.

Uma das idéias de Heinrich Brunner, em particular, partindo do pressuposto de que o ordálio se apresentava como prova formal, parece alcançar Michel Foucault. No texto *La Maison des fous* (22), Foucault

---

(21) Para uma análise profunda do impacto das fábulas e mitologias iluministas no universo jurídico, é imprescindível a leitura de Paolo Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2007[3], p. 3 ss.

(22) « Dans un ordre tout autre, l'épreuve judiciaire était aussi une manière de ménager la production de la vérité. L'ordalie qui soumettait l'accusé à une épreuve ou le duel qui confrontait accusé et accusateur (ou leurs représentants) n'étaient pas une manière fruste et irrationnelle de 'détecter' la vérité et de savoir ce qui s'était réellement passé dans l'affaire en litige; c'était une manière de décider de quel cote Dieu plaçait actuellement le supplément de chance ou de force qui faisait le succès d'un des deux adversaires; ce succès, s'il était acquis régulièrement, indiquait au profit de qui devait se faire la liquidation du litige. Et la position du juge n'était pas celle de l'enquêteur

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

mostra-se próximo desta leitura, caminhando em direção a Whitman, já no ensaio *A Verdade e as formas jurídicas* (23), o autor apresenta os ordálios como ritualização da guerra, enquanto Whitman faz uso de outras chaves de leitura.

A tese defendida por Whitman contempla o fenômeno dos ordálios como sem uma relação direta com a prova factual, e, nesse ponto, Foucault e Whitman compartilham a mesma percepção. Para Whitman, o ordálio não era um meio de descobrir fatos que não poderiam ser descobertos de outra forma (24). O ponto essencial que legitimaria a sua utilização no universo medieval seria, então, a ausência de responsabilidade moral pelo julgamento. É neste deslocamento do papel dos ordálios que fica evidente a contribuição de Whitman em relação a Foucault, assim como no que concerne à grande parte da historiografia penal que até nós chegou.

Os ordálios, então, não teriam por função a descoberta de fatos novos (25), mesmo por que, quando se chegava a eles muitas vezes já não pairavam dúvidas quanto às acusações imputadas aos réus (26). A

---

cherchant à découvrir une vérité cachée, et à la restituer exactement; il avait à organiser sa production, à authentifier les formes rituels dans lesquelles elle avait été suscitée. La verité, c'était l'effet produit par la détermination rituelle du vainquer ». In: Michel FOUCAULT, *La Maison des fous*, in ID., *Dits et écrits (1954-1988), Vol. II (1970-1975)*, Paris, Gallimard, 1994, p. 694.

(23) « Havia, finalmente, as famosas provas corporais, físicas, chamadas ordálios, que consistiam em submeter uma [sic] pessoa a uma espécie de jogo, de luta com seu próprio corpo, para constatar se venceria ou fracassaria [...]. No sistema da prova judiciária feudal trata-se não da pesquisa da verdade, mas de uma espécie de jogo de estrutura binária. O indivíduo aceita a prova ou renuncia a ela. Se renuncia, se não quer tentar a prova, perde o processo de antemão. Havendo a prova, vence ou fracassa. Não há outra possibilidade. A forma binária é a primeira característica da prova » In: M. FOUCAULT, *A verdade e as Formas Jurídicas*, Rio de Jaueiro, Nan, 1999, p. 64.

(24) Parece ser esta última a posição tomada por Giorgia ALESSI, *Il processo penale*, *Profilo storico*, Roma, Laterza, 2001, p. 10.

(25) De um modo geral, no sistema que abrigava o ordálio, torna-se evidente este outro papel desempenhado pela prova, já que inserida no contexto da transposição simbólica do conflito, ela não servia exatamente como instrumento de verificação dos « [...] fatti controversi quanto, piuttosto, a decidere. Per essere funzionale all'obbiettivo di evitare la faida, essa assumeva preferibilmente i caratteri del cimento, della 'prova di forza' (fisica o sociale) [...]. Di qui sarebbe derivata la preferenza degli antichi germani per instrumenti probatorî di natura formale e con fondamento sacrale: il giuramento (con o senza i cogiuratori), l'ordalia, il duello ». In: Luca LOSCHIAVO, *Figure di testimoni e modelli processuali tra antichità e primo medioevo*, Milano, Giuffrè, 2004. p. 149.

(26) Segundo Withman, um dos requisitos para a prática dos ordálios, já que não constavam como procedimento judicial padrão no período medieval, era a ausência de uma acusação formal ou, melhor, quando a situação era iniciada devido a um

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

verdadeira função dos ordálios seria, justamente, poupar os homens de julgarem outros homens (27) — por vezes seus próprios vizinhos, algo arriscado durante o período medieval devido à possibilidade de se sujeitar às freqüentes vinganças —, deixando essa tarefa para Deus (28).

De um certo modo, a historiografia penal já salientou em outras ocasiões a relação entre ordálios e imaginário religioso medieval, contudo, naquela perspectiva, a relação se daria de um modo diferente ao apresentado por Whitman, ou seja, os ordálios teriam existido devido a um forte imaginário religioso que fazia com que as pessoas acreditassem que realmente se tratava do juízo de Deus (29). Uma outra percepção

---

indivíduo possuir má-reputação, atestada mediante os rumores existentes na comunidade. Os demais requisitos para a sua realização eram a ausência de testemunhas dispostas a depor, a não confissão do acusado e se a questão não pudesse ser resolvida através do juramento de uma pessoa de status alto.

(27) Posteriormente, por motivos diversos, a idéia de que a nenhum ser humano poderia ser atribuído o poder de julgar — e punir — outro ser humano, vai estar presente nos escritos dos autores que marcaram o positivismo criminológico. Críticos ferozes da idéia clássica de punição, Enrico Ferri, em particular, argüiram, entre outros, que punir somente poderia ser um conceito teológico, de modo que a única coisa que a "justiça" dos homens poderia fazer seria promover a "defesa social". Vide Vera Regina ANDRADE, *A Ilusão da Segurança Jurídica. Do controle da violência à violência do controle penal*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003², p. 60 ss. Sobre a obra de Enrico Ferri, vide, Roberta BISI, *Enrico Ferri e gli studi sulla criminalità*, Milano, Franco Angeli, 2004.

(28) Whitman parece minimizar o fato de no período medieval serem freqüentes as tentativas de evitar os julgamentos não somente através dos ordálios, mas também, principalmente, através de negociações que tentassem reconstituir ao menos em parte o dano sofrido pela vítima. A justiça negociada, segundo Mario Sbriccoli « [...] riposa sul consenso, prima e più che sulla certezza. Solo là dove l'approvazione della comunità è presunta, si dà preminenza alla certezza: è cosi per le azioni criminali di chi non ha protezioni o è ritenuto incorregibile, ed è cosi per i crimini senza vittima, che comprendono anche molti crimina enormia [...]. Appartenenza, protezione, consenso e — aggiungo — oralità rimandano al carattere comunitario della giustizia negoziata. E quel tanto di pattegiato o consensuale che la giustizia penale conserverà anche in seguito riposerà costantemente sul principio della comunità, lasciando in potere delle giurisdizioni locali e conflitti tra vicini che assumono formato penale ». In Mario SBRICCOLI, *Giustizia Criminale*, in Maurizio FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato Moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 163 ss. Vide a respeito, ainda, Mario SBRICCOLI, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica*, cit., p. 345 ss.; Régine LE JAN, *Les transactions et compromis judiciaires autour de l'an mil,* in ASSOCIATION FRANÇAISE POUR L'HISTOIRE DE LA JUSTICE, *La Justice en l'an mil*, Paris, La Documentation Française, 2003, p. 67; e Andréa ZORZI, *Negoziazione penale, legittimazione giuridica e poteri urbani nell'Italia comunale*, in Marco BELLABARBA, Gerd SCHWERHOFF et Andrea ZORZI (a cura di), *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia*, cit., p. 13 ss.

(29) Dominique BARTHÉLEMY, *Les ordalies de l'an mil*, in ASSOCIATION FRANÇAISE

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

bastante comum, mas acertada da historiografia penal contemporânea, que também se aproxima de Whitman, indica o ordálio como forma de evitar que, através do "julgamento humano", fossem despertados ou nutridos rancores que posteriormente viessem a turbar a paz, principal bem jurídico a ser protegido (30). A diferença, aqui, encontra-se no fato que Whitman, sem prescindir da lógica que conduz o ordálio a instrumento de manutenção da paz entre clãs, enfatiza sobretudo a responsabilidade moral do julgador que nos fins dos tempos terá de se apresentar, com seus méritos e desméritos, perante Aquele que julgará os vivos e os mortos. Na leitura de Whitman, então, o imaginário religioso não é abstraído, muito ao contrário; contudo, sua manifestação adquire novas de feições, sendo buscado o seu sentido último no problema ao qual o julgador se vê intimamente envolvido, colocando eventualmente em risco o futuro de sua alma na redenção. Poupar os homens de julgarem outros homens tem um claro lastro teológico, ou seja, nessa interpretação, a relação é muito mais determinada, e, portanto, metodologicamente mais precisa e passível de verificação.

Até hoje não há, segundo Whitman, certeza sobre a extensão do uso dos ordálios. Além dos casos criminais, também há registros de ordálios sendo praticados em função de disputas de terra, (in)fidelidade conjugal, dúvidas quanto à paternidade, desobediências às Pazes de Deus e controvérsias de fé. Ainda segundo o autor, em uma afirmação que conta com um certo consenso na historiografia penal (31), a real razão para o declínio dos ordálios teria passado pela concentração de esforços das monarquias medievais e da Igreja para viabilizarem o monopólio da violência, controlando a prática judicial e estimulando a resolução de conflitos em tribunais oficiais.

O ponto de partida de Whitman para a construção do seu objeto

---

Pour L'Histoire De La Justice, *La Justice en l'an mil*, cit., p. 82; Dominique Bartelemy, *Diversité des ordalies médiévales*, « Revue Historique », 280, 1988, p. 3 ss.

(30) Neste ponto parece que a distância entre as teses de Whitman e Foucault fica ainda menor, ou seja, ambos encontram um acordo no que se refere à utilização dos ordálios como forma de ritualização do conflito. Indo nesta direção, Foucault em parte consegue romper com as concepções do século XIX: « Todos estes afrontamentos do indivíduo ou de seu corpo com os elementos naturais são uma transposição simbólica, cuja semântica deveria ser estudada, da própria luta dos indivíduos entre si. No fundo, trata-se sempre de uma batalha, trata-se sempre de saber quem é o mais forte. No velho Direito Germânico, o processo é apenas a continuação regulamentada, ritualizada da guerra », in Michel Foucault, *A Verdade e as Formas Jurídicas*, cit., p. 60.

(31) Sobre as questões envolvendo o direito penal, a centralização do poder político e do monopólio da violência entre Idade Média e Modernidade, vide, em particular, Mario Sbriccoli, *Giustizia Criminale*, cit., p. 163 ss. e Giovanni Tarello, *Il "problema penale" nel sec. XVIII*, « Materiali per uma storia della cultura giuridica », V, 1975, p. 14 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

de pesquisa é um problema atual: as dificuldades em torno da « reasonable doubt » no sistema da *common law* norte-americana. Um início dos mais profícuos já que explicita o diálogo entre passado e presente que repousa no bojo da pesquisa historiográfica. No final do trajeto, Whitman retoma os fios da relação entre passado e presente. Ou melhor, não só do presente, mas também do futuro: Whitman esboça soluções para alguns inconvenientes vinculados ao seu objeto de pesquisa. Propõe, então, que o sistema atual de *common law* se tornasse verdadeiramente um sistema baseado de modo exclusivo na *factual proof*. Isso implicaria eliminar, por exemplo, as regras acerca de provas nulas e/ou inválidas, bem como a regra da unanimidade para as decisões do júri. A pergunta que resta em suspenso é se todas as garantias inerentes a um sistema penal que se pretende "civilizado" podem ser ancoradas ao dispositivo de « factual proofs ».

De resto, é muito claro que a pesquisa de Whitman não é desvinculada do empenho civil em construir um sistema penal "civilizado". A abordagem de Whitman nos convida a refletir sobre aquilo que "perdemos", ou seja, a capacidade de pensar sobre as implicações morais do julgamento de um ser humano por outro ser humano, sobre a fragilidade do ato de julgar, sobre a substancial humanidade que liga o julgador ou julgado, por mais criminoso que ele seja (32). Não se trata, porém, da concepção de história como fonte de exemplos (33), afinal, como afirma Paolo Grossi, "devemos construir o presente com as forças do presente" (34). Mas a história tem seu papel — e é o que o livro de Whitman faz — ajudando a ampliar os nossos horizontes de pensabilidade.

---

(32) « We do everything possible to prevent innocent persons from being caught up in the toils of the criminal justice system. But it leaves the guilty to whatever fate the punishment system may hold for them. We organize our justice system to protect the factually innocent, consigning the factually guilty to legal perdition, while tolerating no doubts about ourselves as judges. [...]. We have lost the old conviction that judging and punishing are morally fearsome acts ». In: James WHITMAN, *The origins of reasonable doubt*, cit., p. 209; « We can try to remember that those we convict are humans like ourselves, not to be consigned to prisons until extreme old age, for example » (p. 212).

(33) « The best lesson to draw from the history is not a lesson about how to apply reasonable doubt correctly, either according to its original intento or according to its original context » (p. 211).

(34) A frase de Paolo Grossi, aqui citada, encontra-se na entrevista feita ao maestro em 2007 por Massimo Meccarelli e Stefano Solimano, intitulada *A colloquio con Paolo Grossi*, presente em *http://www.forhistiur.de/zitat/0703meccarelli-solimano-grossi.htm*.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

RENZO ORLANDI

1. *Premessa.*

Gli studi storico-giuridici di James Whitman inducono il giurista positivo a riflessioni feconde. Essi hanno principalmente due pregi per il lettore europeo.

Il primo: affrontano, con arguzia e originalità, il tema degli itinerari seguiti dai sistemi penali affermatisi rispettivamente nel mondo angloamericano e in quello europeo-continentale. Numerose trattazioni sono state dedicate alle origini del processo *adversary* (1). Sono però rari gli studiosi capaci di avventurarsi nella comparazione storica con la sensibilità data da una buona conoscenza di entrambi i sistemi.

L'altro pregio sta, a mio avviso, nell'enfasi che l'autore opportunamente pone sulle componenti volontaristiche ed etiche del fenomeno giudiziario, anziché — come accade sovente nella nostra letteratura — sugli sfondi logici e razionali del giudicare. Ne deriva un approccio molto originale alla materia studiata, favorito anche dal coraggio nel formulare ipotesi di lavoro nuove e fertili per l'analisi ricostruttiva degli istituti penalistici. Una lezione di disinvoltura intellettuale e, al contempo, di rigore metodologico che è auspicabile sia assimilata anche dagli studiosi italiani.

Già nel precedente saggio del 2003 *Harsh Justice*, *Criminal Punishment and the Widening Divide between America and Europe*, l'autore offre una suggestiva spiegazione delle diverse culture penali di qua e di là dell'Atlantico. Egli muove dal singolare rilievo che il sistema punitivo americano è, nell'epoca attuale, assai più crudele di quello europeo, mentre, per contro, il modello processuale di *common law* è più rispettoso dei diritti individuali di quello affermatosi negli ordinamenti di *civil law*. La giustizia penale americana, garantista nel processo, lo è assai meno nella fase esecutiva della pena. Viceversa, la giustizia penale continentale, fattasi garantista nell'esecuzione penale, tende a svalutare i diritti individuali nella fase d'accertamento della responsabilità. La ragione dell'apparente paradosso risiede — secondo Whitman — nella circostanza che, dopo la rivoluzione francese, la cultura giuridica

(1) Da ultimo J. LANGBEIN, *The origins of adversary criminal trial,* Oxford, Oxford University Press, 2003. Dello stesso autore meritano di essere ricordati qui taluni saggi di comparazione storica, dal taglio affine a quelli di Whitman. Saggi illuminanti, risalenti soprattutto agli anni '70 del secolo scorso: *Torture and Plea Bargaining*, in « Chicago Law Review », 1978, pp. 3 ss.; *Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Regime*, Chicago, University Chicago Press, 1977; *Prosecuting Crime in the Renaissance: England, Germany, France*, Cambridge, Harvard University Press, 1974.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

continentale ha soppresso le differenze di ceto, equiparando formalmente, sotto il segno dell'eguaglianza, le classi umili agli aristocratici: un livellamento sì, ma verso l'alto. In America, dove una vera aristocrazia non c'era, la sanzione penale ha continuato ad esercitare senza difficoltà gli effetti stigmatizzanti e degradanti che le sono connaturati. Nel contesto sociale del Nuovo Mondo, la pena continua ad essere uno strumento di emarginazione e, dunque, di stratificazione sociale.

Saggiamente, l'Autore invita a considerare con cautela le sue ipotesi di lavoro, così come le conclusioni più o meno plausibili, cui perviene. Bisogna però riconoscere che l'ipotesi ha un'indubbia forza esplicativa circa l'evoluzione dei sistemi penali. Essa invita il lettore a riflettere sulle forti connessioni fra sistema sanzionatorio e sistema processuale; fra modalità di esecuzione della pena e tipologie dell'accertamento penale; fra cultura della sovranità e cultura penale. Connessioni forti, dense di significato e facilmente percepibili dal punto di vista storico-comparatistico; ma, al contempo, connessioni marginali o inaccessibili allo sguardo del giurista positivo, avvezzo all'analisi tecnico-giuridica degli istituti entro i ristretti orizzonti della propria disciplina.

Nel più recente *The Origins of Reasonable Doubt*, Whitman intraprende l'iniziativa davvero ambiziosa di spiegare l'evolversi dei sistemi penali (di *common* e di *civil law*) alla luce dei principi teologico-morali che, a partire dal Medioevo, hanno alimentato la cultura del punire (la politica criminale, diremmo oggi) in ambito europeo.

Più che dal titolo, il contenuto dell'opera traspare dal sottotitolo (*Theological Roots of the Criminal Trial*). L'autore si cimenta nello sforzo di ricostruire le pratiche processuali sin dall'epoca medievale, muovendo dai canoni (essenzialmente religiosi) allora vigenti. L'intento è duplice: dimostrare il valore pratico di quei canoni nella costruzione di un accettabile sistema di accertamento giudiziario ed evidenziare, al contempo, come il loro modificarsi nel corso dei secoli sia in rapporto di reciproca interdipendenza con la cultura etico-filosofica (l'idea che l'uomo si fa dei propri limiti cognitivi e di ragion pratica), con la cultura politica (l'idea della sovranità nelle sue concrete manifestazioni storiche), con la politica penale (la tipologia delle sanzioni socialmente accettate). La tesi di fondo del libro è che dal XIII secolo in poi, sia nel continente europeo, sia nel mondo anglo-americano, le pratiche processuali si sono evolute e hanno perduto progressivamente quel carattere sacro, trascendente che inizialmente le connotava; quel "timor di Dio" che, per comandamento biblico, doveva pervadere l'animo del giudicante. Nell'esporre tale tesi, Whitman fa storia delle idee, offrendo spunti di riflessione numerosi e interessanti anche per il giurista positivo. Conviene riandare insieme i passaggi cruciali di questo percorso articolato e altamente istruttivo.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

2. *L'angoscia del giudicare.*

Punto di partenza è la massima evangelica, riportata in Matteo 7:1: « non giudicate, per non essere giudicati, perché con la misura con la quale giudicate sarete giudicati e con la misura con la quale misurate sarete misurati ». Alle origini del cristianesimo, la condanna dell'innocente macchiava di peccato mortale colui che la emetteva. La condanna a pena capitale, poi, rischiava di trasformare il giudice in assassino. Di qui la necessaria cautela che doveva essere posta nell'esercizio di tale funzione. Si trattava di evitare non solo condanne emesse sul presupposto di verità indimostrate, ma anche punizioni di persone che — pur autrici del fatto addebitato — non meritavano di essere punite. In quel mondo antico era ignota la distinzione tipicamente moderna fra diritto sostanziale e diritto processuale. Il fenomeno giudiziario inglobava sia la scelta dell'interesse da tutelare, sia l'accertamento del fatto. Diversamente da quel che accade oggi, l'errore del giudicante aleggiava sul perché punire, più che sulla *quaestio facti*. Questo perché il giudizio avveniva nell'ambito di piccole comunità, dove poche cose sfuggivano allo sguardo dei consociati ed era perciò raro che l'accertamento dei fatti "incriminati" costituisse un enigma difficile da decifrare. Assai più problematica, dal punto di vista etico, era l'affermazione — diremmo oggi — di illiceità o antigiuridicità della condotta accertata.

Ma, anche limitando il discorso all'accertamento del fatto, l'analisi storica dimostra come, già nelle epoche passate, le regole procedurali puntassero al *moral comfort* del giudicante. Etica e verità si contendevano il campo. Era però la prima a prevalere sulla seconda. Chi condannava un proprio simile si assumeva una grave responsabilità di fronte alla comunità e, soprattutto, di fronte a Dio. Era dunque necessario liberare il giudice dall'ansia dell'errore. Al che si provvedeva in modo duplice: da un lato, con regole probatorie a sfondo euristico che, favorendo l'accertamento della verità, conferivano un suggello di obbiettività e, per ciò stesso, di ineluttibilità alla decisione giudiziaria; dall'altro, con regole procedurali direttamente volte ad attenuare il senso di colpa del giudice che condannava. Rientravano fra le prime, ad esempio, le norme che vietavano la condanna sulla scorta di una semplice confessione non corroborata da altri elementi probatori. Fra le seconde, le regole che, con l'esigere l'unanimità per la condanna, ripartivano su tutti i giurati la responsabilità della stessa. Orbene, regole di questo tipo sono tuttora presenti in molti ordinamenti processuali. Solo, si fatica — secondo Whitman — a coglierne il fondamento etico, che, invece, l'indagine storica consente di mettere in evidenza.

L'ordalia medievale fornisce un istruttivo esempio, al riguardo. Un'opinione largamente diffusa, che Whitman fa risalire al romantico Jacob Grimm (giurista, nonché raccoglitore di favole), enfatizza la componente magica, irrazionale di questa pratica giudiziaria: una sorta

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

di oracolo rovesciato, cresciuto sull'asserito presupposto di visioni religiose diffuse nel mondo greco e pre-cristiano.

Whitman contesta questa tesi. Il *Gottesurteil*, il giudizio di Dio, con le sue prove del fuoco e dell'acqua, non è espressione di una cultura magica. Va visto, piuttosto, come mezzo di pressione per stimolare accuse o testimonianze *contra reum,* in una società, quella medievale, per lo più composta — lo s'è già detto — di piccole comunità, i cui appartenenti erano sovente riluttanti ad accusare i propri simili.

Il ripudio delle ordalie, avvenuto, come si sa, nel 1215, per iniziativa del papa Innocenzo III, all'esito del IV concilio lateranense, ha una giustificazione politico-religiosa, non epistemologica. Non segna il passaggio da un mondo magico, retto dal linguaggio del mito, a un mondo leggibile scientificamente. Ha, piuttosto, la sua ragion d'essere nell'esigenza, molto avvertita dalla gerarchia ecclesiastica, di evitare contaminazioni blasfeme fra la giustizia umana e quella divina. Come la guerra, il giudizio penale comportava spesso spargimenti di sangue. Analogia interessante, questa, fra guerra e processo, utilizzata già da Sant'Agostino. Il giudice che comanda la morte di un uomo è come il soldato che uccide in guerra. Egli non è responsabile di omicidio, a condizione però che la condanna costituisca l'esito di una giusta procedura: *Cum homo juste occiditur, lex eum occidit non tu.*

È immediatamente percepibile l'enfasi posta sull'avverbio *juste.* Una breve parola densa di significato, che raggruma il complesso delle regole procedurali necessarie a legittimare il giudizio di colpevolezza. Seguendole scrupolosamente, il giudice allontana da sé il possibile senso di colpa per la condanna emessa.

Ciò che, a un certo punto, non appare accettabile, è che nella sequenza procedurale sia evocata la divinità. Per liberarsi dal peso e dalla responsabilità del giudizio, l'uomo si affida al trascendente, così coinvolgendo Dio in un'attività "impura", quale quella suscettibile di sfociare in una condanna capitale. Risiede qui la vera ragione d'essere del canone conciliare che vieta le ordalie.

3. *Declino delle ordalie e successiva evoluzione degli ordinamenti processuali europei.*

Un evento, la caduta delle ordalie, capace di sconvolgere le modalità di accertamento e di decisione giudiziaria.

Anno 1215: data davvero cruciale per la storia della giustizia in Europa. È anche l'anno della *Magna Charta Libertatum,* concessa da John Lackland, re d'Inghilterra. Ma è soprattutto il declino dell'ordalia a generare la necessità del cambiamento. Da quel momento, la storia giuridica del continente europeo batterà una strada diversa da quella imboccata dai sovrani inglesi. La distinzione fra *civil* e *common law* — secondo Whitman — ha proprio qui la sua prima scaturigine.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

La fine dell'ordalia lascia un vuoto non facile da colmare. Veniva meno, infatti, un efficace strumento di pressione su imputati e accusatori, sicché rischiava di uscirne grandemente depotenziata l'attività di accertamento giudiziario. All'inconveniente si è posto rimedio in due modi diversi nel continente e in Inghilterra.

Nell'Europa continentale, la responsabilità del sentenziare anziché sulla persona incaricata del giudizio, viene scaricata su testimoni e imputati. Se dicono il falso rischiano il peccato e la dannazione. Si incoraggiano procedure volte a coartare la confessione del reo. L'arsenale del diritto romano-canonico offre uno strumento, la tortura, adeguato allo scopo. Quest'ultima, nell'esperienza continentale rimpiazza l'ordalia: pressoché identiche le persone che potevano esservi assoggettate (appartenenti ai ceti bassi della società); identica altresì la finalità: costringere i riluttanti a collaborare con l'autorità penale; del tutto simili, infine, i presupposti, giacché la tortura (così come l'ordalia) poteva essere ordinata solo sulla scorta di una mala fama e in base a indizi di colpevolezza. Anche Fiorelli, nel suo importante trattato, sostiene che « alla reviviscenza della tortura contribuì non poco il decadere delle ordalie » (2). E aggiunge, subito dopo, che, se la premessa negativa fu data dalla fine di codesta pratica, quella positiva fu costituita dalla rafforzata coscienza dell'autorità pubblica, « dovuta in parte al risveglio dell'idea romana e alla necessità del potere giudiziario di supplire coll'uso della forza all'imperfezione del proprio ordinamento, non ancora sufficiente all'esercizio di quei più gravi uffici che l'accresciuta autorità dello Stato necessariamente gli affidava » (3).

Quanto al giudice, la sua posizione era meno esposta a rischi di dannazione (terrena e ultraterrena). Era certo importante che egli applicasse con la dovuta prudenza la procedura da seguire. Ma, se la condanna fosse stata emessa *iuris ordine servato,* nulla gli si sarebbe potuto rimproverare. Valeva qui ancora la massima di Agostino, secondo la quale, se si segue la corretta procedura, non il giudice, ma la legge (vale a dire, un'entità astratta, trascendente l'individuo) è, per così dire, responsabile della sorte del condannato. La salvezza del giudice era garantita da un'etica della coscienza e da un'etica del dubbio.

Ad assicurare la prima, provvedeva il divieto processuale di usare la scienza privata nel giudizio: divieto tipico della procedura europeo-continentale, privo di figure corrispondenti nella cultura processuale di *common law*. La funzione del testimone, direttamente esposta all'onda delle passioni (paura, avidità, odio, amore) doveva essere rigorosamente separata da quella del giudicare. Interdire l'uso della scienza privata, significava — secondo Whitman — proteggere il giudice contro il

(2) P. Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1954, vol. I, p. 68.

(3) Loc., cit., p. 69.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

rischio peccaminoso del cattivo giudizio. Una regola volta, diremmo oggi, ad assicurare l'imparzialità del giudicante e finalizzata altresì a salvaguardare funzioni associate ad altri vincoli (ad esempio, il segreto del confessionale) per quei giudici che erano, al contempo, ministri di culto.

Quanto al dubbio, Whitman ci ricorda che nel tardo Medioevo, i giudici operavano con una certo margine di apprezzamento soggettivo. Come detto, dovevano decidere *secundum conscientiam*, dopo aver seguito scrupolosamente le regole di procedura. Il che non contrasta col rilievo — esatto ma da non sopravvalutare — che vuole le pratiche giudiziarie dell'epoca informate alle cosiddette prove legali, strutturate secondo diversi gradi di certezza: prove piene, necessarie per condannare; mezze prove, *probationes semiplenae* o *indicia indubitata,* sufficienti per ordinare la tortura. Era pur sempre affidato a un *motus animi* il compito di stabilire se il materiale conoscitivo acquisito nel processo fosse qualificabile come prova o mezza prova. L'etica del dubbio, escludeva, già all'epoca che la situazione di incertezza prodottasi all'esito di una procedura giudiziaria potesse sfociare in una condanna. *In dubiis via eligenda est tutior,* aveva sentenziato Innocenzo III, il papa giurista, protagonista del ricordato concilio lateranense. Commette peccato mortale il giudice che, in preda al dubbio, condanna. La sua anima corre dunque dei rischi ad ogni processo e, per evitare la dannazione eterna, l'unica soluzione è agire in sintonia con la dottrina morale che reputa insufficiente il dubbio anche per ordinare la tortura. Ancora nei criminalisti italiani del XVI secolo, si trovano tracce di questo approccio etico-giuridico, imperniato sulla responsabilità morale del giudice: *Si iudex gloriatur in morte hominis sicut nonnulla nostra tempestate, omicida est,* ammoniva il milanese Egidio Bossi, al quale è attribuita anche l'introduzione del brocardo *in dubio pro reo.* E analoghe affermazioni si trovano in Prospero Farinacci.

Insomma nell'Europa continentale, moralisti e giuristi lavorano per secoli sul *dubbio* del giudice. Sviluppano dottrine tese a prevenire i *peccati* cui risulta naturalmente esposto colui che giudica. Pongono le basi di princìpi che, secolarizzati, avranno il contenuto di norme giuridiche.

È il caso del già ricordato *in dubio pro reo.* Pur formulato con esplicito riferimento all'accusato e, dunque, in chiave, diremmo oggi, di garanzia individuale, tale principio origina dalla necessità di preservare il giudice dal peccato. Esso fungeva inoltre da contrappeso alla regola che vietava l'uso della scienza privata nelle decisioni giudiziarie. Non potendo attingere a conoscenze extraprocessuali, il giudice era esposto a conflitti di coscienza, ogniqualvolta il suo sapere personale fosse stato contraddetto o non fosse collimato con gli *iuxta alligata et probata.* Egli si trovava nella condizione di dover condannare, in base alle prove fornite dall'accusa, una persona che sapeva innocente. Qui il giudice

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

non aveva scampo: era tenuto a condannare l'accusato; al più, a processo concluso, avrebbe potuto dar sfogo al proprio personalissimo convincimento, intercedendo in favore del condannato per fargli avere la grazia. Ma è l'eventualità opposta che qui interessa: quando il giudice, in base alle prove in suo possesso, era costretto ad assolvere una persona che sapeva colpevole: qui interveniva la regola (etica prima che giuridica) dell'*in dubio pro reo;* una regola che lo aiutava a risolvere il conflitto di coscienza in favore dell'accusato.

4. Segue: *la via inglese.*

Andarono diversamente le cose in Inghilterra. Qui, il tramonto dell'ordalia coincide con l'ascesa e lo sviluppo del *jury trial*. È sorprendente la rapidità con cui il sovrano inglese reagisce — a modo suo osservandolo — al divieto del *iudicium sanguinis.* Whitman lo spiega con la forza e con lo stato di salute della monarchia inglese nel XIII secolo. Una forza che, all'epoca, nessun re o signore poteva vantare nell'Europa continentale. Sul terreno giudiziario, tale forza si manifesta nella capacità di imporre ai giurati il dovere di accusare e di testimoniare contro il reo.

Inizialmente, i giurati erano infatti testi d'accusa, tenuti a rendere le loro dichiarazioni, per l'appunto, sotto giuramento. Su di essi gravava l'intera responsabilità (anche morale) del giudizio. Questo spiega perché l'esperienza inglese — diversamente da quella continentale — non conobbe la pratica della tortura (benché vi si sia avvicinata con la *prison fort et dure*). Non c'era bisogno di "infierire" sui testimoni o sugli imputati, quando il potere sovrano era in grado di comandare giudici e giurati. Se i giuristi continentali dovettero rimediare al tramonto dell'ordalia, appoggiandosi all'autorità del diritto romano (e riscoprendo la tortura), i giuristi di *common law* non ebbero bisogno di autorevoli precedenti (4). Si limitarono a trasformare l'ordalia in agone giudiziario, facendo leva sul robusto vincolo che legava giudice e giuria al potere sovrano.

Il *jury trial* combinava astutamente tradizione e novità sul terreno dell'iniziativa penale. La giuria nasce inizialmente come *Jury of presentment* (giuria accusatrice). La sua origine costituisce probabilmente l'evoluzione di una precedente figura, il *royal witness,* tipica del periodo alto-medievale. Il testimone del re aveva all'epoca la funzione di raccogliere informazioni utili al sovrano, in caso di future controversie

(4) Ciò che — detto per inciso — parrebbe aver favorito un approccio al diritto più dottrinale che pratico, più incline alla dogmatica che alla pragmatica, più sensibile alle definizioni concettuali e alle ricostruzioni sistematiche degli istituti che alla verifica empirica del loro funzionamento.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

giudiziarie. Successivamente, questi testimoni assunsero anche il compito di identificare i criminali. Ciò che — val la pena ribadire — attesta la forza della monarchia inglese e la sua capacità di costringere alcuni dei propri sudditi ad agire nell'interesse del re.

Già noto alle pratiche giudiziarie del XII secolo, il *jury of presentment* si caricò di nuove funzioni dopo il concilio del 1215, che bandiva le ordalie. Alla funzione di accusa, si aggiunse, per i giurati, quella di stabilire la colpevolezza o l'innocenza dell'accusato, sicché vennero a cumularsi nella stessa persona il dovere di testimoniare e quello di pronunciarsi sulla *guiltiness* dell'accusato.

Diversa la posizione del giudice inteso come arbitro della procedura. La dottrina morale dell'epoca non gli consentiva di avvalersi della propria scienza privata. Tuttavia, diversamente dal suo collega continentale, il giudice di *common law* era assai meno responsabilizzato per l'esito del giudizio, essendo esonerato dal compito del verdetto. Scaricata sui giurati la responsabilità del giudizio sulla *guiltiness*, il giudice sfuggiva non solo il dramma morale e i possibili peccati derivanti dall'eventuale condanna, ma anche il pericolo di vendette.

Complessa e difficile la posizione dei giurati. Come detto, essi cumulavano la funzione di testimone e quella di giudice del fatto (colpevole). Per questo, non era loro interdetto l'uso della scienza privata. Whitman insiste molto su questo punto, rilevando come molti storici abbiano sottovalutato o rimosso un simile, importante dettaglio. È vero che, nel corso del tempo, nel *trial by jury*, la funzione testimoniale è stata via via assunta da soggetti diversi dai giurati. Ma a ciò non si è accompagnato il divieto di scienza privata, del quale, anzi, troviamo tracce evidenti ancora in commentatori del '700 (quali Blackstone e Gisborne). Il giurato poteva dunque trovarsi, con frequenza, nella scomoda situazione di dover decidere il caso in base sia alle prove acquisite, sia alle convinzioni maturate sulla scorta di conoscenze personalmente acquisite fuori del processo. Il giudice continentale — come detto — era assistito da regole vincolanti, che gli imponevano di decidere *iuxta alligata et probata.* Il giurato inglese, invece, era in balia di se stesso, esposto non solo all'errore, ma anche al peccato e alla dannazione dell'anima. Era alta la pressione morale derivante da possibili e probabili conflitti di coscienza. Di ciò, peraltro, il sovrano teneva conto, al punto da proteggere con un duplice privilegio i giurati che contribuivano, in misura determinante, ad amministrare la giustizia in suo nome.

Grazie allo *special verdict,* essi erano autorizzati a pronunciarsi su una parte della *res iudicanda* (ad es., sulla sussistenza di una scriminante; oppure, nei casi di omicidio, sulla natura colposa o preterintenzionale del fatto) limitando così la propria responsabilità morale in caso di condanna; un privilegio codesto, molto usato proprio nei casi dubbi, quando l'accusa non appariva provata nella sua interezza; un privilegio,

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

val la pena aggiungere, significativamente non riconosciuto nelle controversie civili, dove i giurati erano tenuti a pronunciarsi sul merito dell'intera causa, attraverso il *general verdict.*

I giurati delle cause penali godevano inoltre del *clergy benefit*, vale a dire, erano trattati come gli appartenenti al clero, sicché non correvano il rischio di pene capitali.

Insomma, sul finire del Medioevo, i rischi del giudicare che i giurati inglesi correvano nell'esercizio della loro funzione erano compensati o attenuati da quei trattamenti di favore.

Le cose cambiano verso l'inizio del XVI secolo, in conseguenza delle politiche penali severe e particolarmente repressive adottate fino alla seconda metà del XVII secolo. La monarchia esige un particolare impegno da parte dei giurati. *Special verdict* e *clergy benefit* sono pressoché aboliti in questo periodo. Viene istituito un apposito tribunale (la *Star Chamber*), col compito di vigilare sulla loro condotta. Tempi duri per i giurati, osserva Whitman.

Solo a partire dalla seconda metà del XVII secolo essi riacquisteranno gradualmente dignità e, con questa, la prerogativa di far prevalere la legge della coscienza sulla legge umana. Fioriscono, in questo periodo, manuali che affrontano il dilemma, già discusso dai filosofi e moralisti medievali, del giudice pressato dalla norma processuale a condannare una persona contro il proprio, personale convincimento. Gli autori inglesi più influenti si adoperano, senza tentennamenti, per salvare la coscienza del giurato, anche a scapito delle regole procedurali che imporrebbero di decidere *iuxta alligata et probata.* Chi condannasse l'accusato sapendolo innocente, sarebbe moralmente un assassino. Sfuggirebbe alla giustizia umana, non a quella divina.

In questo periodo, però, il problema morale del giurato si scontra con il suo dovere — *uti civis* — di prestare la propria collaborazione all'attività repressiva. Come uomo e come cristiano egli era soggetto all'etica del giudizio, che faceva prevalere la sua coscienza individuale sugli *iuxta alligata et probata.* Come cittadino, invece, era soggetto al dovere di giudicare il proprio simile, sulla base delle prove raccolte nel processo. E il senso di questo dovere crescerà, comprensibilmente, con l'evolversi della società industriale e urbana. Al contempo, la minor frequenza delle pene capitali, spesso sostituite dalla deportazione nelle colonie inglesi, rende meno drammatici i conflitti di coscienza dei giurati. Una curiosa interazione si realizza fra sistema sanzionatorio e cultura della prova: all'attenuarsi della sanzione penale, si accompagna un diritto processuale che ammette condanne di diversa entità sulla scorta di diversi gradi di certezza.

Il criterio del ragionevole dubbio è la risposta che la pratica dà all'esigenza di superare le tensioni fra istanza morale e istanza politica, fra pubblico e privato, nel tentativo di armonizzare i due interessi in gioco. Un criterio finalizzato ad attenuare i timori (di ordine morale) e

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

i possibili sensi di colpa del giurato ancora riluttante a dichiarare la colpevolezza dei propri simili, nonostante il dovere (pubblico) di condannare gli autori di reati.

Un lavorìo teorico prepara il terreno. Si distingue la coscienza in preda al dubbio (*doubting conscience*), a designare una situazione di obiettiva incertezza, dalla coscienza in preda alla scrupolo (*scrupolous conscience),* a significare una situazione di vaneggiamento soggettivo, destinato a non trovar riscontro nell'opinione dei più. Lo *scruple* è un capriccio soggettivo, mentre il *doubt* è una realtà intersoggettiva. Facendo leva su questa distinzione, il concetto di "coscienza individuale" (*private conscience*) evolve in quello di "coscienza pubblica" (*public conscience*). Un concetto, quest'ultimo, idoneo a surrogare, senza del tutto annullarla, la coscienza individuale e, soprattutto, capace di conciliarsi col dovere (*Duty*) civico di emettere verdetti di colpevolezza.

Espresso con formule che parlano esplicitamente di *reasonable doubt*, il principio compare per la prima volta in documenti giudiziari risalenti alla fine del sec. XVIII. Whitman cita, in particolare, alcuni passi tratti da processi svolti fra il 1783 e il 1786 davanti all'Old Bailey. In tutti, la locuzione *reasonable doubt* compare, nel senso che diventerà poi molto familiare nella letteratura giuridica, come fulcro di un monito rivolto dal giudice ai giurati che si accingono ad elaborare il verdetto.

Per quale ragione la regola faccia la propria comparsa proprio in questo periodo è questione che l'Autore spiega, avanzando — con la dovuta cautela — una tesi suggestiva. Come detto, il mitigarsi del sistema sanzionatorio durante la seconda metà del sec. XVIII, aveva favorito l'affermazione della *public conscience*, col risultato di limitare la libertà del giurato di giudicare facendo leva sulla *private conscience*. La maggior pressione sulla coscienza individuale del giudicante rischiò però di ridiventare intollerabile, quando l'Inghilterra fu costretta a sospendere le deportazioni verso l'America, divenuta formalmente indipendente nel 1783, grazie al Trattato di Parigi. Le deportazioni sarebbero poi riprese nel 1787, stavolta verso l'Australia. Ma in quei quattro anni, la sorte dei condannati dall'Old Bailey rimase incerta. Ciò poteva tradursi, comprensibilmente, in una remora al verdetto di condanna, sicché il giurato andava "incoraggiato" con un monito che lo richiamasse all'incombente dovere di condannare. Un dovere dal quale poteva sentirsi moralmente esonerato solo in caso di dubbio ragionevole, tale, cioè, da trovare riscontro in un'astratta coscienza pubblica. Nell'aggettivo *reasonable* risuonava, evidentemente, quella *public conscience* concettualizzata qualche anno prima dai filosofi del dubbio.

5. *Conclusione.*

La formula *Beyond Any Reasonable Doubt* (abbreviata nell'acronimo BARD) viene ora usata in un contesto affatto diverso da quello

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

che l'ha vista nascere. Da canone etico si è trasformata in regola euristica ed ha smarrito il suo significato originario. Nel mondo secolarizzato, se ne cerca, invano, il fondamento razionale. S'è perduto il senso della terribile responsabilità che incombeva sui giurati dei secoli passati. Ridotta a criterio euristico, la regola si fa ambigua, confusa, incomprensibile. Rischia di diventare fonte di arbitri che generano sperequazioni e possibili ingiustizie. L'Autore approda, dunque, a una conclusione di grande scetticismo, certo sconcertante per chi non conosce la storia di codesta formula, il cui unico riflesso positivo consisterebbe nell'attitudine a risvegliare nei giurati odierni il sentimento dello spaventoso potere loro attribuito.

La conclusione è ancor più sorprendente per il giurista di *civil law*, incline a vedere nella formula BARD una regola di giudizio finalizzata a rendere meno arbitrario, nell'interesse dell'imputato, l'esercizio della giurisdizione penale.

Guardiamo brevemente all'esperienza italiana. Il canone del ragionevole dubbio è stato invocato in dottrina per contrastare l'indirizzo giurisprudenziale che tendeva a chiudere l'accertamento sulla colpevolezza, affidandosi a calcoli statistici di fonte periziale (5). Ciò accadeva con una certa frequenza, quando si trattava di accertare il nesso causale e il profilo colposo di condotte omissive che "probabilmente" avevano contribuito a produrre un danno penalmente rilevante. Tipici i casi di danno alla salute procurati da interventi medici o da attività pericolose (6). La giurisprudenza di legittimità ha infine recepito l'invito della dottrina con la sentenza n. 30328 del 2002 delle sezioni unite penali della Corte di cassazione. Alla "probabilità statistica", che misura la frequenza nel rapporto fra determinati eventi, il giudice deve preferire la "probabilità logica", che implica sempre un ragionamento volto a stabilire il grado di conferma dell'ipotesi tratta dall'accusa. Il giudice deve, insomma, impegnare la propria responsabilità nel giudizio. Non può scaricare sulla fredda statistica il peso della possibile condanna. Per la nostra giurisprudenza di legittimità, il canone del "ragionevole dubbio" è essenzialmente una regola di giudizio da applicare quando la valutazione del materiale probatorio lascia qualche residua incertezza sul merito della questione. È un modo di attuare la presunzione d'innocenza dell'imputato (7).

---

(5) Esemplare, al riguardo, F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 53 ss.

(6) Ma anche altri settori del diritto penale moderno sono esposti al rischio dell'accertamento probabilistico, come dimostra C. PIERGALLINI, *La regola dell'"oltre il ragionevole dubbio" al banco di prova di un ordinamento di* civil law, in *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006*, a cura di M. Bargis e F. Caprioli, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 381 ss.

(7) Val la pena segnalare che anche nello Statuto di Roma della Corte penale

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Ma questa già trova attuazione nell'altra regola di giudizio *in dubio pro reo.* Perché una simile duplicazione? vien da chiedersi. Perché aggiungere il ragionevole dubbio all'*in dubio pro reo* già formalizzato nell'art. 530 commi 2 e 3?

Lo studio di Whitman suggerisce una possibile risposta al riguardo. Dottrina e giurisprudenza fanno leva sul "ragionevole dubbio" — a ben vedere — per richiamare il giudice alla propria responsabilità morale più che giuridica. In casi problematici, quando l'accertamento della colpevolezza implica cognizioni scientifiche difficili da maneggiare, il giudice è comprensibilmente tentato di affidare a un calcolo statistico la soluzione di merito, abdicando così al proprio dovere di prender posizione sulla colpevolezza dell'imputato. Proprio questo si vuol evitare: che proprio nei casi più difficili e imbarazzanti il giudice abdichi al dovere di giudicare. E se deve condannare, lo faccia assumendosene la responsabilità morale e spiegando con propri argomenti le ragioni del suo convincimento.

Un rilievo analogo può esser fatto per la recente scelta di formalizzare in una norma processuale la regola in questione: « Il giudice pronuncia sentenza di condanna se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli *al di là di ogni ragionevole dubbio* », si legge nell'art. 533 comma 1 c.p.p., novellato dalla l. n. 46 del 2006.

Qui, a maggior ragione, vien da chiedersi cosa abbia spinto il legislatore a dettare questa regola di giudizio, quando il già citato art. 530 impone al giudice di assolvere, se manca è insufficiente o contraddittoria la prova della colpevolezza o se v'è incertezza circa la sussistenza di scriminanti o di altre cause di non punibilità. Non possono coesistere due regole di giudizio per orientare, con contenuti diversi, un medesimo tipo di decisione. Necessariamente, l'incertezza del giudice che si accinge a decidere sulla colpevolezza dell'imputato va superata applicando una e una sola regola. Ciò porta a concludere che il "ragionevole dubbio" non aggiunge nulla all'*in dubio pro reo*. Dal punto di vista strettamente giuridico, infatti, l'apporto della citata novella legislativa è pressoché inesistente.

Diverso il discorso, quando ci si metta nella prospettiva dell'etica professionale del giudice. L'invito a quest'ultimo di condannare, solo se l'imputato risulta colpevole "al di là di ogni ragionevole dubbio" si traduce, specialmente in casi difficili, nel dovere di motivare il proprio convincimento di colpevolezza, con cenni espliciti alla superata soglia del dubbio. Insomma, formalizzata in una norma, la regola in questione influisce sulla tecnica motivazionale.

Ma c'è di più. Il testo dell'art. 533 comma 1 è stato novellato da una legge che aveva principalmente lo scopo di ridurre, fin quasi a

---

internazionale, la regola dell'"al di là di ogni ragionevole dubbio" è collocata nell'articolo 66, la cui rubrica è intitolata proprio alla presunzione d'innocenza.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

vietarla, l'appellabilità delle sentenze di proscioglimento. Una condanna in secondo grado dell'imputato prosciolto in primo grado diventava pressoché impossibile. C'era dunque il rischio che il giudice di primo grado, consapevole di questa nuova difficoltà, risolvesse in sfavore dell'imputato il dubbio fra assoluzione e condanna. Posto che la condanna era appellabile, egli poteva esser spinto a dichiarare colpevole l'imputato in situazioni dubbie. Situazioni che, verosimilmente, si sarebbero risolte in suo favore, all'epoca in cui anche le sentenze assolutorie erano appellabili. È del tutto plausibile che la regola del ragionevole dubbio sia stata formalizzata nell'art. 533 comma 1 per contrastare questo perverso effetto: un monito al giudice che si accinge a condannare; un richiamo all'etica professionale e al sentimento di giustizia; un invito inteso a provocare un sussulto di responsabilità nel giudicante che si accinge a condannare.

Ora, che i limiti all'appellabilità delle sentenze di proscioglimento sono caduti sotto la scure della Corte costituzionale (v., in particolare, sent. n. 26 e 320 del 2007) tale esigenza è venuta meno e, con essa, è parzialmente svanito, a mio avviso, l'effetto pratico di questa regola di giudizio. Resta però il rilievo che, pure nel contesto dell'art. 533 comma 1, l'evocazione del "ragionevole dubbio" ha un significato essenzialmente morale per il giudice. Un significato in linea con quella radice pre-giuridica (teologico-religiosa) così ben analizzata da James Whitman.

Singolare destino di un principio, che, smarritosi nell'ambiente di *common law* dove è nato, riacquista almeno parte del suo senso originario nei sistemi di *civil law* dove è stato trapiantato.

MICHELE PIFFERI

Il volume di James Whitman presenta numerosi motivi di interesse e sollecita l'apertura di campi di discussione sulla storia della giustizia criminale. L'iniziativa dei « Quaderni Fiorentini » di pubblicare tre recensioni al libro e di ospitare la replica dell'autore non solo consente un dialogo a distanza tra l'autore stesso e i lettori che approcciano il testo con sensibilità disciplinari differenti, ma favorisce anche una più generale riflessione metodologica. *The Origins of Reasonable Doubt* ha infatti il merito di ricostruire l'origine di un concetto considerato ormai parte integrante della cultura giuridica sia di *common* che di *civil law* seguendo un percorso originale, che indaga le radici più profonde, morali e teologiche, dell'istituto. La formula *beyond a reasonable doubt* appare oggi, nelle parole dell'autore, solo un fossile, un residuo del lontano passato di cui si è smarrito il vero significato, un frammento frainteso del complesso mosaico culturale di un'esperienza

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

giuridica in cui il dato morale giocava un ruolo di essenziale rilievo. Lo smarrimento dell'autentico contenuto della formula, dovuto ad una successiva stratificazione di erronee ricostruzioni storiografiche, ha portato di fatto sia ad un travisamento della funzione del ragionevole dubbio, sia ad una sua conseguente perdita di utilità. I profili di criticità che la formula manifesta nelle dinamiche del processo penale moderno derivano, secondo Whitman, dall'indebita traslazione di contenuto che le si è attribuita, con la trasformazione di uno strumento finalizzato al *moral comfort* del giudicante in una regola euristica di *factual proof*. Il 'viaggio a ritroso' che l'autore propone è, dunque, una storia del pensiero giuridico in cui non si ripercorre una sterile evoluzione dell'idea, ma si indicano criticamente momenti fondativi, cesure e substrati culturali nello sviluppo di un concetto. Il percorso è tracciato in modo chiaro, si svolge seguendo il filo rosso dell'idea chiave del libro, ovvero la necessità di spostare il fuoco dell'obiettivo dall'accertamento della verità fattuale al bisogno di giustificazione morale per l'anima del giudicante. Lungo questa direttiva, Whitman si confronta con un'ampia letteratura storico-giuridica, con fonti giuridiche e teologiche del periodo medievale e moderno. È certo uno dei percorsi possibili, non il solo; l'autore spesso riconosce la non esclusività della sua impostazione, che pure ha il vantaggio di leggere la complessità dell'esperienza giuridica medievale nell'intreccio di *forus poli* e *forus fori*, di precetti morali e obblighi legali.

Le radici dell''al di là del ragionevole dubbio' sono da cercare nella tipicità dell'esperienza medievale, in quella « società, dominata, impregnata fino alle sue più intime fibre della religione […] e, in primo luogo, della più alta espressione della scienza religiosa: la teologia » (1). L'approccio è certamente fecondo, e si colloca entro una prospettiva di ricerca storiografica che negli ultimi anni ha prodotto risultati importanti, in particolare per lo studio della giustizia criminale: numerosi contributi hanno, infatti, messo in evidenza come la dimensione giuridica dei *criminalia* medievali sia profondamente condizionata non solo dal diritto canonico, ma anche dalla più generale morale cristiana, dalle convinzioni e dalle paure dell'uomo di fede (2). Seguendo un itinerario che va dall'ordalia, al processo romano-canonico in ambito continentale

(1) J. Le Goff, *L'uomo medievale*, in *L'uomo medievale*, a cura di J. Le Goff, Roma-Bari, Laterza, 1987, pp. 3-4.

(2) In questo senso, è sufficiente qui ricordare i contributi di P. Prodi, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, il Mulino, 2000; A. Prosperi, *Tribunali della coscienza: inquisitori, confessori, missionari*, Torino, Einaudi, 1996; W. De Boer, *La conquista dell'anima. Fede, disciplina e ordine pubblico nella Milano della Controriforma*, Torino, Einaudi, 2004; H. Maihold, *Strafe für fremde Schuld? Die Systematisierung des Strafbegriffs in der Spanischen Spätscholastik und Naturrechtslehre*, Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 2005.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

e alla formazione del *jury trial* in Inghilterra, il testo analizza anche un momento essenziale nella separazione tra *civil* e *common law*, mostrando oltre alla differenziazione delle tradizioni anche i comuni *topoi* discorsivi, i medesimi problemi cui gli ordinamenti hanno offerto diverse risposte. Sotto questa lente, lo studio storico comparato delle due esperienze è interessante, contribuendo ad individuare percorsi non reciprocamente impermeabili e nettamente distinti, ma con significativi punti di contatto dati da una comune base culturale.

Il testo parte da un'analisi della funzione processuale del giudizio di Dio nell'alto medio evo. Rivedendo un'impostazione storiografica prevalente, Whitman sottolinea come l'ordalia non sia un modo di ricerca della verità quando i fatti sono incerti; essa rappresenta piuttosto la soluzione adottata come *extrema ratio* quando non vi sono né un accusatore, né testimoni, né una confessione dell'accusato, né un giuramento purgativo da parte dei soggetti appartenenti ai ceti sociali più elevati. Per sopperire a queste mancanze l'imputato *low-status* può ricorrere alla prova ordalica che funge non da strumento probatorio ma da test della sua stessa credibilità. All'interno delle micro comunità dell'Europa proto medievale il problema non è quello di accertare la verità, poiché le persone si conoscono e gli eventi sono per lo più noti; la vera difficoltà consiste nel trovare qualcuno disponibile a dichiarare pubblicamente la colpevolezza di un vicino, ad asseverare con una testimonianza giurata ciò che in realtà si dà per già conosciuto. È l'assunzione di responsabilità nei confronti di altri membri della comunità e nei confronti di Dio attraverso il giuramento ciò che spaventa e inibisce gli accusatori o i testimoni. In questa situazione di stallo motivato sia da ragioni religiose, come la paura dell'impurità che deriva dalla contaminazione con il sangue del condannato per averne cagionato la pena della morte o della mutilazione con spargimento di sangue o il timore di spergiurare e di subire la conseguente condanna eterna, sia da ragioni di opportunità, come il timore di subire la vendetta del condannato, di dover affrontare l'accusato a duello o di subire la pena per accuse rivelatesi false, l'ordalia diviene l'unico mezzo per 'scaricare' sull'infallibile giudizio divino il peso della decisione processuale. Non, dunque, un metodo di investigazione di fatti sconosciuti (come sostenuto in passato da Jacob Grimm), né l'unica risorsa per scoprire la verità quando mancano testimoni, quanto piuttosto un mezzo per esercitare pressione sulle parti coinvolte in presenza di una *mala fama* (3), per favorire la confessione spontanea o, in ultima istanza, per

(3) Cattiva reputazione che in seguito continuerà a svolgere un ruolo decisivo anche entro l'*ordo iuris* romano-canonico, proprio per sopperire all'assenza di accusatori spontanei; cfr. per es. M. VALLERANI, *La giustizia pubblica medievale*, Bologna, il Mulino, 2005; F. MIGLIORINO, *Fama e infamia. Problemi della società medievale nei secoli XII e XIII*, Catania, Giannotta, 1984.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

condannare o assolvere l'imputato evitando il peso morale della decisione. Il giudizio ordalico si diffuse in Europa dopo la caduta dell'Impero romano per l'utilizzo fattone dalle popolazioni germaniche come forma di contenimento o sostituzione della faida. Secondo il modello di giustizia delle varie stirpi germaniche l'uomo libero, il guerriero, è indipendente dall'autorità di uno stato, non può essere sottoposto ad un'indagine giudiziaria né ad un potere repressivo espressione di un'autorità pubblica: non esiste un organo centrale preposto alla soluzione giuridica delle liti, ma i conflitti devono essere risolti privatamente tra le parti in causa e le rispettive famiglie, attraverso forme di negoziazione e transazione privata che portino subito ad una composizione economica. Solo se queste procedure basate su testimonianze e giuramenti non danno risultati, e non vi è modo di costringere i *testes* a parlare, si ricorre all'ordalia, che peraltro presenta alti rischi di inaffidabilità nel giudizio e spesso porta all'assoluzione dell'accusato. Il sovrano longobardo Liutprando, sfavorevole al *iudicium Dei* perché ritenuto spesso causa di ingiustizie, riesce nei suoi interventi normativi ad attenuarne gli effetti ma non ad abolirla perché, come riferisce nella legge 118, « propter consuetudinem gentis nostrae langobardorum legem ipsam vetare non possumus »: il radicamento di tale pratica trova nella tesi di Whitman una solida giustificazione, data appunto dall'opprimente senso di *moral anxiety* che investiva i responsabili del giudizio e dal loro conseguente ricorso alla decisione soprannaturale.

La svolta critica e più feconda di conseguenze è il canone 18 del IV Concilio lateranense del 1215, che vieta ai religiosi di prendere parte e di eseguire riti di benedizione o consacrazione per qualsiasi tipo di prova ordalica (4). In questa decisa presa di posizione della Chiesa, che prima aveva invece sostenuto il *Gottesurteil*, Whitman vede l'inizio della cesura tra processo penale continentale e inglese: mentre, infatti, nell'Europa la voce di Dio viene gradualmente rimpiazzata dalla *voice of bureaucracy*, ovvero dall'*inquisitio* del processo romano-canonico, in Inghilterra essa è sostituita dalla *voice of the people*, rappresentata dal *trial by jury* come istituto cardine del sistema di *common law*. Le ragioni di questa biforcazione sono da ricercare, ancora una volta, nella necessità di trovare una nuova procedura capace di garantire al giudice quel conforto morale che prima offriva l'ordalia: non tanto, o non solo, rinnovati strumenti epistemologici, ma modi alternativi di emettere un giudizio senza correre il rischio di 'perdere l'anima': il cambiamento sancito nel 1215 non fu « a revolution in legal epistemology but a revolution in governmental practice, which brought with it a great crisis

(4) Fu poi il concilio di Valladolid del 1322 a colpire con la scomunica *latae sententiae* tutti coloro che prendevano parte all'esecuzione del giudizio di Dio, ritenendo ormai uno spergiuro invocare l'intervento divino a giustificazione dell'esito di tali prove.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

in judicial and testimonial responsibility » (5). L'ipotesi interpretativa è originale. Vediamola, prima, in riferimento allo sviluppo del modello inquisitorio. Nella società frammentata e cetuale governata dallo *ius commune*, al declino dell'ordalia si accompagna l'emersione di un nuovo modello processuale elaborato dai *doctores* dotati di strumenti tecnici più raffinati per lo studio del corpo giustinianeo e dei testi canonici. L'*ordo iuris* ha una propria razionalità che si impone lentamente a partire dal XIII secolo sulle pratiche giustiziali infragiudiziali, negoziate o irrituali del proto medioevo. Che la costruzione di questo tipo di procedura, capace appunto di trasformare gli scontri in contesa legale disciplinata e di mettere ordine ai conflitti giuridicizzandoli, sia funzionale all'emersione di una dimensione pubblica della giustizia penale 'egemonica' sembra un dato ormai acquisito dalla storiografia giuridica. Come è altrettanto chiaro che non esiste né un accusatorio puro né il suo riflesso inquisitorio, ma che tali due forme di raccolta delle prove e di conduzione del processo conobbero nella pratica reciproche contaminazioni fino a divenire una « mixtura, seu cumulatio utriusque remedii » (6).

L'inquisitorio costituisce il tentativo dei poteri pubblici di rimediare all'assenza di accusatori segnalata da Whitman. Senza accusa il processo non parte e i delitti restano impuniti, ma poiché le vittime di un reato spesso preferiscono intraprendere vie di composizione alternative al processo pubblico, magari iniziandolo e poi interrompendolo perché raggiungono una transazione con l'offensore oppure solo minacciandolo per fare pressione sul potenziale imputato, occorre individuare una sicura alternativa alla mancanza (o paura, certamente, nell'ottica di Whitman) dell'accusatore che non vuole uscire allo scoperto (7). La soluzione, per un verso, è data dalla pressione esercitata sia sui testimoni, obbligati in coscienza a testimoniare per non commettere il peccato mortale di chi nasconde la verità, sia sullo stesso imputato, forzato alla confessione anche attraverso la tortura pur di far gravare su di lui la responsabilità del giudizio. Il disciplinato uso dei tormenti, in funzione del grado di prove raggiunto, per ottenere la confessione, garantisce il principio *ne delicta remaneant impunita* e nello stesso tempo funziona da *moral comfort* per il giudice, il quale non fa altro che prendere atto di una 'indotta' ammissione di colpevolezza

---

(5) J.Q. Whitman, *The Origins of Reasonable Doubt. Theological Roots of the Criminal Trial*, New Haven, Yale University Press, 2008, p. 56.

(6) G. Claro, *Liber V receptarum sententiarum*, in Id., *Opera omnia*, Augustae Taurinorum, 1586, *§ Finalis Practica Criminalis*, *Quae. III,* n. 7.

(7) Per questo 'utilizzo' dell'azione penale cfr. M. Sbriccoli, *« Vidi communiter observari ». L'emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 27, 1998, pp. 231-268.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

senza dover essere lui stesso ad assumersi la responsabilità del giudizio. Per altro verso, è la coscienza del giudice ad essere 'salvata' dal peso morale della condanna, sia separando nettamente la sua funzione pubblica dalla persona privata, sia applicando la teologia del dubbio al sistema delle prove. Il primo profilo è uno dei *topoi* fondamentali del processo continentale medievale che si richiama al massima di Sant'Agostino per cui nel caso di condanna a morte emanata dal giudice secondo la legge, è la legge stessa ad uccidere e non il ministro che la applica. Anche in questo caso la funzione di *moral comfort* della regola è evidente: l'*inquisitio ex officio* carica il giudice di compiti, poteri, iniziative e dunque anche di responsabilità, ma per evitare lo stallo del sistema occorre garantirgli la salvezza dell'anima, lo sgravio della coscienza privata. La nota questione riguarda il caso in cui il giudice debba giudicare un imputato che, per privata conoscenza non acquisita in giudizio, sa essere innocente ma che dalle risultanze processuali risulta colpevole. Il dilemma tra il giudizio *secundum allegata et probata* o *secundum conscientiam* è risolto nella prima direzione, come soluzione estrema qualora non sia possibile indurre i testi a cambiare la deposizione o rimettere la causa ad altro giudice, proprio per evitare che il giudice o sia responsabile in foro interno per aver condannato un innocente o, peggio ancora nell'ottica della *respublica*, venga meno al suo dovere di rappresentante del pubblico potere. Al giudice, dunque, il conforto morale è assicurato proprio dal suo *officium*, che lo rende 'nell'esercizio delle sue funzioni' persona diversa da quella che è nella vita privata e, caso non raro nel medioevo, dal ruolo che riveste come confessore cui vengono rivelati fatti. La teologia del dubbio, tradotta nel sistema delle prove legali per cui solo alla luce di *indicia indubitata* il giudice può sottoporre l'accusato a tortura e farlo confessare poiché diversamente *in dubiis via eligenda est tutior*, assicura un ulteriore criterio di protezione per la coscienza del giudice. Costruita in questo modo, la macchina processuale inquisitoria diviene un efficacissimo strumento nelle mani della *publica potestas*, assolutamente più rigoroso dell'ordalia nel perseguire i colpevoli ma al contempo altrettanto capace, grazie alla combinazione di interpretazioni giuridiche e teologiche, di garantire la *salus animarum*, nonché la fedele esecuzione del mandato, dei giudici, poiché, mentre loro devono solo *ordinem servare* per salvarsi in foro interno, tutto il peso morale è trasferito su testimoni e accusato.

Whitman interrompe qui l'analisi del sistema continentale, leggendo il diffondersi dell'*inquisitio* nell'ottica di una progressiva centralizzazione della giurisdizione come segno di una sempre più forte *publica auctoritas*, accompagnata da precauzionali strumenti di salvazione della coscienza del giudice, soggetto che per poter *repraesentare* appieno la forza del governo della *civitas* deve essere vestito esclusivamente di una legittimazione pubblica. La definitiva professionalizza-

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

zione dei ministri della giustizia e la graduale secolarizzazione della dimensione istituzionale nel corso del Cinquecento, trasformano le regole pensate per salvare la coscienza del giudice in mezzi di prova in caso di incertezza sul fatto: il profilo morale perde rilevanza pubblica e nella giustizia criminale prevale sempre più l'interesse generale, solo in parte attenuato dal principio di derivazione teologica *in dubio pro reo*. Sarebbe interessante continuare la riflessione sugli intrecci tra diritto penale e teologia anche nel pieno XVI secolo nell'Europa continentale, per verificare come la formula *iudex secundum allegata et probata iudicare debet* operi entro un sistema nel quale la legge penale scritta assume un ruolo sempre più preponderante e come questa tendenza influisca sui dilemmi morali dei *cives*, spostati ora sull'obbligatorietà in coscienza della legge penale. Nell'esperienza continentale, a livello sia teologico sia giuridico, si consuma tra Riforma e Controriforma un duro scontro tra gli esponenti della Seconda Scolastica, sostenitori di una visione unitaria tra foro interno e foro esterno, e giuristi e teologi che invece teorizzano una più netta separazione tra verità della legge e verità di coscienza: in questo ambito il quadro tracciato da Whitman potrebbe complicarsi per il ruolo anche morale che assume la legge del *Princeps* non solo sugli attori processuali ma anche sui sudditi (8). L'accentuazione sempre più marcata dell'*interest Reipublicae* nelle dinamiche giustiziali conferisce, inoltre, al *index* un potere arbitrario molto esteso che non solo gli consente ma quasi lo sprona a derogare all'*ordo iuris* pur di punire i delinquenti (9): a maggior ragione ora occorre ribadire la deresponsabilizzazione della coscienza del giudice, per evitare che una sua riluttanza comprometta la tenuta del sistema repressivo.

L'Inghilterra segue una strada diversa a causa, sostanzialmente, della maggiore forza che i monarchi inglesi avevano sugli altri corpi del regno rispetto ai loro corrispondenti continentali. Certo anche oltremanica il sovrano fatica ad affermarsi sui poteri intermedi e sulla Chiesa attraverso forti conflitti giurisdizionali, ma già alla fine del XII secolo la Corona impone una propria forma di giustizia riuscendo a consolidare il principio pubblicistico per cui ogni reato grave lede la *pax regis* e pertanto il sovrano può agire per perseguirlo (10). Già prima del IV

(8) Sul punto cfr. G. Alessi, *Tra rito e norma. La legalità prima della legge*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 36, I, 2007, pp. 43-79; V. Lavenia, *L'infamia e il perdono. Tributi, pene e confessioni nella teologia morale della prima età moderna*, Bologna, il Mulino, 2004 e, per chi volesse, M. Pifferi, *Generalia delictorum. Il Tractatus criminalis di Tiberio Deciani e la "parte generale" di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 263-352.

(9) Cfr. L. Lacché, *« Ordo non servatus ». Anomalie processuali, giustizia militare e « specialia » in antico regime*, in « Studi storici », 29, 1988, 2, pp. 361-384.

(10) Per un quadro di sintesi utile, da ultimo, E. Dezza, *Breve storia del processo penale inglese*, Torino, Giappichelli, 2009 (pp. 7 ss. sul punto).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Concilio lateranense, i giudici regi itineranti si avvalevano della collaborazione di abitanti delle piccole comunità per raccogliere testimonianze sui fatti; è poi l'*Assize* di Clarendon del 1166 a formalizzare tale procedura, non sostitutiva ma solo alternativa all'ordalia, in cui la storiografia riconosce l'embrione della giuria, vedendo in questi *iurata* obbligati ad emettere *vere dicta* una via di mezzo tra accusatori e testimoni forzati. Con il divieto dei *iudicia Dei* del 1215 risulta, in sostanza, più semplice al sovrano inglese trasformare la già funzionante *jury of presentment* in un organo incaricato non più solo di sostenere le accuse ma anche di dichiarare la colpevolezza dell'imputato. I dodici *petty jurors* vengono così « judicialized » (11) e la giurisdizione regia si sostituisce *in toto* a quella divina bandita dalla Chiesa. Il peso morale della condanna grava, in questa procedura, totalmente sui giurati, costretti non solo a sostenere il ruolo di testimoni ma anche ad emettere il *guilty verdict* di cui il giudice prende atto. Nel sistema di *common law*, dunque, il giudice non ha bisogno di mezzi di *moral comfort*, da un lato perché, non risiedendo nella comunità locale in cui si è svolto il fatto, non può avere alcuna privata conoscenza dell'accaduto in possibile conflitto con le risultanze processuali, dall'altro perché è la giuria a sostituirsi all'ordalia e ad essere caricata della responsabilità del giudizio.

I problemi principali per far funzionare la giuria nella sua fase iniziale sono due: il primo è quello di costringere le persone a far parte della giuria, correndo sia il rischio morale della dannazione dell'anima sia i rischi materiali di subire le vendette dei condannati o le pene per falsi o erronei giudizi; il secondo quello di fornire i giurati di giustificazioni morali. Il *trial by jury*, istituto carico di significati anche simbolici nel sistema inglese, è oggetto tra Cinque e Settecento di un aspro conflitto tra corona e *jurors*: la *Star Chamber*, strumento del potere centrale competente a giudicare sulle cattive condotte delle giurie criminali tra 1516 e 1641, infligge multe e incarcera i giurati renitenti o troppo clementi, calpestando i problemi di coscienza dei laici chiamati ad emettere il verdetto. La situazione cambia con il *Bushel's Case* del 1670, nel periodo di affermazione delle *common law liberties*, in cui i giurati sono dichiarati immuni dalle pressioni e carcerazioni regie, assumendo sempre più il ruolo di organo garante delle libertà e dei diritti dei cittadini. Questa storia, nota, della giuria, in cui i diritti dei giurati ad opporsi al loro obbligo di emanare il verdetto (limitandosi allo *special verdict* che non contiene un giudizio definitivo sulla colpevolezza) o di non prestare servizio forzosamente si confrontano con le necessità di un'efficace amministrazione della giustizia, è ripercorsa da Whitman nella prospettiva dei conflitti di coscienza dei giurati, alla luce di una letteratura moralistica che bene spiega le

(11) WHITMAN, *The Origins of Reasonable Doubt*, cit., p. 138.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

profonde ragioni delle opposte posizioni a confronto, interesse pubblico a non lasciare impuniti i reati e ansie interiori della giuria.

È entro questo conflitto, tanto giuridico quanto morale, che Whitman colloca l'origine della formula *beyond a reasonable doubt*, usata per la prima volta nel *Boston Massacre trial* del 1783. Essa, ancora una volta, vale non come criterio epistemologico di accertamento della verità, ma come clausola di salvaguardia per la coscienza dei giurati, i quali, se hanno dubbi conformi a ragione sulla colpevolezza dell'imputato, devono seguire, echeggiando la teologia medievale, la strada più sicura dell'assoluzione. La *moral probability* non è, dunque, una formula elaborata dagli avvocati difensori a tutela dell'accusato, ma un mezzo di *moral comfort* per i *jurors*. L'autore avanza l'ipotesi che la regola emerga proprio quando, con l'indipendenza delle colonie americane e prima che riprendano le deportazioni dei condannati verso l'Australia, l'incertezza sulla pena da irrogare abbia portato la giuria ad escogitare uno strumento nuovo per motivare una precauzionale assoluzione. È probabile anche che il test della ragione cui le prove e i dubbi dei giurati devono essere sottoposti, risenta, in pieno Settecento, della necessità di tradurre in un linguaggio proprio della logica razionalistica le cautele morali dei giurati.

JAMES Q. WHITMAN

RESPONSE TO MY REVIEWERS

Every author is grateful to see his book reviewed, and doubly grateful when the reviews are as attentive and accurate as these three. All my thanks then, first of all, to Professors Pifferi, dal Ri and Orlandi, for their sympathetic and highly intelligent discussions of my book. It is a particular privilege to see three different minds respond in distinctive ways to one' s argument. *Pro captu lectoris habent sua fata libelli*: The fate of a book really does hang on how different readers grasp it. I will do my best to respond to each of my reviewers in the distinctive spirit in which he grasps my book.

Let me begin with dal Ri's learned and intellectually agile discussion. Much of Professor dal Ri's review is devoted to a concise and elegant account of my argument, for which I thank him. But dal Ri clearly prefers books that meet a high standard of theoretical rigor, and he does have some skepticism to express. In particular, he raises doubts about the clarity of my methodological thinking. My book rests on a sweeping generalization about the history of criminal procedure. The history of criminal procedure is the history of an epochal shift from a pre-modern world in which problems of moral comfort predominated,

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

to a modern world in which it is problems of factual proof that predominate. In the world of our ancestors, I argue, there was rarely any far-reaching doubt about the facts, but frequently much anguish about the moral responsibility of judging.

Dal Ri suggests, gently but with some force, that sweeping generalizations of this kind present methodological problems that merit more attention than I give them in my book. He notes that there are dangers in hunting for the "essência verdadeira" of an institution. He is troubled by my reference to the "reasonable doubt" rule as a "living fossil." What can that phrase mean? He suggests that we need a better account of our modern mode of comprehending "origins," and a more searching discussion of alternative interpretations of the genesis of modernity in criminal law.

I admit that these are all well-taken objections; but I hope I can give satisfactory answers. I agree with dal Ri that we can never identify the "essência verdadeira" of an institution like criminal trial. Criminal trial is too complex a phenomenon to be assigned a single social meaning. It is also too complex a phenomenon to be reduced to a single function. A naïve functionalist account of criminal trial would be particularly misguided. However it was not my intention to give a complete account of the meaning or function of criminal trial. Nor did I mean to give a complete history: I certainly do not believe that modern criminal procedure can be understood in a simple way as the product of a simple history of transition from moral comfort to factual proof. Many other historical forces have been at work. Those forces include not only the familiar history of the rise of modern suspicion of state power, but also (as I have argued at length elsewhere) (1) the less familiar history of the transformation of social hierarchy.

Instead of surveying all those historic forces, my book aimed to do something narrower: I wrote about the history of particular decision procedures. Procedures are tools, and tools do serve functions. That is not to say that we can identify "the" function that a particular procedure serves. Procedures can be used for more than one purpose, just as a screwdriver can be used either to screw screws or to drive nails. Nevertheless, when we examine the history of procedures, we can see that they sometimes evolved to serve particular purposes, only to be turned to other purposes later. I tried to show that procedures that emerged in a world oriented toward moral comfort concerns have since been turned to new purposes in a world oriented toward concerns about factual proof. It is strictly in that sense that I called the reasonable doubt rule a "living fossil". To describe it in that way is by no means to deny the complexity of the meaning of the rule. On the contrary, it is

(1) *Harsh Justice: Criminal Punishment and the Widening Divide between America and Europe* (Oxford, 2003).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

to acknowledge that rules and procedures acquire new purposes and absorb new meanings over their histories. Does tracing such a history imply some nostalgia for the origins of the rule? Not at all. Understanding our past is no obstacle to condemning it. It simply happens to be the case that I see more to condemn in the law of the present than many of my countrymen do.

Of course Professor Orlandi is also concerned with the law of the present. It is indeed bracing to turn from dal Ri' s review, with its focus on philosophical rigor, to Orlandi's, with its focus on doctrinal analysis. Orlandi carries my argument into a territory that is little known to me, Italian criminal procedure. He identifies the particular dilemmas of Italian judging with an artistry for which I feel real admiration: It is a pleasure to witness Orlandi pick out precise interpretive problems to which my distinction between moral comfort and factual proof can be usefully applied. Needless to say, it is also a pleasure to imagine that my work should be considered of value in Italian doctrinal analysis.

At the same time, it is of course difficult for me to respond, precisely because of my innocence of Italian law. So I hope Professor Orlandi will allow me to reply in a way that involves a more general contrast between the common law and the continental traditions. Professor Orlandi speaks to my heart when he tries to strengthen the focus on moral comfort concerns in modern criminal procedure. At the same time, the message of the history in my book is that it is very difficult to do so. Modern law has become firmly rooted in problems of factual proof, and it is no easy task to change that. Yet I think it should be emphasized that the task may in principle be easier in the continental tradition than in the common law.

There are two reasons for this. The first involves a contrast in comparative law that deserves more attention than I can give it here: The common law bifurcates the criminal trial into "guilt" and "sentencing" phases. During the guilt phase, considerations of punishment are technically excluded. This means that it is very difficult to introduce moral comfort concerns until after conviction in the common law — a major obstacle to any effort to change American attitudes. Because the continental tradition (at least in countries like Germany and France) considers guilt and punishment together, in a single phase, it is far easier to shift the focus from factual proof to moral comfort; and indeed it is my strong impression that continental law is more sensitive than American law to the moral dilemmas of punishment (2). If there is a lesson in this for Italian law, it is perhaps that Italians should resist any efforts to introduce the American model. The second reason for hope on the Continent is that countries with a strong Catholic tradition might

(2) I offer some further discussion in *Equality in Criminal Law: The Two Divergent Western Roads*, « Journal of Legal Analysis », 1 (2009), pp. 119-162.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

be expected to have a deeper appreciation for moral comfort concerns. But I must leave it to experts like Professor Orlandi to judge the usefulness of these observations.

My friend Professor Pifferi writes in the vein closest to my own. He too is an historian first and foremost, and one who does a gratifying job of placing my book in the context of the current literature and current debates. I thank him for that. He also has, however, a sharp eye for what my book does not investigate, and I take his review to be quietly critical in at least one important way. The bulk of my text is devoted to the central Middle Ages, and in particular to the judicial ordeal. Professor Pifferi (and my other reviewers) are right to say so. Professor Pifferi is also right, however, in noting that the best account of my argument would spend more time on later periods, and especially on the sixteenth century.

Indeed, the sixteenth century is manifestly a period of critical transition, and I might well have given as much space to it as I did to the twelfth and thirteenth. If I did not do so, it was for two reasons, one worse than the other. The worse reason is that I wanted to write a book that was manageably brief. The better reason is that events in the sixteenth century, when new forms of princely government emerged, ultimately proved less important for the development of Common law jury trial than they were on the Continent. My book passes quickly over the sixteenth century, because in the end it is a book principally about the Common law. Encountering these reviews, though, makes me feel no little regret that I did not publish more pages on the Continent.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

A proposito di...

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

ITALO BIROCCHI

UN ILLUMINISMO GIURIDICO FUORI DI MANIERA
(a proposito di D. Ippolito, *Mario Pagano, Il pensiero giuspolitico di un illuminista*, Torino, Giappichelli, 2007)

1. Di fronte ad ogni opera prima — tanto più se di un giovane studioso — c'è il gusto di scoprire l'autore e il suo metodo di ricerca, oltre che, naturalmente, i risultati del lavoro (1). La curiosità cresce se la monografia in questione riguarda un personaggio come Francesco Mario Pagano, sul quale negli ultimi anni si è concentrato un interesse notevole, manifestato anche da numerose edizioni — taluna in veste critica — delle opere, che hanno ulteriormente rilanciato quell'interesse.

Il libro di Dario Ippolito si inserisce in questa recente letteratura sull'illuminista lucano con una posizione di spicco. L'autore ha scelto di non isolare un aspetto dell'opera di Pagano e tuttavia è lontanissimo dal proporci una generica illustrazione della sua figura; e nemmeno è interessato a una ridiscussione dei molteplici punti su cui la storiografia paganiana è discorde. Se fosse diversamente, nell'affrontare appunto i temi del dibattito probabilmente il libro procederebbe a strappi. E invece il testo si presenta compatto e i riferimenti alle interpretazioni controverse — sulle quali Ippolito non teme di prendere motivata posizione — sono sistemati nei luoghi opportuni, secondo l'itinerario predisposto dallo studioso.

L'originalità del lavoro consiste nel taglio prescelto, teorico-giuridico, nel filo unitario che organizza l'intera trattazione e nelle interpretazioni particolari che lo accompagnano. Un grande merito di Ippolito è di aver scelto un'impostazione (evidentemente confacente alla propria preparazione) e, restandole fedele, di scendere alla comprensione dell'autore. Il che equivale a dire che le teorizzazioni di Pagano sono spiegate entro la storia, nel rispetto sia dello statuto disciplinare di chi effettua la ricostruzione, sia dell'orizzonte intellettuale del personaggio analizzato. Non dunque una generica interdisciplinarità, che pure in qualche modo ci si aspetta in un'indagine puntata

(1) All'autore si devono comunque altre pubblicazioni, sia precedenti, sia susseguenti all'opera qui discussa.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

su un protagonista degli avvenimenti storici versato nella filosofia e nel contempo giurista schietto, bensì una visione complessa che, lungi dal proporre ristrette visuali disciplinari, muove da una considerazione unitaria dell'autore trattato (2).

Trovo convincente quella che mi pare la tesi principale: la teoria giuspolitica di Pagano non si può ascrivere all'assolutismo illuminato, ma invece la si può inquadrare nel costituzionalismo del secondo Settecento (3). Secondo Ippolito il pensiero pubblicistico del giurista meridionale si presenta sostanzialmente coerente, per quanto riguarda i fondamenti dei diritti, la teoria dello Stato, la giustizia penale e il repubblicanesimo, ovvero i quattro temi che costituiscono altrettante articolazioni della monografia. Non, dunque, un costituzionalismo d'Antico Regime, variamente attento a teorizzare la limitazione dei poteri del principe attraverso le *leggi fondamentali* o l'orizzonte del diritto natural-razionale, bensì un costituzionalismo imperniato sui diritti, sulla centralità della legge e su una architettura istituzionale capace di controllare e autolimitare il potere (4). In questo senso il pensiero giuspubblicistico di Pagano appartiene a un processo di formazione di un insieme di dottrine, di cui si può fare la storia — la storia del costituzionalismo appunto — anche prima che fossero promulgate le costituzioni e le Dichiarazioni dei diritti, in America e in Francia (5).

Ho parlato di posizioni coerenti. Ma questo non significa né immobili né impermeabili alle varie esperienze con cui Pagano venne in

---

(2) « Proprio in ragione della fondamentale unitarietà ideologica delle opere di Pagano è apparso lecito e opportuno organizzare la trattazione del suo pensiero politico secondo un ordine sistematico-concettuale, piuttosto che esaminare separatamente i singoli testi nella loro successione cronologica » (Ippolito, op. cit., p. XV nt. 20).

(3) « Tale teorizzazione [di Pagano] appartiene a pieno titolo al filone ideologico del costituzionalismo moderno, che àncora la legittimità del potere alla garanzia dei diritti, declina *ex parte civium* i termini dell'obbligazione politica, ricerca le tecniche istituzionali e gli strumenti giuridici idonei a tutelare gli individui dagli abusi della pubblica autorità. Sulla base della sua teoria dei diritti naturali, Pagano delinea un modello di Stato in cui le funzioni sovrane sono subordinate alla legge ed attribuite ad organi distinti, e giunge ad indicare l'obiettivo della costituzione scritta come norma fondamentale dell'ordinamento giuridico ... » (Ippolito, op. cit., p. 80).

(4) Inutili le citazioni di rito. Basti il riferimento alle incisive pagine di M. Fioravanti, *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999, p. 85 ss.

(5) Se, ormai tradizionalmente, la storiografia sulle codificazioni moderne non si limita a illustrare i codici dell'Ottocento, ma legittimamente risale alle teorizzazioni sulla certezza del diritto, sulla prevalenza della legge, sull'uguaglianza del soggetto di diritto e così via, alla stessa stregua, e forse a maggior ragione, l'indagine sul costituzionalismo moderno è legittimata a soffermarsi su teorizzazioni e progetti precedenti alle carte costituzionali.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

contatto. Due esempi. Se noi valutiamo il *Politicum examen* (1768) — opera giovanile, scritta non ancora ventenne — vediamo che l'autore esibisce una cultura romanistico-critica non solo mai rinnegata, ma invece sviluppata nelle opere della maturità; si tratta di un esordio, che di per sé non sarebbe sufficiente a individuare un pensiero "costituzionalistico" dell'autore, eppure coerente con gli svolgimenti successivi. Se poi guardiamo ai *Saggi politici*, le cui due edizioni sono separate solo da pochi anni comprensivi però della Rivoluzione dell'Ottantanove, constatiamo sì una revisione che su certi punti appare anche importante — in particolare per quanto riguarda la concezione dei diritti e la teoria dello Stato (6) — senza tuttavia che la rivisitazione esuli dal (o addirittura contraddica il) precedente patrimonio concettuale di Pagano, già rientrante nelle teorie costituzionaliste (7).

Tanto meno l'idea di coerenza ha come parametro un illuminismo di maniera — e in particolare in ambito giuridico — al quale le teorizzazioni di Pagano corrisponderebbero.

Il giudizio di coerenza riguarda perciò il costituzionalismo, come nucleo essenziale che il teorico può riconoscere nel pensiero di Pagano. È questo un risvolto su cui hanno insistito recenti interpretazioni, che hanno non solo ridefinito le posizioni di Filangieri e Pagano, ma altresì scoperto un vasto tessuto di teorizzazioni più o meno compiute ascrivibili appunto ad un orizzonte moderno (8).

Secondo l'articolata analisi di Ippolito il costituzionalismo di Pagano si fonda sui punti seguenti:

— una concezione della storia di tipo vichiano, entro la quale

---

(6) Come ammette anche Ippolito (che pure non scorge una discontinuità tra le due edizioni: op. cit., spec. pp. 42 ss. e 142).

(7) Non è il caso, in questa sede, di ricordare l'importante dibattito che in proposito ha impegnato la storiografia e che di recente è stato rinnovato grazie anche alle edizioni critiche delle due versioni dei *Saggi politici*.

(8) Basti citare V. Ferrone, *La società giusta ed equa. Repubblicanesimo e diritti dell'uomo in Gaetano Filangieri*, Roma-Bari, Laterza, 2003; *Diritti e costituzione. L'opera di Gaetano Filangieri e la sua fortuna europea*, a c. di A. Trampus, Bologna, Il Mulino, 2005; A. Trampus, *Storia del costituzionalismo italiano nell'età dei Lumi*, Roma-Bari, Laterza, 2009. Le nuove interpretazioni avvengono in corrispondenza delle edizioni critiche di alcune opere di illuministi napoletani recentemente portate a compimento e interessanti il mondo del diritto (segnatamente G. Filangieri, *La scienza della legislazione*, a c. di A. Trampus, M.T. Silvestrini, F. Toschi Vespasiani, P. Bianchini, G. Tocchini, introduzione di V. Ferrone, I-VII, Venezia, Centro di studi sull'Illuminismo europeo "Giovanni Stiffoni", 2002-2004, A. Genovesi, *Della diceosina, o sia della filosofia del giusto e dell'onesto*, a c. di N. Guasti, introduzione di V. Ferrone, Venezia, Centro di studi sull'Illuminismo europeo "Giovanni Stiffoni", 2008; F.M. Pagano, *Considerazioni sul processo criminale*, a c. di F.M. Paladini, prefazione di V. Ferrone, Venezia, Centro di studi sull'Illuminismo europeo "Giovanni Stiffoni", 2008).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

però sono collocati, ben saldi, i diritti dell'individuo (la sua libertà interna, uguale per tutti, distinta dai diritti estrinseci [patrimoniali e politici]) (9);

— un antidispotismo debitore di Montesquieu, ma senza alcuna visione corporativa e che si esprime o sfocia in una lineare visione repubblicana;

— un giusnaturalismo formatosi nei prediletti studi di diritto romano, ma anche legato all'elaborazione di Genovesi, con i connessi risvolti in tema di concezione antifeudale e a favore della (piccola) proprietà borghese;

— un garantismo in campo penale che sarebbe assai riduttivo ritenere come semplice articolazione delle idee di Beccaria o di Filangieri, e che appare particolarmente sviluppato attraverso il nuovo disegno del processo.

Nel complesso emerge una posizione molto originale, anche rispetto ai due grandi padri dell'Illuminismo napoletano, Genovesi e Filangieri.

2. Tra le tante suggestioni che emergono dal libro, conviene concentrarsi su un tema. E questo può essere un punto nodale che mi pare spieghi l'originalità di Pagano e però forse anche le discussioni che si affacciano sulla figura: e cioè il nodo della formazione giuridica, impiegata come professore, ma anche pratico del foro e infine legislatore.

Fino agli anni Sessanta del Novecento, in Italia, secondo la vulgata degli storici del diritto la dimensione giuridica insita nelle correnti illuministe veniva sottovalutata, se non addirittura negata. Astuti irrideva le "incredibili sciocchezze" e "l'ignoranza del diritto" dei principali esponenti dell'illuminismo (e sulla sua scorta Marongiu) (10). In ciò giocava l'idea che il giurista fosse l'interprete del diritto vigente e dunque chi si poneva in una posizione apertamente critica rispetto ad esso — in sostanza ragionasse *de iure condendo* e non *de iure condito* — era per definizione estraneo all'universo giuridico. Non si negava, naturalmente, il contributo degli illuministi all'affermazione della legge, o di sistemi ordinati di legislazione (codici) e si riconoscevano l'attenzione per il problema della certezza del diritto ed i meriti per le proposte di umanizzazione dei sistemi penali. Ma in tutti questi

(9) Ippolito, op. cit., pp. 42-43.

(10) G. Astuti, *La nozione di legge nell'esperienza storico-giuridica* (1966-67), ora in Id., *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, I, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1984, p. 567; A. Marongiu, *Muratori, Beccaria, Pietro Verri e la scienza del diritto*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, nuova s., XVIII, 1975, spec. p. 773 ss. e Id., *La scienza del diritto penale nei secoli XVI-XVIII*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, I, Firenze, Olschki, 1977, p. 424 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

aspetti l'illuminista era considerato sostanzialmente un "politico", che prospettava la propria visione alternativa dell'organizzazione del vivere civile. Giocava anche — oggi lo si può dire serenamente, con la consapevolezza del grande sforzo compiuto verso gli studi medievali che certo richiedevano una forte concentrazione di energie — l'arretratezza delle indagini sull'età moderna: il Seicento era terra di nessuno e il Settecento conosciuto certo nei grandi nomi, ma anche fra questi ultimi quasi mai con specifico interesse per la dimensione giuridica: un Averani, un Gravina, un Giannone (e parliamo dunque di autori di prima grandezza) erano sostanzialmente ignorati dalla storiografia giuridica fino agli anni Sessanta. Non si parli di Pilati, Delfico e Dragonetti. Ed è forse significativo che le splendide indagini su Pagano di Gioele Solari — non uno storico, bensì un filosofo del diritto — siano state raccolte solo nel 1963. Ci sarebbe materia per dire che l'ignoranza imputata a Beccaria riguardava invece gli storici del diritto nei confronti delle opere del Settecento giuridico e in particolare degli illuministi (a parte Beccaria e Filangieri): ignorate perché vigeva un pregiudizio contrario.

Il pregiudizio era dovuto a una supposta identificazione tra illuminismo e antiromanesimo: e l'antiromanesimo era allora più o meno equivalente al reato di lesa maestà. Il giurista non poteva che essere ben formato sul diritto romano, da cui attingeva linguaggio e categorie. E dunque un autore che fosse un antiromanista era un non-giurista: una sorta di "politico", come detto poc'anzi.

In realtà l'illuminismo è un universo che presenta visuali sfaccettate, anche per quanto riguarda il diritto. Non c'è solo il Beccaria del *Dei delitti*, o il Pietro Verri che rifiutava di studiare gli "arcitomacci" del Digesto.

Nell'illuminismo confluisce, in parte, anche una corrente metodologica interna al diritto, il neoumanesimo, i cui caratteri riprendono quelli delle scuole culte cinquecentesche, ma con novità (11). Se guardiamo al loro profilo dinamico, schematicamente li possiamo individuare nelle propensioni seguenti:

a) a storicizzare il diritto romano, non certo più diritto vigente;

b) a vedere nel diritto romano (prevalentemente però per la materia privatistica e per gli aspetti "civili" di quella criminale) un

(11) Il nesso della cultura illuminista con l'esperienza umanistica è stato notato da G. D'Amelio, *Illuminismo e scienza del diritto in Italia*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 16 (con parole testuali), p. 23 (« Bisogna poi aggiungere che la conoscenza stessa dei risultati raggiunti dalla critica olandese, francese e tedesca è negli scrittori e nei giuristi illuministi più imponente di quanto si sia inclini a supporre. Una fase giovanile di adesione al cultismo è in essi frequente, e a Napoli costituisce senz'altro la regola [...]. Del resto, i "tesori" d'erudizione legale non erano patrimonio di pochi dotti, ma in qualche modo cultura comune ») e *passim*.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

deposito di ragione: il che non implicava tanto la sua trasformazione in diritto naturale, quanto la necessità di un vaglio e di una selezione rispondente ai lumi della ragione (in un deposito, infatti, c'è di tutto);

c) ad occuparsi anche del diritto patrio, nelle sue articolazioni disciplinari (e in particolare del diritto pubblico) e nel contempo ad adottare una visuale comparatistica e un orizzonte cosmopolitico;

d) a ricercare i nessi tra il diritto e la politica, da un lato, e tra il diritto e le altre scienze, dall'altro.

Il risultato complessivo di queste tendenze volge, s'intende, verso la discontinuità con la tradizione. Lo si nota anche da due conseguenze: in primo luogo il coinvolgimento attivo del giurista nella vita intellettuale e il suo impegno civile, tendenzialmente non più ristretto all'ambito municipale; inoltre la riconduzione della dottrina italiana (nel Seicento assai decaduta e provinciale, almeno per quanto atteneva alla cattedra) in un circuito europeo.

Torniamo a Pagano. Il giovanissimo autore lucano respirò quest'aria, come è dimostrato sin dal precoce *Examen politicum*: un testo che evidentemente esibisce e utilizza la formazione romanista di Pagano e tuttavia un testo illuminista, come già Tarello ebbe a riconoscere (12). Da giurista illuminista faceva i conti con la ragione scritta, evidentemente da riportare ai compiti del presente. Come per altri illuministi del tempo — penso a Tanucci, a Pompeo Neri e ai più giovani Pilati e Ceri — l'interprete si trova necessariamente ad esaminare in che modo il giurista lucano si sia raffrontato col *corpus iuris* e con la pratica del diritto (13). Ci sono due vie sbrigative, purtroppo spesso usate:

— Pagano avrebbe una posizione critica verso il diritto romano,

---

(12) Mette conto riportare il passo del filosofo del diritto genovese: « La prima espressione compiuta delle idee giuridiche dell'illuminismo si trova però — nella provincia napoletana — nell'opera giovanile di chi era destinato a rivelarsi uno dei più importanti giuristi e politici italiani dell'epoca rivoluzionaria: Francesco Mario Pagano. Nell'opera giovanile del Pagano, infatti, si scorge — siamo nel 1768 — la transizione dagli atteggiamenti di derivazione culta (disordine e scarsa applicabilità del diritto romano-comune, polemica antigiustinianea, necessità di un riordinamento su base razionale, con notevoli somiglianze rispetto a Muratori ma non senza influenze leibniziane e wolffiane, anche attraverso i giuristi razionalisti napoletani) agli atteggiamenti riformatori illuministici (esigenza di certezza, insufficienza delle risistemazioni *scientifiche* e necessità delle *riforme politiche*, opportunità di codificazioni non "suppletive") che preludono agli scritti di carattere penalistico del periodo successivo » (G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, I. *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1976, pp. 379-380; cfr. Ippolito, op. cit., p. 131): sintesi lungimirante e perciò tuttora fresca, che vede nel *Politicum examen* un cultismo già sciolto in una prospettiva illuminista.

(13) Esemplare il saggio di V. Piano Mortari, *Tentativi di codificazione nel Granducato di Toscana nel sec. XVIII* (1952-53), ora in Id., *Itinera juris*, Napoli, Jovene,

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

secondo la vecchia idea di Solari, riferita in particolare all'opera giovanile del 1768 (14); più precisamente farebbe parte di quella cerchia di critici che a Napoli annoverebbe anche De Gennaro e che avrebbe come referente di punta Muratori;

— all'opposto, sarebbe un "fautore" del diritto romano: ne sarebbe un difensore, al pari, per restare a Napoli, del misurato Rapolla e di Cirillo, spesso dipinto come una macchietta.

Come ovvio, non si tratta di schierarsi scegliendo se Pagano fosse pro o contro il diritto romano. La biografia di questi personaggi e la lettura delle rispettive opere consigliano di tralasciare le semplificazioni di comodo. Tra De Gennaro e Rapolla, del resto coetanei, c'era totale comunanza di formazione e molta consonanza di vedute; fidavano entrambi su Giannone come protettore ed estimatore e furono i soli giuristi le cui opere Muratori accettasse di leggere, allorché si accinse a scrivere il *Dei difetti*. E tra Rapolla e Muratori c'era sì divergenza, ma non contrapposizione inconciliabile (15). Cirillo, poi, in quanto studioso e "difensore" del diritto romano non è certo una macchietta, se è vero che ha lasciato una certa traccia a distanza di un paio di generazioni (è molto lodato da Nicola Nicolini, ad esempio); piuttosto, ma questo è poco noto, potrebbe essere un personaggio di qualche comicità perché, titolare dell'insegnamento di diritto naturale, si vantava di non aver mai letto e anzi si rifiutava di leggere Grozio (16).

Le cose sono dunque complesse e l'antiromanesimo o, al contrario, il "romanesimo" non sono atteggiamenti che di per sé distinguano il giurista illuminista da quello d'Antico Regime. È emblematica la posizione di Pompeo Neri, che una persistente storiografia giuridica accredita come giurista fuori dei lumi riformatori, ma che per il suo significato teorico-pratico (in tema di riforma della legislazione, del catasto, della nobiltà) opportunamente compare in tutte le antologie del pensiero illuminista. D'altra parte, se torniamo a Pagano, nell'introduzione dei *Principi del diritto penale* si legge, da un lato, la notissima critica a Montesquieu e Beccaria perché non mostravano molta cono-

---

1991, pp. 399-547, tuttora utile, nonostante le interpretazioni francamente obsolete, come testimonianza pionieristica dell'esigenza di misurarsi da vicino su questi nodi.

(14) G. Solari, *Studi su Francesco Mario Pagano*, a c. di L. Firpo, Torino, Giappichelli, 1963, p. 360.

(15) In proposito basti citare la lunga disamina di un contemporaneo, dotato di un senso critico sorprendentemente equilibrato: T. Briganti, *Pratica criminale* (1755), Napoli, Marotta, 1842, prefazione, § VII, n. 111 ss., p. 67 ss.

(16) Cfr. I. Birocchi, *L'insegnamento del diritto pubblico nelle Università italiane nel XVIII secolo*, in *Science politique et droit public dans les facultés de droit européennes (XIIIe-XVIIIe siècle)*, s. dir. de J. Krynen et M. Stolleis, Frankfurt a.M., Klostermann, 2008, p. 563.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

scenza delle leggi e del foro e, dall'altro, una rivalutazione (seppur parziale) dei "forensi" (17).

Giustamente Ippolito mette in evidenza che il romanesimo è utilizzato da Pagano soprattutto entro due ambiti. Innanzi tutto è impiegato per la teoria giusnaturalistica, che è eclettica: Ippolito parla di un "giusnaturalismo storicistico", fortemente improntato al pensiero di Vico ma con diverse proiezioni sul piano politico e con una decisa propensione a fare della storia una scienza capace di dimostrazioni, come era possibile per le scienze della natura; e parla poi di un giusnaturalismo "ontonomico", ovvero di una concezione normativa della natura, come caratterizzanti complessivamente il pensiero del giurista lucano (18). Inoltre il romanesimo è riversato nella teoria della giustizia penale (19); ed è significativo qui che Pagano si appoggi a Matthes, un giurista di stampo umanista di cui non occorre ricordare la funzione di vero nume tutelare per il pensiero penalistico illuminista.

Soffermiamoci dunque su questa formazione giuridica di Pagano. A Napoli l'impronta neoumanistica aveva come referenti Francesco D'Andrea, Gravina, Aulisio e Giannone. Per quanto riguarda propriamente l'insegnamento di scuola, il nucleo del pensiero critico risaliva all'opera di Aulisio e di Gravina (che pure non insegnò mai nell'Università partenopea): maestri dalla cui didattica non si traevano spunti o indicazioni immediatamente applicativi (20), bensì soprattutto un metodo e un abito mentale rivolti alla storicizzazione del diritto e nel contempo — in proposito decisivo fu piuttosto Gravina — a sottolineare la dimensione pragmatica della giurisprudenza. L'azione civile e intellettuale di Giannone operò poi come saldatura di quegli insegnamenti, riuscendo ad organizzare per così dire una dorsale frastagliata ma abbastanza coesa di giuristi: propensi ad accordare un'attenzione

---

(17) « Non è però da tacere, che i forensi sforniti di erudizione, privi de' principj della filosofia, ma pieni di naturale acume ed esercitati negli affari, tra le tenebre hanno spesso veduti de' lampi di profonda verità. [...]. Ma a dire il vero, benché molte vedute di piena filosofia e di umanità si scorgano nelle opere loro [Montesquieu e Beccaria], tuttavolta non mostrano sempre molta cognizione delle leggi e del foro » (F.M. Pagano, *Principj del diritto penale*, Napoli, tip. Di Napoli, 1818 = Padova, Cedam, 1997, p. 13).

(18) Ippolito, op. cit., pp. 10 ss. e 20 ss. Nel pensiero di Pagano l'autore riscontra invece uno scarso peso del giusnaturalismo "antroponomico", fondato su un naturale sentimento di giustizia presente nel cuore dell'uomo (p. 7 ss.).

(19) Ippolito, op. cit., pp. 168-169 e 171.

(20) Idee espresse con piena consapevolezza e in più occasioni da G.V. Gravina: nelle *Origines juris civilis*, Ad cupidam legum iuventutem (nell'edizione Neapoli, ex Typographia Haer. Pittanti, 1728, pp. iniziali non num.) e nelle *Orationes* (ad esempio v. *De recta in jure disputandi ratione*, in Id., *Scritti critici e teorici*, a c. di A. Quondam, Roma-Bari, Laterza, 1973, pp. 400-01 e *De repetendis fontibus doctrinarum*, ivi, p. 420).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

centrale al diritto pubblico (21) e in quest'ambito a studiare le forme di governo, l'articolazione dei poteri e a sostenere la necessità di un loro bilanciamento per evitare la tirannia; tesi a promuovere l'autonomia dello Stato e dunque la sua laicizzazione; favorevoli alla diffusione delle conoscenze per l'esercizio del governo, in funzione di istanze sia neoplatoniche e aristocratiche che confidavano sugli illuminati provvisti di virtù (22), sia più tradizionali che facevano leva sul "naturale" influsso civilizzatore dell'espansione della preparazione intellettuale.

A questa dorsale guardò con estremo interesse Genovesi, ben consapevole che i legami tra etica, politica ed economia, di cui si occupava *ex professo*, potevano essere portati a significativa e unitaria rappresentazione e realizzazione attraverso il diritto. In particolare egli filtrò gli insegnamenti neoumanistici in quella singolare elaborazione giusnaturalistica — tanto personale quanto provvista di suggestioni nitidissime — costituita dalla *Diceosina*, sintesi di un pensiero che, mentre recuperava la valenza giusnaturalistica del diritto romano, coniugava storicismo e ontologismo.

In sostanza Genovesi faceva perno sul *proprium* dell'individuo — i diritti, dunque — utilizzando anche i tesori della giurisprudenza romana, « vera filosofia, scientia divinarum et humanarum », come dichiarava in trasparente polemica con Muratori (23); e, con la consueta critica per l'ammasso delle leggi e la loro oscurità, nonché per l'attività dei "casisti", insisteva sulla necessità di formare giuristi preparati, in particolare i giudici, votati alla difficile arte dell'interpretazione (24).

Per questo impianto, oltre che per l'autorevolezza del maestro, la *Diceosina* non mancò di incidere potentemente su Pagano (25), che, comunque, già educato alla lettura dell'opera vichiana, non procedette mai a ricalco del pensiero del grande salernitano, come ad

---

(21) Già Gravina, parallelamente alla storia, si era occupato del *De romano imperio*; è noto, inoltre, che Giannone spinse per l'istituzione della cattedra di diritto pubblico.

(22) Si tratta di idee esplicitamente espresse nel magistero di Gravina: nelle opere giuridiche, nelle orazioni tenute all'Università di Roma e nelle tragedie. Sul piano pratico esse impregnarono l'attività di governo dei suoi allievi operanti nella Torino di Vittorio Amedeo, a cominciare da Francesco D'Aguirre e da Mario Agostino Campiani. Quanto a Giannone, è sufficiente ricordare la sua biografia.

(23) Il professore salernitano così proseguiva, criticando evidentemente la tesi esposta da Muratori nell'esordio del *Dei difetti*: « Quei che han chiamata questa definizione della Giurisprudenza una Rodomontata, si son regolati con quegli storpi frammenti, ed avevano a regolarsi colle grandi opere di quei valentuomini » (GENOVESI, *Della diceosina*, cit., lib. I, cap. XV, § V, p. 230).

(24) Innumerevoli gli spunti in questa direzione: in particolare GENOVESI, *Della diceosina*, cit., lib. I, cap. XX, p. 300 ss.

(25) Come opportunamente è rilevato da IPPOLITO, op. cit., p. 9.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

esempio mostra l'impostazione anticontrattualistica della teoria dello Stato (26).

Va da sé che, per restare a Napoli, la galassia di giuristi che agì da protagonista nei decenni attorno alla metà del secolo, tra la parte terminale del governo austriaco e quella iniziale dei Borboni, non operò in modo omogeneo. Se il neoumanesimo penetrò diffusamente nell'insegnamento universitario e attirò il favore di una frazione consistente del ceto togato, solo una parte dei giuristi neoculti si dispose ai lumi. Le classificazioni sono comunque difficili, data la permeabilità della cultura e l'eclettismo prevalente. Converrebbe perciò che l'interprete odierno si munisse di pazienza ed esercitasse la lettura delle fonti senza i giudizi affrettati a cui può indurre, magari, l'uso di un genere ingiustamente screditato come la "Pratica" (27). Era un genere che rispondeva a un bisogno polivalente di ordine e di certezza, ma che, nella crisi politica e intellettuale che andava maturando sul finire del Seicento, poté essere adoperato per incidere sul quotidiano rivendicando un ruolo autonomo dell'intellettuale-giurista: in fondo, per provare a reimpostare la vita civile, muniti di quella ragione capace di indirizzare la prassi (28).

Capita così di imbattersi in un personaggio come Tommaso Briganti (1691-1762), avvocato e magistrato ben noto nel territorio gallipolino e però sostanzialmente appartato: attivo lontano dall'Università e dalle istituzioni della capitale, autore di due *Pratiche* scritte originariamente per la prima educazione dei figli alla giurisprudenza — l'una civile, l'altra criminale — di cui solo la seconda ebbe gli onori della stampa (1755) (29). Un giurista di provincia, si direbbe, che però si era formato nella temperie neoumanista dell'Ateneo napoletano del secondo decennio del Settecento e per qualche tempo aveva anche frequentato l'Ateneo romano (dove si era laureato, nel 1717), giusto mentre Gravina concludeva la sua esperienza di insegnamento e la sua vita. Ebbene la *Pratica criminale* non ha nulla di provinciale, se non gli esempi concreti, tratti dalla giurisprudenza praticata dalle magistrature

(26) V. oltre, § 5.

(27) Del tutto fuorviante, ad esempio, risulta l'assimilazione proposta da Solari tra la 'Pratica criminale' di Carlo Antonio De Rosa (1680: ho consultato C.A. De Rosa, *Criminalis decretorum praxis cum pluribus decisionibus per Regia Tribunalia prolatis*, Neapoli, sumptibus N. et V. Rispoli, 1747) e quella di Tommaso Briganti (SOLARI, op. cit., p. 40).

(28) È il disegno nitidamente proposto nel *De jurisconsulto* di Francesco Rapolla (1726).

(29) La *Pratica civile* (1746) è tuttora inedita, mentre della *Pratica criminale*, composta probabilmente nel quinquennio successivo al 1747 (diversi riferimenti e citazioni attestano che nel 1751 la stesura era in corso o forse ultimata) si conoscono tre edizioni (1755, 1770 e, con note comparative di F. De Marco, 1842). Qui si utilizza l'ultima (Napoli, Marotta).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

della terra leccese. La visione è storica — come immediatamente appare dall'ampia introduzione sulla legislazione e la scienza giuridica del Regno —, le letture e gli interessi sono cosmopoliti, aggiornati e sorprendentemente vasti ed è costante l'attenzione a sottoporre al vaglio della ragione il diritto praticato. Non solo la lingua usata, l'italiano, ma i contenuti e le stesse citazioni mostrano la grande libertà di cui faceva uso il giurista di Gallipoli.

Da tempo gli storici hanno senz'altro inserito Briganti tra gli illuministi meridionali (30) e non solo per la posizione assai critica nei confronti della tortura, certamente la parte più nota dell'opera del giurista pugliese: un illuminista, va rimarcato, dalla pretta formazione neoumanista (31).

Coevi alla *Pratica* di Briganti sono i tre volumi del *Jus criminale* di Nicolò Alfano (1703-76), scritti dal titolare della cattedra napoletana in funzione dell'insegnamento se non addirittura come strumento didattico (32). L'opera si rivela anch'essa un prodotto neoumanistico forgiato su letture abbastanza simili a quelle svolte da Briganti; era inoltre sicuramente attenta a una storicizzazione che impediva di trattare il diritto criminale sotto l'esclusiva angolazione dei *libri terribiles* del Digesto e che perciò guardava anche al diritto patrio (33).

Sicuramente, però, non viene in mente di ascriverla al movimento dei lumi, mancando non solo un atteggiamento progettuale, ma anche una certa dose di critica al diritto esistente. Discorso chiuso, forse? No: discorso che si apre, invece. Quanto, infatti, poterono incidere, sui

---

(30) V. la voce di F. Venturi in *Dizionario biografico degli italiani*, XIV, Roma, 1972, pp. 259-260 e il saggio di A. Vallone in *T. e F. Briganti e altri minori*, a c. di A. Vallone, Lecce, Milella, 1983, p. 93 ss.

(31) Abbastanza di recente, a cura di G. Iaccarino, è stata pubblicata un'altra opera, di stampo giurisdizionalistico, che risale al 1717-18: T. Briganti, *Degli acquisti e degli impieghi delle ricchezze monastiche*, Galatina, Congedo, 1984.

(32) La mole dell'opera la rende abbastanza esorbitante per la funzione di manuale per la preparazione (N. Alfano, *Juris criminalis ad usum Regni neapolitani libri tres*, Neapoli, ex Typ. Porsiliana, sumtibus Societatis, 1752-56); ma nell'esordio del primo volume l'autore chiariva l'intento didattico e si rivolgeva alla *cupida rei criminalis juventus*.

(33) Alfano, che troviamo alternativamente impegnato nelle cattedre di *jus Regni* e di *jus criminale* (F. Scandone, *La Facoltà giuridica nella Università dei R. Studi in Napoli nel Settecento*, annesso a F. Cammisa, *L'Università di Napoli nella seconda metà del '700*, Napoli, Jovene, 2001, *ad indicem*), ha avuto qualche parte nell'edizione dell'opera sul diritto patrio di Rapolla (1770-71: era stata lasciata incompleta dall'autore) e, come riporta Giustiniani, sembra abbia scritto lui stesso un testo di *jus Regni* (cfr. M.N. Miletti, *Peregrini in patria. Percezioni del* jus Regni *nella giurisprudenza napoletana d'età moderna*, in *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*, a c. di I. Birocchi e A. Mattone, Roma, Viella, 2006, p. 456 nt. 179).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

caratteri dell'opera e sulla rilevata mancanza di senso critico, la posizione del cattedratico e la destinazione ufficiale per l'insegnamento pubblico? E l'uso del latino, in sé elegante ma anche ormai inadatto a diffondere il testo in quell'opinione pubblica in cui stava per accendersi la discussione sulla questione penale, non era forse necessitato per qualunque insegnamento della giurisprudenza e dunque non si risolveva in un vincolo che limitava la libertà espressiva di Alfano?

Semplici domande, che sembra legittimo porsi e che in controluce lasciano forse intravedere un terreno di cultura che accomuna, per restare alla materia criminale e ad autori di opere tra loro coeve, Briganti e Alfano, nel napoletano, e di lì a poco il primo Beccaria — il giovane appena laureatosi a Pavia, non ancora intento al *Dei delitti* — e Risi, nel milanese (34). L'estrazione è variegata, per quanto riguarda sia l'ambiente territoriale, sia il ruolo professionale; molto diversi anche la destinazione, il significato e gli esiti delle rispettive opere. Nessun continuismo, nessun passaggio di consegne, come pure nessun appiattimento tra le diverse esperienze. Eppure, lo si ripete, non è difficile scoprire alcuni tratti comuni: di cui fu partecipe, con l'originalità che ne contraddistingue l'opera, il più giovane Pagano.

3. Già da queste notazioni si vede che, evocando il neoumanesimo in rapporto all'illuminismo giuridico, siamo ben lontani dalla trita riproposizione della "tradizione romanistica" come pure dall'applicazione del sempiterno *corpus iuris Romanorum*: siamo invece entro un orizzonte intellettuale di trasformazione, aperto persino alla rottura.

Nel pensiero di Pagano la giurisprudenza romana è un retroterra mai smentito ed anzi continuamente meditato attraverso lo studio dei testi ed i rapporti con i suoi cultori (35). Di certo il suo neoumanesimo contiene strumenti critici molto affilati e delinea un percorso di ricerca ampio.

In quest'ottica forse non c'è da meravigliarsi del fatto che Pufendorf sia assente dal prospetto storico di Pagano (36). Nel secondo Settecento, infatti, Pufendorf era prevalentemente letto come un classico (per esempio, per la sua impostazione tesa a trasportare nelle scienze morali il metodo matematico, secondo gli insegnamenti di Weigel), ma sempre meno in funzione pratica. In particolare, si po-

---

(34) Sul Risi si rinvia al penetrante studio di S. SOLIMANO, *Paolo Risi e il processo penale (1766)*, in *Studi di storia del diritto*, III, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 419-519.

(35) Ne è una testimonianza la lettera (10 novembre 1786) a un giurista di pretta impronta neoculta come Domenico Vario (1729-94), di scuola napoletana ma poi professore a Pavia (cfr. SOLARI, op. cit., pp. 56, 68-69 e 103). Su Vario v. i saggi raccolti in *Domenico Alfeno Vario. Un giurista critico al tramonto dell'Antico Regime*, a c. di M. Esposito e E. Spinelli, Salerno, Laveglia, 2004 e MILETTI, op. cit., *ad nomen*.

(36) Lo nota IPPOLITO, op. cit., p. 19.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

trebbe dire che fosse un classico che serviva per non sopravvalutare la memoria e il senso comune. Come leggiamo nell'ammonimento preposto da Pagano nella lettera dedicatoria delle sue *Considerazioni*, bisognava evitare di scambiare la memoria per ragione e l'autorità per evidenza, per non incorrere nel difetto riscontrabile nelle decisioni di Afflitto e di Riccio (37): si trattava, ovviamente, non solo di una radicale presa di distanza dalla scolastica ma anche di una affermazione decisa della filosofia e del pensiero critico.

Qui la coincidenza con la visuale di Filangieri è perfetta. Tipico è l'atteggiamento verso l'inquisizione come modello processuale, di cui il giurista lucano non esitava a denunciare l'introduzione proprio nella Roma imperiale (38): non c'era nessun attaccamento alla tradizione, appunto. Al contrario, per Pagano occorreva liberarsi di un modello, che una tradizione poteva spiegare, ma non legittimare rispetto alla filosofia che doveva guidare il futuro. E in effetti l'orizzonte di letture di Pagano non restò ancorato alle fonti strettamente giuridiche: comprendeva Locke e Montesquieu, Hume e Gibbon, Genovesi, naturalmente, la fisiocrazia e i *philosophes*.

4. Fin qui ho parlato della formazione e di alcuni fondamenti del pensiero del giurista. Ma come si atteggiò il rapporto tra la riflessione teorica di Pagano e il suo vivere nella storia? Si allude, insomma, al riscontro pratico dell'educazione giuridica.

Anche su questo piano il suo illuminismo si dimostra legato a un problema che il neocultismo aveva messo al centro dell'attenzione: il rapporto tra teoria e prassi, intesa quest'ultima come spazio nel quale riversare l'impegno civile o addirittura cimentarsi nell'azione politica (39).

Tra teoria e politica attiva c'è sempre uno iato o almeno una corrispondenza precaria. Rispetto a Filangieri, Pagano ha sensibilità che provengono dal foro e dalla sperimentazione (40); si misura concretamente con le repubbliche; non si limita a proporre una politica del

---

(37) Lo ricorda anche Ippolito, op. cit., p. 161.

(38) Ippolito, op. cit., p. 187. Evidentemente i due giuristi erano assunti a simbolo.

(39) Sul punto considerazioni più distese in I. Birocchi, *Il « De jurisconsulto » del Rapolla: ovvero il giurista come interprete ragionevole*, in F. Rapolla, *De jurisconsulto*, edizione a cura di I. Birocchi, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 14 ss.

(40) Come è dichiarato da Pagano nella dedica a Luigi Medici, che apre le *Condiderazioni sul processo criminale* (1787): « Oso adunque colla fiaccola della filosofia correr per entro le tenebre del foro; intrepidamente oso tentare le profonde piaghe che infermo e guasto rendono l'universale criminal sistema di Europa; oso di attaccare le regnanti opinioni consacrate dalla penna de' forensi e adottate talora dalla veneranda autorità delle leggi; e la riforma ben anche ne oso proporre. Non sono le mie

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

diritto (come Filangieri), ma sa inoltre che la politica è l'arte del possibile. La notissima chiusa delle *Considerazioni* non è tanto una citazione dotta di Platone, quanto la coscienza del significato politico insito nella necessità delle riforme nel processo (41). Così, nella Repubblica napoletana, chiamato a un ruolo decisionale, per quanto riguarda i feudi o la riforma penale Pagano dovette fare i conti con l'esistente. Ma tutte le opere dovettero confrontarsi con l'esistente: come nota Ippolito a proposito delle destinazioni dei vari lavori penalistici.

Si può dire che il pensiero giuspolitico di Pagano insistesse sulla centralità della legislazione come strumento per il raggiungimento della felicità (42); ma nel contempo emerge una visione pratica, cioè storica, della funzione del legislatore, mai considerato come un sapiente dispensatore di precetti che potessero sovrapporsi all'ordinamento vigente solo perché fondati sui lumi.

5. Un ultimo punto preme sottolineare. Riguarda il rapporto tra l'impostazione del teorico, che fin dal titolo fa riferimento all'obiettivo di cogliere il "pensiero giuspubblicistico" dell'autore studiato, e quella dello storico, il quale è portato a studiare i segni esterni lasciati dall'autore (scritti di qualunque genere, discorsi ricostruibili attraverso testimonianze, ecc.). S'intende che è pienamente legittimo indagare su una teorizzazione, ricostruendola complessivamente come se gli indizi da cui essa si evince costituissero un *continuum* privo di vuoti o espresso secondo linee almeno logicamente desumibili in mancanza di testimonianze dirette.

Ma lo storico si muove secondo uno statuto differente. Il pensiero o la teorizzazione sono mobili per antonomasia, a differenza delle tracce esterne (e in particolare della pagina scritta) attraverso cui solitamente si lasciano dedurre: i segni sono relativamente limitati, e comunque si distaccano dal pensiero, restano immobili e dunque non seguono gli sviluppi del pensiero.

Lo storico sa bene di avere molti modi — e anche sofisticati — per ricostruire il pensiero: attraverso le pagine scritte e attraverso altri indizi (confronto tra varie edizioni, indagine sulle occupazioni dell'autore, testimonianze dirette e indirette, ecc.). E tuttavia la domanda occorre porsela: quale è il rapporto tra questi segni e il pensiero vivo dell'autore?

---

considerazioni il solo prodotto della sterile meditazione, ma soprattutto dell'esperienza » (F.M. Pagano, *Condiderazioni sul processo criminale*, cap. XXXIII).

(41) « Se mi si domandi se mai questa sia la migliore riforma, ripeto le parole di quel saggio [Platone, Leggi]: *son queste le migliori leggi delle quali son capaci le circostanze presenti* ».

(42) È un punto della vulgata illuminista che naturalmente Pagano fa proprio (ad es. il passo riportato da Ippolito, op. cit., p. 24 nt. 110).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Fondamentalmente la teoria non tollera vuoti e lacune, mentre i segni, per quanto li moltiplichiamo con le nostre ricerche, procedono "per salti" e si manifestano con variazioni. Da qui le zone oscure o grigie, tanto più evidenti quanto più ampio è l'ambito entro cui intendiamo ricostruire il pensiero.

Il pericolo è ancor più incombente se il pensiero che si intende ricostruire riguarda le forme giuridiche, che per la loro relativa costanza tendono a essere ipostatizzate, a essere messe in valigia, pronte all'uso, immobili e svincolate dalla storia. Ferma restando l'autonomia delle discipline e la piena legittimità del loro diverso accostamento alla ricerca, il problema è di natura pratica e riguarda la comunicabilità dei risultati conseguiti dalla ricerca del teorico e, rispettivamente, dello storico.

Da qui anche la curiosità iniziale verso il libro di Ippolito, che è in fondo la molla dell'interesse interdisciplinare: la curiosità di un lettore dedito alla storia giuridica intento ad affrontare la rappresentazione *sub specie theoriae* dell'opera giuridica di Pagano.

Ebbene, nel libro da cui queste note prendono spunto i chiaroscuri ci sono, eccome; e le teorizzazioni non sono rappresentate in forma immobile, bensì colte con sguardo prospettico e dunque collegate alle applicazioni politiche. Si può ad esempio considerare la ricostruzione di una tesi cara a Platone — il governo dei filosofi —, che però non rimane pura idealità nella dottrina di Pagano, e che infatti Ippolito giustamente collega alle suggestioni dell'Ottantanove francese (43). O, per proporre un altro esempio, si può pensare al riconoscimento dell'impronta vichiana nelle riflessioni sull'età della barbarie, ricondotte però anche all'impegno di Pagano nella battaglia civile contro i feudi a Napoli (44).

A guardare da vicino, nella monografia di Ippolito non c'è alcuno stereotipo sotto cui sia inquadrato il percorso intellettuale di Pagano. E infatti l'autore più volte afferma che l'illuminista Pagano è, per certi aspetti del suo pensiero, in contrasto con le teorie illuministiche della cittadinanza politica. Così:

— per l'anticontrattualismo (45) e il recupero del modello aristotelico imperniato sull'evoluzione graduale delle forme di aggregazione umane (46);

— in tema di proprietà, per quella sorta di "scollamento", ben rilevato da Ippolito, tra il liberismo fisiocratico e la postulazione di limiti derivanti da istanze di giustizia sociale (47);

---

(43) Ippolito, op. cit., pp. 44 e 47.

(44) Ivi, p. 98.

(45) Ivi, pp. 36 e 39.

(46) Ivi, p. 77.

(47) Ivi, p. 72. La teoria della proprietà di Pagano, con i limiti ad essa connessi,

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

— in tema di concezione della pena, che in Pagano appare piuttosto orientata verso la retribuzione.

"Allontanamento dalle teorie illuministiche della cittadinanza politica": lo storico forse direbbe diversamente, ma dipende dalle ottiche di lettura. E lo stesso Ippolito, nel rilevare le "dissonanze" del pensiero di Pagano, o il "claudicante eclettismo teorico", correttamente li riconduce all'impegno civile, con cui il pensiero del giurista lucano va confrontato (48).

appare assai vicina a quella di Genovesi (v. I. BIROCCHI, *Uso e abuso della cosa: il pensiero di Genovesi e di Lampredi in tema di proprietà*, Buenos Aires, di imminente pubblicazione).

(48) IPPOLITO, op. cit., pp. 72-73.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

GIOVANNI FURGIUELE

NOTAZIONI SULL'INSOPPRIMIBILE NESSO FRA DIRITTO E INTERPRETAZIONE

(a proposito di Ángel M. López y López, *Las ensoñaciones del jurista solitario*, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 2005)

È infrequente — non solo in Italia, ma ovunque — che un giurista, arrivato ad un certo punto della sua vita, avverta il desiderio di riflettere sull'ordinamento cui appartiene, quindi su singole letture che in particolare modo su di lui quale tecnico del diritto hanno inciso o dalle quali intenda prendere le distanze, infine sul complesso delle esperienze attraverso le quali egli è passato per poi, una volta pervenuto a concludere, esprimere un rimpianto per ciò che poteva essere e non è stato o, viceversa, segnalare come un successo quanto ha avuto modo di tradursi da circostanza di puro pensiero in oggettiva realtà di fatto.

È ancor più infrequente, se non altro fra i giuristi di *civil law*, che l'esperto di cose giuridiche sia visto, almeno a livello tendenziale, come variabile "interprete" delle stesse e non, piuttosto, come mero "lettore" o, altresì, come neutrale osservante di norme scritte o orali o, comunque, di regole da altri fatte ed a lui medesimo imposte.

I due diversi termini, "lettore" e "interprete", sono qui usati per segnalare attraverso di essi il difetto di analogia che intercorre fra atteggiamenti riscontrabili in quanto tali come regola di condotta: "lettore" serve, cioè, a significare colui il quale riceve il contenuto estrinseco di una norma o di una regola ed ad esso si attiene riducendo al minimo, se non addirittura vanificando, l'importanza della sua presenza; "interprete" è, per contro, colui il quale muove, sì, dall'esegesi di una disposizione, ma per poi inclinare, laddove ritenuto necessario, ad attribuirle quella valenza ulteriore che deriva da un più ampio complesso di regole o principi ovunque formulato, vale a dire non soltanto all'interno di testi giuridici in senso stretto (1).

Nel primo caso può arrivarsi a dire che la soluzione da fornire ai

(1) Il tema — forse eterno — è ampiamente discusso almeno fin dall'epoca di François Geny. Vedine i riferimenti al riguardo contenuti in F. Viola - G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione - Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1993, p. 325 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

vari interrogativi è, in definitiva, già "espressa" e il solo contributo di rilevanza individuale è nel saperla ricercare, per cui — forse esagerando — potrebbe anche arrivarsi a dire che non solo ognuno può divenire "buon giurista", ma che l'essere tale derivi esclusivamente da una serena disponibilità ad effettuare quella che si rivela come una "semplice" lettura tecnica. Nel secondo, può altresì dirsi che non è più così: il patrimonio di cognizioni, giuridiche e non più soltanto di codesta natura, in definitiva e, riassumendo, la distinta individualità del singolo hanno un decisivo influsso sull'espletamento da parte sua della funzione di giurista. In sostanza, potrebbe anche ritenersi che egli così si realizza e tanto a seguito del suo essere in primo luogo in possesso di una più ampia visione organizzativa di ciò che sia — o debba essere — l'esperienza sociale.

Sono due atteggiamenti quelli qui segnalati come "brutalmente" opposti i quali a volte convivono nell'ambito della stessa persona e paiono, cioè, dipendere più dal concreto argomento che si offre all'impiego che non da una scelta metodologica di fondo. La circostanza, in conclusione, sembra voler esprimere che la *complessità* caratterizza a tal punto l'esperienza giuridica da dar luogo più spesso ad una molteplicità di connotazioni che non viceversa al rispetto di uno stesso ed analogo atteggiamento. Pur tuttavia, fermo rimanendo quel che si è immediatamente prima rilevato, la connotazione formulata in forma distinta conserva verosimilmente un suo valore per quanto attiene all'orientamento della riflessione nei singoli casi specifici. È probabile ne derivi anche una connotazione diversa del giuridico rispetto ad ulteriori valori e del giurista rispetto ad ulteriori esercenti funzioni di rilevanza collettiva.

Su tutto ciò, peraltro, sia consentito in questa sede il silenzio, fatti salvi i pochi, iniziali e, almeno indirettamente, i successivi rilievi di cui in appresso.

Le riflessioni all'origine anticipate tornano alla mente allorché si giunge al termine della lettura de *Las ensoñaciones del jurista solitario* di Ángel M. López y López.

È un volume, questo, ricco di contenuto.

Raccoglie ed esprime il senso dell'esperienza problematica attraversata dall'autore nella sua attività di giurista. Non se ne darà, però, notizia nella sua completezza, ma solo per alcuni aspetti. Si preferirà, cioè, porre in rilievo singoli profili per quella che appare l'importanza dei medesimi nel segnalare la linea adottata dall'autore in questione nel predisporsi ad affrontare e risolvere la conflittualità riposta nei vari argomenti considerati.

Innanzitutto risulta opportuno muovere dal titolo dell'opera.

Esso è senza dubbio singolare.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Sembra voler significare qualcosa per chi lo ha premesso a fornire la denominazione riassuntiva delle varie pagine e così anche per i successivi lettori delle stesse. Ma è un qualcosa che non risulta immediatamente dai temi svolti ed è piuttosto espressivo di un atteggiamento di autopresentazione cui l'autore ricorre per fornire appunto l'idea di sé come scrittore delle pagine in questione.

Sono tali pagine niente più di *ensoñaciones*, poiché pensate e ripensate « al hilo del sentimiento y la razón » (2), poiché legate « a olores, sabores, libros, personas, lugares, de las que sólo me queda un recuerdo más próximos a los sentidos corporales que a otro cosa » (3), poiché collocate fra « real e irreal, a un solo y contradictorio tiempo » (4) in quanto frutto, ancora di nuovo, di « sentimiento y raciocinio, y por ello » (5) di « ninguna de la dos cosas » (6).

Ciò che così è detto potrebbe volersi collocare su un piano espressivo dei connotati del pensiero e del corrispondente linguaggio umano, del suo farsi e del suo proporsi in sede comunicativa, del suo essere frutto di attività in sé concettuale, ma non solo di tutto questo (7).

Non sembra, però, che le cose stiano in tal maniera, non sembra, cioè, che debbano essere collocate su un piano — possiamo dire — di rilevanza oggettiva (8).

Sembra piuttosto che debbano essere collocate su un diverso piano, vale a dire di carattere puramente soggettivo, di pervenire, quindi, ad imporsi all'attenzione di argomenti e di riflessioni, effetto, questo, ad un tempo di *sentimiento* e di *razón* e, in quanto tale, di

---

(2) Ángel M. López y López, op. cit., p. 13.

(3) Ivi, pp. 13-4.

(4) Ivi, p. 14.

(5) *Ibidem*.

(6) Ivi, p. 14.

(7) « Ma una cosa è certa: l'esplorazione del cervello è la più grande avventura mai tentata dalla specie umana » rileva con disarmante sincerità V.S. Ramachandran, *Che cosa sappiamo della mente*, trad. it., Milano, Mondadori, 2006, p. 27. Cfr. altresì G.M. Edelman - G. Tononi, *Un universo di conoscenza - Come la materia diventa immaginazione*, trad. it., Torino, Einaudi, 2000, in particolare p. 242 ss. E, sempre in tema, cfr. D. J. Siegel, *La mente relazionale*, trad., it., Milano, Raffaello Cortina, 2001, p. 13 ss.

(8) Si hanno ben presenti, nell'affermare quanto sopra rilevato, le diverse conclusioni cui perviene il pensiero relativista. Per i suoi vari aspetti, di recente su un piano generale cfr. G. Vattimo, *Addio alla verità*, Roma, Meltemi, 2009 e, in una prospettiva che prende spunto dalla sociologia, R. Boudon, *Le relativisme*, Paris, PUF, 2008. Sicura importanza ha inoltre quanto osservato sul rapporto fra scienza e filosofia nei primi anni del secolo scorso da Bruno de Finetti in *L'invenzione della verità*, Milano, Raffaello Cortina, 2006.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

un'operazione in parte illogica poiché affidata al *sentimiento* e in parte, viceversa, non tale poiché affidata alle virtù del raziocinio.

Ma, forse, qualcosa di più ed in parte di diverso può essere constatato.

Che sia unicamente come già detto non risulta evidente, anzi parrebbe il contrario vista la ripetizione costante di determinati temi e l'insistenza nell'affidarsi ad un orientamento di fondo — come vedremo fra un attimo — nel trattare i problemi del diritto. Il richiamo al *sentimiento* sembra, cioè, voler avere un significato, almeno in certa misura, distinto, vale a dire quello di implicare il riferimento ad un'essenziale e profonda partecipazione al tema affrontato. Non risponde, pertanto, allo scopo — il che sarebbe banale — di precostituire un espediente per opporsi ad eventuali rilievi critici, ma è piuttosto relativo alla capacità dell'autore di "sentire" e, quasi, di "vivere" (in senso giuridico) in forza di un argomento. È, in definitiva, la virtù di calarsi nei nodi fondamentali da cui dipende la credibilità dell'argomentazione giuridica nel senso, quindi, di farne dipendere la totalità dell'individuo, inteso appunto di per sé come congiunzione insopprimibile di *sentimiento y raciòcinio*.

A completare il riferimento al titolo vi è, altresì, da aggiungere che si tratta di opera realizzata da un *jurista solitario*.

Non si vuole in questa sede sottolineare quanto nel volume è detto per dar conto dell'esattezza della qualifica. In particolare, per ciò che attiene all'importanza che per lo stesso diritto privato ha il rilievo costituito dalla struttura pubblicistica qualcosa si dirà più avanti. Si vuole, piuttosto, sottolineare la consapevolezza che ha lo scrittore delle pagine in questione a proposito della molteplicità insita nel termine giurista. Vale a dire, qualificarsi in tal modo non vuol dire che si sia ancor detto che giurista è, nel senso, cioè, che non si è ancor detto che tipo di atteggiamento è quello in virtù del quale egli solitamente agisce nel dar risposta agli interrogativi via via affrontati.

Giurista perché ci si occupa di diritto non significa, in sostanza, che si sia rilevato ancora nulla a qualificare la tecnica di considerazione dei vari problemi.

In questo caso il giurista è *solitario* poiché in tal maniera assume la responsabilità in senso pieno di quanto risulta esposto nel volume. Sue sono le riflessioni ivi svolte e, a prescindere dalla originalità o meno delle stesse, egli solo ne è responsabile poiché crede fermamente nel valore finale e conclusivo di quel che è affermato.

Gli ultimi rilievi implicano, com'è evidente, la necessità di riprendere quanto fin dall'inizio considerato. È, infatti, da chiedersi se, nell'ambito della classificazione (seppure troppo schematicamente) effettuata, lo scrittore delle *ensoñaciones*, cui sono rivolte queste nota-

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

zioni, sia un giurista *lettore* o sia un giurista *interprete*. Le osservazioni che seguiranno costituiscono un tentativo di risposta a tale domanda.

a) Un primo osservatorio dal quale è necessario prendere le mosse consiste nella rilevazione della logica giuridica con cui muoversi a livello concettuale rispetto alle determinazioni normative.

Può, a questo proposito, ritenersi che il problema consista, in buona misura, in ciò che è detto in ordine a Kelsen ed alla conseguente negazione della « lógica del sujeto » (9).

In effetti, è proprio l'esaltazione dell'importanza per il giurista del profilo normativo che induce il medesimo Kelsen ad escludere la rilevanza del versante soggettivo inteso come sostanza e, conseguentemente, a ritenere indifferente per il giurista che la norma garantisca taluni diritti soggettivi e, fra questi, il diritto di proprietà.

Sembra, codesta, una conclusione cui non può non arrivare chi riduca il diritto a mera sommatoria di dati normativi ed a cui, per di più, sembra non possa non arrivare il modello di giurista che più direttamente è in contatto con tale impostazione e cioè senz'altro il giurista *lettore*.

Ma l'autore dell'opera che si esamina rifiuta la conclusione cui si perviene sulla base dell'astrazione kelseniana e, quindi, rifiuta ciò che appare proprio della rilevanza del concetto giuridico consequenziale soltanto al presupposto di carattere normativo. Nel momento in cui richiama l'importanza che ha la politica per la stessa determinazione giuridica non si limita con ciò ad obbiettare qualcosa nei confronti di Kelsen poiché, così facendo, colpisce a fondo l'autonomia logica del profilo di ordine normativo. Il cieco oscurantismo cui si rischia di pervenire accettando Kelsen e le sue proiezioni concettuali è rifiutato sulla base delle premesse di un discorso che tende ad esaltare la completezza formativa di una mentalità giuridica attenta sì alla norma, ma anche e prima ai valori sostanziali che ne rappresentano il fondamento stesso (10).

Può, in definitiva, ritenersi che rispetto ad un istituto giuridico sia possibile analogamente ragionarsi o in una logica kelseniana, quindi attenta solo ai dati normativi, o in una diversa e più composita logica nel senso di verificare rispetto ad una norma la conformità o meno nei confronti di valori assunti come fondamentali. Entrambe sono scelte dotate di razionalità. La scelta dell'una o dell'altra è frutto non di necessità, ma di libera elezione e tale libera elezione dipende da ciò che consegue alla scelta, quindi, come vedremo, da ciò che si vuole che sia

(9) Ángel M. López y López, op. cit., p. 151.

(10) È questa, come è noto, l'obbiezione fondamentale che fin dall'edizione apparsa nel 1917 negli "Annali delle Università toscane" veniva rivolta nei confronti di Kelsen e del normativismo in genere da Santi Romano di cui cfr. *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1962, II ed. (rist.), p. 5.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

il giurista e dal livello di importanza dei compiti che si ritenga siano ad esso spettanti.

b) Un secondo osservatorio è fornito dalla rilevazione del rapporto fra morale e diritto.

Alla considerazione del tema sono in particolare rivolte quelle pagine in cui è discussa la pubblicazione di un annuncio nell'ambito del quale un imprenditore effettua un'offerta d'impiego ad una donna disposta a far da segretaria e, al tempo stesso, « dispuesta a ser la amante secreta de su jefe » (11).

L'episodio fornisce la possibilità di occuparsi « del curioso concepto de la moral que pulula en nuestra sociedad » (12).

È facile, a questo punto, per l'autore rendersi conto che alla valutazione negativa dell'annuncio per contrarietà e alla morale e ai valori fondamentali del sistema giuridico si oppone una pluralità di casi appartenenti essi al diritto di famiglia, e non solo, in cui il comportamento in sé considerato è contrario alla morale e tuttavia non è rifiutato in senso giuridico.

Ciò evidentemente dà luogo ad una duplicità di punti di vista, quello morale e quello giuridico, a volte coincidenti nella soluzione, a volte contrastanti. In ordine alla soluzione, determinante appare non il criterio di valutazione morale, bensì il criterio di valutazione giuridica. A questo punto, giustificata appare la domanda conclusiva « hay alguna persona ecuánime dispuesta a tirar la primera piedra a nuestro empresario gallego? » (13), per avere questi dato luogo ad una situazione in cui il profilo negativo sussiste in forza di uno schema giuridico e non in una considerazione autentica dei valori riferibili in senso stretto all'ordine morale.

Anche in questa vicenda abbiamo, quindi, due ordini di valutazioni, quello morale e quello giuridico. Li si può ritenere distinti, com'è opinione corrente, o viceversa, dubitando del fondamento stesso della distinzione a fini giuridici, si può unificarli assumendo, appunto, nel profilo giuridico quello maggiormente idoneo ad orientare nella soluzione. Si tratta, così facendo, di adottare un criterio inespresso dal punto di vista normativo e di effettuare una scelta fra due atteggiamenti di pensiero rispetto ai quali la soluzione non è nelle cose, ma nella mente di chi adotta l'una o l'altra impostazione.

c) Ed infine un'osservazione di carattere sistematico.

In più passi del libro si sottolinea, come già si è notato, l'indissolubilità del diritto privato e del diritto pubblico: il diritto privato è inammissibile senza diritto pubblico e, al tempo stesso, il diritto pubblico è inammissibile senza un concetto o, in senso lato, un'idea del

(11) Ángel M. López y López, op. cit., p. 191.

(12) *Ibidem*.

(13) Ivi, p. 195.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

soggetto privato. Alcuni sfuggono alla considerazione della profonda unità del sistema e proclamano la priorità, o indifferenza, del diritto privato rispetto al diritto pubblico. Il che equivale ad un'inconfessata sacralizzazione di ciò che appartiene al singolo o, altresì, all'omissione del rilievo del profilo sociale il quale, viceversa, è decisivo per il contenuto di ciascun diritto riconoscibile a vantaggio dell'individuo. È per ciò che si sfugge a tale prospettazione e si preferisce l'altra.

Di nuovo, e per concludere, appare un'alternativa rispetto alla quale la scelta non è esercizio di pura e prioritaria logica, ma è piuttosto frutto di una decisione assunta fin dall'inizio, cioè di rifiutare l'assolutezza (o la "divinità") delle cose giuridiche e di perseguire, piuttosto, la prospettiva della relatività (o della mutabilità storica dei valori volta per volta protetti). Ciò induce ad un recupero della politicità rispetto ad ogni scelta di tipo giuridico, dalla posizione della norma, alla sua lettura ed alla conseguente interpretazione. La giuridicità ed il tecnicismo della scelta non può equivalere all'omissione del senso complessivo di quanto è fatto in virtù di una decisione che coinvolge il giurista *hic et nunc*, prima come uomo e successivamente come esperto del diritto.

Non, quindi, vale proporne la tranquilla dimensione del semplice e passivo lettore di schemi normativi da altri elaborati, bensì la attiva ed operante prospettiva di chi, seppur solo interpretando, in qualche modo collabora al farsi di un ordine. E questo stesso è diverso non soltanto nel contenuto delle singole previsioni normative, ma, prima ancora, avuto riguardo alla medesima realtà di tipo pubblico e per ciò anche alla medesima realtà di tipo statuale. Se ne possono avere riflessi di carattere soggettivo (cioè, sulla realtà operativa del singolo giurista a livello collettivo e sociale) o, piuttosto, tali riflessi possono preesistere ed essere determinanti rispetto alle decisioni successivamente assunte in sede giuridica e, pertanto, in sede tecnica.

È difficile dirsi, ma certo è che la scelta fra le due possibilità non è frutto di esclusiva astrazione logica, bensì deriva da una molteplicità di valori ed obbiettivi di tipo individuale.

Questo è quanto appare possibile rilevare rispetto a ciò che è stato considerato.

Ne risulta un prevalente significato dell'autore nel senso riconducibile al versante di tipo "interpretativo" e non, per contro, a quello di tipo meramente ossequioso all'esteriorità della prescrizione normativa.

Molto altro vi sarebbe da aggiungere rispetto al mare *magnum* di atteggiamenti concettuali che, in fondo, è l'insieme delle pagine raccolte nel volume in questa sede oggetto di considerazione.

Ma per concludere vale forse (oltre che rinviare alla lettura dell'opera) segnalare ancora più da vicino quale tipo di interprete sia l'autore della medesima e quale prospettiva di risultati ne possa discen-

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

dere a livello operativo. Per tentare di rispondere si prenderà spunto da due circostanze apparentemente estrinseche, alle quali, peraltro, verrà attribuito un preciso senso.

Il primo rilievo è in ciò: alle varie parti in cui è suddivisa l'opera sono premessi singoli frammenti tratti da poesie di Francisco de Quevedo.

Può la circostanza non voler essere significativa di alcunché se non dell'ammirazione per Francisco de Quevedo o può voler esprimere piuttosto la sensibilità dell'autore per l'eternità dei valori profondi che traspare dai frammenti riportati.

Il secondo rilievo, anch'esso o irrilevante o viceversa dotato di senso, è il seguente: fra le cinque persone cui è dedicato il volume due soli sono i giuristi e così anche fra le persone cui in fondo sono rivolti i ringraziamenti, ad eccezione dei discepoli, per il resto gli altri sono anch'essi estranei alle fila dei giuristi e sono invece o filosofi o letterati.

Preferiamo accogliere siffatte circostanze come non casuali atteggiamenti idonei ad esprimere qualcosa rispetto ad Ángel M López y López dapprima come individuo e quindi come giurista.

Il senso della perennità della storia che traspare dalle *Conversaciones con difuntos* nell'ambito del libro primo delle *Ensoñaciones* è innanzitutto confermato dai frammenti di de Quevedo.

L'autore, poi, crede nel profondo significato, collettivo e sociale, dell'opera svolta dal giurista. Conseguentemente non rifiuta, ma ricerca il contatto con ciò che dal diritto è sì diverso e tuttavia ne costituisce l'inevitabile premessa. Non rileva in questa sede tentare di approfondire ulteriormente la mentalità e i riflessi culturali con cui si è provveduto all'opera, ma solo sottolineare che è vivissima convinzione quella per cui il giurista agisce sulla base di valori e tende al tempo stesso, laddove è possibile, a realizzarne il significato nell'ambito dell'espletamento dell'attività interpretativa: non per nulla si osserva che « el principio político, por definición prenormativo, pero por naturaleza ínsito en la norma, debe gobernar una interpretación jurídica finalista, y una conceptualización adecuada » (14).

E se così è, non solo è evidente il rifiuto di un giurista inteso, per così dire, in senso passivo, ma è nel contempo palese da un lato la premessa, quasi filosofica, del complesso dei valori da cui consegue l'operazione svolta in senso tecnico-giuridico e peraltro il senso storico del compito affidato oggi al giurista. Si ricorda che « unos jueces, ya se ha dicho, con les "tentaciones de la política": tal vez si el siglo XIX fue la época de la construcción constitucional del Legislativo, y el XX la del Ejecutivo, la del siglo XXI ha de ser la de una realista re(construcción)

(14) Ivi, p. 49.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

del Poder Judicial » (15). Ciò si realizza in fase concettuale e prima ancora o altresì anche al tempo stesso in fase interpretativa.

È qui e solo qui è destinato ad operare il giurista, inteso appunto dall'autore non come mero *lettore*, bensì piuttosto come *interprete* responsabile in quanto tale delle *scelte* dal medesimo effettuate.

(15) Ivi, p. 149.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

PAOLO GROSSI

CHIESA ROMANA E MODERNITÀ GIURIDICA
(a proposito di un'opera recentissima di Carlo Fantappiè) (*)

1. Per parecchi anni ho seguìto da vicino il lavoro, silenzioso ma incessante, paziente e intelligente, di Carlo Fantappiè, e sono stato il testimone degli entusiasmi nello scavo storiografico, dei momenti di sconforto di fronte alla vastità pressoché indominabile del materiale in continuo accumulo, della ferma bussola metodologica assunta dallo scrittore a orientamento sicuro del proprio itinerario di ricerca.

Dopo tanta vicinanza solidale sono stato tra i primi a gioire per la pubblicazione dei due pesanti volumi, che costituiscono, allo stesso tempo, un grosso contributo — fondamentale, perché sostanzialmente nuovo e innovatore — alla storia del moderno diritto canonico e un vanto per la 'Biblioteca' del 'Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno' che acquisisce nel suo seno un'opera di notevolissimo rilievo culturale.

Per tutto questo, quando l'amico canonista pisano Paolo Moneta mi invitò ad essergli accanto nella presentazione da lui organizzata presso la Sapienza di Pisa, non esitai ad accettare prontamente; come non esito oggi ad accettare di redigere per iscritto quanto dissi allora sulla scorta di un ampio corredo di annotazioni.

È l'ulteriore occasione per testimoniare un sentimento di motivata stima verso un autore e verso la sua creatura intellettuale.

2. E cominciamo a guardare questo *opus magnum* nelle sue fibre più riposte.

Una prima osservazione concerne un carattere che non è facilmente reperibile in una stessa opera unitaria: al fondo, sta una massa documentaria ammirevole, puntigliosamente accumulata con monacale pazienza, che serve a Fantappiè per dare basi saldissime alla costruzione dello storico e del giurista; al di sopra, svetta però alta e vigorosa una costruzione, che non è soffocata da quella massa — come spesso

(*) Il riferimento è a: C. Fantappié, *Chiesa Romana e modernità giuridica* - tomo primo: *L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903)*; tomo secondo: *Il 'Codex iuris canonici' (1917)*, Milano, Giuffrè, 2008.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

accade, nello zelo candido e maldestro di mediocri ricercatori —, ma che trova in essa — questo sì — una probante legittimazione.

Si scorra, per un momento, il prolisso elenco delle sigle e abbreviazioni adottate, e si constaterà che, accanto alle più disparate fonti a stampa disseppellite anche da appartatissimi periodici, sono evidenti le esplorazioni archivistiche condotte — se necessario — in remoti e inusuali giacimenti documentarii (1).

Ma quel che più conta è la costruzione, il progetto, che rende vitale la massa inerte delle carte. Un progetto che si è disegnato nitidamente nella testa dell'autore durante la faticosa ricerca preliminare, che egli non depone per un solo istante e che costituisce la chiara nervatura di tutto il tessuto dei due volumi. Vorrei aggiungere: ne costituisce il primo ed essenziale pregio.

Qual è la meta prefissa? Una comprensione piena, appagante sul piano storico-giuridico, di quel frutto estremo che è il *Codex* pïano/benedettino. Un canonista disinvolto e frettoloso potrebbe immediatamente obiettare: ma che c'è da comprendere? Non è tutto chiaro fin da quando Ulrich Stutz in Germania nel 1918 e Mario Falco in Italia nel 1925, e dietro di loro tanti altri canonisti laici e di curia, lo hanno approfonditamente esaminato svisceràndone il *Geist* (2)? Direi che si è fatto qualcosa, forse molto, ma non abbastanza, almeno da un punto di vista rigorosamente storico-giuridico, che è — per l'appunto — quello di Fantappiè.

Si potrebbe paradossalmente dire che al *Codex* ha nuociuto la sua vigenza; il che ha focalizzato l'attenzione degli interpreti sul sistema codiciale, sulla interna composizione, sull'orditura di comandi e proibizioni posti in essere, guardando oltre solamente per prendere atto dei *Fontes* fatti raccogliere da Gasparri, o per esaminare i *Tractatus* redatti dal padre codificatore durante il suo insegnamento parigino.

Fantappiè, che è portatore di una schietta insoddisfazione culturale, ha una mira più ambiziosa. Il *Codex* è, nel 1917, all'estremo di un profondissimo imbuto storico, che va ben oltre i lavori preparatorii e le sistemazioni scientifiche gasparriane e che arriva, nei suoi lembi apicali, addirittura al secolo XVI. L'attenzione va spostata con decisione dal *testo* normativo, autorevole e autoritario, e che si incarna nei canoni del *Codex,* verso il suo *contesto*, ma non contentandosi delle radici super-

(1) Si veda il velato rimprovero che Fantappiè fa a Onorato Bucci, che, indagando sullo 'Studium Romanae Curiae Lateranense', aveva mancato di utilizzare il cospicuo fondo archivistico della Accademia di conferenze storico-giuridiche (cfr. a p. 233, nota 136).

(2) La parola tedesca, come sa ogni canonista, non è uno sfoggio, ma solo un preciso riferimento al libro di U. Stutz, *Der Geist des* Codex iuris canonici*,* Stuttgart, Enke, 1918.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

ficiali tardo-ottocentesche e primo-novecentesche e risalendo, invece, alle sue radicazioni più remote.

Il *Codex* è stato culturalmente sacrificato da chi l'ha considerato nel suo aspetto di norma vigente, innanzi tutto dalla canonistica curiale perennemente ispirata da scopi grezzamente pratici senza alcuna capacità di elevarsi di una sola spanna sul sistema dei canoni, ma anche da quella intelligente — e ben più aperta — canonistica laica che negli anni venti, trenta, quaranta del secolo scorso, in Italia, in Austria e in Germania, ha rifondato il diritto canonico su un piano scientifico.

Ho detto che la mira di Fantappiè è più ambiziosa, e ho detto bene, perché si tratta innanzi tutto per lui di conseguire quello sguardo compiuto e complesso che solo una impostazione metodologicamente rigorosa può rendere agevole. Il vero problema, che quest'opera imponente si propone, e si propone di risolvere, è di indole metodologica; infatti, tutti e due i volumi intendono recuperare un sentiero metodologicamente corretto, evitando di ripercorrere ancora una volta istradamenti errati, con il risultato di ripetere aridi luoghi comuni.

Il peccato mortale commesso dalla comune storiografia sul *Codex* è stato, come sopra si è accennato, la as-trazione di un testo dal suo naturale contesto storico, o, tutt'almeno, di avere ridotto il contesto a delle premesse immediate che non erano assolutamente in grado di esprimere l'alto grado di storicità della prima codificazione canonica.

Il rischio che si vuole evitare è quella *Isolierung*, che contrae e inaridisce la ricchezza di un messaggio storico. La meta da raggiungere è « conquistare il codice canonico al dominio della storia » (3), « recuperare la dimensione storico-spaziale del diritto della chiesa cattolica » (4), rifiutando ciò che — malauguratamente — il *Codex* è sempre stato, ossia « la riserva di caccia dei canonisti esegeti » (5), come afferma Fantappiè nella prima pagina della introduzione con frase demolitoria che sento di condividere *in toto* ma che sarà suonata assai male agli orecchi di tanti.

Il problema viene aggredito frontalmente e subito, come per affrettarsi a togliere un impaccio al cammino: è avvenuto, nei secoli della piena modernità che vanno dal Cinquecento ai primi del Novecento, l'incontro/scontro fra la Chiesa Romana e, appunto, la modernità con le sue scelte novatrici, le sue invenzioni politico-giuridiche, il suo statalismo, il suo legalismo. Non c'è niente di nuovo in questa precisazione, che è un dato acquisito da sempre. Ma Fantappiè va oltre con la sua analisi: al di sotto dello scontro — che è appariscente e che è violento — v'è un processo storico — che è, invece, sotterraneo, che

(3) Cfr. p. XXVI (i numeri delle pagine segnati in questa nota e nelle note seguenti fanno riferimento alle pagine dei due tomi dell'opera recensita).

(4) Cfr. p. XXVI.

(5) Cfr. p. XXV.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

non è vistoso, che è però sottilmente pervasivo — di assorbimento delle impostazioni moderne all'interno dell'ordinamento giuridico canonico, con il risultato di alterare parecchio il tradizionale modo di concepire il diritto entro i confini della Chiesa Romana.

Durante il lungo svolgersi del tempo medievale, il diritto canonico aveva avuto germinazioni, manifestazioni, consolidazioni schiettamente pluralistiche. C'era, al fondo, soprattutto un ricco patrimonio consuetudinario su cui si sedimentava la doviziosa fioritura di norme conciliari e papali, di costruzioni dottrinali, di pronunzie giudiziali. La maggior parte degli stessi interventi del *caput totius Ecclesiae* erano provocati da richieste provenienti dal basso dell'esperienza pastorale che sollecitavano la voce autorevole del pastore supremo su concreti casi incontrati nella prassi quotidiana, voce che si incarnava in una strabocchevole profluvie di *epistolae decretales*, tanto da far assumere allo stesso diritto canonico l'aspetto di uno *ius decretalium.*

Tutto ciò uscì abbastanza stravolto nella Chiesa moderna, almeno a far data dal Concilio tridentino. Il modello del diritto, che la laicità definiva ogni giorno di più, consisteva in talune soluzioni radicali: il rifiuto delle incontrollabili consuetudini; il rifugio in un testo scritto che appariva affidante nelle sue certezza e chiarezza cartacee e dove il comando chiaro e certo poteva pretendere una assoluta obbedienza; la riduzione del diritto a norma, a comando, rispetto al quale non si dà interpretazione (con un ruolo autonomo dell'interprete) ma soltanto esegesi (ossia spiegazione passiva, ancillare).

Orbene, un siffatto modello normativistico/legalistico penetrò nelle fibre del diritto canonico, sembrando alla sacra gerarchia che in quello si assommasse il rimedio principe per rinsaldare l'unità disciplinare messa a dura prova dalla Riforma. E il modello — che la Chiesa Romana soffriva sulla sua stessa pelle nello scontro ormai quotidiano all'interno dei forti Stati nazionali, e che ingenerava ferite, e che tendeva a vincolare in catene la *libertas Ecclesiae* — fu adottato all'interno delle mura ecclesiali perché ritenuto arma vincente.

E si dette vita a quella che Fantappiè qualifica acutamente come *relazione consustanziale* fra Stato moderno e Chiesa moderna:« una grande dialettica storica di equiparazione e di contesa, di imitazione e di contrasto, di trasferimenti positivi e negativi, che hanno condotto i due maxi-soggetti ad una sorta di apprendimento osservativo, a capitalizzare le esperienze dell'altro in funzione innovativa, identitaria e legittimante » (6).

Meglio non si sarebbe potuto esprimere la degnità metodologica, che sta a fondamento dell'opera che qui si recensisce, che la rende *funditus* innovativa rispetto a tutto quel poco che si è scritto in

(6) *Introduzione*, p. XXXII.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

proposito fino ad ora, che la rende rilevante proprio sul piano storico-giuridico, in ordine a una veramente compiuta storicizzazione.

L'insegna è: recuperare alla reale trama storica, storicizzare, rendere carnalmente vivo nel bene e nel male il lavorìo secolare della sacra gerarchia e dei canonisti.

Come si diceva: il *Codex* deve essere collocato all'estremo di un profondo imbuto storico. Non bastano più le domande, che i canonisti si sono ripetutamente posti, sul ruolo di Pio X e di Gasparri, su quale dei due ruoli sia stato quello determinante. Domande indubbiamente legittime, ma che — da sole — sono storicamente inappaganti, giacché non possono esaurire il problema storico del *Codex*.

A questo proposito, Fantappiè parla chiaro: o si arriva a cogliere le radici profonde del *Codex*, o esso rimane — come effettivamente è stato — una sorta di oggetto misterioso. E il nostro autore non si arresta alle dichiarazioni programmatiche, dàndosi da fare nell'intento concreto di colmare un vuoto storiografico; risultato che l'opera riesce a raggiungere grazie alla utilizzazione di un enorme tessuto di fonti fino ad oggi ignorate o scarsamente utilizzate, grazie al salvante angolo di osservazione dal quale si affronta il problema e che è finalmente storicistico.

Guardàndovi da questa angolatura — prima ignota — il *Codex* appare meritare una sola qualifica: tridentino, anche se i battenti del Concilio chiudono nel 1563 e anche se il *Codex* comincia il suo cammino concreto con l'impulso formale di Pio X nel 1904. Se si vuole veramente arrivare ai primi anelli di una continua catena di radicazioni, occorre cominciare da quella data apparentemente così remota; né sarò io a contestare questo approccio di Fantappiè, essendo da sempre convinto della sua validità, come scrivevo esplicitamente già in un saggio del lontano 1985 (7).

Nello stesso tempo, ha ragione Fantappiè che occorre anche non lasciarsi irretire da una rincorsa verso ulteriori arretramenti, tenendo dietro alla illusione di origini ancor più remote: queste origini rischierebbero di portarci oltre il reale itinerario storico, in una pre-istoria del *Codex* dove si giungerebbe ad anticipazioni pretestuose mescolando il debito con l'indebito. Un esempio può essere offerto dalla proposta, fatta — al primo avvìo del processo codificatorio, nel 1905 — da un dotto docente della Università di Tübingen, il Sägmüller, di assumere a modello il *Liber Sextus* di Bonifacio VIII, ritenuto il primo esempio di Codice nella storia della Chiesa Romana. Anticipazione pretestuosa, essendo la compilazione bonifaziana frutto ben immerso in una cultura

(7) Cfr. P. Grossi, *Storia della canonistica moderna e storia della codificazione canonica*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 14 (1985).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

giuridica medievale e costituendo nulla più che una ben riuscita consolidazione.

Il Codice, la codificazione, nella sua rigorosa accezione storico-giuridica, è impensabile al di fuori dell'alveo della modernità, presupponendo le scelte fondamentali della riflessione filosofica moderna, che divengono atteggiamenti di fondo della stessa cultura giuridica moderna. Un Codice — ogni Codice — prima del giusnaturalismo e dell'illuminismo è nulla più di una insensata anticipazione; che Fantappiè — accortissimo — ovviamente rifiuta: cavalcare con non vigilati entusiasmi la tigre del divenire storico può paradossalmente portare al clamoroso fallimento proprio della auspicata storicizzazione.

3. Dunque, il *Codex* ben immerso nella nicchia della modernità giuridica. Di più: il diritto canonico dell'età moderna che, lungi dal perseverare sui binarii tracciati e sperimentati nel millennio medievale, recepisce sostanzialmente la nuova visione del diritto, nella fiducia di munirsi di un formidabile contravveleno verso un mondo politico e culturale sempre più ostile e sempre più apertamente anti-papista e anti-cattolico.

Gli snodi di questo singolare percorso, che impegna i secoli dal Cinquecento al Settecento e che provoca una novazione profonda nel metodo e negli approcci tradizionali, possono essere così puntualizzati: un influsso deciso dell'umanesimo giuridico nella sua forte dimensione razionalistica; un influsso altrettanto deciso del razionalismo sistematorio austro-tedesco, che trova una fedele specularità in talune grandi scuole canonistiche, quelle gesuitiche di Dillingen e di Ingolstadt, quella francescana di Freising, quella benedettina di Salzburg.

C'è un movimento tendenziale, sempre crescente, che mira a disegnare quadri sintetici dello *universum ius canonicum*, che mira a ridurre a sistema le vecchie alluvionalità conservate dalla tradizionale visione casistica, che crede in un rigoroso procedimento di astrazione e purificazione quale strumento razionale e razionalizzante non solo necessario ma ottimale, che comincia a compiacersi nella redazione di 'parti generali'.

Quando, più tardi, dietro l'imperversare del metodo wolffiano, sarà la geometria a offrire gli schemi più convincenti e più inattaccabili dall'usura temporale, possiamo constatare quanto questo formalismo matematizzante serva alla scuola di Würzburg per cementare la creazione di una articolazione nuova, ottenuta separando lo *ius privatum* dallo *ius publicum ecclesiasticum*; e giustamente Fantappiè rileva che ciò è frutto di un « innesto del razionalismo illuministico » (8): quello che

(8) « La rifondazione del metodo del diritto canonico si attuò su due linee convergenti: mediante l'impiego del metodo deduttivo-sistematico e mediante il ricorso ai princìpi del diritto naturale e della filosofia morale di Christian Wolff. Ancora una

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

sembra essere il più *politico* degli aspetti della giuridicità canonica viene tranquillamente ridotto in categorie di indole soprattutto logica, viene — per così dire — categorizzato.

Da qui in poi, il tracciato serba un carattere rigidamente unidirezionale, le cui traccie più evidenti saranno il *Syllabus*, il Concilio Vaticano Primo, l'intiera opera scientifica di Pietro Gasparri con il volume emblematico delle *Institutiones iuris publici*, infine il *Codex* gasparriano. E il tratto è sempre lo stesso, segnato a fondo dalla osmosi tra scienza canonistica e sistema canonistico (da un lato) e (dall'altro) il razionalismo esasperato delle moderne correnti filosofiche spesso trionfalmente circolanti in àmbiti protestanti.

C'è di più: cambia il sottostante modello antropologico-culturale e, conseguentemente, anche quello tecnico-giuridico. La razionalità elogiata — e assunta a caposaldo — dai filoni di pensiero umanistico non ha la stessa fisionomia che San Tommaso individuava a carattere essenziale del soggetto umano. L'umanesimo smentisce *in toto* la visione tomista: in quest'ultima l'uomo, creatura fra le creature all'interno del cosmo, è segnato dalla virtù dell'umiltà, e il suo strumento fondamentale — la conoscenza razionale —, proprio nella sua qualità di proiezione al di fuori dell'io verso l'esterno, verso il creato, intensifica la sua posizione di umiltà. La nuova visione umanista, al contrario, poggia su una incondizionata fiducia nell'uomo, il quale costruisce i suoi strumenti conoscitivi, rifiutando i condizionamenti provenienti dall'oggetto e plasmandoli secondo le esigenze segnalate da un meccanismo introspettivo; e la razionalità umanistica si dimostra intrisa di pesanti aspetti volontaristici.

Una notazione di grosso rilievo culturale è il ruolo portante dei teologi-giuristi della Seconda Scolastica spagnola ed europea per le operazioni dei canonisti, come sarà dimostrato dalla costante attenzione da parte di Gasparri per il 'De legibus' di Suarez: ma quei formidabili *speculatores*, ben immersi nella modernità nascente, anche se si ponevano formalmente quali commentatori di San Tommaso, sostanzialmente lo rivivevano (e anche lo alteravano) umanisticamente in chiave volontaristica.

Insomma, il diritto canonico sposa la nuova visione moderna del diritto: se, per tutta la civiltà medievale, persiste la visione aristotelica — e, poi, romana — del diritto come *ars boni et aequi*, la moderna identificazione volontaristica di *ius* in *lex* conquista i canonisti. Con la corposa conseguenza della sostituzione del vecchio metodo casistico (il metodo principe dello *ius decretalium*) con quello logico-deduttivo proprio delle scienze novissime matematiche e fisiche.

---

volta, così com'era accaduto nel tardo Cinquecento, fu l'evoluzione della filosofia a fornire le premesse necessarie ai mutamenti sul terreno canonistico » (*Chiesa romana e modernità giuridica*, p. 57).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

4. Centrale nell'impianto di tutto il primo volume è l'ampio capitolo su "La formazione del paradigma sistematico", che l'autore distende in un percorso segnato da due date precise, il 1563 e il 1791.

Doppiamente significativo il 1563, per la storia generale della Chiesa quale anno finale del Concilio di Trento, per la storia della scienza canonistica quale anno della prima edizione di un fortunatissimo 'manuale' sistematorio, le *Institutiones iuris canonici* di Giovanni Paolo Lancellotti.

Opera certamente non collocabile all'interno del *mos gallicus*, è però figlia del secolo per certi suoi tratti caratterizzanti: il canonista intende compiere (e compie) una rielaborazione personale al di là delle consuete *auctoritates*, e, assumendo a ferrea intelaiatura lo schema tripartitico giustinianeo (*personae, res, actiones*), offre un sistema unitario ed organico grazie alla sua articolazione in un tessuto logico strutturale scandito in principii, regole, distinzioni, eccezioni. Siamo di fronte ai primi germi di un processo di indole razionalizzatrice, e nulla più. È, infatti, troppo presto pretendere a metà Cinquecento qualcosa di più di un avvìo, di una germinazione.

La quale ha, però, il suo sviluppo, crescendo in astrazioni sempre più intense e con un gusto ormai spiccato verso le 'parti generali', in alcune nicchie sapienziali: nella scuola gesuitica di Ingolstadt si segnala il progetto di Paolo Laymann (1575-1635), ripreso e rafforzato dal suo discepolo Enrico Pirhing,« il miglior canonista del Seicento » (9), continuato nella prima metà del Settecento dai gesuiti Schmalzgrüber e Pichler, e soprattutto da Anacleto Reiffenstuel, della scuola francescana di Freising.

È il Settecento il clima conveniente per definire un compiuto *systema iuris canonici*, perché è lì il clima maturo dove si attua "la rifondazione wolffiana del diritto canonico" (10). Due sono le date da segnare: il 1731 e il 1791; e sono le date di apparizione di due emblematiche riflessioni dottrinali.

1731: le *Meditationes de studio iuris ordine atque metodo scientifica instituend*o di Johann Adam von Ickstatt, un discepolo di Wolff, che dal maestro riceve e assorbe una nozione di scienza dal matematizzante modello euclideo. Ickstatt, che dal 1731 è docente a Würzburg, contribuisce a fondare teoreticamente la separazione fra *ius privatum* e *ius publicum*, e soprattutto l'autonomia dello *ius publicum ecclesiasticum* (che, come abbiamo più sopra accennato, è uno dei risultati più incisivi della scuola würzburgiana). Sorretto da una ossatura rigorosa, che risente della piena adozione di schemi wolffiani — *status*, *iura*, *obligationes*, *officia* — consegue il risultato cui la canonistica moderna aspira: equiparazione teorica della Chiesa allo Stato, cristallizzazione gerar-

(9) Cfr. p. 41.
(10) Cfr. p. 57.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

chica della società sacra, sua costruzione quale società rigidamente *inaequalis*.

Se il 1791 è l'anno dello scontro frontale fra Chiesa Romana e rivoluzione francese, per lo storico della scienza canonistica è anche il momento della pubblicazione dell'opera forse più speculare al suo tempo e di esso pienamente espressiva: il *Liber subsidiarius qui est isagogicus et principia ac fontes iuris ecclesiastici continet*. L'autore, un gesuita, Jacob Anton von Zallinger (1735-1813), centra almeno in tre punti il bersaglio della più cólta e consapevole canonistica settecentesca: opera, infatti, la reinterpretazione in senso cattolico dei postulati e metodi dell'ultima filosofia giusnaturalistica; edifica una completa teoria delle fonti del diritto canonico; realizza una compiuta affermazione del metodo sistematico nella scienza canonistica. Ha buone ragioni Fantappiè di affermare che « ancora una volta, così com'era accaduto nel tardo Cinquecento, fu l'evoluzione della filosofia a fornire le premesse necessarie ai mutamenti sul terreno canonistico » (11).

E qui si deve ripetere quanto si diceva all'inizio, e cioè che i due volumi recensiti, grazie ai meritorii scavi e grazie soprattutto alla cultura dello scrittore e al suo apertissimo ventaglio di conoscenze (che vanno ben oltre le tecniche canonistiche), arrivano a un èsito novissimo e di grande significato storico-giuridico: finalmente il diritto canonico moderno — che in certe ricostruzioni di un passato anche recente è sembrato una nuvola galleggiante sulla storia e sulla cultura della civiltà moderna, o, se volete, una arida corteccia rinsecchita — riceve una adeguata, convincente storicizzazione.

5. Rispetto alla singolare ma intensa 'consustanzialità' (uso volentieri l'azzeccata connotazione di Fantappiè) tra la scienza canonistica sei-settecentesca e la grande riflessione filosofica laica o addirittura protestantica, con l'Ottocento si ha l'impressione di scendere in una convalle assai più smorta e scolorita.

È il momento di una sostanziale 'restaurazione', e non seguiremo l'autore nelle sue dottissime esplorazioni. Ciò che ormai conta è solo la riaffermazione di autorità e tradizione; mentre si spengono le — discutibili ma indubbie — fecondazioni filosofiche di conio giusnaturalistico, resta il modello imperioso di una costruzione sistematica, ma il sistema si riduce a un rigido strumento di controllo, e resta un sapere giuridico rigidamente deduttivo.

Esprime bene questo atteggiamento di chiusura e di difesa a oltranza un volume che riscuote una rara fortuna, le *Institutiones canonicae* di Giovanni Devoti — che è dal 1768 al 1783 professore alla Sapienza romana —, pubblicate nel 1785 e poi ripetutamente ristam-

(11) Cfr. p. 57.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

pate fino all'ultima del 1860, esemplari per chiarezza e per rigore logico. Vi si ribadivano le pietre angolari di una costruzione giuridica ormai consolidata e da conservare gelosamente: carattere originario della organizzazione gerarchica della Chiesa, risalente al Cristo che la volle e la edificò come *societas inaequalis*; la Chiesa ormai identificata « tanquam perfecta ac distincta res publica »; energico ma opprimente rafforzamento dei poteri papali.

In un panorama scientifico meritevole di un pudico silenzio, un cenno va invece fatto alla scuola canonistica in seno alla gesuitica Università Gregoriana e alla presenza in essa di Camillo Tarquini, che ne è sostanzialmente il fondatore. Le sue *Institutiones iuris publici ecclesiastici*, che dal 1862 al 1908 ricevono ben ventuno edizioni, rifacendosi alle acquisizioni metodologiche di Würzburg e adottando, quindi, canoni e modi argomentativi tipicamente wolffiani, inchiodano il neo-nato *ius publicum ecclesiasticum* nella immobilità di un ordine logico-assiomatico. La struttura giuridica della Chiesa Romana, fissata *more geometrico*, fa risaltare i due caratteri che più premono a questo canonista romano, il quale sembra raccogliere fedelmente (anche se, ormai, passivamente) le vecchie scelte sei-settecentesche che appaiono conquiste definitive ed estremo salvataggio: la Chiesa, verso l'esterno, quale *societas iuridice perfecta*, e, al suo interno, quale *societas inaequalis*.

Messaggio giuridico forte questo del Tarquini, ma si direbbe meglio modello tranquillizzante. Come tale fu pienamente ricevuto dalla successiva dottrina, subendo ulteriori rigorismi formali ma soprattutto una legittimazione radicata nell'indiscutibile piano teologico: è l'operazione realizzata da Felice Cavagnis (1841-1906) con le sue *Institutiones iuris publici ecclesiastici*, dove il diritto divino diventa fonte essenziale, con il cómpito di trasfigurare e vieppiù legittimare tutto l'assetto giuspubblicistico della società ecclesiale.

Fantappiè, che è storico del diritto canonico ma che assume a suo canone metodologico fondamentale di non isolare e as-trarre le regole e la scienza canoniche, e che le inserisce in un contesto più ampio per compiutamente storicizzarle, non manca di guardare con attenzione al di là delle mura della cittadella ecclesiale, soprattutto all'interno di quel *Reich* tedesco dove il diritto pubblico viene rigorizzato, scientificizzato, tecnicamente positivizzato nelle concettualizzazioni di Gerber e di Laband e dove la *Herrschaftsmacht* dello Stato viene definita in tutta la sua moderna assolutezza. Il raffronto comparativo riesce facile: « alla luce di queste dottrine giuridico-politiche che tendevano a elevare la figura dello Stato a rappresentazione di un ordinamento giuridico totale, si capisce come l'elaborazione teorica di Tarquini costituisce una sorta di *contrapposto ideale* da parte cattolica e possedesse una valenza

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

critica di vasta portata nei riguardi dell'assolutismo e positivismo statuale » (12).

6. Già da tempo (13), il nostro autore, cominciando a dipanare sapientemente il suo filo conduttore e sottolineando giustamente la scelta giusnaturalista e poi addirittura wolffiana del diritto canonico sei-settecentesco, nella consapevolezza di quello che sarà l'èsito codicistico del 1917, si è posto come proposito e dovere primario verso il lettore di « spiegare il complesso itinerario che dal sistema di matrice giusnaturalista e razionalista porterà al ritorno all'architettura tripartita del diritto romano », quella architettura che è l'ossatura portante del *Codex* del'17.

La svolta, che condurrà all'abbandono dei rigidi geometrismi formalistici, si matura a fine Ottocento durante il lungo pontificato di Leone XIII. Papa Pecci ha un progetto in testa, che si rivela ben definito fin dai primi atti magisteriali, e che si articola in tre precise direzioni: restaurazione della filosofia tomista; costruzione di una dottrina sociale della Chiesa; potenziamento della dimensione giuridica della società sacra. Tre direzioni sorrette da « un'azione culturale organica, in cui i diversi ambiti storico, filosofico, giuridico e teologico risultano inquadrati in una superiore visione unitaria il cui cemento è dato dalla visione tomista della realtà » (14).

Perde di credito la teologia, mentre ne acquista il diritto canonico, con il risultato concreto di una concezione del mondo su base giuridica, nella quale spetta al diritto canonico il ruolo di fungere da « insostituibile cerniera tra il sapere e il potere sacro » (15).

V'è, cioè, un recupero di realismo rispetto alle concezioni mutuate dal giusnaturalismo laico dei secoli precedenti e peccanti di astrattezza e di artificiosità. Tutto discende dalla scelta tomista operata dal Papa; intendo dire autenticamente tomista, perché il neo-tomismo di Leone XIII è il ritorno pieno al genuino messaggio dell'Aquinate e non al fasullo neo-tomismo della Seconda Scolastica — e di Suarez, in particolare — tradito nella sua sostanza filosofica perché contaminato largamente dal volontarismo umanistico e post-umanistico. Soprattutto, riemerge dalle pagine delle grandi *Summae* dugentesche una nozione di diritto naturale anti-formalistica e anti-geometrica, un diritto naturale che fa i conti con la storia e con la società.

E si inquadra perfettamente, in questo clima di rifondazione culturale, l'appoggio papale alla fioritura di studii storico-giuridici e, più specificamente, romanistici. Tra poco, quando Gasparri comincerà

(12) Cfr. p. 224.
(13) Cfr. p. 112.
(14) Cfr. p. 200.
(15) Cfr. p. 198.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

la paziente tessitura della lunga tela della codificazione, sarà il diritto romano a vincerla sulle molteplici tentazioni storico-giuridiche, quel diritto romano che con le sue vocazioni sistematizzanti appagavano e tranquillizzavano il codificatore assetato di certezze e di saldezze.

Se ci si allontana definitivamente dalle — culturalmente inammissibili — geometrie wolffiane, resta il culto del sistema, della sua unità e organicità cementate da un rigorismo logico che è il vizio/virtù del giurista Gasparri. E quella tripartizione — *personae*, *res*, *actiones* — solletica Gasparri proprio per la *reductio ad unitatem* che lo schema romano è in grado di provocare; né lo turba un costo gravissimo da pagare, l'inserimento dei sacramenti tra le *res*, con un risultato nomenclativo che il futuro Codice giovanneo spazzerà via come una incuneazione sostanzialmente simoniaca.

7. Già quel che si è detto nei righi precedenti dà anticipazioni assai utili per disegnare compiutamente la figura di Pietro Gasparri, che è certamente un protagonista nella storia della canonistica moderna, della prima codificazione canonica, della storia moderna della Chiesa Romana come Segretario di Stato di Benedetto XV e di Pio XI e demiurgo del Concordato Lateranense con il regno d'Italia. Uno dei tanti meriti dell'opera di Fantappiè è la storicizzazione di questa straordinaria personalità, con il fine di sottolineare un suo recupero autenticamente storiografico.

Che mancava. Dopo le edulcorazioni della biografia — scritta con stile elegante e suadente, ma smaccatamente encomiastica — di Francesco Maria Taliani, dopo i narcisistici contributi dello stesso Gasparri documentati nelle 'Memorie' e nell'ultimo suo discorso pubblico pronunciato poco prima della morte nel 1934 (16), si sentiva il bisogno di una sua immersione nella complessa vicenda storica snodàtasi negli ultimi decennii dell'Ottocento e nei primi del Novecento. A questo bisogno autenticamente scientifico Fantappiè è il primo a corrispondere esaustivamente almeno sul piano storico-giuridico con pagine che ci permettono il recupero or ora auspicato.

Tenendo dietro ad alcune felici intuizioni di don Giuseppe De Luca (come sempre, interprete criticamente puntuale della cultura cattolica del Novecento) e di Arturo Carlo Jemolo, il discorso si concentra su tre dimensioni altamente caratterizzanti del personaggio: « prete romano, canonista, uomo di curia » (17). Prete romano: Gasparri, nato ben all'interno dello Stato Pontificio nel 1852, è uno di quei

(16) P. Gasparri, *Storia della codificazione del diritto canonico per la Chiesa latina*, in *Acta Congressus Iuridici Internationalis VII saeculo a Decretalibus Gregorii IX et XIV a Codice Iustiniano promulgatis*, Romae, 12/17 novembris 1934, Romae, 1937, p. 3 ss.

(17) Cfr. p. 913.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

preti sulla cui pelle la penetrante ferita della *debellatio* operata dai piemontesi con la breccia di Porta Pia non si è mai completamente risarcita e nei quali è rimasta viva la necessità di una proiezione temporale della Sede Apostolica. Canonista: la dimensione giuridica in lui *adhaeret ossibus*; egli è giurista fin nel profondo del suo essere. Uomo di curia: pur essendo — come studioso — anche un sistematore, il diritto canonico è per lui soprattutto prassi; egli crede fermamente nel primato della prassi.

È indubbiamente figlio del processo di rinnovamento della prelatura curiale avvenuta sotto Leone XIII. Assorbe, pertanto, sotto il profilo filosofico-teologico l'impronta neo-tomista imperante in quegli anni in Vaticano. Con questa precisazione, che riprende un accenno già fatto: più che alla *Summa Theologica* egli si ispira al 'De legibus' di Suarez, poiché gli è più congeniale il volontarismo normativistico cui il grande *speculator* si ispira nella cultura nuova circolante in Spagna e in Europa tra Cinquecento e Seicento. Una minuta ma illuminante notazione, fatta da Fantappiè, è che il 'De legibus' suareziano è l'unica opera di carattere dottrinale richiesta da Gasparri alle biblioteche ecclesiastiche romane quale sussidio indispensabile per il lavoro delle Commissioni codificatorie (18).

I lavori dottrinali gasparriani mostrano, infatti, un diritto canonico abbastanza inchiodato in schemi logico-dimostrativi, condìto con una terminologia che è in buona parte suareziana. È tomista in questo: lo *ius canonicum* è visto strettamente connesso, assolutamente funzionale, con la azione pastorale della Chiesa. Anche a uno sguardo superficiale i suoi *Tractatus* denunciano la scoperta coscienza della terrestrità del diritto canonico, nobilitato unicamente dallo scopo pastorale. Si può arrivare prontamente a questa valutazione conclusiva: gli interessi che sorreggono lo scrittore non sono culturali, ma canonistico-pastorali; v'è una manifesta finalità giuridico-pratica, perché i problemi giuridici e le loro soluzioni debbono servire alla pratica ecclesiastica; v'è una grossa attenzione alla casistica giuridica e, necessariamente, alla giurisprudenza curiale. L'educazione tomista gli fa, però, acquisire un forte senso della autonomia del diritto canonico e un altrettanto forte senso della sua elasticità (almeno al livello dello *ius humanum*). Credo che non si possa non sottoscrivere l'affermazione conclusiva di Fantappiè, che « dietro il canonista Gasparri si può intravedere il futuro funzionario di curia e l'uomo della codificazione » (19).

Gasparri e il Codice. Ecco un soggetto e un oggetto legati da una intima sintonia. Ottimo tecnico, logico rigoroso, sicuro disegnatore di strutture sistematiche, dotato di non grande cultura e abbastanza immune al fascino della storia (e, quindi, al divenire, al movimento e al

(18) Cfr. p. 811, nota 11.
(19) Cfr. p. 426.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

mutamento), il montanaro di Ussita (20) doveva essere il giurista più convinto della positività dello strumento 'Codice' per la vita giuridica della Chiesa nel difficile momento seguìto alla perdita del dominio temporale, il più convinto della esigenza di imitare gli Stati (l'ultimo, il grande *Reich* germanico che aveva codificato il suo diritto civile nel 1900) e di cristallizzare al più presto l'alluvionale, sedimentatissimo nei secoli, *ius decretalium* nelle trame salde e ferme di una codificazione. A Gasparri il Codice non poteva sembrare che un provvidenziale salvataggio per la Santa Romana Chiesa.

È questo anche il punto — e punto fondamentale — in cui si misura tutta la distanza metodologica e culturale dall'altro grande protagonista nella scienza canonistica fra i due secoli, il Wernz. Li separa soprattutto la consapevolezza della storicità del diritto: che è viva nel gesuita tedesco, tenace propugnatore di uno *ius decretalium*, di cui offre la ultima ammirevole sistemazione precisamente alle soglie della promulgazione del *Codex* (21); che è, invece, tenuissima nel loico Gasparri, irremovibile nella protezione offertagli dalla sua corazza di schemi razionali.

Il *modus laborandi* gasparriano è reso limpidamente manifesto nei suoi *Tractatus*, e particolarmente nel più rimarchevole sotto il profilo tecnico-giuridico, il *Tractatus canonicus de matrimonio*, la cui prima edizione risale al 1891-92: la prospettiva storica è assolutamente minimizzata, rispecchiando — in proposito — lo scetticismo del giurista formalista; nessun supporto viene chiesto a ricerche filologiche; lo stesso diritto romano è ridotto a un forziere di preziosi apparecchi tecnici ma è maneggiato come un corpo meta-storico che si pretende abbia il pregio (al seguito di una mitologia post-umanistica) di riflettere parecchie nervature della ragione naturale.

Anche di fronte a un prodotto giuridico così ridotto in — apparentemente asettiche — trame tecniche lo storicismo di Fantappiè riesce a darne una collocazione sicura e una sua altrettanto sicura cifra culturale: « il 'trattato' di Gasparri rappresenta il punto estremo della tendenza teologica a *ridurre* il sacramento del matrimonio nell'atto contrattuale e a *subordinare* l'elemento propriamente sacramentale all'elemento propriamente contrattuale » (22).

Sottolineatura sconcertante ma storicamente veridica: la sacramentalità subordinata alla contrattualità, quasi un tributo inconsapevole a precise scelte della modernità giuridica. Ed è illuminante la citazione confermativa, che il nostro autore fa di un saggio di Knut Wolfgang Nörr — saggio storicamente assai penetrante, dove lo storico

---

(20) Gasparri nasce a Ussita, nel cuore delle montagne marchigiane.

(21) L'ultima edizione del suo *Ius decretalium ad usum praelectionum in scholis textus canonici sive iuris decretalium* esce, infatti, a Prato (Giachetti) fra il 1913 e il 1915.

(22) Cfr. pp. 445-46.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

del diritto e canonista di Tübingen non ha mezzi termini nel contrapporre la concezione medievale (nella quale il matrimonio rappresentava « un elemento del piano divino della salvezza ») alla concezione moderna (con la quale si giunge alla « sua secolarizzazione e profanazione » conseguenti alla « sua de-istituzionalizzazione e contrattualizzazione » (23)).

Gasparri mostrava qui la ambivalenza del suo tomismo: più che in San Tommaso, il mèntore da lui assunto a guida è in Sanchez, personaggio appartenente alla Seconda Scolastica pseudo-tomista ed ormai espressiva di una coinè culturale moderna. E poiché Nörr parla icasticamente, secondo la citazione or ora fatta, di 'profanazione', non si possono dimenticare le sottili disquisizioni tecniche sulla configurazione giuridica della *unitas carnis* fra i coniugi (e della sua traduzione negli arnesi collaudati della tradizione romanistica) quale *ius in re* o *ius ad rem*, che non è certamente né solo moderna né solo gasparriana, ma che trova in Gasparri e in certa canonistica moderna un parossismo che mi verrebbe voglia di qualificare onanistico.

8. Non si può chiudere le nostre considerazioni senza accennare a un'altra storicizzazione compiuta che l'opera di Carlo Fantappiè realizza, e che si accentra sul ruolo di Pio X e sull'azione congiunta del Papa e di Gasparri.

Non siamo di fronte a un Codice di autore (come il narcisismo di Gasparri ha teso ad accreditare (24)), ma — appunto — ad una azione congiunta, dove al montanaro di Ussita spetta certamente un ruolo notevole, giacché è lui il perno di tutto il complesso meccanismo organizzativo che egli ha diretto e coordinato con enorme efficienza per tutta la lunga — più che decennale — durata preparatoria.

C'è fra i due protagonisti una comunanza di fondo, che con acuta diagnosi Fantappiè pone a pilastro della sua interpretazione: « Pio X e Gasparri individuano concordemente nella modernità statuale il problema centrale con cui la Chiesa è chiamata a confrontarsi » (25); se, poi, a questa comunanza fra i due, si aggiunge una non minima differenziazione, questa deriva dalla loro diversissima fondazione, dall'essere sempre stato il primo soprattutto un pastore d'anime in una lunga vicenda che avrebbe portato il parroco veneto al soglio di Pietro,

(23) Cfr. p. 447. Il saggio di Nörr menzionato da Fantappiè è il seguente: *Il contributo del diritto canonico al diritto privato europeo: riflessioni dal punto di vista della identificazione del concetto di diritto*, in *Diritto canonico e comparazione*, a cura di R. Bertolino, S. Gherro, L. Musselli, Torino, Giappichelli, 1992 (la citazione è tratta da p. 22).

(24) Cfr. p. 911.

(25) Cfr. p. 976.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

dall'essere sempre stato il secondo un giurista (sia come studioso, sia come docente e curiale).

Per Pio X, infatti, la Chiesa, quale *corpus mysticum*, non può non essere sovraordinata allo Stato; per Gasparri, la Chiesa, *societas iuridice perfecta,* se è posta su un piano assiologico superiore, lo è su un medesimo piano giuridico.

Secondo Fantappiè — ed è opinione condivisibile, perché fondata su una ricca e probante documentazione — il ruolo del Pontefice nella elaborazione del Codice non è minimizzabile. Forse, egli fu portatore di una visione un po'angusta della giuridicità, di uno *ius* scritto chiaramente in un testo, controllabile dall'alto, ben intelligibile e quindi obbedito. Un diritto canonico legale — e, dunque, anche il *Codex*, legge generale, madre e ispiratrice di tutte le leggi particolari — si inserisce perfettamente nella diffidenza di Giuseppe Sarto verso ogni relativismo modernistico. Ma non era, la stessa diffidenza, vivissima anche nell'animo del suo collaboratore primario (pur se più sfumata all'interno di una grossa preparazione giuridica)?

9. Si deve chiudere con una annotazione doverosa. Questa recensione scritta — così come la recensione orale di Pisa — serba in sé molti difetti verso il povero autore, che meritava uno sguardo di maggiore competenza, capace di instaurare un dialogo paritario con il portatore di tanta dottrina; ma il difetto più grave è che non si è riusciti — me ne rendo perfettamente conto — a informare il lettore della varietà e della vastità della tastiera che le dita sapienti di Fantappiè hanno toccato nel corso dei due tomi, assai spesso con ricchezza e acutezza di intuizioni, segnalando nuovi sentieri di ricerca e proponendo nuove interpretazioni; non si è riusciti a informarlo dei preziosi strumenti ausiliarii provvedutamente approntati nella 'appendice' al secondo tomo (26).

Sicuramente, il pregio essenziale dell'opera — e riprendo quanto dicevo all'inizio — è che l'autore non è caduto nel tranello culturale in cui sogliono cadere la più gran parte dei canonisti, i quali, avvezzi a maneggiare una *societas iuridice perfecta*, l'hanno isolata facendola galleggiare sulla storia, avulsa dalla storia. Fantappiè fa esattamente l'opposto: immerge, dilata lo sguardo, compara. E il paesaggio si fa necessariamente più ampio, più ricco, ma anche più complesso e più difficile da dominare.

L'autore ci riesce in grazia della sua cultura, il recensore assai meno. Il quale è, tuttavia, consapevole (e ne rende partecipe il lettore) di un risultato, senza alcun dubbio, straordinario: è forse la prima volta che, in un'opera di tanto respiro, il diritto canonico ritrova la sua

(26) Dove, sotto questa insegna, "Gli uomini del Codex-Elementi prosopografici e statistici", si offre una miniera di utilissimi dati biografici e bibliografici.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

carnalità storica, è misurato con la storia e nella storia. Sono molte le più di mille pagine in cui si distende l'*opus magnum* di Fantappiè, ma credo di poter sinceramente assicurare il lettore che vale la pena di compiere la fruttuosa fatica di leggerle.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

DARIO IPPOLITO

LA SCIENZA DELLA LEGISLAZIONE OSSERVAZIONI CRITICHE SU *'UNA ANALISI CRITICA'*

(a proposito di G. Pecora, *Il pensiero politico di Gaetano Filangieri. Una analisi critica*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2007)

1. Un'interpretazione non caritatevole. — 2. Giusnaturalismo o giuspositivismo? — 3. Governo del popolo o governo dei proprietari? — 4. Liberalismo individualistico o comunitarismo organicistico?

1. *Un'interpretazione non caritatevole.*

Discutendo di *Recenti studi filangieriani* in una noterella critica pubblicata nel 2001 (1), Paolo Becchi dava conto dell'accresciuta attenzione degli storici per l'autore della *Scienza della legislazione*, celebrato ai suoi tempi come « il rappresentante più illustre dell'illuminismo meridionale » (2), caduto in disgrazia presso i liberali dell'Ottocento dopo i giudizi non encomiastici di Constant (3), ulteriormente screditato nella cultura italiana durante l'epoca dell'egemonia neoidealistica, e poi rivalutato, insieme all'illuminismo nel suo complesso, nella seconda metà del secolo scorso (4). La tendenza storiografica rilevata da Becchi si è accentuata negli ultimi anni e il suo auspicio

(1) P. Becchi, *Recenti studi filangieriani*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », 2001, 1, pp. 191-210.

(2) Ivi, p. 191.

(3) Cfr. E. Passerin d'Entreves, *Gaetano Filangieri e Benjamin Constant*, in « Humanitas », 1952, 7, pp. 1110-1122; V. Frosini, *Filangieri e Constant: un dialogo tra due secoli*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », 1983, 2, pp. 351-361; M. Barberis, *Benjamin Constant. Rivoluzione, costituzione, progresso*, Bologna, Il Mulino, 1988, pp. 290-300; e G. Galasso, *Filangieri tra Montesquieu e Constant*, in Idem, *La filosofia in soccorso de' Governi. La cultura napoletana del '700*, Napoli, Guida, 1989, pp. 453-484.

(4) Cfr. P. Becchi, *Recenti studi*, cit., p. 191.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

all'avvio di « un confronto dall'interno con la *Scienza della legislazione* » (5) può senz'altro considerarsi realizzato.

Una florida stagione di studi ha fatto da sfondo alla pubblicazione (tanto attesa) dell'edizione critica della *Scienza* (6), restituendo a Filangieri l'alto profilo di pensatore politico riconosciutogli dai contemporanei di tutta Europa. A orientare il dibattito storiografico, alimentando una vivace e feconda polemica, è stato Vincenzo Ferrone che, con *La società giusta ed equa* (7), ha rinnovato profondamente l'interpretazione dell'opera del *philosophe* napoletano, sottraendola all'orizzonte ideologico del « dispotismo illuminato » (8). Accanto a questo imponente lavoro di ricerca, spiccano gli studi di Francesco Berti, la cui *Ragione prudente* è ormai un punto di riferimento imprescindibile (9), gli

---

(5) Ivi, p. 210. Insieme a K. Seelman, Becchi è autore del volume *Gaetano Filangieri und die europäische Aufklärung*, Frankfurt a. M., P. Lang, 2000.

(6) G. Filangieri, *La Scienza della legislazione* (1780-1791), edizione critica diretta da V. Ferrone, 7 voll., Venezia, Centro di Studi sull'Illuminismo europeo « G. Stiffoni », 2003-2004 [vol. I: libro I, *Delle regole generali della scienza legislativa* (1780), a cura di A. Trampus; vol. 2: libro II, *Delle leggi politiche ed economiche* (1780), a cura di M.T. Silvestrini; vol. 3: libro III, *Delle leggi criminali*. Parte prima, *Della procedura* (1783), a cura di F. Toschi Vespasiani; vol. 4: libro III, *Delle leggi criminali*. Parte seconda, *Dei delitti e delle pene* (1783), a cura di G. Tocchini e A. Trampus; vol. 5: libro IV, *Delle leggi che riguardano l'educazione, i costumi e l'istruzione pubblica* (1785), a cura di P. Bianchini; vol. 6: libro V, *Delle leggi che riguardano la religione* (1791), a cura di G. Tocchini; vol. 7, *La genesi e le edizioni della « Scienza della legislazione*, di A. Trampus, e *Indici*].

(7) V. Ferrone, *La società giusta ed equa. Repubblicanesimo e diritti dell'uomo in Gaetano Filangieri*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

(8) Le tesi di Ferrone sono state discusse, tra gli altri, da C. Capra, *Repubblicanesimo dei moderni e costituzionalismo illuministico: riflessioni sull'uso di nuove categorie storiografiche*, 2003, 100-101, pp. 355-371 (cui Ferrone ha risposto in Ivi, 2004, 104, pp. 400-407); G. Imbruglia, *Verri, Filangieri, Vico: tre edizioni recenti*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 2004-2005, 33-34, pp. 1252-1266; F. Berti, *Il repubblicanesimo di G. Filangieri*, in « Il Pensiero politico », 2004, 1, pp. 108-113; V. Criscuolo, *Albori della democrazia nell'Italia in rivoluzione*, Milano, F. Angeli, 2006, pp. 33-42; A.M. Rao, *Presentazione* del volume di C. Passetti, *Verso la Rivoluzione. Scienza e politica nel Regno di Napoli (1784-1794)*, Napoli, Vivarium, 2007, pp. VII-XXIV; F. Simon, *Diritti umani, repubblicanesimo dei moderni ed equità sociale: le nuove categorie della storiografia su Gaetano Filangieri*, in « Rivista di storia del pensiero economico », 2007, 2, pp. 1-14. Su *La 'Scienza della legislazione' di Gaetano Filangieri* si vedano anche gli interventi di P. Costa, C. De Pascale e M. Ricciardi, raccolti in « Iride », 2006, 1, pp. 181-202.

(9) Cfr. F. Berti, *La ragione prudente. Gaetano Filangieri e la religione delle riforme*, Firenze, Centro Editoriale Toscano, 2003; Id., *Modello britannico, modello americano e antidispotismo: Filangieri e il problema della costituzione*, in A. Trampus (a

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

innovativi saggi raccolti nel volume *Costituzione e diritti*, curato da Antonio Trampus (10), e le lucidissime pagine dedicate a Filangieri da Italo Birocchi nella sua magistrale storia della « cultura giuridica nell'età moderna » (11).

Più di recente è apparso un interessante saggio dall'impostazione molto diversa dai lavori appena citati, pubblicato — per i tipi di Rubbettino — da Gaetano Pecora. La sua scelta di accostare *Il pensiero politico di Gaetano Filangieri* attraverso *una analisi critica* (come recita il sottotitolo del volume) (12), pur correndo il rischio di sottrarre la *Scienza* alla sua determinata dimensione storica, si fa apprezzare per l'originalità e per la ricchezza di tesi innovative, che richiedono di essere discusse. È un'interpretazione non caritatevole del pensiero filangieriano quella proposta da Pecora, che — forte dell'attrezzatura concettuale del filosofo politico e della *maîtrise* retorica del polemista — squaderna e destruttura l'ordito tematico della *Scienza* evidenziandone il *deficit* sistematico. L'analisi critica, infatti, è tutta tesa a rilevare le incoerenze, le oscillazioni e le ambiguità di una riflessione sulla *civitas* in cui « manca l'unità dell'ispirazione e dove spesso si accavallano gli elementi più diversi i quali finiscono con l'urtarsi tra loro », mettendo Filangieri « in contraddizione con se stesso » (13).

Le radici di tale contraddittorietà affondano, secondo Pecora, in un terreno ideologico sconnesso, modellato dal difforme lavorio di due distinte correnti dottrinali, irriducibili entro un unico alveo teorico: l'individualismo, che afferma il primato assiologico della persona umana, la cui libertà e la cui dignità sono concepite quali supremi criteri di giustizia e quali scopi dell'ordine sociale; e l'organicismo che, assimilando il corpo politico al corpo fisico e postulando la superiorità del tutto nei confronti delle parti che lo compongono, indica nella *polis* un

---

cura di), *Diritti e costituzione. L'opera di Gaetano Filangieri e la sua fortuna europea*, Bologna, Il Mulino, 2005, pp. 19-60; Id., *Il garantismo penale di Gaetano Filangieri*, in « Archivio storico del Sannio », 2006, 2, pp. 147-201.

(10) A. Trampus (a cura di), *Diritti e costituzione* cit. [con un'*Introduzione* del curatore e saggi di V. Ferrone, F. Berti, J. Astigarraga Goenaga, A. Trampus, G. Kosmolinskaja, M.R. Di Simone, F. Motta].

(11) I. Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 510-537.

(12) G. Pecora, *Il pensiero politico di Gaetano Filangieri. Una analisi critica*, cit.

(13) Ivi, p. 3. Le citazioni di frasi di questo tenore potrebbero moltiplicarsi a decine, poiché costituiscono il *leit-motiv* del saggio. Se ne riporta soltanto un altro esempio: « la logica di Filangieri se ne va perduta in un groviglio di linee scarruffate, e se ci mettiamo le mani in questo viluppo di ragionamenti, ci troveremo a tirare non un filo solo, ma due fili di pensiero che fanno capo a postulati opposti, i quali, non si sa bene come, non si sa bene perché, convivono nella *Scienza* conferendole per l'appunto un tono promiscuo, quel non so che di scivolosa doppiezza » (ivi, p. 194).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

bene più alto rispetto ai singoli individui, il cui valore (strumentale) è commisurato alla funzione svolta nell'organismo sociale (14).

Della compresenza nell'opera filangieriana di schemi di ragionamento alternativi, improntati da un lato al contrattualismo individualistico e dall'altro alla tradizione organicistica, aveva già trattato Berti (in quella che Pecora giudica « la monografia più completa [...] sulla figura di Filangieri » (15)), analizzando la tematica della genesi e della fisionomia del potere legittimo. Pur rimarcando l'inconciliabilità filosofica dei due modelli teorici, egli evidenziava, con raffinata sensibilità storiografica, la loro convergenza polemica e il loro comune valore normativo nel contesto del tardo Settecento napoletano: l'uno e l'altro servivano a delegittimare la realtà di un regno ancora feudale e a propugnare la rifondazione costituzionale dello Stato, attraverso un'opera di riforme radicali (16).

Diverso (e orientato da diverse finalità conoscitive) è l'approccio ermeneutico di Pecora, che, scoperta l'« ancipite identità di Filangieri », comincia a scavare, a dissezionare e a osservare, fino a giungere alla conclusione che « sotto l'individualista [...] brontola un organicista in dispetto; e viceversa, sopra l'organicista canta l'individualista di buona vena. Individualismo e organicismo, insomma, sono così attaccati tra loro, che quasi vien da pensare alla sogliola: c'è un diritto, c'è un rovescio. Ma la faccia non la si vede mai. È indefinibile, sfuggente, ambigua » (17).

La varietà di interpretazioni del pensiero filangieriano che si sono susseguite nel corso del tempo è messa in relazione proprio con questa ambiguità di fondo: ne è un effetto e — per il critico — un primo importante indizio rivelatore. Gli studiosi, infatti, « avranno anche giocato di fino con il magistero » dell'illuminista napoletano, « per costringerlo in schemi [...] già preparati nella loro mente », ma allorquando uno « ha abbassato quel che altri ha rialzato, quando ha diminuito ciò che altrove è aumentato [...], ha poi sempre trovato la

(14) All'illustrazione delle due opposte dottrine, Pecora dedica un apposito paragrafo (digressivo): "Organicismo e individualismo" (ivi, pp. 101-107), che — insieme al successivo "Il diritto naturale: una 'spiritosa invenzione'?" (ivi, pp. 108-112) — è tra i più belli dell'intero volume.

(15) Ivi, p. 9n.

(16) F. Berti, *La ragione*, cit., pp. 441-456. L'autore, peraltro, non passa sotto silenzio « le antinomie che attraversano » il « progetto riformatore » di Filangieri, « che potrebbero essere in definitiva ridotte al non sempre risolto nodo del rapporto tra libertà e autorità » (Ivi, p. 533). Sui « campi di tensione » generati dall'eclettismo teorico di Filangieri sono da leggere le pagine di P. Costa, *La « Scienza della legislazione »: impressioni di lettura*, in « Iride », cit., pp. 181-187.

(17) G. Pecora, *Il pensiero politico*, cit., p. 3.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

pagina, il capitolo, addirittura libri interi della *Scienza* che confortano di prova i suoi assunti » (18).

Ovviamente anche gli assunti di Pecora risultano confortati da prove, alcune del tutto convincenti, altre meno robuste (ma sempre stimolanti problematiche riflessioni). Per darne qualche esempio, occorre, a questo punto, entrare nel merito della sua analisi, che — dopo una penetrante e articolata disamina delle fortune e delle sfortune della *Scienza della legislazione* (in cui l'autore si fa critico dei critici) (19) — prende l'abbrivio da un parallelo tra il pensiero di Filangieri e quello di Locke, impostato allo scopo di mostrare, negli scarti del primo rispetto al secondo, l'impossibilità di annoverare il principe dell'illuminismo napoletano tra i padri spirituali della liberaldemocrazia.

2. *Giusnaturalismo o giuspositivismo?*

Il primo slittamento dal solco ideologico tracciato nel lockiano *Secondo trattato sul governo* avviene nel momento in cui Filangieri affronta il tornante cruciale della teoria del diritto. Secondo Pecora, egli abbandona il giusnaturalismo, avviandosi spedito lungo la via del giuspositivismo. Tale passaggio si rivela agli occhi del critico nella configurazione del contratto sociale e dei rapporti tra i diritti naturali e le leggi positive, riscontrabile nella *Scienza della legislazione*. Quanto al primo, Filangieri parte da una concezione aderente alla lezione di Locke per poi stravolgerla, rappresentando il contratto come atto costitutivo (anziché meramente dichiarativo) dei diritti soggettivi alla vita, alla libertà e alla proprietà, i quali perdono così il loro rango di diritti naturali (20). Quanto ai rapporti tra questi ultimi e le leggi positive, Filangieri oscilla dall'estremità della tesi secondo cui le leggi ingiuste sono « inefficaci », alla tesi ideologicamente antipodica che considera giuste le leggi (in quanto) « efficaci », passando per la posizione mediana per cui possono essere « efficaci » anche le leggi ingiuste (21) (dove per « efficacia » è da intendersi la « generale obbedienza alla legge positiva » (22)).

---

(18) *Ibidem*.

(19) « Fortune, sfortune (e poi ancora fortune) di Gaetano Filangieri » si intitola il primo capitolo del saggio (ivi, pp. 7-112), nel quale Pecora passa in rassegna e discute, tra l'altro, i giudizi di Constant, di Croce e dei « replicanti dello storicismo antigiusnaturalistico » (ivi, p. 82). Sono pagine ricche di motivi di interesse, destinate ad attirare l'attenzione degli studiosi di Filangieri (e non solo).

(20) Ivi, pp. 125-127.

(21) Ivi, pp. 127-132.

(22) Ivi, p. 130 (conformemente al lessico giuridico di Kelsen, con il termine « efficacia » Pecora si riferisce dunque all'effettività della legge. Per una chiara e assai

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Una simile proposta interpretativa suscita alcune perplessità; innanzitutto perché non appare corroborata da adeguati riscontri testuali. Non sono sufficienti, infatti, due brani estrapolati dalla *Scienza*, in cui Filangieri afferma che « i patti sociali non sono altro che i doveri che ogni cittadino contrae colla società in cambio de' diritti che acquista » e che « i diritti che il cittadino acquista sulla società si riducono tutti alla conservazione e alla tranquillità » (23), per concludere che egli opera una radicale trasfigurazione del contrattualismo lockiano, nei termini di una « metamorfosi giuspositivistica », in cui « il diritto naturale trascolora e dilegua nel nulla » (24). Che i diritti alla vita, alla libertà e alla proprietà appartengano al soggetto in virtù della sua natura umana è invece un punto fermo della riflessione filangieriana, che non risulta contraddetto dalle espressioni appena menzionate, le quali, se interpretate alla luce del discorso politico sviluppato complessivamente lungo i cinque libri dell'opera, sembrano limitarsi a ribadire (sulla scia di Locke) il diritto acquisito dall'individuo, mediante il contratto sociale, a ricevere dalla società l'assicurazione dei suoi diritti fondamentali. Indubbiamente, quelle isolate da Pecora sono formule ellittiche e piuttosto ambigue; ma attribuire ad esse un significato opposto al senso generale della filosofica politica di Filangieri (che è intimamente giusnaturalistica) appare un'operazione ermeneutica ingiustificata, per suffragare la quale occorrerebbero molteplici altre conferme: ben più cospicue e ben eloquenti.

Considerazioni analoghe possono appuntarsi sul saggio di Pecora, allorquando egli, sulla base di frasi tratte dalla *Scienza*, per le quali « i sentimenti della natura prevalgono sempre a quelli della forza » e « le leggi non debbono distruggerli; debbono anzi fomentarli » (perché « essi non sono altro che tanti argini contro il torrente de' delitti » (25)), attribuisce a Filangieri l'opinione che « una legge ingiusta è (sempre) disobbedita » (26), cioè che l'ingiustizia delle leggi ne determina l'« inefficacia ». L'interpretazione appare carente di prove; che sarebbero quanto mai necessarie, per convincere il lettore della presenza di una tesi così singolare nell'opera di un *philosophe* che spende tutto il suo vigore intellettuale nella battaglia contro leggi positive ingiuste eppure capaci di coartare e ottenere osservanza. Si tratterebbe di un assunto

---

utile distinzione semantica dei due concetti, si veda L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. Vol. I: *Teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, p. 282. Sui diversi significati con cui la parola « efficacia » è usata nel linguaggio dei giuristi cfr. R. Guastini, *Il diritto come linguaggio*, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 99-100).

(23) G. Filangieri, *La Scienza*, cit., vol. IV [lib. III, parte II, cap. I], p. 8.

(24) G. Pecora, *Il pensiero politico*, cit., p. 127.

(25) Ivi, p. 129 (dove è citata anche la seguente frase: « Non sarebbe una follia il paragonare la forza dell'una [della natura] coll'energia dell'altra [della legge]? »).

(26) Ivi, p. 130.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

giusfilosofico controfattuale, antirealistico, refrattario all'esperienza, smentito dalla copia dei dati empirici rilevati e criticati nella *Scienza*; dove infatti, come Pecora stesso afferma, circola l'ovvia consapevolezza che l'efficacia delle leggi non dipende dalla loro giustizia (27). Per contro, a ritenersi condizionata da quest'ultima, secondo il tipico punto di vista giusnaturalistico che sottende l'intero programma riformatore di Filangieri, è la validità di esse, che deriva loro dalla coerenza con i dettami del diritto naturale.

Assai più persuasiva (e molto acuta) risulta l'analisi di Pecora quando mostra l'incoerenza in cui cade Filangieri discutendo della « bontà relativa » delle leggi (28). Citando il paragone filangieriano tra la legislazione di Sparta e quella di Atene (con cui è esemplificato e illustrato il concetto di « bontà relativa »), egli sottolinea come, nonostante il sistema giuridico fondato da Licurgo sia caratterizzato da regole antinomiche rispetto alle leggi (che Filangieri considera) naturali, esso venga giudicato il migliore possibile in rapporto « allo stato » della nazione e venga rappresentato come relativamente giusto, in ragione della sua adeguatezza e della sua « opportunità » (29), comprovate dalla plurisecolare e gloriosa storia spartana. È dunque la solidità, la durevole « efficacia » dell'ordinamento di Sparta a *giustificarlo* agli occhi di Filangieri. Ragionando così, però, egli si richiama a un criterio di legittimazione del diritto positivo diverso da (e confliggente con) il diritto naturale: « ritenere che un potere sia buono (anche solo relativamente buono) quando è effettivo », rimarca Pecora « significa stabilire che il potere, come Atlante, riposa su se stesso, sulla sua sola capacità di farsi valere. Che è l'esatto contrario della posizione giusnaturalistica, dove il potere — e le norme emanate dal potere — rinviano sempre ad una realtà sovra-ordinata (il diritto naturale, appunto) da cui, solo, ricevono i titoli della loro legittimità, o il che è lo stesso, il crisma della giustizia » (30).

La critica coglie nel segno. Alla tesi giusnaturalistica che nega la validità giuridica delle leggi positive reputate ingiuste si contrappone qui una sorta di legalismo etico venato di realismo storicistico, per il quale le leggi positive sono giuste nella misura in cui sono effettive. Piuttosto calzante appare allora il richiamo di Pecora alla categoria bobbiana del « positivismo come ideologia » per inquadrare questo aspetto della riflessione filangieriana (31). Tuttavia ciò non basta a rendere accettabile la raffigurazione di Filangieri quale « positivista

(27) Ivi, pp. 130-131.

(28) Cfr. G. Filangieri, *La Scienza* cit., vol. I [lib. I, cap. V], pp. 72-75.

(29) Ivi, p. 75.

(30) G. Pecora, *Il pensiero politico*, cit., pp. 145-146.

(31) Cfr. N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 233-244.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

estremo, *à la* Hobbes » (32). In primo luogo, perché le tracce di una logica etico-legalistica affiorano soltanto nel giudizio sulla bontà relativa delle leggi spartane, mentre tutto il resto dell'opera consiste in una critica demolitrice delle leggi vigenti, alla luce della quale non è possibile affermare che per Filangieri « il diritto positivo è giusto » (33). In secondo luogo, perché del positivismo giuridico la *Scienza della legislazione* non accoglie in alcun modo l'assunto fondamentale: cioè la tesi (impensabile per un illuminista) della « esclusività del diritto positivo » (34). Per Filangieri il diritto naturale esiste, è razionalmente conoscibile ed è il canone che deve guidare l'azione riformatrice del legislatore.

3. *Governo del popolo o governo dei proprietari?*

Dopo aver ritratto Filangieri nella posa del giuspositivista, la critica prosegue affilata scucendogli di dosso gli abiti del democratico (di foggia troppo moderna per cadergli a pennello). I passaggi salienti sono due e riguardano la tematica del consenso come fondamento del potere legittimo e la questione dei diritti politici. Rispetto alla prima, Pecora prende in considerazione la teoria contrattualistica della sovranità popolare abbozzata nella *Scienza* per infirmarne le valenze democratiche (35).

In base ad essa, il popolo, titolare della sovranità, può delegarne l'esercizio a un « amministratore fiduciario », la legittimità del cui potere deriva dal consenso del soggetto delegante (cioè dal consenso popolare), che ne costituisce « il fondamento unico » (36). Tale consenso non è detto che sia « espresso », può anche essere « tacito »; e non è detto che esista prima che il governante eserciti la sua potestà, può anche sopravvenire a sanare il difetto di legittimità di un potere conquistato con la forza (37). Ammettendo queste ipotesi, ritiene Pecora, Filangieri finisce per investire della legittimazione popolare ogni governo che riceve obbedienza dal popolo (essendo quest'ultima il segno del suo tacito consenso). Pertanto la sua concezione del potere legittimo, pur richiamandosi al criterio del consenso, non può qualifi-

(32) G. Pecora, *Il pensiero politico*, cit., p. 148. L'accostamento è riproposto a pagina 193 dove Pecora ribadisce che « il giusnaturalismo di Filangieri [...] trascolora nella più feroce delle ideologie positivistiche (quella di Hobbes) ».

(33) Ivi, p. 148.

(34) N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (1965), Milano, Edizioni di Comunità, 1977, pp. 127-128.

(35) G. Pecora, *Il pensiero politico*, cit., pp. 165-168.

(36) G. Filangieri, *La Scienza* cit., vol. III [lib. III, parte I, cap. XVIII], p. 181.

(37) Ivi, pp. 180-181.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

carsi come democratica: « in definitiva, l'equivoco in cui » egli « si impiglia […] è la fusione, e la confusione, del consenso *tout court* con una particolare specie di consenso che è il consenso democratico, dove i cittadini dicono di sì, e il sì è veramente la misura del loro consenso, *ma solo se e solo quando essi hanno la possibilità di dire no* […]: non c'è consenso se chi deve esprimerlo non ha la libertà del dissenso » (38).

Impeccabile sotto il profilo concettuale, la critica di Pecora muove tuttavia da una sfocata comprensione del discorso filangieriano, derivante dalla sua decontestualizzazione. Il brano oggetto di analisi compare in un capitolo del terzo libro della *Scienza* dedicato alla giustizia feudale, che è avversata in nome dell'uni(ci)tà della giurisdizione statale quale funzione del potere sovrano. La richiesta di abolizione dei privilegi potestativi connessi al feudo è accompagnata dalla confutazione della tesi filobaronale della legittima titolarità e della inviolabilità di diritti acquisiti per donazione o vendita da parte del monarca. In questo quadro tematico, il richiamo alla sovranità popolare, qualificata come inalienabile, serve a Filangieri a dichiarare la nullità di quegli atti di vendita o donazione (e conseguentemente l'illegittimità dei diritti feudali). Poiché nessuno può trasmettere ad altri quel che non gli appartiene, — è la tesi — le prerogative inerenti alla sovranità, di cui solo il popolo è titolare, non possono essere alienate dal monarca, che è un « semplice usufruttuario della corona » (39), il cui potere deriva dal consenso popolare. Sostenere, inoltre, che questo consenso, anche quando non è espresso, anche là dove governa un conquistatore, è l'unico fondamento legittimante l'imperio significa, entro tale prospettiva, rafforzare l'argomentazione polemica, accentuandone il carattere eminentemente normativo e la validità delle sue implicazioni pragmatiche: sebbene i Borbone abbiano conquistato il Regno di Napoli (così come le dinastie che li hanno preceduti), sebbene i napoletani non abbiano mai effettivamente investito il re dell'esercizio delle funzioni statuali con un atto espressivo del loro consenso, nondimeno la sovranità appartiene al popolo e non al re; pertanto la giurisdizione feudale, potere sovrano concesso ai baroni dal re che sovrano non è, risulta del tutto priva di legittimità. Questo (e non l'idea, « bizzarra » (40) nelle sue conseguenze, che « sempre, comunque e ovunque, la democrazia s'impone quale principio di legittimazione politica » (41)) appare (a chi scrive) il senso proprio del ragionamento di Filangieri.

Come che sia di ciò, l'argomento decisivo sollevato da Pecora per estromettere Filangieri dal campo del pensiero democratico è un altro,

(38) G. Pecora, *Il pensiero politico*, cit., p. 167.
(39) G. Filangieri, *La Scienza*, cit., vol. III [lib. III, parte I, cap. XVIII], p. 181.
(40) G. Pecora, *Il pensiero politico*, cit., p. 168.
(41) Ivi, p. 167.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

e riguarda la sua concezione non universalistica dei diritti politici. Si tratta di una questione non tematizzata nella *Scienza*, toccata solo *en passant*, con poche parole, ma piuttosto chiare. Nell'ambito della critica del sistema costituzionale inglese, considerato strutturalmente pendente verso una forma larvata di dispotismo, Filangieri denuncia la corruzione della rappresentanza e il « traffico infame de' [...] suffragi ». L'antidoto, a suo giudizio, consiste nell'escludere « dal corpo degli elettori l'indigenza sempre sospetta di venalità » (42). A prescindere dal fatto che nell'Inghilterra del XVIII secolo gli indigenti non concorrevano col loro voto alla formazione della Camera dei Comuni, un'affermazione simile, con tutta evidenza, allontana chi la esprime dall'orizzonte della « democrazia moderna », che — giustamente sottolinea Pecora — « è il sistema del suffragio universale o non è » (43).

Fermato questo punto sul solido terreno della pagina filangieriana, il critico si spinge oltre, e seguirlo diventa più difficile. Egli, infatti, ascrive l'illuminista napoletano nel numero dei pensatori politici che individuano nella proprietà il requisito necessario alla titolarità dei diritti politici. Sotto questo riguardo, Filangieri viene allineato a Kant e Constant, teorici antidemocratici di un sistema rappresentativo, in cui lo *status* di cittadino *pleno iure* è imputato esclusivamente ai soggetti proprietari (44). Una simile teoria, però, pur presente nel dibattito illuministico (con l'autorevole sostegno di Voltaire e degli *encyclopédistes*), nelle numerosissime pagine della *Scienza* non si affaccia neppure (45). Voler escludere gli indigenti dai diritti elettorali non equivale affatto a volervi includere i soli proprietari. Si tratta di due posizioni ideologicamente distinte e storicamente contrapposte, che, pochi anni dopo la pubblicazione dell'opera filangieriana, si fronteggeranno nella Rivoluzione francese, quando l'Assemblea nazionale costituente si dividerà, appunto, tra i sostenitori del paradigma proprietario della cittadinanza politica e quanti propugneranno, conquistando la maggioranza dei suffragi a scapito dei primi e dei pochissimi sostenitori del suffragio universale, un sistema di rappresentanza a base censitaria, inclusivo anche dei non proprietari non indigenti (46).

In base a quali indizi, allora, Pecora scopre in Filangieri un partigiano del governo dei proprietari? La risposta si trova nell'interpretazione che egli dà di un brano della *Scienza* riguardante il processo

---

(42) Cfr. G. Filangieri, *La Scienza*, cit., vol. I [lib. I, cap. XI], pp. 118-119.

(43) G. Pecora, *Il pensiero politico*, cit., p. 192.

(44) Ivi, pp. 190-191.

(45) Sul problema della titolarità dei diritti politici nel dibattito illuministico sia consentito rinviare a D. Ippolito, *Mario Pagano. Il pensiero giuspolitico di un illuminista*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 27-45.

(46) Cfr. A. Saitta, *Le Costituenti francesi del periodo rivoluzionario: 1789-1795*, Firenze, Sansoni, 1946, pp. 67-74.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

penale e specificamente la « libertà di accusa » (47), che — sul modello della giustizia penale della Roma repubblicana — viene rivendicato quale diritto del cittadino. Le categorie dei soggetti inidonei a godere di tale diritto devono essere, per Filangieri, quelle stesse discriminate dall'ordinamento romano, compresa quella dei servi, nonostante la loro presente condizione giuridica non coincida affatto con quella dei loro omonimi antichi. « Tra le persone eccettuate dalla libertà di accusa — scrive a tal proposito — vi era, è vero, una classe di uomini che fortunatamente oggi più non esiste: questi erano i servi. Noi abbiamo però una classe simile di esseri, che porta l'istesso nome, quantunque non abbia le stesse sciagure; che ha ordinariamente tutt'i vizi della servitù, sebbene conservi le prerogative della cittadinanza; che vende per un arbitrario tempo la sua libertà personale quantunque conservi la civile e che per conseguenza meritar non dee la confidenza della legge, quantunque abbia come tutte le altre un diritto a pretenderne la protezione. Questa è la classe de' nostri mercenari servitori i quali, non altrimenti che i servi de' Romani, de' Greci e de' Barbari, dovrebbero essere esclusi dal dritto di accusare, fuorché le proprie offese o i delitti che si commettono contro il corpo intero della società » (48).

Nonostante la specificità del tema considerato, questo luogo del testo è presentato nell'analisi di Pecora come l'elemento rivelatore della concezione della cittadinanza politica espressa nella *Scienza*. Egli, infatti, ritiene che la categoria dei « mercenari servitori » identifichi i « lavoratori dipendenti » (49) e da questa premessa trae conclusioni di carattere generale attraverso un ragionamento che sembra svolgersi (implicitamente) nel modo seguente: *a*) se ai lavoratori salariati è negata la « libertà di accusa », essa è un diritto che appartiene esclusivamente ai proprietari; *b*) poiché la libertà di accusa è un diritto di cittadinanza, solo i proprietari sono cittadini; *c*) essendo cittadini soltanto i proprietari, i non proprietari sono esclusi dai diritti politici, che (al pari del « dritto di accusare ») sono connessi alla pienezza dello *status civitatis*. Insomma, « giunto che fu al cospetto della proprietà », spiega Pecora, Filangieri smorzò « i suoi (presunti) impeti democratici » e « proseguì per la strada dalla quale si sarebbero rinfrancati Kant prima e Constant poi. Kant, per il quale il diritto di voto competeva solo e unicamente al cittadino, cioè a colui che 'sia padrone di sé (*sui iuris*) e quindi abbia qualche proprietà'; Constant che si compiaceva di sottolineare come 'soltanto la proprietà rende gli uomini capaci di esercitare i diritti politici' » (50).

---

(47) G. Filangieri, *La Scienza*, cit., vol. III [lib. III, parte I, cap. IV], p. 38.

(48) Ivi, p. 40.

(49) Cfr. G. Pecora, *Il pensiero politico*, cit., pp. 190-192.

(50) Ivi, p. 192 (la citazione di Kant è tratta da *Sopra il detto comune: « Questo*

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Tale interpretazione del pensiero di Filangieri risulta poco condivisibile. Sul piano esegetico, infatti, non appare corretta la sussunzione del discorso relativo ai diritti politici nell'ambito del discorso relativo alla « libertà di accusa ». Questa e quelli sono considerati distintamente nella *Scienza*: perché con-fondere i termini della trattazione? Sembra più ragionevole ritenere che quel che è scritto a proposito del voto, riguardi il voto, e quel che è scritto a proposito dell'accusa, riguardi l'accusa. Ma c'è di più: a mostrarsi poco solida è la colonna portante stessa della (ri)costruzione ermeneutica, che si fonda sulla risposta alla domanda: « chi sono i servitori mercenari? » (51). Nel linguaggio settecentesco il termine « mercenario » designa chi lavora a mercede (ovvero chi percepisce un salario come corrispettivo economico della sua prestazione d'opera) (52); il termine « servitore » è sinonimo di « servo », e — quando non è usato figuratamente (per esempio, come *formule de politesse* del firmatario di una lettera o nelle genuflessioni retoriche di chi esprime deferenza e ossequio) — denota la classe degli addetti alla cura della casa o della persona di un padrone. I « servitori mercenari » sono dunque i servi a mercede: coloro che per un salario prestano servizio domestico o personale (53). Per attribuire

---

può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica », quella di Constant da *Principi di politica*).

(51) Ivi, p. 190. La risposta di Pecora è così articolata: « Sono coloro che non posseggono nulla; nulla, tranne la forza delle loro braccia e l'energia del loro lavoro, entrambe cedute ad altri per un certo tempo; cedute, si capisce, in cambio di un salario col quale fronteggiare le urgenze della vita. Va da sé che durante questo periodo, essi restano curvi sotto i comandi di chi ha comprato la loro forza-lavoro e che, avendola comprata, sarà libero di impiegarla nelle imprese e per gli scopi suggeritigli dalla sua discrezionalità. Chi vende il lavoro, dunque, si subordina alla volontà dell'acquirente e in questo senso perde la propria autonomia. Ecco allora chi è il servitore mercenario: è colui che, a fronte di un salario così e così determinato, compie il suo lavoro alle dipendenze altrui; insomma, il servitore mercenario è il lavoratore dipendente ».

(52) Con questo significato il termine ricorre anche in Filangieri (si veda, come esempio, *La Scienza* cit., vol. II [lib. II, cap. III], p. 31).

(53) La digitalizzazione di numerosi testi classici del XVIII secolo nella *Letteratura italiana Zanichelli* (curata da Pasquale Stoppelli e Eugenio Picchi) consente di rintracciare facilmente le occorrenze del termine « servitore » e di accertarne i significati d'uso. La sinonimia tra « servitore » e « servo » è attestata nel *Vocabolario degli Accademici della Crusca* [IV edizione], Firenze, Domenico Maria Manni, 1735. Passando dal linguaggio comune al linguaggio tecnico del diritto, l'estensione del termine « servitore » resta la medesima: si confronti, ad esempio, il contenuto dei « dispacci » datati 7 agosto 1741, 15 agosto 1741 e 16 luglio 1770, di cui è fatta menzione nel *Dizionario delle leggi del Regno di Napoli*, Napoli, Vincenzo Manfredi, 1778 (*ad vocem*); oppure la « prammatica » del 31 luglio 1767, raccolta sotto il titolo CCLVI della *Nuova collezione delle Prammatiche del Regno di Napoli*, Napoli, Stamperia Simoniana, 1805, tomo XIV

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

alle parole di Filangieri il significato di « lavoratori dipendenti » (tanto diverso da quello consueto agli usi linguistici dell'epoca), occorrerebbe addurre elementi di prova tratti dall'universo retorico e lessicale della letteratura settecentesca, magari, più specificamente, da quella illuministica meridionale. Ora, negli scritti di Genovesi, di Galanti, di Longano (etc.), i « lavoratori dipendenti » sono denominati — secondo la loro occupazione — « bracciali », « marinari », « pastori », « filatori », oppure, genericamente, « lavoratori » o « mercenari », ma non « servitori mercenari » (54).

La conferma che il discorso di Filangieri non chiama in causa (tutti) i « lavoratori dipendenti » ma unicamente i servi si ritrova nella sua stessa pagina. Non solo là dove si legge che la « classe di uomini » di cui intende parlare « porta l'istesso nome » dei « servi » dei tempi antichi (e il nome è appunto quello di *servi*), bensì, altrettanto chiaramente, nella caratterizzazione di questa classe: dei cui membri vien detto che « vend[ono] per un arbitrario tempo la [propria] libertà personale ». Si può dire questo dei « lavoratori dipendenti » in generale? Evidentemente no. Il bracciante che miete il grano, il tessitore che lavora al telaio non vendono la propria libertà personale, ma — sono parole dello stesso Filangieri — « l'opera delle loro mani » (55). Di alienazione temporanea e parziale della libertà si può parlare, invece, rispetto a una particolare categoria di salariati: i colleghi di *Jacques le fataliste* e di Arlecchino; coloro che si trovano, per usare la formula con cui li qualifica la Costituzione francese del 1791, in « état de domesticité » (56). Filangieri, insomma, ritiene indegni del « dritto di accusa » quegli stessi soggetti che i membri dell'*Assemblée nationale* riterranno

---

(sulla quale si veda anche F. De Iorio, *Introduzione allo studio delle Prammatiche del Regno di Napoli*, Napoli, Stamperia Simoniana, 1777, tomo III, pp. 205-206).

(54) In questa sede, non si può che rimandare — per una verifica diretta — alla lettura degli scritti economici dei riformatori meridionali (*in primis* ad A. Genovesi, *Lezioni di commercio o sia di economia civile* [1765-1767], a cura di Maria Luisa Perna, Napoli, Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, 2005.

(55) G. Filangieri, *La Scienza*, cit., vol. II [lib. II, cap. III], p. 32.

(56) Costituzione del 3 settembre 1791, tit. III, cap. I, sez. II, art. 2, in forza del quale restano esclusi dalla cittadinanza attiva — tra gli altri — i francesi che sono « dans un état de domesticité, c'est-à-dire de serviteur à gages »; ovvero, come si legge in una traduzione italiana contemporanea, « in stato di servitù, cioè di servitore salariato » (*Nuova costituzione francese stata presentata dall'Assemblea nazionale a Luigi 16. il di 3. settembre 1791., e da lui accettata, sottoscritta, e giurata il di 14. del detto mese. Con l'aggiunta della lettera del Re, con cui annunzia all'Assemblea la sua accettazione, del discorso del Re all'Assemblea quando ha prestato giuramento, e della risposta fattagli dal presidente*, s.l., s.e., 1791). Sulla condizione giuridica dei servitori nella Francia del XVIII secolo e della Rivoluzione si veda C. Petitfrère, *L'oeil du maître. Maîtres et serviteurs de l'époque classique au romantisme*, Paris, Editions Complexe, 1996, pp. 177-198.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

indegni dei diritti elettorali: i « serviteurs à gages », cioè (appunto) i « servitori mercenari » (57).

4. *Liberalismo individualistico o comunitarismo organicistico?*

Nell'ultima parte del suo saggio critico, Pecora concentra l'attenzione sugli aspetti del pensiero filangieriano in flagrante contraddizione con i principi del liberalismo. Senza perdere aderenza con il testo della *Scienza*, il percorso interpretativo conduce il lettore in un universo ideologico ripiegato sull'antichità, nel quale dominano i modelli politici e i paradigmi filosofici della Grecia classica. Se nel terzo libro della sua opera monumentale, Filangieri aveva superato in scia tutti i teorici del garantismo penale, sviluppando originalmente la filosofia giusnaturalistica dei diritti umani (58), nel quarto libro e nel quinto (lasciato incompiuto), trattando di educazione, costumi, istruzione pubblica e religione, egli sposta il centro di gravitazione delle sue riflessioni dal bene degli individui al bene dell'intera comunità, da cui sono fatti derivare i doveri dei membri che la compongono e i compiti dei suoi reggitori politici; dettando i quali, in materia pedagogica e religiosa, l'illuminista napoletano ingrandisce il suo progetto di Stato secondo ragione, che finisce con l'assumere — sotto

(57) La parola '*serviteur*' identifica, nel francese settecentesco, la stessa classe di individui denotata dall'italiano 'servitore': « Les noms de maîtres & de *serviteurs* — si legge nell'*Encyclopédie* (*ad vocem*) — sont aussi anciens que l'histoire, & ne sont donné qu' à ceaux qui sont de condition & de fortune différente; car un homme se rend *serviteur* d'un autre, en lui vendant pour un certain temps son service, moyennant un certain salaire. [...] cela le mette communément dans la famille de son maître, & l'oblige à se soumettre à sa discipline & aux occupations de sa maison [...] » (*Encyclopédie*, Neufchatel, Societé Typographique, 1779[3], t. XXX, p. 969). Con poche varianti, ma assai significative, questa voce enciclopedica ricalca J. Locke, *Secondo trattato sul governo* (1690), cap. VII, par. 85.

(58) Sulla teoria filangieriana della giustizia penale si vedano, oltre a F. Berti, *Il garantismo*, cit., L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989, *passim*; E. Dezza, *Accusa e inquisizione. Dal diritto comune ai codici contemporanei*, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 209-223; M. Boscarelli, *Riflessioni sul pensiero penalistico di Gaetano Filangieri*, in AA.VV., *Gaetano Filangieri e l'illuminismo europeo*, Napoli, Guida, 1991, pp. 247-253; M.A Cattaneo, *Alcuni problemi nella dottrina della pena di Gaetano Filangieri*, ivi, pp. 261-288; K. Seelmann, *Gaetano Filangieri e la proporzionalità fra reato e pena. Imputazione e prevenzione nella filosofia penale dell'illuminismo*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », 2001, 1, pp. 3-25; D. Ippolito, *Pensamiento juridico ilustrado y proceso penal: la teoría de las pruebas judiciales en Gaetano Filangieri y Mario Pagano*, en « Jueces para la democracia », 2008, 1, pp. 61-75.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

il potente influsso ideale del comunitarismo organicistico di Platone — i connotati dello Stato etico (59).

In un crescendo trascinante, l'analisi di Pecora scorre tra le pagine della *Scienza*, registrando la « eco di un mondo non solo differente ma tutt'affatto contrario » a quello « liberale » (60): un mondo in cui i giovani sono educati a venerare le leggi e a « non vivere che » per la patria (61), in cui ogni forma di espressione artistica è vincolata agli scopi pedagogici perseguiti dal legislatore (62), in cui il credo religioso è il contrafforte del potere politico e i ministri del culto sono pubblici ufficiali (63). L'individualismo etico profilatosi nelle istanze di laicizzazione del diritto penale svanisce di fronte a un grandioso piano di palingenesi morale, che assegna allo Stato il compito di forgiare l'uomo nuovo: il cittadino virtuoso dedito al bene comune e pronto a sacrificarsi per la collettività, ai cui scopi dirige le proprie azioni, annientando la propria individualità. Nei tratti olistici e nei risvolti autoritari di questa società eticamente omologata dall'alto, Pecora mostra le fibre e la trama del « sudario funebre » (64) in cui resta avvolto « il (presunto) liberalismo di Filangieri » (65).

Non si vorrebbe dare l'impressione, a questo punto, di trovarsi al cospetto dell'ennesima valutazione delle dottrine filangieriane sul metro dei valori liberali, finalizzata a screditare il *philosophe* napoletano e con lui tutto l'illuminismo giuspolitico. Ai reazionari non confessi che nella cultura delle *Lumières* scoprono « la matrice d'ogni perversione e la causa di tutti i mali » e agli « immemori [...] che dimenticano quello che c'era prima, che trascurano quello che è venuto dopo, e che soprattutto omettono di ricordare grazie a chi e a che cosa si è prodotto il 'dopo' » (66), Pecora addita le conquiste epocali di un movimento intellettuale e civile capace, come pochi nella storia, di incidere positivamente sulla realtà, e non esita a rendere omaggio a uno dei suoi massimi protagonisti, ammirando il coraggio e l'autentica ispirazione umanitaria delle idee di Filangieri. Ciò non significa che la sua *analisi critica* non sia motivata e pervasa da intenzioni polemiche; queste ci sono eccome: prorompono da ogni pagina. Però il bersaglio non è l'autore della *Scienza*; bensì uno dei suoi più recenti e autorevoli interpreti: Vincenzo Ferrone, al quale Pecora contesta di aver sbalzato

(59) Cfr. G. Pecora, *Il pensiero politico*, cit., pp. 190-247.
(60) Ivi, p. 193.
(61) G. Filangieri, *La Scienza*, cit., vol. V [lib. IV, parte I, cap. IV], p. 119.
(62) Ivi [parte III, cap. LV], pp. 367-373.
(63) Ivi, vol. VI [lib. V, capp. VII-VIII], pp. 86-90.
(64) G. Pecora, *Il pensiero politico*, cit., p. 217.
(65) Ivi, p. 205.
(66) Ivi, p. 176.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

un'immagine distorta di Filangieri, elevandolo ad « autore paradigmatico del mondo liberale » (67).

In realtà, ne *La società giusta ed equa*, non è di liberalismo che si parla, ma di repubblicanesimo. Più esattamente di « repubblicanesimo dei moderni » inteso quale stile di pensiero in cui « la gloriosa tradizione del repubblicanesimo classico di Livio e Cicerone, rivisitata da Machiavelli e da Sidney, si mescol[a] proficuamente con il pensiero giusnaturalistico di Locke » (68). È in questo orizzonte ideale tipicamente illuministico — in cui l'antico linguaggio delle virtù del cittadino e « il nuovo linguaggio dei diritti dell'uomo » (69) reagiscono sprigionando la dirompente energia di un discorso politico antiassolutistico — che Ferrone colloca Filangieri, leggendo la sua opera come un grande manifesto « del costituzionalismo » dei Lumi e del « patriottismo repubblicano » (70). La discussione critica di una tale interpretazione non può che partire dall'esatta comprensione dei suoi termini storiografici, che appaiono irriducibili all'idea (antistorica) secondo cui Filangieri « fu il primo teorico della democrazia liberale » (71).

Questa puntualizzazione non vuole diminuire in alcun modo l'importanza delle osservazioni di Pecora sui lati oscuri dell'illuminismo filangieriano, che non possono essere trascurati o sbiaditi, poiché stanno lì e vanno spiegati. Come ha tentato di fare, con rigore filologico e intelligenza critica, Francesco Berti che, esaminando i contenuti etico-statalistici del IV e del V libro della *Scienza*, ne ha ravvisato la scaturigine filosofica nella medesima concezione giusnaturalistica in cui è incardinata la teoria illuministica dei diritti dell'uomo. Postulando l'esistenza di valori assoluti razionalmente conoscibili, di una morale ontologicamente fondata, di un ordine naturale cui deve uniformarsi l'ordine politico, la teoria dello Stato di Filangieri, seguendo la sua aspirazione perfezionistica, porta in sé le ragioni del disciplinamento sociale e della edificazione morale: se l'etica è predicabile di verità e la verità è una sola, allora lo Stato — per plasmare una società armonica — deve far sì che tutti i cittadini la conoscano e la condividano, in modo che le norme di giustizia del diritto naturale, ancor prima d'essere difese dalle sanzioni delle leggi positive, vivano nell'immanenza delle coscienze individuali educate alla virtù (72).

Ecco che allora l'*ethos* civico del repubblicanesimo trova la sua consacrazione negli assunti filosofici del giusnaturalismo, sostanziando l'illuminismo politico di Filangieri di un'assiologia complessa, in cui la

(67) Ivi, p. 231.
(68) V. Ferrone, *La società*, cit., p. 167.
(69) *Ibidem*.
(70) Ivi, p. XIV.
(71) G. Pecora, *Il pensiero politico*, cit., p. 98.
(72) Cfr. F. Berti, *La ragione prudente*, cit., pp. 526-560.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

rivendicazione dei diritti umani convive con gli esigenti valori del comunitarismo. Un simile sistema di pensiero potrà certamente apparire incoerente e contraddittorio alla luce di una rigorosa analisi concettuale. Dal punto di vista storiografico, però, la prospettiva cambia e la *Scienza della legislazione* (opera « ambigua » e « sfuggente » se letta attraverso categorie interpretative predefinite e costretta nello schema dicotomico individualismo/organicismo) consente di riconoscere l'identità politica del suo autore: un illuminista che, contro l'ordine sociale e istituzionale d'Antico regime, si batte per una rifondazione integrale della convivenza civile sulla base di un inedito paradigma costituzionale, permeato di ideali repubblicani.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

SEBASTIÁN MARTÍN

LEGISLACIÓN AUTORITARIA, ESTADOS DE SITIO Y ENEMIGOS POLÍTICOS EN LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO LIBERAL (1)

> La tradición de los oprimidos nos enseña que el estado de excepción *en que vivimos es la regla. Hemos de llegar a un concepto de historia que se corresponda con esta situación.*
>
> Walter Benjamin (1942)

1. Introducción: los sobreentendidos de un tema de actualidad. — 2. Poder, naturaleza, derecho: un encuadre camusiano. — 3. El ente a construir: los atributos del Estado administrativo. — 4. Las peculiaridades del caso hispano. — 5. Los medios a emplear: legislación autoritaria y estados de excepción. — 6. Los enemigos a derrotar: anarquismo en España y disidencia política en Italia. — 7. Conclusión: los antecedentes de entreguerras y la naturalización actual de la emergencia.

1. *Introducción: los sobreentendidos de un tema de actualidad.*

Ateniéndonos a un concepto legalista del estado de excepción, tan solo en los primeros tres meses del año corriente 2010 hemos conocido ya algunos ejemplos dramáticos: Haití, Chile, Níger, Bangkok

(1) Entre otras referencias bibliográficas acerca del asunto que vamos a tratar, a propósito de algunas de las más recientes, en concreto de Lutz Raphael, *Ley y orden. Dominación mediante la Administración en el siglo XIX* (2000), Madrid, Siglo XXI, 2008, trad. Jesús Albores; José Antonio González Casanova, *La derecha contra el Estado. El liberalismo autoritario en España 1833-2008*, Lleida, Milenio, 2009; José Luis Gutiérrez Molina, *El Estado frente a la anarquía. Los grandes procesos contra el anarquismo español (1883-1982)*, Madrid, Síntesis, 2008; Patrick Anthony Cavaliere, *Il diritto penale político in Italia: dallo Stato liberale allo stato totalitario: storie delle ideologie penalistiche tra istituzioi e interpretazioni*, Roma, Aracne, 2008. Y, por lo que se deduce del encuadre, a propósito también del cincuentenario del fallecimiento de Albert Camus. Proyecto Hicoes, ref. SEJ2007-66448-C02-01. Subprograma Juan de la Cierva del Ministerio de Ciencia e Innovación.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

(2). En unos casos, como es bien sabido, han sido decretados para hacer frente a « inesperadas » catástrofes naturales. En otros, sin embargo, las razones de fondo han sido de naturaleza política, bien nos refiramos a la represión de la disidencia o a golpes militares ejecutados contra gobernantes igual de golpistas. A poco que indaguemos, puede incluso que esta aparente dicotomía entre emergencias naturales y excepciones políticas se difumine. Los sucesos de Chile, reveladoramente vividos por alguna de sus víctimas como si del comienzo de una guerra se tratase, nos ponen frente a una irrupción masiva de actos vandálicos, sabotajes y robos con un contenido político-económico evidente. El despliegue del ejército no ha tenido como fin exclusivo la remoción de escombros y el salvamento de vidas. También ha procurado impedir el desencadenamiento de una guerra civil cuyo primer paso parecía ser la apropiación legalmente indebida, pero subjetivamente legítima, de bienes ajenos. Y las consecuencias del terremoto de Haití, además de constituir un curioso caso de estado de excepción gobernado de facto por un ejército extranjero, nos han colocado ante a una realidad aún más dolorosa: la de un Estado « fallido » o, mejor, la de una comunidad que vivía, y vive, en permanente estado de excepción.

La excepcionalidad remite así a una situación de normalidad susceptible de ser definida en términos jurídicos, pero también políticos y económicos. Una situación caracterizada tanto por el orden y el consenso indispensables para que rija eficazmente el derecho como por la cobertura total de las necesidades elementales para el desarrollo de una vida digna. Un extremo y otro están además estrechamente relacionados, pues la falta de esta cobertura compromete la integridad de aquel orden. En definitiva, desde la legítima perspectiva pequeño-burguesa de quien suscribe, se trata de una situación de normalidad cuyo núcleo es el valor de la seguridad, entendida como posibilidad de prever las acciones de nuestros semejantes y de nuestros gobernantes, así como sus consecuencias jurídicas, pero concebida asimismo como red de aseguración pública que garantice necesidades básicas, trocadas jurídicamente en derechos fundamentales, como la vivienda, la educación, la sanidad, los subsidios por desempleo o enfermedad, el trabajo razonablemente remunerado y, asimismo, una renta mínima, imprescindible para la plena realización individual y una socialización igualitaria.

Esta situación de normalidad, que reclama en efecto la vigencia estable y arraigada de determinadas instituciones públicas, acota por contraste una zona de excepcionalidad mucho más extensa que la

(2) En la última revisión del artículo, a diecisiete de marzo de 2010, la declaración del estado de excepción en Bangkok por parte del gobierno tailandés se anunciaba como inminente. Caso de materializarse la advertencia, volvería a repetirse la misma situación vivida en el mes de abril del año 2009.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

delineada por la visión meramente legalista. Con este enfoque, habrían de incluirse en el campo de los estados fácticos de excepción todas aquellas poblaciones desprovistas de los medios indispensables para su subsistencia, y privadas también de los recursos necesarios para garantizar la autonomía individual de sus miembros y su misma autonomía colectiva en cuanto comunidades. Añadiendo este dato, acaso debamos concluir que el estado de excepción no es en absoluto excepcional. Y aún menos lo será si agregamos las consecuencias de la interpretación sesgada, parcial y oficialista de la seguridad propia del liberalismo económico (3), que la reduce al aseguramiento de la vida del conjunto y de las propiedades individuales frente a peligros anónimos e inminentes, sin incidir siquiera en las posibles causas de dichos riesgos y exigiendo a cambio un supuestamente necesario recorte de las libertades. De hecho, la eventualidad de un posible estado de excepción futuro, esto es, la vigencia permanente de un estado de excepción potencial, cada vez está más presente en la conformación política de la actualidad occidental. Y la inminencia de esta excepcionalidad provendría tanto de la erosión creciente y — al parecer — fatal de los supuestos culturales y socioeconómicos del Estado constitucional (4), como de la existencia de una amenaza latente que pone en peligro los fundamentos mismos de la sociedad (5). Si en un extremo el paso de la precariedad a la indigencia se hace verosímil para un buen número de ciudadanos, en el otro se hace indispensable la adopción de medidas de urgencia con fines de defensa social. De este modo, la realidad jurídico-política occidental se caracterizaría por una intensa paradoja, a saber: por mostrar una sólida conciencia de sus conquistas constitucionales, democráticas y sociales — trasvasadas incluso al mismo orden jurídico internacional (6) — y, al mismo tiempo, experimentar agudamente su fragilidad.

Como suele acontecer, el presente marca la agenda de los saberes, incluido el historiográfico, y esta omnipresencia, actual o potencial, de los estados de excepción, no podía dejar de traducirse en un recobrado

---

(3) Sobre « la formidable extensión de los procedimientos de control » y la « administración de los peligros » que lleva aparejados el liberalismo económico, vid. Michel Foucault, *Nacimiento de la biopolítica. Curso del Collège de France (1978-1979)*, Madrid, Akal, 2009, trad. Horacio Pons, pp. 74 ss.

(4) Christof Möllers (et al.), *Erosion von Verfassungsvoraussetzungen*, Berlin, De Gruyter, 2009.

(5) Bruce Ackerman, *Before de Next Attack: Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*, New Haven, Yale University Press, 2006.

(6) Vid. Jaime Oráa, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1992; y la tesis de Florentín Meléndez Padilla, *Los derechos fundamentales en los estados de excepción según el Derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid, 2003, disponible on-line en http://eprints.ucm.es/2213.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

interés por el asunto. En el campo de las ciencias sociales, jurídicas y políticas, el lector puede encontrar intentos recientes de reconstrucción sistemática, anuarios monográficos, análisis comparados y estudios doctorales sobre la dimensión teórico-política y jurídico-administrativa del objeto (7). En el terreno de la filosofía, es cita obligada la valiosa, y a ratos críptica, indagación de Giorgio Agamben (8), y en la historiografía, en parte debido al impulso dado por la propia obra de Agamben, también pueden hallarse tentativas de profundización en el particular (9).

Estas prospecciones historiográficas muestran en primer lugar la dilatada trayectoria cronológica de nuestra problemática, documentable desde los tiempos romanos hasta la época constitucional (10). Es este último intervalo el que nos va a interesar, pues en él acaso podamos encontrar claves de comprensión que nos permitan encarar los desafíos de la actualidad. En este sentido, puede advertirse que quizá no sea del todo riguroso fundir, mediante análisis etimológicos esencialistas, la naturaleza de la excepcionalidad en la época romana, en tiempos medievales, en la edad moderna y en la era liberal. Quizá la investigación filológica y la historia antigua o medieval nos provean de útiles informaciones sobre la *forma* y la legitimación abstracta de los estados de excepción, pero en lo atinente a su *materia*, a sus contenidos concretos, existe una sensible divergencia entre los diversos tractos de la historia (11), principalmente si atendemos a lo que con el recurso a las

---

(7) Cf. Oren Gross, Fionnuala Ní Aoláin, *Law in Times of Crisis. Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2006; David Dyzenhaus, *The Constitution of Law. Legality in a Time of Emergency*, Cambridge University Press, 2006; Nomi Claire Lazar, *States of Emergency in Liberal Democracies*, Cambridge University Press, 2009; Alfredo Fioritto, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, Il Mulino, 2008; y el monográfico — que me facilita Federico Fernández-Crehuet — de los « Anales de la cátedra Francisco Suárez », 43 (2009) dedicado al tema *Libertad y seguridad*, con interesantes aportaciones de Erhard Denninger y Danilo Zolo.

(8) Giorgio Agamben, *Estado de excepción. Homo sacer II, 1* (2003), Valencia, Pre-Textos, 2004, trad. Antonio Gimeno Cuspinera.

(9) Valga citar como ejemplo sintomático el monográfico de « Quaderni Storici » 131 (2009) dedicado a los *Sistemi di eccezione* y con contribuciones que abarcan desde los crímenes atroces, las leyes de excepción y los procesos extraordinarios en el Bajo Medioevo — vid. los textos de Julien Théry, Giuliano Milani y Sara Menzinger — hasta la lógica de la excepcionalidad en el mundo penal moderno y en el Estado de policía — vid. los artículos de Massimo Meccarelli y Paolo Napoli —.

(10) Para una historia casi completa, que no obstante se detiene en el siglo XIX, cf. François Saint-Bonnet, *L'État d'exception*, Paris, Puf, 2001. Vid., asimismo, para los antecedentes romanos, Lazar, *States of Emergency* cit., pp. 113 ss.

(11) Para estos « desplazamientos » del sentido de los estados de excepción, cf. Saint-Bonnet, *L'État* cit., pp. 181 ss. y 261. El mismo Agamben lo advierte: « es

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

situaciones de emergencia pretendía preservarse y, también, a la naturaleza de los poderes extraordinarios que en ellas comenzaban a operar.

En principio, y a diferencia de lo existente con anterioridad, lo que tras las revoluciones burguesas quería salvaguardarse con el recurso a los estados de excepción era un Estado, el constitucional, caracterizado por la separación de poderes y la declaración de los derechos. Descontando sus accidentales tropiezos, dicho Estado fue implantándose paulatinamente por todo el territorio europeo hasta que en el intervalo de entreguerras se hundió en una excepción permanente, causada ante todo por los extremismos de izquierda y derecha que agredían con sus doctrinas y sus acciones a las democracias representativas y liberales. Tras la derrota del totalitarismo, se restauró en Europa el Estado demoliberal, que ahora se ve obligado a adoptar puntuales medidas de emergencia para hacer frente a imprevisibles coyunturas económicas, a catástrofes naturales o a la amenaza anónima del terrorismo.

Si, de manera simplificada, este es el relato ortodoxo que flota en el ambiente, las páginas que siguen tratan de problematizarlo. Sus dos sobreentendidos capitales, filtrados hasta en el discurso científico, podrían ser los siguientes: la excepción como regla es característica del período de entreguerras y ajena a la naturaleza del Estado burgués; una vez reimplantado éste los riesgos que amenazan su estabilidad son impredecibles, anónimos y naturales, esto es, apolíticos, ajenos al concurso de las voluntades subjetivas y, por tanto, no susceptibles de ser pronosticados, prevenidos o resueltos a priori mediante políticas estatales o internacionales. El presente texto querría así, en primer lugar, poner de manifiesto que la lógica de la excepcionalidad fue consustancial a la instauración del Estado liberal, estando, por tanto, muy presente antes del período de entreguerras, durante el cual se ensayó la articulación de un sistema político que en muchos puntos se oponía al antes vigente, enfrentamiento que estaba además en la base del auge de la excepcionalidad. Y en segundo término, querría igualmente mostrar que desde su arranque contemporáneo, las pautas de la excepción han tenido siempre una valencia política, inclusive cuando han pretendido disfrazarse de estrategias de mero y aséptico dominio de la naturaleza.

Para intentar lograr estos objetivos adoptaremos la fórmula de la crítica bibliográfica y el comentario de textos actuales y no tan recientes. En primer lugar, realizaremos una exégesis de una famosa obra de Albert Camus (12), en la cual se delinean con precisión los dilemas

---

importante no olvidar que el estado de excepción moderno es una creación de la tradición democrático-revolucionaria y no de la absolutista », *Estado de excepción* cit., p. 15.

(12) Albert Camus, *El estado de sitio* (1949), Madrid, Alianza, 2004, trad. Pedro

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

implicados por los estados de excepción en cuanto técnica de gobierno aplicada desde la génesis del Estado burocrático hasta los totalitarismos. En segundo lugar, con el auxilio de algunos libros más o menos actuales, habremos de dilucidar en qué consistía ese Estado nacido y edificado a lo largo del siglo XIX, atendiendo tanto a su morfología europea como a las particularidades de la experiencia española. Y en tercer y último lugar, estudiaremos a través de algunas obras ya clásicas y otras más recientes cuáles eran los diversos niveles de excepcionalidad presentes en la dinámica del Estado liberal. Se estará entonces en condiciones de concluir que quizá la visión que tengamos de lo acontecido en entreguerras esté en buena medida tergiversada por una idealización de los antecedentes. E igualmente podrá indicarse que hasta la reparación de las catástrofes naturales contienen un inconfesable contenido político.

2. *Poder, naturaleza, derecho: un encuadre camusiano.*

> « La Peste: Yo reino, es un hecho; por tanto, es un derecho […]. El estado de sitio ha sido proclamado […]. Yo traigo la organización […]. Ponerse en fila para morir bien, esto es lo principal. De este modo tendréis mi favor. Pero cuidado con las ideas insensatas, con las furias del alma, con las pequeñas fiebres que dan lugar a las grandes revueltas. He suprimido estas complacencias y he puesto la lógica en su lugar. Me dan horror la diferencia y la sinrazón. A partir de hoy seréis, pues, razonables, es decir, tendréis vuestra insignia. Iréis con las ingles marcadas y llevaréis públicamente bajo la estrella el bubón que os designará para ser azotados. Los otros, los que persuadidos de que esto no les concierne, hagan cola los domingos en las plazas de toros. Pero no tengáis ninguna amargura: también con ellos va esto. Están en la lista, y yo no olvido a nadie. Todos sospechosos, he aquí un buen comienzo ».

De este modo era decretado el estado de excepción en una conocida pieza teatral de Albert Camus. Si la traigo a estas páginas no es con el propósito de hacer una interpretación profunda de su estructura, ni siquiera un estudio literario sobre sus contenidos y sobre el rango que ocupaba en la completa obra del autor. Faltan a quien suscribe las competencias para hacerlo. Además del afán de rendir justo tributo a Camus, nos ha de ocupar la exégesis de *L'état de siège* porque con ella acaso podamos identificar un marco interpretativo ajustado a la

---

Laín Entralgo y Milagro Laín Martínez, pp. 75-76. Las citas extractadas a continuación, como puede deducirse, proceden de esta obra. Solo de aquellas frases que pertenecen a otros textos del autor será indicada la procedencia exacta en el cuerpo de notas. En lo poco que tenga de meritoria la siguiente reflexión, va dedicada a Cándido Romero, quien hace ya una década me dio a leer *El hombre rebelde*.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

presente revisión bibliográfica. Un marco cuya clave maestra no es sino el muy significativo hecho de que el mal que se pretende remediar con el estado de excepción — en este caso, la peste y la muerte — es a su vez quien reina e impera en él.

Concentrada, entre otros aspectos, en descifrar la forma del poder y en poner al descubierto la lógica de sus excesos, la obra de Camus tiene en este drama en tres actos un pormenorizado examen del advenimiento, la implantación y el final de un estado de sitio en la ciudad de Cádiz. No es irrelevante que fuese escrito en 1948, poco después de una ocupación que le había llevado al exilio, y contra la que se había resistido, y en el momento en que, opuesto ya al comunismo por su degeneración dogmática y estalinista, se aproximaba a círculos libertarios ([13]). Tales circunstancias no son insignificantes porque, debido a ellas, este documento puede ser leído como un testimonio de quien, con treinta y cinco años, ha sufrido la excepción permanente y ha conocido el camino que, desde las promesas irrealizadas de justicia, desemboca en ella.

Tampoco carece de sentido la ciudad seleccionada por Camus. Acogiendo, en particular, la sustitución de un gobierno ordinario por otro excepcional y transitorio, nos evoca también, en general, un espacio de transiciones políticas, un contexto que para el lector mediterráneo simboliza el paso de un dominio con amplias lagunas por regular a una forma de autoridad vocacionalmente total. A los efectos de nuestra interpretación, nos interesa, pues, atender a los detalles de aquella sustitución, pero inscribiéndola en el horizonte global de esta transición que va de un régimen antiguo a otro nuevo, supuestamente más sofisticado, eficiente y abarcador. Tanto es así, que hasta se diría que, sin poseerla de manera explícita, el relato de Camus transmite la sensación de contar con una estructura en forma de bucle: una vez concluido el estado de sitio, los poderes extraordinarios ceden su lugar a las autoridades ordinarias, que, con sus vicios todavía persistentes — principalmente su « sordera » y su « ceguera » frente a los problemas reales de la población —, parecen condenadas a repetir la abdicación en

([13]) Vid. la con frecuencia superficial biografía de Oliver Todd, *Albert Camus. Una vida* (1996), Barcelona, Tusquets, 1997, pp. 95 ss. (militancia comunista), pp. 240-266 (sobre el exilio, y donde pueden leerse testimonios epistolares de sus vivencias: « Me han despertado las sirenas y el zumbido de los aviones y los disparos », p. 252, « Uno vuelve a casa y espera la alarma o cualquier cosa », p. 255), p. 333 (sobre la transparente alegoría de su principal novela: « Para los lectores, la peste es, *también*, el nazismo. La peste no tiene límites: es la ocupación, el terror, los sufrimientos, los muertos »), pp. 347 ss. (compromiso periodístico con la Resistencia como jefe de redacción de *Combat*), pp. 432 ss. (oposición expresa al estalinismo a fines de 1946) y pp. 454 ss. (su apoyo en 1948 al *Rassemblement Démocratique Révolutionnaire*, lanzado por políticos socialistas).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

favor del soberano excepcional, quien, a su vez, será el que, a efectos prácticos, discipline y ordene irrevocablemente la sociedad, hasta tal punto que la nueva forma que ésta terminará adoptando se debe mucho más a su intermediación — accesoria y transitoria, según se presumía en un principio — que al ejercicio rutinario de sus funciones por parte de los poderes ordinarios.

He aquí entonces *una primera, decisiva indicación*: el estado excepcional, y las prerrogativas que supone, no sirven tanto para restaurar una Constitución temporalmente suspendida, cuanto para constituir la sociedad mediante un uso intenso de la violencia, fundiéndose así las categorías de estado de excepción y de poder constituyente. De ahí que, por inquietante que parezca, si hoy las situaciones excepcionales pueden aparentemente remitirse, sin mayor problema, a una Constitución válida que le sirve de referencia y límite (14), puede que a su vez haya que remitir ésta, y su vigencia estabilizada, a una concatenación anterior de estados de emergencia. La historiografía en general, y la del derecho en concreto, tendrían así, en demasiadas ocasiones, un interlocutor equivocado, pues esos poderes ordinarios, que, a decir de Camus, « escriben la historia », al tiempo que la historiografía trata solo de ellos, como si de su voluntad procediese el orden social, no han sido más que figurantes, o actores secundarios, en una historia cuyos protagonistas verdaderos parecen ser, por un lado, el afán desmedido de dominación, ese inevitable pero impracticable « apetito de absoluto » y « unidad » (15), y por otro, el combate heroico que contra él ha librado siempre la rebeldía en el solo nombre del « honor » y el « orgullo ».

Una cesión temporal de poderes que tiene como finalidad instituir de modo permanente, pero a través de medios excepcionales, el medio social, éste es el objeto genérico del drama de Camus. Los elementos de mayor importancia para nuestra particular lectura son, así, los dos tipos de gobernación — el ordinario, el excepcional — en liza, sus caracteres distintivos, la transición entre ellos, los sujetos que los representan, las realidades y los símbolos que los animan. Junto a esta tensión entre ambos modos de ejercer el poder queda otra significativa bipolaridad, la que opone el nihilismo, encarnado en el personaje llamado « Nada », y la bondad heroica, sacrificial, redentora y mesiánica, representada por el protagonista « Diego ». Aunque en ella se condensa buena parte de la dimensión ética del relato, ha de quedar relegada a un segundo plano

(14) Cf. Nomi Claire Lazar, *States of Emergency* cit., pp. 7-8, quien reniega de la dicotomía « norma/excepción », entendiendo que esta última permite la arbitrariedad, y sosteniendo que aun durante las situaciones de emergencia las « normas liberales » y los principios éticos continúan vigentes. Pero, ¿cómo llegaron a consolidarse dichas normas y tales principios?

(15) Sobre él ya habla Albert Camus en *El mito de Sísifo* (1942), Madrid, Alianza, 2002, pp. 30 y 69.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

en este análisis, que pretende tan solo extraer un marco útil para la comprensión de nuestra problemática, la de los estados de excepción y sus implicaciones políticas en la conformación del Estado liberal.

Concretada en el gobernador, los alcaldes, el juez, la guardia civil, el cura y el heraldo que difunde su mensaje, la gobernación tradicional es estructuralmente conservadora e inmovilista, tiene en el mantenimiento exterior del « orden público » su ratio principal y, en última instancia, se caracteriza por la ausencia de decisión, es decir, por la delegación de ésta a la « costumbre », a la dinámica autónoma de las jerarquías privadas. En el fondo, se encuentra instituida para garantizar un orden cuya procedencia y condición se colocan fuera de su ámbito decisorio, un orden considerado fruto de la providencia al que la voluntad de los hombres, comenzado por la de los gobernantes, ha de plegarse. La virtud que han de cultivar los ciudadanos es la sensatez: « ¡En verdad, todo está en orden, el mundo se equilibra! ¡Sensatos! Seremos siempre sensatos, pues nada cambiará nunca », exclama el pueblo, por voz del coro, atribuyendo un significado preciso a ese atributo caro al léxico conservador: el de atenerse, sin conato de voluntad transformadora, a un orden esencialmente heterónomo. La responsabilidad, por su parte, es la sensatez de las autoridades, la virtud que éstas han de practicar, consistente en respetar el concierto de las costumbres privadas y los derechos adquiridos para evitar la aparición trágica de la violencia en que dicho concierto se asienta. El ideal de gobierno, siguiendo la emblemática sentencia de Fichte, es de estirpe liberal: « Los buenos gobiernos son los gobiernos en los que nada pasa », sentencia el heraldo; « ¡Soy el rey de la inmovilidad! », proclama, confirmándolo, el gobernador. Pero, en realidad, esa armonía consuetudinaria, jerárquica, privada y presuntamente natural no es más que una falacia, el síntoma visible de una insensibilidad política, una distorsión ideológica de la realidad, un exceso de voluntarismo asumido por parte de una gobernación que se presenta a sí misma como la negación misma del voluntarismo: « Ésa es la voluntad del gobernador — anuncia el heraldo —, que no pase nada en su gobierno para que éste continúe siendo tan bueno como lo ha sido siempre ».

En este sentido, la gobernación tradicional prepara la llegada de la extraordinaria. Ya la « Peste », el soberano excepcional, cuando va a abandonar la escena, y contempla el regreso de los poderes ordinarios, se congratula « porque ellos preparan mis caminos ». ¿Cómo lo hacen? « Nada » lo revela: « en lugar de cerrar las bocas de los que gritan su desgracia, cierran sus propias orejas ». La gubernamentalidad ordinaria se caracteriza, pues, por no canalizar una dimensión indispensable de la vida humana, por obliterarla y reprimirla hasta hacerla estallar o manifestarse de manera abrupta y deformada. El anhelo de justicia, el borrar activamente la irremediable culpa sentida por la miseria ajena, que no es sino un aspecto de la propia, no encuentra eco en unos

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

poderes ocupados en mantener una paz epidérmica y aparente, en tapar a toda costa los conflictos hasta que éstos conviertan en inevitable el auxilio constitutivo de las potestades excepcionales. Si la responsabilidad era su presunta virtud, la falta absoluta de prevención, su radical impermeabilidad frente a necesidades materiales que expresan una traza humana inmaterial y natural, es su defecto más ostensible. La retórica de la responsabilidad ampararía, desde esta perspectiva, la más clamorosa de las irresponsabilidades: la desconexión radical entre el gobernante y sus representados. Así lo muestran la ausencia plena de toda asamblea en una gobernación ante todo ejecutiva, la complacencia del máximo dirigente porque « nada ha cambiado » y la obediencia ciega a la ley por parte del juez — « No sirvo a la ley por lo que ella dice, sino porque es ley. Si el crimen se convierte en ley, deja de ser crimen », se justifica el juez Casado —, esa profesión imposible — ¿quién es tan inocente como para culpabilizar? — que, al serle propio el disponer sobre la vida y la libertad de los hombres, era para Camus tan propensa a la arbitrariedad (16).

Una política antinatural, ajena a la geografía de las necesidades y pulsiones naturales de los hombres, concentrada en mantener un orden artificial y, por consiguiente, en expulsar toda rebeldía que a éste se oponga, esa es la política exteriorizada por la gobernación tradicional. Pero ella, como se ha indicado, al tiempo que se basa en la invocación remota de una omnipotencia que permanece en estado latente, contribuye a su venida, único modo al parecer de activar los resortes adecuados para cumplir la misma finalidad que los poderes ordinarios se muestran incapaces de lograr. El mal que hace inevitable su llegada, y que supuestamente se intenta neutralizar, es interpretado a través de los parámetros — religiosos, providenciales, mitológicos — que rigen y cimientan la política tradicional. El mal que obliga a decretar el estado

(16) La figura del juez (y del fiscal) es muy recurrente en la obra de Camus. En los casos que conozco, el juez, aplicador acrítico de los mandatos legales, es también un personaje profundamente religioso, sumiso a la providencia y opuesto por completo al espíritu de la rebeldía. Puede en este sentido recordarse el interrogatorio que el juez instructor hizo a Mersault, protagonista de *El extranjero*, donde se escenifica la incomunicación radical entre el juez y el procesado, la incapacidad estructural de aquél para comprender los verdaderos motivos, colocados más allá de su mera voluntad subjetiva, del crimen de éste. O también su juicio agobiante, donde la moral y las buenas costumbres tuvieron un papel más relevante que el de la misma ley. Cabe también recordar al juez Othon, personaje de *La peste*, contrapunto del doctor Rieux y calificado como « el enemigo número uno », o al padre de Tarrou, abogado fiscal que encarna la culpable y mecánica disposición sobre la vida ajena ejecutada por los tribunales. Vid. Albert Camus, *El extranjero* (1942), Madrid, Alianza, 2005, trad. José Ángel Valente, pp. 70-75 y 85-100, y *La peste* (1947), Madrid, Bibliotex, 1999, trad. Rosa Chacel, pp. 124-125, 200 y 204-206.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

de sitio es una plaga, un fenómeno imprevisible y anónimo de la naturaleza, « un maleficio » que se cierne « sobre la ciudad », debido a la voluntad de Dios o a la fatalidad. Lo único que puede afirmarse a su respecto es la culpabilidad originaria de los hombres, sobre los cuales se lanza la peste como « el castigo » de que se han hecho merecedores por su « pecado mortal », por alguna osadía cometida contra el orden de la trascendencia. Mientras los gobernantes ordinarios se obstinan en negarlo, o prohíben « toda reunión pública y toda diversión » como « señal de penitencia », su análisis se convierte en labor de astrólogos, iluminados, curanderos y brujas. Solamente en palabras de « Nada » y de « un hombre del pueblo » se sugiere que ese mal acaso tenga una procedencia política y económica reconducible, en último término, a la voluntad y la acción de los hombres. Mientras que el primero asegura tener la impresión de que el advenimiento del mal « no es cosa del cielo », sino más bien de que « los hombres » se han puesto « a romper cristales y cabezas », el segundo afirma:

> Esta mañana ha habido ruido en la ciudad y por encima de la ciudad. En verdad, hemos tenido miedo. Hemos tenido miedo de que algo cambiara y que, de repente, los miserables se vieran obligados a alimentarse de chocolate.

Con ello, Camus alude tácitamente a los antecedentes del estado de excepción crónico que instauró el fascismo, pero, por extensión, también se evocan todos aquellos poderes extraordinarios que durante décadas se habilitaron para frenar la pulsión igualadora, el resentimiento económico y el comprensible y estéril revanchismo. Ahora veremos que en la misma gobernación extraordinaria se funden desde el Estado burocrático que empieza a extenderse por Europa a partir del siglo XIX hasta las dictaduras totalitarias de los campos de concentración. Pero antes puede que ya estemos en condiciones de identificar *una segunda, e igualmente decisiva, indicación*. La de que el estado de excepción es la contrafaz inevitable de un modo de gobernación conservador, basado en categorías naturalistas, sordo frente a ciertos requerimientos insoslayables, incapaz de adoptar decisiones que los satisfagan y liberal en el sentido de que se limita a ratificar los decretos unilaterales de la espontaneidad social, los designios de una sociedad autónoma cifrada por la tradición y la jerarquía económica e institucional.

El tránsito, pues, es aquel que conduce desde el inmovilismo consuetudinario e iusnaturalista a los decretos de emergencia. No hay, como se suele pretender, oposición entre ambos extremos, sino constante retroalimentación. De cualquier forma, la transmisión de poderes, al no ser del todo pacífica, al verificarse mediante el chantaje y la amenaza velada, demuestra que el soberano excepcional ya ejercía

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

presión sobre las autoridades ordinarias. Éstas, pues, no son su equivalente exacto en tiempos de normalidad, no constituyen la simple instancia de su reproducción en los períodos de paz, e incluso pueden entrar en relativa tensión con él. Pero este conato de oposición de las autoridades tradicionales se desvanece cuando, como de costumbre, la Peste, « la nueva potencia que acaba de manifestarse », concede la petición del gobernador: « ¿podemos salvar la vida yo, los míos y los alcaldes? ».

En el momento de cesión de los poderes, en la antesala de la declaración del estado de sitio, puede apreciarse así que la situación de excepcionalidad tiene como objeto, no tanto ordenar la sociedad para posibilitar la vigencia del derecho, cuanto garantizar la continuidad, la supervivencia, el regreso futuro de las autoridades tradicionales, aquellas legitimadas para declarar el derecho válido. « El acuerdo a que llegue con la nueva potencia evitará sin duda lo peor, y así tendréis la certidumbre de conservar fuera de estas murallas un gobierno que un día pueda seros útil », pretexta el gobernador ante el pueblo, haciendo patente a su vez que, en última instancia, la fuente de la que emana el poder tradicional se coloca fuera de sus órganos institucionales comunes, en una zona que al entendimiento ortodoxo solo se le hace comprensible como potencia telúrica, como poder misterioso, anónimo e irresistible (17).

Del mismo modo que los poderes tradicionales necesitan del extraordinario para preservarse, éste requiere los servicios de algunas instituciones ordinarias para revestirse de cierta legitimidad, de la legitimidad que comunican la costumbre y la normalidad. Así, uno de los alcaldes se pondrá al servicio del « hombre » y su « secretaria » como « intermediario para dar a conocer [sus] deseos ». Los personajes que representan esta segunda gobernación, la extraordinaria, la del « terrorismo de Estado » (18), son la Peste, la enfermedad frente a la que el estado de excepción pretende inmunizar, y su secretaria, que no es sino la muerte, el mal que con tal situación excepcional se quiere expulsar. Como se ha indicado, imperan así en el estado de sitio justo los males que con él pretenden remediarse. Si la Peste simboliza la arbitrariedad, uno de los rasgos definidores de esta nueva gobernación, la muerte encarna su carácter más prominente: la disposición caprichosa de la vida humana, en una parábola que termina convirtiendo una política instituida supuestamente para preservar la vida frente a su

(17) De hecho, en esta primera aparición, « La Peste », el soberano excepcional, no deja conocer su identidad, y figura meramente como « El hombre », como una presencia anónima y desconocida, pero ya omnipotente.

(18) Así la calificará en *El hombre rebelde* (1951), Madrid, Alianza, 2001, trad. Josep Escué, pp. 209 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

aniquilación natural en una política esencialmente criminal por tener como objeto la muerte de los hombres.

En el estado de excepción reina quien « de hecho » manda(ba). Después veremos que su potencia, inevitablemente, se encuentra limitada por los mismos propósitos que se ha dado. Con todo, su dominio fáctico es también jurídico, hecho y derecho coinciden en su persona porque la norma jurídica se reduce a regla obligatoria, y solo quien domina de hecho está capacitado para imponer obligaciones de un modo eficaz. Otra cuestión es que esta concepción imperativa agote el contenido del derecho, algo negado con insistencia por los personajes populares. Pero su capacidad de obligar está fuera de toda duda. El pretexto que invoca para ponerla en práctica es la salvaguarda del Estado. Perplejo, « el Pueblo » recuerda que si el Estado era el gobernador, ahora, con su ausencia, o no hay Estado, o es la misma Peste, que por tanto se protege a sí misma. Solo un personaje como « Nada », capacitado por su radical descreencia para rasgar el velo mitológico y moralizante que recubre las instituciones y los hábitos sociales, señala la irrelevancia del problema, pues siempre se trata de la defensa del poder bajo el nombre pomposo y abstracto de Estado. Y la forma de actualizar dicha defensa es sembrando el terror.

El instrumento primero que empieza a desplegarse en el estado excepcional es la propagación indiferenciada del miedo. Aunque también la gobernación tradicional había de infundirlo para mantener su autoridad, lo que ahora, bajo la gobernación extraordinaria, lo caracteriza es su incertidumbre, su falta de límites, la inseguridad de no saber cuándo puede materializarse la terrible circunstancia temida (19). Si resulta tan eficaz esta estrategia es porque ancla en el poderoso e insuperable instinto de autoconservación. Si éste era un componente indispensable de la apacible y despolitizada armonía consuetudinaria deseada por las autoridades tradicionales, muestra ahora su envés, su capacidad para instituir gobiernos liberales, pero también gobiernos basados en el « terror general ». En el fondo, el estado de excepción, comprendido como actualización de unos poderes extraordinarios que pueden llegar a disponer de la vida humana con el pretexto de salvar la vida del Estado, se asienta entonces en la convicción de que, muy por encima de su impulso innato de libertad, predomina en el hombre su capacidad de adaptación, su facultad de « acomodarse » a un « orden » que « le parece insoportable », su disculpable propensión a obedecer para salvar, condenándola de todos modos, su propia vida.

---

(19) Cf. Roberto Esposito, *Communitas. Origen y destino de la comunidad* (1998), Buenos Aires, Amorrortu, 2007, p. 61, refiriéndose a la distinción de Franz Neuman entre *Angst* y *Realangst*. Del curso del artículo se deducirá que esa supuesta previsibilidad de la coacción estatal tampoco es que fuese un signo del todo distintivo de la penalidad liberal.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

El modelo al que responde esta gobernación extraordinaria es el propio de la *biopolítica*, al menos a una de sus posibles perversiones. « ¡Usted no se preocupa más que de los conjuntos! Cien mil hombres, eso comienza a ser interesante », espeta Diego a la secretaria de la Peste. Es la población considerada como unidad amorfa, como masa sin individualidades diferenciadas a la que hay que conducir, ordenar, sistematizar e inscribir en un orden de identidades y funciones, lo que permite disponer arbitrariamente de vidas particulares en nombre de la vida y la « organización » del conjunto. La intensidad de su carácter arbitrario, su vocación de omnipotencia, menciones explícitas a los « setos de espino » con que ha de rodearse « la ciudad » y a las estrellas con que serán marcados los apestados, y un llamamiento final a la « limpieza general » nos trasladan, desde luego, al contexto del régimen nacionalsocialista. Pero el escenario trazado cuenta con mayor amplitud. En él caben todas las situaciones en que las constricciones al poder se han relajado desencadenando una historia de sangre y tiranía. Tienen espacio incluso aquellas democracias aparentes y malformadas, donde « el voto es libre » porque « los votos favorables al gobierno serán considerados como expresados libremente », mientras que los votos críticos, contrarios a éste, o partidarios de alternativas reales, expresan « un voto sentimental, encadenado por las pasiones », y por lo tanto nulos y prescindibles. Pero su alcance es aún mayor. El estado de sitio descrito por Camus representa la instauración misma de una gobernación burocrática, formalizada y aparentemente racional, que alude a la historia del Estado desde misma su génesis burguesa.

Comienza por acotar un espacio en el que aplicar su poder, describiendo así un dentro y un afuera que será el mapa orientador de su ejercicio. Prosigue convirtiendo de forma automática a inocentes en culpables, evidenciando con ello que la criminalización arbitraria es seña de su identidad. Divide en compartimentos, excluye, deporta, estigmatiza, concentra, segrega a los individuos entre sí, llegando a deshacer la unión simbólicamente más natural, que es la de los sexos. Encuadra a los sujetos en un proceso productivo forzoso, heterónomo, incesante, pero inútil — « Que comiencen los trabajos inútiles », exclama la Peste —. Así procede la gobernación excepcional. Su propósito es convertir a los individuos en órganos de un plan político, que « todas las personas » acaben ejerciendo de « vigilantes, guardianes, ejecutores y sepultureros », que sean los hombres quienes se ejecuten entre ellos. Entonces, también ella, como la gobernación tradicional, aspira a mandar sin ser vista, construyendo la apariencia de que las órdenes emanan de los mismos sujetos que las obedecen. El fin perseguido por esta segregación universal, por esta integración forzosa de los sujetos en un orden de gobierno y de producción económica que en su arranque, antes de su naturalización, se vive como imposición irresistible, es, en palabras de « Nada », llegar « al momento perfecto en que

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

todo el mundo hablará sin encontrar jamás eco », el eco de sus semejantes.

La gobernación extraordinaria de Camus funda un nuevo lenguaje, una forma desconocida hasta el momento de ejercer el poder, que resulta indescifrable para los súbditos e incluso para las mismas autoridades tradicionales. Es el lenguaje de la « organización », del mundo administrado, del « orden », de la razón instrumental, de « las sangrientas matemáticas » donde « ninguna moral ni ningún esfuerzo son justificables *a priori* » (20). Su objetivo: la colocación de los sujetos en función de los fines marcados por el poder. Sus medios: certificados, reglamentos, bandos, estadísticas, informes y todo un enjambre normativo, estadístico y calculador en el que se pierden y desdibujan los administrados y tras el cual, según reconoce la secretaria, « queda nuestra real gana ». Su trascendencia antropológica tiene un alcance aún mayor. No se trata tan solo de que los sujetos se desorienten en una nueva, asfixiante trama reglamentaria cuya jerga les resulta incomprensible y absurda. Colocándose por encima de los fines naturales de la subsistencia, el amor, la diversión, la vocación profesional y la convivencia vecinal aquellos otros de la organización burocrática y la producción económica, los sujetos, irremediablemente, pasan a ser meros medios, puros instrumentos al servicio de su cumplimiento. Propio de este mundo administrado y automatizado, que ha de instaurarse mediante recursos extraordinarios, pues en su arranque solo resulta concebible como excepción a la vida natural, es así su carácter deshumanizador, su capacidad para cosificar e instrumentalizar a los hombres en la proporción en que caen bajo su imperio (21).

Monopolizando la producción de este nuevo lenguaje, que tiene la virtud coactiva de generar obligaciones, de producir una representación paralela y preceptiva de la realidad, el poder excepcional exhibe su facultad para fundar estatutos ciudadanos, identidades personales, la misma existencia civil y económica, en definitiva. Pero ahí radica también su mayor debilidad, exasperación paroxística a su vez de la que ya presentaban las autoridades tradicionales: si el poder extraordinario, con su nuevo lenguaje burocrático, con su pulsión administradora, organizativa y totalitaria, aliena al hombre y lo extraña de sí mismo, igualmente se separa de la verdadera naturaleza humana, la cual, irreductible al sistema de la lógica y la unidad, y aunque reprimida en

(20) Albert Camus, *El mito de Sísifo* cit., p. 28. En *El hombre rebelde* señalará que « el lenguaje propio de las doctrinas totalitarias es siempre un lenguaje escolástico o administrativo », cit., p. 330.

(21) Sustrayéndoles la autonomía, atrofiando su sensibilidad, eliminándoles el sentido moral y aletargando su voluntad y su libertad de espíritu y de acción, convirtiéndolos, en definitiva, en extranjeros de sí mismos, como bien muestra el personaje principal de *El extranjero*.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

este caso hasta el grado máximo, permanece inmarcesible y enfrentada a su intento, en última instancia infructuoso, de dominación. Por eso, si bien el soberano que pretende implantar una organización universal « no se olvida de nadie », en verdad « todos se le escapan ».

Con lo expuesto podemos así detenernos en *una tercera indicación*, descriptiva del contenido y los fines del estado excepcional: de alcance constituyente, con una capacidad profunda para disciplinar conductas y promover obediencias sembrando el terror, la gobernación extraordinaria se caracteriza por disponer de la vida humana en nombre de la vida del Estado, resume el momento de fusión total entre el hecho y el derecho, haciendo de éste un puro mandato coactivo, e intenta, con el uso arbitrario de la fuerza, reconducir las diferencias y lo concreto de la existencia a un orden abstracto de identidades y funciones, reprimiendo con ello la naturaleza hasta el máximo nivel concebible.

El estado de excepción, y las realidades que provoca, termina de todas formas por revelar su completa identidad al contrastarse con la población sobre la que se declara y con las dos opciones éticas más sobresalientes del relato, el nihilismo y el honor. El pueblo, representado por el coro, por el pescador, por hombres y mujeres anónimos, en su estado originario, previo a la llegada de la peste, se halla entregado a un discurrir vital sin objetivos de progreso ni grandeza. Por eso no comprende cuando le inquieren acerca de « las razones que tiene de estar en la vida ». No estamos, sin embargo, y pese a las apariencias, ante un idílico estado de naturaleza. La vida popular no es armónica, ni edénica, ni se encuentra exenta de conflictos y miserias. Pero su signo más visible es que no se ha fijado fines ni sentidos que la trasciendan. La inmanencia de sus afanes refleja así que la condición humana es concreta y, desde esta perspectiva, la política solo se hace legítima en cuanto se ajusta a dicha concreción mundana (22). En esta vida natural hay espacio, por supuesto, para el oficio, para una relación con la naturaleza de contenido productivo y organizada de manera espontánea y vocacional, pero no para una labor forzosa inscrita en una planificación (o división del trabajo) heterónoma. También hay lugar para el derecho y las reglamentaciones, pues quienes prescinden de ellas por completo « también rebasan los límites ». Ahora bien, dado que la « honradez no necesita reglas » (23), ese derecho coincide con los « derechos » — y, por qué no decirlo, con las correlativas « obligacio-

(22) En eso consistía, en efecto, la propuesta política de Camus: « El sindicato, como el municipio, es la negación, en beneficio de lo real, del centralismo burocrático ». « [La política inspirada en la rebeldía] se apoya primero en las realidades más concretas, la profesión, el pueblo » y proclama « la comuna contra el Estado, la sociedad concreta contra la sociedad absolutista, el individualismo solidario contra la colonización de las masas », *El hombre rebelde* cit., pp. 345-346.

(23) *El mito de Sísifo* cit., p. 90.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

nes » de solidaridad (24) — derivados de la vida natural, mas no con la « ley » del gobernador, aplicada acríticamente por el juez y dirigida con frecuencia a la consecución de objetivos inmorales. Junto a la profesión y al derecho, el centro de esta vida lo ocupan además el amor, la comedia, los ritos que la enlazan con los ritmos y cadencias naturales. En cierto sentido, y por expresarlo con la conocida fórmula de Hegel, el pueblo, antes de la llegada de la peste, vivía instalado « en el domingo de la vida » (25), donde se aloja la verdad.

Es este tipo de existencia lo que la gobernación extraordinaria se propone erradicar. Considerándola « la anarquía », pretende ahora inscribirla en una organización utilitaria introduciendo en ella « los perfeccionamientos de la contabilidad ». El « pueblo », objeto pasivo de su acción, se convierte « en masa ». Sus miembros se hacen « presidiarios » al aire libre, pues son encadenados a un proceso productivo y a una ordenación jurídica impuestos por la fuerza. Se acuña así un sentido agudo del deber antes inexistente. El abandono a una existencia sin fines superiores se hace motivo de intensa culpabilidad. De hecho, la propagación de una conciencia generalizada de culpa, según expresa la secretaria, corre pareja a la implantación de este mundo administrado y burocrático, que desde su arranque se ha definido a sí mismo en oposición a la vida verdadera y natural. Es en esta oposición donde se revela además toda la falsedad de este tipo de gobernación, su sedicente racionalidad, pues la razón no puede desgajarse, sin degenerar en irracionalidad y barbarie, de las exigencias de dicha vida natural.

La represión de ésta no se ha saldado, sin embargo, con su total extirpación. Los sujetos ya reconocen sus « pasos contados », sus « horas ordenadas », que están « administrados », pero confiesan asimismo que su « corazón reniega de las listas y las matrículas », que « en el silencio de las oficinas [escuchan] un largo grito contenido que es el de los corazones separados, el que nos habla del mar bajo el sol del mediodía, del olor de las cañas al atardecer ». Aunque percibe remotamente el aliento de esa calidez, el pueblo, en el relato de Camus, parece incapacitado para emanciparse por sí mismo, para desencadenarse y liberar ese grito contenido. Solo sabe encomendarse a la

(24) Sin las cuales los primeros son impracticables en una vida en comunidad, según sugería Simone Weil al contraponer a la « semántica de los derechos la semántica de las obligaciones » que el hombre tiene respecto de sus semejantes. Vid. Esposito, *Inmunitas. Protección y negación de la vida* (2002), Buenos Aires, Amorrortu, 2005, pp. 37-39. No es casual que Simone Weil fuese autora de cabecera para el mismo Camus en *El hombre rebelde* cit., pp. 252-253.

(25) Secularizando, como es obvio, la expresión, e identificándola, no con la práctica de la fe, pero sí con la suspensión de las obligaciones y del obrar « con arreglo » a los « propios intereses » y a fines utilitarios. Vid. Georg W. F. Hegel, *Lecciones sobre la historia de la filosofía* (1833), vol. 1, México, FCE, 1977, trad. Wenceslao Roces, p. 89.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

providencia, al « viento » fresco que purificará el aire de la ciudad y se llevará la peste. Habrá que esperar al autosacrificio del rebelde para su aparente y provisional redención.

Ese rebelde es Diego, encarnación del « orgullo » y el « honor », héroe por dar sentido a su vida entregándose a los demás y por remontar para ello el instinto de autoconservación, base tanto de la política conservadora cuanto de la del terror. También supera este instinto « Nada », encarnación del nihilismo. « Borracho por desdén de todo y por asco de los honores », lisiado por faltarle el atributo del sentido moral, su final será servir a la barbarie, al verificar el salto mínimo que lleva de despreciar al hombre por su imperfección y mezquindad hasta consentir y colaborar con su eliminación. « ¿Puedo hacerle notar — le indica la secretaria a la Peste — que éste es de los que no creen en nada y que ese género de pájaros nos es especialmente útil? » (26). Su pulsión destructiva, el que tenga como « evangelio » la « supresión » y como destino el suicidio, le hace poseedor de una virtud, la de que ante sus ojos se desvanezcan las ilusiones y los espejismos que los hombres proyectamos sobre las cosas, pero también le hace ostentar el vicio de que su vacío moral pueda ser rellenado por « la razón reglamentaria », la sumisión a la inmoralidad y el sentido de la destrucción. Si el escepticismo individualista frente a la conquista de la justicia o ante las luchas contra la injusticia contribuye pasivamente a la venida de lo bárbaro (27), el nihilismo, forma extrema y degenerada de aquél, claudica y contribuye activamente a su implantación.

No ocurre lo mismo con Diego, estigmatizado por los poderes tradicionales como portador de la peste misma, pero catalizador en realidad de esas energías populares que por sí solas son incapaces de materializarse. De cualquier forma, el rebelde no se destaca del pueblo por sus mejores cualidades, por sus virtudes perfectas. Antes al contrario, es tan imperfecto y vulnerable a la dominación y al miedo como sus semejantes. Se le podría definir como un hombre « inclinado hacia » el prójimo « y decidido, por su parte, a rechazar la injusticia » (28). Su horizonte es además idéntico: regresar a esa vida natural, conquistar una « felicidad » sencilla pero imposible sin la « paz de las ciudades y de los campos ». En el fondo, la rebelión de Diego contra el orden de

(26) « En el corazón del nihilismo, el crimen tiene su lugar privilegiado », afirmará Camus en *El hombre rebelde* cit., p. 12.

(27) Vid. la crítica de Max Horkheimer, *Montaigne y la función del escepticismo* (1938), en Id., *Historia, metafísica y escepticismo*, Madrid, Alianza, 1982. En la obra de Camus, el cinismo lo encarnaba el protagonista de *La caída* (1956), Madrid, Alianza, 2002, trad. Manuel de Lope, quien proyectaba una *Oda a la Policía* y « la publicación de un manifiesto denunciando la opresión que los oprimidos hacía pesar sobre la gente honrada », pp. 80-81.

(28) Así se autopresenta el doctor Rieux, héroe de *La peste* cit., p. 18.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

la excepción no es sino el alzamiento frente a éste de « la regla de la naturaleza ». En este punto, además, se torna visible uno de los máximos argumentos del libreto de Camus. En el mundo administrado, esa felicidad, expresada en la forma privada del amor de los amantes, parece factible. « El deber está al lado de los que uno ama », le recuerda Victoria, su prometida, reprochándole con egoísmo: « Campos de cadáveres o praderas, ¿qué importa eso a mi amor? ». La elección de Diego, en cambio, enseña que el amor particular, que la felicidad del reducto privado, es un espejismo sin la previa consecución de la justicia general, pues ese amor que se pretende puro terminará irremediablemente reflejando y reproduciendo en su interior la injusticia y la dominación vigentes en la generalidad.

Ante su figura, queda aclarada la ilegitimidad originaria del estado de excepción y su estructural tendencia al exceso: « Ningún hombre tiene bastante virtud para que pueda consentírsele el poder absoluto », reprocha Diego a la Peste. Su opción para poder ser feliz, lo que de veras le distingue, es permanecer « junto a los enfermos », curar « a quienes le llaman », arriesgando así la propia vida y perdiendo, pues, el miedo en que se fundaba toda la gobernación extraordinaria. En esta superación definitiva del temor, en este acto de liberalidad, en este entregarse a los demás hasta las últimas consecuencias, se cifra el desencadenamiento transitorio e incompleto del pueblo. Pero son una entrega y una generosidad infértiles sin el concurso activo de los semejantes, sin su trabajo continuado y sin su simultánea superación del temor a pagar con la misma sangre de siempre su acto de rebeldía. La salida planteada por Camus no es entonces revolucionaria, mucho menos en un tiempo en que, o bien se ha demostrado la rotunda derrota de la revolución, o bien, allá donde dice haber triunfado, se ha convertido, no en « cosa del pueblo », sino de la « policía ». El final de la excepción no pasa por seguir prolongando esa historia secular de la excepcionalidad que estriba en « matar para suprimir el asesinato » y en « ejercer la violencia para subsanar la injusticia » (29). « El tema de la

(29) « 1789 y 1917 siguen siendo fechas, pero ya no son ejemplos », escribía Camus con la convicción de que « en 1946, [la revolución] habría nacido muerta », Todd, *Albert Camus* cit., p. 433. Con motivo de su cincuentenario, no son pocas las ocasiones en que puede apreciarse un intento de apropiación del legado de Camus por parte de autores y periodistas conservadores. Su lúcida, acertada e implacable oposición a las consecuencias soviéticas y políticas del marxismo, al terror estalinista, así parece permitirlo. Para él, en efecto, « crimen y rebeldía son contradictorios », y la consecución de una presunta justicia futura en ningún caso justifica la vigencia generalizada y consentida en el presente de la injusticia y el crimen: *El hombre rebelde* cit., pp. 221 ss. y 327. Pero su posición política se oponía del todo al conservadurismo; se inscribía más bien en el anarquismo individualista, teniendo como referencia histórica la criminalmente eliminada Comuna de París, como filosofía política la de la transformación social

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

revolución permanente se traslada así a la experiencia individual ». Para sacudirse el yugo de la planificación heterónoma y reintegrarse mediante la « rebelión », y sin perder la lucidez, a la « vida cotidiana » debe perderse el miedo, abandonarse el odio y entregarse conjuntamente a los demás en una tarea absurda, consciente y siempre provisional, una tarea diariamente renovada por continuamente fracasada (30).

Solo de este modo puede ganar transitoriamente la batalla a los « conquistadores » y poner fin a su estado de excepción. Pero éste se va sin irse, se acaba sin terminar, se marcha permaneciendo porque — y he aquí *la cuarta, última, y más relevante indicación* — la victoria sobre él siempre es transitoria y, sobre todo, porque como técnica de gobierno pervive en la memoria y prolonga sus efectos hasta después de haberse declarado oficialmente su extinción. Y así precisamente finalizaba el estado de sitio en la obra de Camus:

> La Peste. Sí, me voy, pero no triunfaréis, estoy contento de mí. Ahora sé que vosotros no me olvidaréis. Reconoced a vuestro soberano y conoced el miedo […] Un muerto, si queréis mi opinión, es refrescante, pero carece de rendimiento. En suma: no vale lo que un esclavo. El ideal es obtener una mayoría de esclavos con la ayuda de una minoría de muertos bien escogidos. Hoy la técnica está a punto. Por eso, después de haber matado o envilecido a la cantidad de hombres que eran precisos, pondremos a pueblos enteros de rodillas (p. 175) (31).

— « su preocupación [la del rebelde] es transformar », *El hombre rebelde* cit., p. 17 — y como objetivo institucional la inserción « en la democracia de los grandes organismos obreros » y de las comunidades naturales, remontando así la experiencia de entreguerras, esto es, la de « un sistema parlamentario impotente ante las potencias capitalistas », la de unas « reformas aplicadas por un gobierno impotente, saboteadas por funcionarios hostiles, acechadas por un capitalismo intacto que ha preferido perder Francia antes que verla socializarse », según proclamaba un editorial del periódico *Combat*, citado por Todd, pp. 349-350. Por otro lado, en ningún caso Camus equiparó culpas y responsabilidades: « No encuentro excusas para el crimen que desde todos los tiempos se ha cometido contra [los oprimidos] », que « si alguna vez llegan a matar será en la locura de un momento », mientras que los « conquistadores » asesinan « conforme a la ley y la lógica », haciendo del crimen su sistema: *El estado de sitio* cit., p. 170.

(30) Pues para su triunfo definitivo habría que volver « a crear al hombre ». La « grandeza » entonces de la rebelión no radica en su victoria, sino « en la protesta y en el sacrificio sin futuro », en la « reivindicación del hombre contra su destino », algo inconfundible con el suicidio, que es « exactamente su contrario, por el consentimiento que supone », *El mito de Sísifo* cit., p. 70-73 y 113-114. También en *La peste* cit., pp. 110-111 se aludía a la provisionalidad del triunfo del rebelde.

(31) Es ésta la « técnica de gobierno » puesta en pie por los regímenes de excepción y que Giorgio Agamben, pese a proponérselo, no llega a explicitarla con

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

3. *El ente a construir: los atributos del Estado administrativo.*

La pieza de Camus nos ha trasladado a la implantación de un régimen burocrático que abraza desde el Estado en sus comienzos hasta su degeneración totalitaria. Es éste el arco en que debemos situarnos. Una vez colocados, habremos de observar en primera instancia qué estructura política comienza a construirse en Europa desde el arranque del siglo XIX, pues en ella descubriremos tanto lo que se trataba de salvaguardar con los estados de excepción como el modo en que se hacía, un modo que era ya inseparable, a diferencia de los casos anteriores, de los derechos constitucionales. Podría afirmarse entonces, en tal sentido, que el objeto a custodiar con el recurso a las medidas de emergencia era un Estado constitucional concebido según la lógica de la separación de poderes y la garantía de los derechos individuales, tal como lo describía la célebre Declaración de 1789, en oposición al sistema de poder absoluto vigente en el *ancien régime*. Obra del liberalismo y la burguesía, impulsado por aquellos autores que opusieron el igualitarismo liberal a la estratificación antigua, dicho Estado contenía ya *in nuce* todos los presupuestos éticos e institucionales para su desarrollo progresivo y florecimiento final a través del avance paulatino de la razón, del progreso técnico y de la liberación y expansión de las fuerzas productivas, y forzosamente distributivas, del capitalismo. Confiando en esta evolución latente e inexorable podría derivarse del primigenio Estado parlamentario e individualista decimonónico otro régimen político, consecuencia espiritual suya, fundado en la democracia, en el reconocimiento pleno de los derechos constitucionales y en una distribución de la abundancia que solo es factible con el concurso de la iniciativa privada. Su defensa mediante los estados de excepción tuvo como destinatarios, por consiguiente, a aquellos que pretendían boicotear el inicio de su andadura, reclamando un regreso imposible a las estructuras premodernas, y a quienes deseaban, mediante la violencia, una aceleración irrealista de su curso. Pero en ningún caso dicha defensa extraordinaria implicaba la alteración de la sustancia ética de un régimen que, con los coyunturales, episódicos y accidentales estados de excepción, tan solo hacía frente a las adversidades con que su realización progresiva iba tropezando.

Si las líneas anteriores componen, abreviadamente, el relato teleológico difundido por la ortodoxia jurídica, el primer libro que nos va a entretener cuestiona con solvencia semejante representación (32). Y

---

equivalente claridad. Una técnica que, « favorecida por tres guerras y merced a la destrucción física de una elite de rebeldes, ha sumergido la tradición libertaria », *El hombre rebelde* cit., p. 348.

(32) Representación que resulta asimismo discutible en el plano lógico y argumentativo. El presente constitucional no puede derivarse del pasado liberal, no solo

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

lo hace porque, en lugar de recrear por enésima vez la historia de los valores del liberalismo, prefiere examinar su institucionalización concreta, pero con el tácito entendido de que dichos valores equivalen exactamente, tanto en términos de historiografía como de ética, a su materialización efectiva.

En este sentido, el primer hallazgo de la monografía, inscrito en su misma titulación, es que la vía principal de ejercicio de la autoridad estatal desde 1800 hasta 1914 en Europa fue, no tanto la Constitución, el parlamento o la justicia, cuanto la administración y el poder ejecutivo, lo cual se traducía en una constante tensión, en un « precario equilibrio », entre la limitación jurídica del poder público y el « despliegue técnico de la burocracia » (p. 2) (33).

Su autor, Lutz Raphael, contemporaneísta de la Universidad de Triel, experto en la historiografía social del siglo XX y muy permeable su investigación a las sugerencias pragmáticas de Pierre Bourdieu, nos ofrece con *Ley y Orden* una exposición sintética, con las notas e indicaciones bibliográficas indispensables, de las diversas facetas que signaron la burocracia y la administración decimonónicas, pero también el Estado y el poder público considerados en su conjunto, visto que, durante buena parte del siglo XIX, prácticamente « gobierno y administración eran los únicos actores políticos legítimos » (p. 200).

Se ocupa el texto del proceso de « estatalización de las sociedades europeas », que llevó desde el sistema de las Monarquías administrativas de la Ilustración hasta el régimen de los Estados liberales de derecho. Su campo de análisis lo conforma toda la geografía europea, con especial atención a las experiencias de Francia, Inglaterra, Prusia-Alemania, Austria y Rusia, aunque con eventuales y valiosas observaciones sobre los territorios italianos, ibéricos y escandinavos. Teniendo siempre muy presente el escenario institucional precedente (34), la primera impresión transmitida por el libro, opuesta también a las

---

porque aquél responda a premisas y postulados políticos — inclusivos y democráticos — esencialmente extraños a éste (extremo que Bartolomé Clavero lleva apuntando desde hace ya bastantes años: *Amos y sirvientes. ¿Primer modelo constitucional?*, « Anuario de Historia del derecho español », 56 (1986), pp. 995-1016), sino porque el estadio en el que provisionalmente han desembocado los acontecimientos es el fruto, no de la evolución de una esencia espiritual indeleble, aunque susceptible de despliegue y desarrollo, sino del concurso de las acciones y decisiones tanto de los actores liberales como de los que a ellos se opusieron activamente.

(33) Nos estamos refiriendo a la monografía de Lutz Raphael, *Recht und Ordnung. Herrschaft durch Verwaltung im 19. Jahrhundert*, Frankfurt a. M., Fischer, 2000, cuya traducción castellana, que es la aquí manejada, está citada en n. 1. En adelante, tanto en este texto como en los siguientes, serán referidas las páginas de donde proceden las citas en el cuerpo del texto entre paréntesis.

(34) Sobre el cual puede consultarse el libro colectivo, de igual proyección

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

representaciones superficiales impropias de la ciencia, es la de que la construcción del Estado liberal, en lugar de suponer una disrupción, constituyó un proceso complejo jalonado por varios y contradictorios hitos (35) y en el cual se articuló un sistema estatal identificado, sí, con la (relativa) « despersonalización del dominio » (p. 15) y el imperio de la norma jurídica abstracta, pero caracterizado igualmente por amalgamar contenidos del pasado absolutista todavía muy persistentes con principios propiamente modernos y liberales.

Es precisamente esa compleja aleación de factores de contrapuesta procedencia, escamoteada habitualmente en las reconstrucciones historiográficas comunes, la que aquí se hace transparente a cada página. El presupuesto de toda la indagación es la identificación previa de un concepto historiográficamente útil del Estado de derecho. Probablemente sea en este extremo donde mayor debilidad presente la monografía, tanto por acusar cierta laxitud conceptual, visible en el uso a veces indiferenciado, y en ocasiones erróneo, de los tipos « Estado de derecho », « Estado constitucional », « Estado legislativo » y « Estado parlamentario », como por su intento inacabado de conceptuación del Estado de derecho. Sucede igual con la difícil acotación del campo semántico del término « liberalismo » (36), vagamente delimitado por el hecho de poseer variantes nacionales o territoriales, un acusado pluralismo interno y una vertiginosa historia de dos siglos en los que experimentó notables transformaciones (37). La tentativa de definición,

---

comparada, editado al cuidado de Christopher Storrs bajo el título *The Fiscal-Military State in Eighteenth-Century Europe*, Surrey, Ashgate, 2009.

(35) Brevemente: la expansión napoleónica, la Restauración de 1815, los empujes constitucionales de 1830 y 1848, la pronta reacción conservadora y la génesis de un nuevo, estabilizador y hegemónico consenso en los años posteriores a 1850, las unificaciones nacionales de Italia y Alemania y el surgimiento de movimientos sociales y agudas contradicciones económicas en el último tercio del siglo.

(36) Cf. al respecto Pietro Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa* 2: *L'età delle rivoluzioni*, Roma-Bari, Laterza, 2000, « VII.3. Il liberalismo come categoría storiografica », y la completa reconstrucción de Jörn Leonhard, *Liberalismus. Zur historischen Semantik eines europäischen Deutungsmusters*, München, Oldenbourg, 2001, quien ya de entrada avisa de la carga polisémica del término (pp. 28 ss.).

(37) De hecho, en nuestro texto, los términos « liberal » y « conservador » parecen en principio contrapuestos, como de hecho lo fueron en un arranque, cuando conservador designaba a quien quería conservar las estructuras antiguas, aunque después ambos revelan en muchos puntos coincidencias institucionales y convergencias ideológicas, especialmente patentes desde la segunda mitad de siglo y siempre en oposición, más o menos neta, a la democracia, lo cual obliga a pensar en una práctica confluencia entre ambas doctrinas, aunque una subrayase más el aspecto económico y la otra el cultural, religioso y nacional de una cosmovisión al fin y al cabo homogénea y, reitero, bien diferenciada de la democratica.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

de cualquier modo, parte de la valiosa sugerencia de tipificar el Estado de derecho, no de forma unidimensional, sino entendiéndolo como categoría graduable desde un punto en que concurran los « requisitos mínimos » para identificarlo hasta otro en el que se culminen sus « programas máximos » (p. 19). Y si bien este Estado de derecho perfecto, que funde realidad y concepto, no llega a circunscribirse del todo, probablemente por ser un constructo ideológico, lo cierto es que sí queda bien fijado el « estándar mínimo », que contiene, de un lado, los requerimientos de la dominación de tipo legal-racional — entre otros factores una burocracia « experta en derecho » y un « sistema jurídico uniforme » —, y de otro, la limitación sustantiva y la finalidad política de « la protección y seguridad jurídica de los individuos », lo que suponía proteger sus « derechos adquiridos », principalmente los de propiedad, y limitar severamente las « libertades políticas » (pp. 21-23). La historia del Estado liberal sería así, desde este enfoque, no ya la implantación, desarrollo y superación de esos requisitos mínimos, sino la complicada tarea de su instauración, recortada siempre por persistencias premodernas, ni siquiera comenzada hasta final de siglo en muchos territorios y limitada por espacios obstinadamente refractarios a la estatalización.

Más importancia que su definición tiene la reconstrucción propiamente dicha del Estado liberal de derecho. En ella podremos apreciar que la representación trazada por Albert Camus distaba mucho de ser una simple recreación imaginaria, o el mero retrato del nazismo. Estamos ante una institución estatal coagulada, sobre todo en el espacio continental, en el poder ejecutivo monárquico y en la creciente burocracia que va formándose a su alrededor. Estructurada jerárquicamente, conforme, con frecuencia, al patrón militar de « mando y obediencia » (p. 81), esta burocracia destila la esencia del Estado de derecho porque en sus actuaciones se plasma el principio de legalidad en forma de procedimientos escritos, prefijados, calculables y objetivos. Después incidiremos en las resistencias estructurales con que tropezó la implantación de dicho principio. Ahora conviene resaltar que a esta aparente formalidad precedía una conformación del aparato burocrático, principalmente en sus más altas instancias, que aseguraba, a través de modelos educativos elitistas, de rigurosos sistemas de captación, de inspecciones « de índole moral, social y política » (p. 82) y de depuraciones ideológicas del personal, una composición de alta cualificación técnico-jurídica, entre aristocrática y burguesa, políticamente conservadora y religiosa. Con ello se creó una nueva casta signada por su « *ethos* de servicio », su objetividad tecnocrática, su « exclusividad social », su « ideología de neutralidad política con tintes fuertemente autoritarios » (p. 203) y su lealtad al Estado (38), que alcanzaba el grado extremo de

(38) Aun siendo una reconstrucción sociológica ceñida al mundo académico y

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

la identificación con él y que se recubría ideológicamente de apelaciones a « valores universales » e « intereses generales » (p. 184). De ese modo, en suma, la forma de los procedimientos burocráticos era rellenada y conducida por una materia muy definida en términos ideológicos y sociológicos, tan definida que difícilmente puede hablarse, pese a la retórica empleada por los burócratas para su propia reproducción, de « una 'neutralidad' política de la función pública » en todo el siglo XIX (p. 40) o de una administración independiente de la lucha política (p. 199).

Era un Estado, al menos en su traducción continental, caracterizado igualmente por el control autoritario del aparato de justicia (p. 36, p. 44, p. 47), punto en el que « los regímenes parlamentarios no se diferenciaban en absoluto de los autoritarios » (p. 36). Si la Constitución ocupaba un lugar central en su organigrama era, principalmente, por razones orgánicas, porque en ella se estatuían los órganos del Estado y se delimitaban con claridad los protocolos « del ejercicio de la autoridad » (p. 18). El parlamento, cuando empezó a dejar de ser una asamblea de notables reunida básicamente para acordar los tributos y comenzó a canalizar las discrepancias ideológicas, era contemplado con desprecio y « escepticismo tecnocrático » por la alta burocracia, que, como se ha indicado, se consideraba garante « de la razón de Estado y el bien común » (pp. 202-203). Junto a la preparación técnica y gubernamental de la legislación, que vaciaba la posición parlamentaria, y al lado de una parálisis casi permanente en la adopción de decisiones políticas, la legitimidad del órgano legislativo se veía igualmente resentida por prácticas electorales fraudulentas (p. 199). Por su parte, la base financiera del Estado liberal no gravaba « las ganancias individuales » y estaba constituida principalmente por el cobro de impuestos indirectos sobre el consumo, recayendo de este modo « una mayor carga fiscal sobre los grupos de rentas bajas y medias » (pp. 109-111) ([39]). La contribución de los sectores más favorecidos se solía basar en su libre aquiescencia y cooperación voluntaria. Se daba además la reseñable coyuntura de que los gobernantes eran juez y parte en el asunto de la financiación y el endeudamiento masivo y estructural del Estado. Lo representaban y dirigían al tiempo que lo exprimían, es decir, al tiempo que hacían de él un régimen de exacción generalizada.

---

burocrático de final de los sesenta del siglo XX, no puede olvidarse en este punto, por sus indispensables sugerencias metodológicas válidas igualmente para la historiografía, a Pierre BOURDIEU, *La noblesse d'état. Grandes écoles et esprit de corps*, Paris, Minuit, 1989.

([39]) Especialmente revelador es, de hecho, el capítulo sobre « las bases financieras del Estado administrativo », tras cuya lectura es difícil resistirse a los paralelismos entre aquel modelo y el que está comenzando a (re)implantarse por Europa tras 1989. En España, por ejemplo, el sesenta por ciento del total de la financiación procedía de impuestos indirectos a la altura de 1910, *Ley y Orden* cit., p. 111.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Era también una institución ordenada jurídicamente en torno al eje de « la propiedad » (p. 102) y fuertemente intervencionista en términos racionalizadores. Mediante el empleo expansivo de estadísticas, registros oficiales, padrones y encuestas se inscribía a la ciudadanía en el plano jurídico-formal de la gobernación. No faltó una estatalización creciente de las políticas de asistencia social, pero ésta era inseparable de los objetivos demográficos, productivos y policíacos que dichas políticas perseguían y con frecuencia supuso una reducción de los recursos a ellas destinadas (pp. 91-93). Constituye así un error pensar que podríamos estar ante un antecedente del Estado social o del bienestar, visto que el propósito nunca fue el de consagrar y defender derechos constitucionales cuanto el de asegurar un determinado modo de gobernación de las poblaciones. El intervencionismo económico, que no se tradujo en un gasto público superior al de las Monarquías administrativas del siglo anterior, sino justamente en lo contrario (p. 120), tenía además como propósito, en buena parte de los Estados continentales, la creación de las condiciones que permitieran el despliegue de la industrialización capitalista. Y como la regla inicial era una desafección generalizada respecto de los organismos públicos, la intervención también se extendió al ámbito cultural, traduciéndose en adoctrinamiento político y control de la moral, las costumbres y la religión, pero sobre todo en una inoculación masiva de los cultos nacionales como principal factor aglutinante mediante el cual construir una base social de la que, en un principio, carecía el Estado de derecho (pp. 189 ss., p. 213).

Como puede apreciarse, semejante estampa no cuadra bien con las representaciones al uso. El dominio de parte conservadora, el antiparlamentarismo propio de la alta burocracia o el recurso a la nacionalización de las masas emparientan sospechosamente este modelo con su ulterior degeneración dictatorial. No afirmo que en su carga genética estuviese depositado, como consecuencia inevitable, el totalitarismo, pero si se quiere defender que en su institucionalización se contenían los presupuestos para su desarrollo constitucional, habrá asimismo que reconocer que en igual o mayor medida existían ya líneas de fuerza para la aparición de un sistema político que, evidentemente, no surgió de la nada. Mas, aparte de esta conclusión, la lectura del texto de Raphael arroja otras, de tanta o mayor importancia, e igualmente desmitificadoras, en las que conviene detenernos brevemente.

La primera, y ya indicada, reflexión que viene a la mente del lector se refiere a los vínculos estrechos entre el Estado liberal y sus antecedentes institucionales. No hay simple persistencia del Antiguo Régimen, pero sí perduración de éste en unas prácticas jurídicas y sociales atravesadas asimismo por la lógica legalista. No había tampoco « ninguna vía que condujera de forma directa » desde el absolutismo al Estado de derecho, pero sí pueden señalarse « numerosas continuida-

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

des » y resistencias « tenaces y vigorosas » del mundo premoderno (pp. 25-26). Valga aquí con señalar, a modo de ejemplo, algunas de ellas, con exclusión de la evidente permanencia de las estructuras absolutistas en algunos países como Rusia o Austria. La más importante fue la penetración, en los cuadros estatales, de sectores cuyo poder procedía del modelo anterior y que, con tal integración en el cuerpo del Estado, pudieron continuar ejerciendo su autoridad, aunque ahora de un modo predeterminado jurídicamente aun con generoso espacio cedido a la discrecionalidad. En el aspecto social, permanecían intactas ciertas prerrogativas privadas, con larga tradición, como los « derechos de sanción y disciplinamiento de los padres y jefes de las familias patriarcales » (p. 124). Es más: monumentos jurídicos de la envergadura y difusión del *Code* no harían sino aquilatar y profundizar « la desigualdad jurídica de los sexos » (p. 36). En el lado burocrático, « el juramento de fidelidad frente al monarca » constituía « el núcleo de los procedimientos de nombramiento » de los funcionarios, subrayando « el elemento de vinculación personal » entre el empleado público y el jefe del Estado (p. 163). En materia de impuestos, existieron exenciones nobiliarias, o solicitud de éstas por lealtad al Estado (p. 118), y revueltas campesinas interpretadas por sus actores, al igual que en siglos anteriores, como « oportunidades para la liberación » de la carga fiscal (p. 119). Y en el lado ético, los gobernantes continuaron legitimando su labor con la invocación de categorías ya existentes como la del bien común o la felicidad pública.

Otro de los puntos seriamente cuestionado por nuestra obra es aquel de la división entre el Estado y la sociedad civil como factor determinante de la modernidad. Cierto es que el despegue de un poder jurídicamente reglado, que se expresaba en términos generales, abstractos y procedimentales, conllevó una independización de las esferas estatales y administrativas respecto de los círculos de influencia social (p. 208). Esta « autonomía del Estado » [40] llegó además a su punto álgido en el último tercio de siglo, cuando se transformó en hipóstasis y mitificación de la « independencia del Estado respecto a los intereses particulares » (p. 213). Pero ni una cosa ni otra implica que hubiese una « separación tajante entre la Administración pública y el poder privado » (p. 209); antes al contrario, de la lectura de *Ley y Orden* se infiere con claridad que esa oposición teórica recubría una realidad práctica caracterizada por una retroalimentación constante entre ambos polos: de un lado, la abstracción a la que se denominaba *sociedad*, que

(40) Por emplear la categoría de Michael Mann, *El poder autónomo del Estado: sus orígenes, mecanismos y resultados* (1984), « Revista académica de Relaciones internacionales » 5 (2006), trad. Pablo Sánchez León.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Bluntschli, en la estela de Siéyes, identificaba con una parte de ella (41), rellenaba de contenido a las instituciones o desempeñaba directamente y en nombre propio funciones estatales; y de otro, un Estado así constituido allanaba el terreno para el despliegue de las fuerzas productivas de esa misma sociedad. Se establecía así un proceso, no salvo de fricciones, en el cual el Estado servía de recipiente a un entramado social jerárquico al tiempo que ejercía de actor con capacidad para conformarlo según patrones jurídicos abstractos (42).

Como casos relevantes de la primera dirección de dicho proceso pueden citarse la procedencia noble y alto-burguesa de prácticamente todos los elementos de la dirigencia (43) — elitismo extremado todavía más con prácticas extendidas como la del ennoblecimiento — y el ejercicio de competencias estatales y policíacas, es decir, de la coacción legítima, por parte de poderes privados. En Prusia, « los gobernadores de distrito » se escogían « entre las filas de los terratenientes aristocráticos », de modo que « reunían en su persona el papel de funcionario real » y el de autoridad tradicional (p. 44). Lo mismo acontecía en Austria, donde la mayoría de los gobernadores procedían también de « la nobleza rural ». Fue una práctica habitual la concesión de prerrogativas disciplinarias y sancionadoras a « los propietarios de las fábricas », las labores policiales se solían verificar con la cooperación estrecha de las « diversas autoridades sociales » y, pese a su paulatina desaparición, no fue infrecuente ni irrelevante la « actividad administrativa honoraria » (p. 124, p. 152).

Y en el sentido inverso, en el que hace del Estado un actor que transforma el plexo social en beneficio de parte, puede traerse a colación la intensa intervención activa del Estado en la supresión y control de las propiedades comunales, en la disolución de « las dependencias feudales » para establecer « relaciones contractuales de derecho privado entre los antiguos señores y sus colonos » (p. 43) y, en general, en la preparación de las condiciones de seguridad jurídica y de orden indispensables para el desarrollo del mercado (p. 99). Las labores de

---

(41) Con « el tercer estamento », concretamente. Vid. Theodor ADORNO, *Sociedad* (1965), en ID., *Escritos sociológicos* vol. 1, Madrid, Akal, 2004, pp. 9-18.

(42) Cf. Michael MANN, *Las fuentes del poder social* vol. II: *El desarrollo de las clases y los Estados nacionales, 1760-1914* (1993), Madrid, Alianza, 1997, trad. Pepa Linares, p. 73. También Mann señala la obviedad: que los estadistas y dirigentes decimonónicos « eran hombres de raza blanca, procedentes en su mayor parte del antiguo régimen y de las comunidades lingüísticas y religiosas dominantes », p. 79. Vid. asimismo BOURDIEU, *La noblesse* cit., « V. Pouvoir d'état et pouvoir sur l'état », pp. 531 ss.

(43) Vid. Manuel PÉREZ LEDESMA, *La sociedad burguesa*, en Miguel ARTOLA (dir.), *Historia de Europa*, vol. 2, Madrid, Espasa, 2007, pp. 607-675, especialmente « Las clases dominantes. La nobleza y la gran burguesía », pp. 627 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

vigilancia y represión policial tenían normalmente la finalidad de salvaguardar propiedades e intereses particulares. Los sectores privilegiados se beneficiaron de ventajas fiscales y se apropiaron « de los recursos del poder público » (p. 209). La monarquía, y los sectores a ella afines, solían « vincular a las administraciones » y establecer « gobiernos conservadores » pese a la inestabilidad que provocaban por su falta real de representatividad (p. 203). Si nos referimos al aspecto cultural, abundó « la supervisión de las escuelas y el establecimiento de contenidos educativos » (p. 96). Y, finalmente, la regla, intensificada en « la Europa meridional y oriental », fue la instrumentalización política de las administraciones públicas por « las minorías influyentes » (p. 209).

En este punto se pone además de relieve cuánto de mitológico tiene el ejemplo inglés, comúnmente considerado como el caso en que la conjugación de la autonomía social y la tradición jurídica permitió el progreso y la conquista indolora de un Estado constitucional. De corte aristocrático e igualmente oligárquico, lo que verdaderamente, en el aspecto administrativo, distinguió la experiencia británica fue la tardía llegada del normativismo. Antes de la burocratización, que ya homologó « el aparato estatal británico » al « modelo continental » (p. 51), lo que existía no era, desde luego, una especie de armoniosa anarquía igualitaria, idea transmitida por la emotiva etiqueta del *self-government*, sino una « Administración de notables » y « terratenientes » en la cual los mismos sectores privados que en el continente desarrollaban funciones estatales conforme a reglas jurídicas ejercían el poder en Inglaterra, pero de un modo aún más discrecional y no muy proclive a infundir seguridad jurídica. Y la venida y generalización del sistema burocrático, en lugar de proceder del legalismo inscrito en la doctrina de la soberanía nacional, tuvo un origen mucho más rudimentario y excluyente, como fue la importación a la metrópolis de las prácticas administrativas de la burocracia colonial.

De esta fusión entre sociedad civil y Estado administrativo, de esta percepción que deja de representar al Estado como ente diferenciado y hasta opuesto a la trama social para considerarlo como una expresión institucional suya, se colige además que la presunta justicia del poder no radicaba tanto en el acatamiento de la legalidad en su toma de decisiones cuanto en la legitimidad personal de quienes las adoptaban. Con humildad, pero con cierta reiteración, vengo insistiendo en ello porque se cuestiona así la imagen consensuada del Estado liberal como Estado legalista. Ésa era solo parte de la historia, y acaso no la principal, pues la legalidad tenía la relevancia que cobró tras 1789 porque expresaba una legitimidad que la antecedía y que gozaba de un rango superior. Para apreciarlo basta con detenerse a considerar cuál fue la crítica ortodoxa, en las democracias de entreguerras, frente a un uso de la legalidad que ya se suponía ilegítimo al dejar de reproducir los esquemas de los grupos que habían de ostentar la autoridad porque de

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

facto poseían el poder social. Así se explica, por ejemplo, que la policía y los órganos encargados de velar por el cumplimiento de la ley no vigilasen « únicamente su quebrantamiento abierto, sino también [la integridad de] sus fundamentos morales y sociales », como « la propiedad, la moral y la religión » (p. 125).

Pese a la propensión del Estado decimonónico a la regulación total, a la inscripción en el derecho de toda la fenomenología social, siempre hubo espacios refractarios a ser administrados conforme a patrones generales, abstractos y centralizados. Es el caso, por ejemplo, de los municipios, encargados en los comienzos de casi todas las funciones de seguridad, orden y asistencia social y víctimas de la política de supresión de los dominios comunales (p. 143). En las localidades, las decisiones adoptadas desde el centro estatal, transmisoras de un lenguaje extraño e impositivo, o bien ni siquiera se aplicaban o bien se ejecutaban una vez adaptadas a sus peculiaridades. Muy reacios al proceso de centralización burocrática se mostraron asimismo los órganos intermedios de la administración, cuadros procedentes en buena parte del sistema anterior. « La ejecución de las disposiciones y leyes en los niveles inferiores de la administración quería decir negociar y mediar, motivar y criticar, siendo frecuente que la mera orden se quedara en un acto administrativo muerto » (p. 78). Por último, fue igualmente un impedimento estructural para la implantación del Estado de derecho el limitado alcance de su « poder infraestructural », causado ante todo por la falta de medios técnicos y por la precariedad de las comunicaciones, lo cual implicaba, más que un vacío de poder, la circunstancia de que éste fuese ejercitado del mismo modo en que venía haciéndose con anterioridad.

Pero quitando esos espacios por estatalizar, que, reitero, no se caracterizaban por la igualdad, sino por la persistencia de las jerarquías tradicionales, el aparato del Estado y el radio de su acción describían un dominio de clase concentrado en la propiedad y traducido en medidas favorables a los intereses privados de los mismos gobernantes (p. 102). Las concesiones administrativas y las reformas institucionales fueron, de hecho, uno de los principales dispositivos para la acumulación privada de riqueza y para el amasamiento de fortunas personales (p. 209). La acción estatal se coagulaba también en un intenso control ideológico y moral tanto de la sociedad como de los funcionarios públicos, sometidos con frecuencia a depuraciones, y en una fuerte presencia del aparato militar, hasta el extremo de que buena parte de la historia del Estado decimonónico puede concebirse como la historia del conflictivo « reparto de poder entre las élites militares y civiles » y de la problemática y nada pacífica « desmilitarización del monopolio estatal de la violencia » (p. 127).

Y este dominio ejercido por una minoría constituyente no podía sino saldarse con la resistencia cada vez más intensa de la mayoría a ser

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

constituida sin su audiencia y participación. Desde el comienzo, la reacción frente al servicio militar obligatorio adoptó la forma de « disturbios, revueltas y deserciones » (p. 35). « A la orden del día » estaban « los muertos y heridos entre los soldados y los manifestantes civiles », fenómeno provocado por el empleo, « tanto en los regímenes autoritarios como en los liberales », del « ejército » para sofocar « los intentos revolucionarios, las rebeliones regionales y los disturbios » (p. 128). La opinión pública como canal de intervención de los sectores subalternos y no integrados, como corrector del déficit participativo del Estado liberal, solo podía funcionar en muy escasa medida dada la circunstancia de que venía conformada por la mismas clases, « cultas y propietarias », que gobernaban (p. 125). El auge de una opinión pública real fue además obstruido constantemente por « leyes de prensa » (p. 96), medidas policíacas, injerencias permanentes « en las asociaciones y formas de reunión de las clases bajas » (p. 127), decisiones propias de una justicia política, leyes que perseguían el socialismo y una represión penal a menudo brutal, ajena a las garantías en que supuestamente se basaba el Estado de derecho y secundada incluso por « los partidos liberales », prestos a olvidar « sus propios principios en vista de los peligros revolucionarios » (p. 135).

Toda la energía invertida en la represión y ocultación de tan graves contradicciones contrastaba con la poca dedicada a su prevención. Debe además observarse, como más adelante se indicará, que dicha energía contó con efectos muy escasos, pues se reveló impotente « en su lucha defensiva contra los supuestos peligros para la paz, el orden y la moralidad » (p. 97). Ahora bien, la degeneración del Estado liberal en un « Estado policial », debida a la cerrada protección del « nuevo consenso nacional-liberal » de las élites gobernantes (p. 98), sí que propició, « tanto a ojos de las personas cultas como de las clases bajas » (p. 135), una corrosión creciente de la legitimidad del Estado en términos absolutos, y, en términos particulares, del Estado tal como trataba de instituirse por entonces. Ahí puede que se ubique la raíz de fracasos y perversiones posteriores, pues antes de su auténtico nacimiento, la democracia parlamentaria, debido a su corrupta y menoscabada versión antecedente, posiblemente estuviese condenada a la derrota, incapaz de suscitar adhesiones generalizadas debido al descrédito que su forma sucedánea y suplantadora anterior había acumulado durante décadas. Y entre los motivos de la desconfianza al Estado liberal, articulado según los patrones sucinta y brillantemente expuestos por Lutz Raphael, destacó el que en su proceso de institucionalización recurriese con suma frecuencia, y por necesidad, dadas sus características excluyentes y subversivas, a los estados de excepción.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

4. *Las peculiaridades del caso hispano.*

¿Qué sucedió por entonces en España? ¿Se plasmaron en territorio ibérico estas mismas constantes o hubo algunas particularidades dignas de reseñar? En términos preliminares, puede afirmarse que la construcción del Estado hispano reprodujo muchos de los factores antevistos, pero con intensa y redoblada presencia de algunos de ellos, como el control ideológico derivado de la hegemonía católica, la centralidad del poder militar, la instrumentalización política de la burocracia o el peso decisivo, dada la ausencia de cesura histórica, de los grupos de poder procedentes del antiguo régimen.

No son muchos los textos que, en la academia hispana y en el campo de la historia jurídica o política, se han dedicado a estudiar la construcción del Estado como precondición para entender su evolución constitucional. Pionero en este terreno fue Bartolomé Clavero, revelando hace ya años que la articulación del Estado hispano, en algunos de sus apartados decisivos, como el de la justicia y la administración, fue un asunto autoritario de gobierno sustraído a debate alguno de las cámaras y, por supuesto, a intervención decisoria de la ciudadanía (44).

De la década de los ochenta procede también otro estudio que, centrado en el análisis de los orígenes de la guardia civil, ilustró de paso la construcción del Estado liberal español. Con un notable soporte documental, que recorre desde fuentes parlamentarias hasta memoriales privados, Diego López Garrido, su autor, nos describía un sistema estatal en fase de realización caracterizado por algunas notas muy salientes: en primer lugar, por ser la expresión institucional del « pacto histórico » entre la « oligarquía terrateniente de raíces absolutistas » y « la nueva burguesía con poder inmobiliario y mobiliario »; en segundo término, por hacer del tránsito del antiguo régimen al liberalismo un salto desde la acción política trabada por « las jurisdicciones señoriales » hasta un ejercicio del poder centralizado y sin más mediatizaciones que las impuestas por unos anónimos « mercados », los cuales, ya por entonces, a decir del presidente Luis González Bravo, tenían « poca fe en la Constitución » y mucha más en el decisionismo autoritario de « los Gobiernos »; en tercera instancia, por una formidable impronta militar, por un omnipresente ejército que controló todo el proceso de cambio, que consumía la mayor parte del presupuesto y que hacía problemática la misma génesis de « un Estado moderno »; en cuarto lugar, por llevar el sello inequívoco del liberalismo conservador, según muestra, por ejemplo, la ocupación sistemática « del aparato estatal con agentes afectos » a dicha ideología; y en último pero principal lugar, por identificar la estatalización con la centralización del poder, confusión

(44) Bartolomé Clavero, *Manual de historia constitucional de España* (1989), Madrid, Alianza, 1992[3], « Cap. III. Un período preconstituyente », pp. 45 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

que permite calificar este proyecto como un « freno a la democratización de la vida española » y que, en consecuencia, no pudo sino saldarse con una enconada oposición en la arena social (45).

Posterior es la exhaustiva, galardonada y realista reconstrucción llevada a cabo por el administrativista Alejandro Nieto. El retrato extraído de su lectura cuenta con unos perfiles aún más endurecidos. En su arranque, desde 1833, el Estado liberal no es más que una ficción existente en el plano normativo de los decretos y las leyes que tropieza con una sociedad escindida, primero, por una guerra civil, y segundo, por todo un cúmulo de resistencias armadas y populares. El alzamiento de este sistema político estuvo además fuertemente condicionado por la actividad conspiratoria y económica de embajadores, acreedores, sociedades secretas y, sobre todo, del ejército. Sus protagonistas, aun llamándose liberales (conservadores), procedían en buena proporción de las filas del absolutismo. En el núcleo de toda la institucionalización estatal se colocaba el proceso de privatización de las propiedades comunales, amortizadas y vinculadas. Ya en su tambaleante comienzo, se distinguía orgánicamente por el falseamiento estructural de la actividad de las Cortes, por la falta absoluta de independencia judicial y por un uso político descarado de la administración pública. La Constitución, cuando fue sancionada en 1837, no gozó nunca del rango que se le suponía, siendo vulnerada « de manera deliberada y sistemática ». Y, en términos políticos, el producto resultante fue un Estado incapaz de mitigar « la discordia civil » entre las minorías conservadoras y progresistas y edificado de espaldas a un torrente popular encarnado por « demócratas, republicanos, federales, socialistas y anarquistas », todos excluidos por común acuerdo de ambas familias liberales. Se trataba, pues, de construir un Estado « *seudoconstitucional* » entendido fundamentalmente como un « Estado de propietarios tutelado por el ejército » (46).

Por último, en el campo estricto de la historia del derecho conviene mencionar los trabajos de Marta Lorente, autora, en mi opinión, de las aportaciones más sugestivas de la actualidad a la reconstrucción del Estado liberal. Entre otros extremos, con ellas ha mostrado las implicaciones que en la organización de la justicia tuvo el proceso de privatización de la propiedad, el carácter indeterminado del ordenamiento jurídico de la España isabelina o la dificultad de considerar sin más al Estado liberal hispano — o al aparato institucional en funcionamiento a mitad del siglo XIX — como un régimen legalista (47).

---

(45) Diego López Garrido, *La Guardia Civil y los orígenes del Estado centralista* (1982), Madrid, Alianza, 2004², pp. 53, 71, 84, 86, 88-89, 118 y 128.

(46) Alejandro Nieto, *Los primeros pasos del Estado constitucional. Historia administrativa de la Regencia de María Cristina* (1996), Madrid, Ariel, 2006; vid. la entera « Introducción ».

(47) Vid. Marta Lorente, *Reglamento Provisional y Administración de Justicia.*

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

En esta misma línea de indagar en la historia del Estado hispano podría haberse situado la reciente monografía del constitucionalista José Antonio González Casanova sobre la genealogía del liberalismo autoritario. Y digo que podría haberlo hecho porque no llega a hacerlo del todo tanto por su tono excesivamente ensayístico y didáctico como por su ostensible carácter militante.

Con *La derecha contra el Estado*, en efecto, estamos ante un título que pretende divulgar la trayectoria del conservadurismo español desde la conclusión del reinado de Fernando VII hasta la misma actualidad. Ya por esta amplia proyección, y por la clara desproporción entre la parte dedicada a la historia y la ocupada en la crítica partidaria del presente, habrá de interesar solo limitadamente al historiador del derecho. Un interés que disminuye aún más cuando el lector tropieza con juicios de valor algo parciales (« a Madrid le enrabiaba la modernidad europea de Barcelona », p. 38), aseveraciones bienintencionadas que incurren en inexactitud historiográfica (« La guerra incivil provocó más de un millón de muertes », p. 53) o equiparaciones demasiado forzadas e imprecisas (como la que identifica el régimen franquista con « una monarquía absoluta del Antiguo Régimen », p. 57).

Junto a su carácter divulgativo — el cual, por muy extendido y comercial que sea, no puede satisfacer al lector especialista —, este texto, que podría haber aportado más a la historia constitucional, se distingue además por su sesgo partidario, por observar el pasado político hispano desde la experiencia concreta de la socialdemocracia catalana. No se quiere significar con ello que las conclusiones alcanzadas carezcan de validez, pues, en definitiva, a todas las interpretaciones historiográficas les subyace una experiencia vital y una ideología política concretas. No se trata en absoluto de eso, sino de proporcionar una lectura que, precisamente por ser más política que científica, compone una denuncia de los excesos del conservadurismo español en vez de un análisis de su morfología interna, de los supuestos de su emergencia y consolidación y, sobre todo, de las condiciones que permitieron que ejerciera el poder del modo abusivo en que lo hizo.

Desde un enfoque algo más analítico, no basta, pues, con representar a la derecha como una especie de formación política homogénea que ha permanecido más o menos idéntica a sí misma a lo largo de siglo y medio. En esta imagen, más que la realidad de una agrupación signada

---

Reflexiones para una historia de la justicia decimonónica, en J.M. Scholz (ed.), *El tercer poder. Hacia una comprensión de la justicia contemporánea*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1992, pp. 215-295; *Justicia desconstitucionalizada. España, 1834-1868*, en Id. (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes. Hacia la España de 1870*, Madrid, CGPJ, 2007, pp. 245-287; y *La voz del Estado. La publicación de las normas (1810-1889)*, Madrid, CEPC, 2001.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

por la pluralidad interna y las transformaciones históricas (48), se vereflejada la dicotómica y aparente lucha partidaria actual. Tampoco colma las mínimas expectativas científicas una demonización de las élites conservadoras que permanece en el terreno de la crítica política sin colocarse de pleno en el más objetivo de las causas, los resortes jurídicos y los mecanismos de autolegitimación de un dominio que fue, efectivamente, parcial. La cuestión acuciante, de cualquier modo, es si incluso para hacer política con los libros no sería preferible prescindir de la inflamada exaltación producida tanto por la militancia como por la indignación ante los desmanes objetivos cometidos por el conservadurismo hispano y, en su lugar, colocar el máximo rigor científico posible.

Un rigor que, para ser justos, tampoco resulta extraño al texto que manejamos. En múltiples aspectos, de hecho, ofrece una historia bien ilustrativa de los avatares derechistas y, por extensión, un retrato bastante fiel de la composición de lo que los krausistas bautizaron como el « Estado oficial », ente efectivamente ajeno al « país real » (p. 30). Y es que, conformado por aristócratas, terratenientes, industriales, financieros, eclesiásticos y militares, el aparato estatal español tuvo como finalidad superior la consolidación, perpetuación y reproducción de un dominio, sino de clase, al menos sí de « una minoría sobre la mayoría de la población » (p. 22).

Este tipo de ejercicio de la autoridad, según se desprende de las páginas de González Casanova, se caracterizó además por algunos rasgos que, vista la reconstrucción de Lutz Raphael, permiten asociar el caso hispano a la más general experiencia europea. Fue una dominación que se saldó con el enriquecimiento directo de sus ejecutores debido a la instrumentalización del presupuesto público y al « expolio de los bienes comunales » (p. 20, p. 27). Alcanzó un rango hegemónico, al menos en el plano de los cuadros institucionales, tras el gran pacto sellado entre los sectores liberales y los nobiliarios, fusión decisiva, producida en Europa mediado el siglo, que supuso, de un lado, la integración de los grupos aristocráticos y del clero en la dinámica política y mercantil burguesa, y en sentido inverso, prácticas habituales como el « ennoblecimiento burgués por la vía matrimonial » (pp. 26-27). De este modo, como ya advirtiese Francisco Tomás y Valiente (49), la carga revolucionaria del liberalismo burgués se trocó en una cerrada actitud conservadora cuya consecuencia más palpable fue

(48) Son ya bastantes las obras disponibles que permiten apreciar dicha pluralidad: vid., por ejemplo, Pedro C. González Cuevas, *Historia de las derechas españolas: de la ilustración a nuestros días*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2000 y, más recientemente, Alejandro Quiroga, Miguel Ángel del Arco (eds.), *Soldados de Dios y apóstoles de la Patria. Religión, violencia y derechas en España*, Granada, Comares, 2010.

(49) Quien situaba en España el pacto entre la burguesía y los « grupos sociales

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

la exclusión política estructural y creciente de buena parte de la población.

Si tomamos entonces nota de este punto de inflexión, acaso podamos concluir que a partir de esas fechas la oposición entre liberal y conservador, ya discutible en sus comienzos doctrinales, como demuestran autores como John Locke, dejó por Europa, o al menos en España, de tener un contenido efectivo. Conservadores de un orden natural prepolítico inalterable por la legislación, pero expresado por ella, en el cual cabían por supuesto derechos individuales como el de propiedad o libertades negativas como la contractual, eran tanto los liberales conservadores como los autodefinidos progresistas. Las diferencias eran de matiz — según, por ejemplo, el grado de inclusión y participación políticas, la extensión legal de ciertos derechos o el alcance de la función judicial — mas en ningún caso de concepto, pues había coincidencia en su compartida identidad política, identidad cristalizada en buena parte como rechazo polémico de un liberalismo revolucionario identificado con el poder constituyente, el voluntarismo político, la soberanía parlamentaria y el legicentrismo democrático.

El Estado decimonónico puede así denominarse correctamente como liberal, dado que liberal era ese dominio incompatible con una extensión generalizada de las libertades políticas y los derechos individuales y con una consagración constitucional de los derechos sociales. No había, como suele pretenderse en tono exculpatorio, paradoja alguna entre su dimensión axiológica y espiritual y su materialización institucional. Tanto en el plano teórico como en su realización práctica, el liberalismo decimonónico siempre fue jerárquico, providencialista y excluyente, siempre mantuvo un concepto de libertad como realización de un orden prefijado y siempre se opuso a las doctrinas democráticas. Como se ha indicado, en la periferia de su hegemonía, con desigual grado de integración en las instituciones oficiales, discurrían desde demócratas y federales hasta socialistas o anarquistas, un espectro de izquierdas en el que efectivamente se inscribían las líneas de fuerza que reclamaban y habrían de conducir a la consagración de la soberanía popular, principio también diverso y hasta opuesto, pese a que no suela resaltarse, al de soberanía nacional. Es ahí entonces, en la resistencia al liberalismo, y no en éste mismo, donde se alojan los primeros pilares de la democracia constitucional.

La clase de dominación descrita por González Casanova es la propia de dicho liberalismo autoritario, tal como nos anticipa el título. Y lo es, como se ha sugerido, por muy antiliberal que parezca. Si produce esta impresión no es tanto por la desviación del liberalismo decimonónico respecto de las doctrinas ideales del liberalismo cuanto

---

poderosos procedentes de la sociedad del Antiguo Régimen » en 1874: cf. *Manual de Historia del derecho español* (1983[4]), Madrid, 1997, Tecnos, p. 405.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

por las profundas transformaciones experimentadas por éstas, cuya configuración actual no puede asimilarse sin más a las declinaciones que tuvo con anterioridad. Y no puede hacerse, entre otros motivos, porque propio del liberalismo decimonónico fue construir mediante leyes, decretos y concesiones, esto es, mediante intervencionismo estatal, el espacio del mercado, para, una vez realizada esta labor constructivista, naturalizar su resultado y practicar lo que sí continua siendo su seña de identidad, esto es, la conciliación de un Estado « casi inexistente » — o, más bien, supletorio — frente a la dinámica mercantil y un « Estado *fuerte* » y autoritario para afrontar las exclusiones y divisiones generadas por el predominio exclusivo y corrosivo del beneficio privado (p. 26).

El Estado liberal hispano se construyó así como organización institucional que sirvió para canalizar un afán hegemónico parcial presentado retóricamente como universal. Esta tendencia a disfrazar de valores universales sus reales pretensiones particulares pudiera ser, de hecho, una de las trazas que distingue al conservadurismo liberal desde su identificación pasada con principios como el « bien común » hasta su autocalificación presente como « centrista » (p. 11). Este rasgo delataría además la fundamental negación conservadora de la estructura polémica y pluralista de la sociedad, solo resoluble por vía pacífica mediante el antagonismo democrático entre identidades más o menos hegemónicas (50) y presuntamente superada por el pensamiento conservador a través de categorías como la unidad nacional, el interés general o el sentido común, que, no por azar, encarnarían sus representantes.

Pero además de esta carga antipolítica propia del dominio liberal, de su afán por sustraer del debate y la decisión colectiva principios e instituciones reputados intangibles por naturales, también le fue característico, según se deduce de nuestra monografía, abocarse al frentismo extremo entre dos bloques y terminar invocando una dictadura militar. Un Estado planteado como proyección institucional de una minoría, por mucho que pudiese en teoría satisfacer las exigencias de la legitimidad, había de terminar produciendo, por su nula capacidad de inclusión y mediación, un desencuentro radical entre los integrados y los excluidos. Sin descontar la importancia de todos los antecedentes, condición necesaria de su eclosión final, acaso el punto histórico crucial a este respecto en la historia política española fuese el fracaso de la « revolución desde arriba » patrocinada por el conservador Antonio Maura y consistente en « ampliar la base social del Estado hispano, dando entrada a las clases medias conservadoras y católicas » (p. 43). Desde la derrota de dicha tentativa, calificada por el mismo monarca como el intento de « construir España contra *media España* » (p. 43),

(50) Vid. Chantal Mouffe, *En torno a lo político* (2005), México, FCE, 2007, trad. Soledad Laclau.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

hubo una buena parte de las derechas que se desvincularon del todo de la lógica parlamentaria, por minúscula que fuese, y abrazaron el autoritarismo radical como única vía para responder al principal desafío del momento: « proceder con energía y resolución » — es decir, con vulneración de derechos y garantías — « contra aquellos elementos partidarios de la revolución » (p. 25), según prescribía el propio Maura. Precedentes muy inspirativos los había, como el de las advertencias vertidas por Cánovas de erigir una dictadura de « las minorías propietarias » frente al auge de un socialismo identificado, no por casualidad, con la democracia misma (p. 20, p. 32). Pero es aquí, en esa bipartición maurista de la « cosa pública » entre « los partidarios del motín » y los defensores de una « fuerte disciplina social », donde ya se enquista casi de modo irreversible la dinámica de la enemistad que hubo de hendir la historia política hispana del siglo XX (en vesales) hasta que fue posible, ya bajo el franquismo, « la tranquila consolidación de [cierta] derecha liberal » (p. 21).

El comentario del texto de González Casanova no figura de todos modos en la presente revisión porque sirva para trazar paralelismos entre la *vicenda* española y el escenario europeo, o porque vuelva a indicar algo constantemente olvidado: que la lógica excluyente, sectaria y oligárquica del dominio conservador es inseparable de la degeneración dictatorial encarnada por el franquismo. No se encuentra en estas líneas porque atesore el valor de los libros escritos por quienes tienen toda una vida académica y política a sus espaldas, autorizándoles tan dilatada experiencia a hablar sin tapujos. Como tampoco se debe su presencia a que sus reflexiones reflejen un fenómeno generacional: la vuelta al compromiso con ciertos axiomas democráticos y sociales que se pensaron conquistados y cuya vigencia se hace cada vez más precaria. Si *La derecha contra el Estado* está entre los textos atendidos es, sobre todo, porque se pone en cuestión que un tipo de autoridad como la constituida por entonces pueda ser sin más titulada de estatal. No forma parte el autor de esa línea de pensamiento ultraconservador que describe la historia política española como carente de « estatalidad » hasta la llegada del régimen franquista, bien sea por la insuficiente nacionalización de una ciudadanía aún identificada en términos patrióticos con el monarca, o bien por la falta del poder represivo indispensable para pacificar la sociedad ([51]). Antes al contrario, si, a juicio de González Casanova, no había propiamente Estado, no era porque la sociedad no asumiese el relato patriótico oficial o porque no se plegase a los designios de la autoridad oficial, sino precisamente porque ésta no se abría y adaptada a la conformación social, nacional e ideológica

([51]) Cf. Dalmacio NEGRO, *Sobre el Estado de España*, Madrid, Marcial Pons, 2007. Para una crítica de este ultraconservadurismo jurídico, cf. Sebastián MARTÍN, *Actualidad del derecho político*, « CIAN » 11 (2008), pp. 213-286.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

efectiva de la sociedad hispana, viéndose condenada a concentrar sus esfuerzos en la represión de la diferencia en lugar de en el arbitraje de fórmulas de integración.

El « Estado liberal » pasa a ser así, en definición de González Casanova, « una derecha sin Estado », el dominio político de una parte con exclusión sustantiva de las restantes. Vistas así las cosas, en España el Estado estuvo ausente, no hasta que la dictadura del general Franco impuso la unidad mediante la fuerza, reduciendo « el Estado al Gobierno » (p. 59), sino hasta 1978, momento de aprobación de una norma constitucional verdaderamente inclusiva que, en un gesto significativo, contó con la oposición del partido heredero del franquismo (pp. 74-76). La convicción planteada por el autor, su intención de dirigir el libro a desmentir la errónea creencia de que « la derecha es favorable a la existencia de un Estado » (p. 11), se basa además en un planteamiento teórico específico, de procedencia marxista, que comprende la institución estatal como « pacto transaccional » sellado entre las « clases originariamente hegemónicas » y las « clases subalternas » para lograr una distribución más equitativa del poder político y de los recursos (p. 35, p. 63) (52). Mas, independientemente del grado de validez de dicha explicación, lo que en el fondo pone de relieve es que un Estado solo es tal en cuanto goza de alcance universal y supone la inclusión activa de todos los individuos que lo componen. Tan inherente es la generalidad al concepto de Estado, que no por azar el gobernar en su nombre otorgaba y otorga, por expresarlo en términos de Pierre Bourdieu, el máximo « beneficio de universalidad ». Y aunque en puridad no pueda existir dicha universalidad con un carácter atemporal y exenta de todo antagonismo, cierto es que su concreción momentánea y pasajera solo es legítima cuando presupone un proceso colectivo plenamente inclusivo. Justo lo que brillaba por su ausencia en el Estado español decimonónico, cuyos dirigentes reclamaban la « legitimidad social que otorgaba la palabra *Estado* » y se apropiaban de su formidable capacidad coactiva con el censurable fin de proteger « sus intereses » (p. 11).

La cuestión es que el mantenimiento de dicho aparato institucional requería por necesidad la inversión de una considerable energía política e institucional, aparentemente impropia de un Estado llamado liberal. Opuesta a la « innegable realidad plurinacional » (p. 36) de la sociedad hispana y temerosa siempre de la reacción subversiva de los numerosos sectores no integrados en el juego político, esta forma de Estado hubo siempre de oscilar entre la obsesión por la seguridad, la represión estéril y las aperturas forzadas. Digno de elogio, dados los tiempos que corren, es que González Casanova adopte la perspectiva de

(52) Para la exposición sistemática del autor sobre el asunto vid. GONZÁLEZ CASANOVA, *Teoría del Estado y Derecho constitucional*, Barcelona, 1994[5].

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

dichos sectores excluidos — de « la población analfabeta, adoctrinada y explotada » —, desde la que el orden estatal deviene más bien un « *desorden* establecido » y desde la cual se torna igualmente perceptible el « pecado histórico » cometido por la hegemonía liberal contra « un pueblo expoliado y humillado » y, claro, resentido y ávido de vindicación (p. 54). De ahí procedía además la desafección generalizada de unas gentes, « muy conscientes de su exclusión », que identificaban el Estado con los militares, los gobernadores, los obispos y los caciques locales (p. 31). Es más, de ahí también proviene el que toda la violencia política que precedió a la sublevación militar de 1936 haya de ser considerada, no como manifestación de desobediencia frente a la legítima autoridad constituida, sino como evidencia de unas luchas que tenían como objetivo constituir una sociedad todavía pendiente de estatalizar (53).

Mas lo que de todos modos interesa subrayar es que este Estado, el liberal, precisamente por « dominar sin pactar » (p. 63), por no ser una instancia de mediación interclasista y expresar un solo sentimiento nacional, por no atreverse al « diálogo con los nuevos movimientos que había provocado » (p. 40), por no incidir sobre las causas de los peligros y contradicciones que su mismo dominio generaba y limitarse a reprimir las consecuencias, se vio a lo largo de su trayectoria obligado a recurrir crónicamente a los estados de excepción, los poderes militares y a la criminalización cultural y jurídica de sus oponentes.

5. *Los medios a emplear: legislación autoritaria y estados de excepción.*

Al nacimiento mismo del régimen constitucional en Europa le fue consustancial la declaración de estados excepcionales y la habilitación de poderes extraordinarios con el fin de reprimir los tumultos o de ajusticiar a los enemigos. Atendiendo solo a la política interior, dejando, pues, de lado, la situación de guerra, en el primer tracto revolucionario francés, de 1789 a 1792, la lógica de la excepcionalidad pasó de una legalización relativamente garantista hasta su desbocamiento. La primera *loi martiale* regulaba, cubriendo una laguna normativa, « la intervención de la fuerza armada de la nación contra los ciudadanos », subordinando el poder militar a las autoridades electivas, autorizando a los amotinados a que expresasen los agravios cuya reparación reclamaban y garantizando la inmunidad de los guardias. Centrada primero en París, y extendida después mediante diversos decretos a las provincias, prestó cobertura legal a « la matanza del Campo de Marte », despro-

(53) Cf. Sebastián Martín, *Génesis y estructura del 'nuevo' Estado*, en Federico Fernández-Crehuet, Daniel García López (eds.), *Derecho, memoria histórica y dictaduras*, Granada, 2009, Comares, pp. 79-135.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

porcionada respuesta represiva ante el movimiento democrático y las « peticiones masivas ». Poco después se ampliaron sus tipos y se le añadió una nueva norma, de julio de 1791, en la que ya se sancionaba el empleo de armas « en la actuación ordinaria del poder », a lo cual vino finalmente a añadirse la figura de *la patria en peligro*, inicialmente pensada para la guerra contra el enemigo extranjero, pero que afectaba por igual a la « seguridad interior », constituyendo « un verdadero estado de emergencia para todo el territorio nacional, solemnemente promulgado y perfectamente delimitado en el tiempo » (54).

Si esto acontecía en el primer tramo revolucionario, bien condenado por la historia está lo sucedido con posterioridad. Aunque la Convención comenzase aboliendo la ley marcial, pronto recurrió a instrumentos aún más excesivos. De manera simultánea a la aprobación de la Constitución de 1793, fue instaurado un gobierno revolucionario apoyado ya en instituciones de control ideológico, en jurisdicciones criminales especiales desprovistas de las más elementales garantías y en leyes penales que amplificaban la intervención punitiva del Estado y suspendían en la práctica derechos fundamentales (55). Se consolidaba y extendía de este modo un régimen de terror, opuesto por completo a las exigencias del constitucional, y alzado con el pretexto de perseguir a los enemigos de la revolución con el resultado final de comprometer la misma continuidad de ésta (56). Y, con el fin de abolirlo, pero también de rechazar por la fuerza las reivindicaciones populares de promulgación de la Constitución jacobina, el Directorio recurrió asimismo a la ley marcial, a las comisiones militares, a la suspensión de

(54) Cf. la importante y pionera monografía de Pedro Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución. La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1878)*, Madrid, 1979, CEC, pp. 129-156. Y fue (y es) importante porque aparte de su indiscutible calidad, fue escrita y publicada en un momento político decisivo para España, en el que la misma democracia dependía de una mesurada comprensión del problema de la excepcionalidad y sus antecedentes. No es casual que el fruto legislativo que esta obra pudo al menos en parte inspirar fuese también objeto de estudio para el mismo autor en *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, Tecnos, 1984. Para una narración más pormenorizada de los sucesos de ese primer período, en lo que hace a la lógica de la excepcionalidad y su acompañante de la enemistad, vid. Roberto Martucci, *Lesa Nazione, lato oscuro dell'Ottantanove. La Rivoluzione francese e il suo nemico interno (1789-1791)*, en « Quaderni Fiorentini » 38 (2009), pp. 321-418, especialmente 342 ss.

(55) Cruz Villalón, *El estado de sitio* cit., pp. 278-287.

(56) Roberto Martucci, *Logiche della transizione penale. Indirizzi di politica criminale e codificazione in Francia dalla Rivoluzione all'Impero (1789-1810)*, « Quaderni Fiorentini » 36 (2007), pp. 131-274, pp. 220 ss.; y Pietro Costa, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica'*, en Danilo Zolo, Pietro Costa (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoría, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002, pp. 89-170, pp. 96-97.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

garantías y al estado de sitio « ficticio », situación de monopolio militar del poder represivo que a partir de septiembre de 1797, y sin soporte constitucional, pasó a convertirse en una entidad « jurídico-pública » creada por la « declaración de alguno de los poderes del Estado » (57).

Por latitudes hispanas el arranque constitucional fue asimismo gravoso. Durante la experiencia gaditana, signada por la guerra contra Francia, los estados excepcionales se hallaban motivados por el enfrentamiento bélico, si bien creaban un marco de actuación del poder militar que en más de una ocasión afectó a civiles del propio bando. En realidad, las situaciones de excepción estaban reguladas y eran decididas por unas ordenanzas y un ejército instituidos en el régimen anterior, o bien eran declaradas por la autoridad militar sin base jurídica alguna con la finalidad de garantizar « la seguridad de las Cortes ». En un comienzo, antes de la Constitución de Cádiz, ni siquiera contaban con el contrapeso de un sistema de libertades, aunque después de su entrada en vigor, y aun reconociendo uno de sus artículos (308) la posibilidad de suspender legalmente las garantías procesales, continuaron aplicándose las leyes premodernas para dispersar las « asonadas ». Ya en el Trienio el centro de gravedad se desplazó hacia la neutralización del enemigo interno con la aprobación, en abril de 1821, de una ley para reprimir los actos contrarios al régimen constitucional, pero a costa de quebrantarlo, al incluir un ámbito desmesurado de aplicación y poner a sus autores bajo la jurisdicción militar (58).

Todos los datos antevistos, qué duda cabe, resultan reveladores, pero no es menos cierto que al origen europeo del régimen constitucional también le fue propio haber consagrado unos derechos individuales, y también sociales, que limitaban y servían de contraste ético respecto de la lógica de la excepcionalidad. En todo caso, el profundo dilema frente al que nos colocan algunos episodios de la revolución francesa y del Trienio liberal consiste en saber si la implantación de un sistema constitucional, de protección y vigencia plena de derechos, ha de atravesar por fuerza una etapa previa signada por su vulneración. Para resolver dicha disyuntiva, conviene ante todo no desconocer el estado político precedente y, en consecuencia, no ocultar ni minimizar la carga polémica que siempre tuvo el espíritu constitucional. Si se comienza pensando que, « a partir de la Revolución, Francia ha sido un

---

(57) AGAMBEN, *Estado de excepción* cit., pp. 14-15 y, de nuevo, CRUZ VILLALÓN, *El estado de sitio* cit., pp. 306-310.

(58) Sobre el particular, cf., sobre todo, Eric Eduardo PALMA GONZÁLEZ, *El derecho de excepción en el primer constitucionalismo español*, Universidad de Valladolid, 2000 e Id., *El estado de sitio en las Cortes de Cádiz y el Trienio Liberal*, en « Investigaciones históricas » 21 (2001), pp. 181-204. Véase asimismo Manuel BALLBÉ, *Orden público y militarismo en la España constitucional*, Madrid, Alianza, 1985², pp. 43-85, y CRUZ VILLALÓN, *El estado de sitio* cit., pp. 319-328.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

país dividido » (59), no se alcanza a comprender cuáles eran las trágicas escisiones a las que respondía el movimiento revolucionario. Si se opta por examinar todo el engranaje premoderno desde un enfoque inmanente, detenido en las categorías de su autolegitimación, mientras que se prefiere analizar el Estado liberal por la cesura insalvable entre sus premisas ideológicas y su torcida materialización, las conclusiones habrán de ser igualmente condenatorias de aquel intento transformador. Y si se desconoce que la implantación de un régimen íntegro de derechos, en la medida en que es indisociable de la igualdad y por tanto opuesto al privilegio, implica un considerable grado de antagonismo, tampoco podrán evaluarse sin incurrir en anacronismos las evidentes perversiones revolucionarias, las cuales, en todo caso, no pueden achacarse a la vigencia inexistente de una Constitución, la jacobina, aunque sí dejaron claro para la posteridad que la imposible exigencia de la virtud absoluta conducía derechamente al terror general.

Ante otro escenario nos situamos al avanzar en el tiempo, más allá incluso del período napoleónico y de la ya inviable Europa de la Restauración fraguada en Viena en 1815. Lejos de las ambiciosas cotas normativas planteadas por el liberalismo revolucionario, el aparato estatal que comenzó a edificarse después de estas fechas, el llamado Estado liberal de derecho (60), fue el fruto de un balance crítico de las experiencias pasadas, cuyo resultado, no siempre logrado, supuso, de un lado, extirpar tanto el poder constituyente como el afán igualador propios de la revolución, y de otro, conservar la autoridad suprema de la ley estatal, la administración centralizada de la cosa pública, la uniformidad codificada del ordenamiento y algunos derechos individuales como los derechos de libertad, propiedad y seguridad o la libertad de prensa, indispensable para la conformación de la opinión pública.

Es este modelo estatal el que nos interesa, en el entendido de que si para su instauración hubieron de desplegarse estrategias de carácter extraordinario y contrarias a la Constitución fue con el fin de garantizar el establecimiento de un entramado institucional que no puede identificarse sin más con el pretendido por el primer liberalismo. De hecho, si se toman con rigor los dos célebres requisitos que la Declaración de 1789 estableció para poder calificar a un régimen de constitucional, puede concluirse que tanto por la falta permanente de una separación de poderes como por la vulneración y menoscabo legal de los derechos no hubo tal sistema constitucional a lo largo del siglo XIX.

---

(59) Así comienza el célebre ensayo de Normann HAMPSON, *Historia de la Revolución francesa* (1963), Madrid, Alianza, 1984, trad. Javier Pradera, p. 15.

(60) Vid. en este punto las valiosas apreciaciones de Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones* (1995), Madrid, Trotta, 2007[5], trad. Manuel Martínez Neira, pp. 97 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Si todos los estados de excepción convergen en la máxima *salus publica suprema lex*, habrá que convenir entonces que para su correcta intelección deberá dilucidarse qué concepto de cosa pública entra en juego en cada tracto histórico. Y aquí, en plena era burguesa, dicha *res publica*, cuya defensa era la ley suprema, coincidía por entero con el término moderno de « sociedad », agregado contractual de individuos privados, ordenado jerárquicamente según sus respectivas capacidades, posesiones y talentos, enucleado en torno al derecho de propiedad y las libertades de comercio y prensa y organizado en forma de Estado con el fin principal de dotarse de normas jurídicas homogéneas, generales y obligatorias (61).

El arraigo y consolidación de dicha *sociedad*, cuyos autores primeros no tenían inconveniente en considerar artificiosa y de creación principalmente gubernamental, requirió con frecuencia la suspensión de su presunta institucionalización normal. Suponía ésta una asamblea representativa de los poderes sociales encargada de la discusión racional de las leyes — fundamentalmente tributarias — que habrían de regir en el territorio, una administración de justicia independiente, aunque sometida al dictado legal, y una Constitución en la que se declaraban ciertos derechos privados y se delimitaban los poderes en pro de la consecución de un gobierno equilibrado y de la seguridad jurídica. Cierto es que tales derechos, reproduciendo el mismo esquema en vigor desde la Declaración de 1789, quedaban, al final, a disposición de la ley, pero el problema se agravaba no solo por la falta de representatividad real de unas normas aprobadas por unas cortes oligárquicas y sancionadas por un poder dinástico, sino también por la común circunstancia de que, desde su fase preparatoria hasta su ejecución final, la ley fuera asunto casi exclusivamente de gobierno y, por consiguiente, de naturaleza cuasi-dictatorial.

En efecto, el organigrama recién esbozado del Estado liberal, ya circulante en los mismos años de su implantación, no agota en absoluto la explicación de su dinámica jurídica. Antes al contrario, de su rutinario desenvolvimiento puede inferirse un ámbito estructural de actuación que, según se ha sugerido, pone en suspenso su hipotético funcionamiento durante las etapas de normalidad. Lo decisivo antes de pasar a describir someramente dicho ámbito de excepcionalidad es que no puede sin más disociarse del cuadro institucional característico de la normalidad. Por el contrario, si ambos se examinan conjuntamente

(61) Aunque, en el caso español, las normas constitucionales aludiesen siempre a la salvación de la Monarquía, mostrando con ello el sello distintivo del constitucionalismo hispano, los actores históricos justificaban el recurso al estado de sitio por la defensa, en una situación de necesidad, del « admirable artificio de la sociedad », según palabras del conservador Francisco Martínez de la Rosa citadas por Cruz Villalón, *El estado de sitio y la Constitución* cit., p. 332 n. 97.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

podrá apreciarse que éste solo se hace posible previa intermediación de aquél. En términos cuantitativos, pero sobre todo cualitativos, resulta además dudoso que a los efectos de la constitución de la sociedad las situaciones excepcionales sean las transitorias y accidentales. Y, por último, como Camus nos enseñaba, la obstinación en institucionalizar la normalidad de forma tan excluyente abocaba por fuerza al recurso permanente a la ley marcial y los estados de sitio.

Dicho esto, cabe afirmar ahora que aquella zona de actuación extraordinaria propia del Estado liberal se desplegaba en cuatro planos no siempre bien delimitados aunque confluyentes en el principio común de convertir la necesidad en fuente primordial del derecho legítimo y, con ello, en fuente de mayor rango que la misma Constitución (62). Lo decisivo a mi juicio para distinguir dichos niveles es el empleo de tres criterios cruzados: uno, saber si se daba una suspensión expresa de los derechos constitucionales; dos, saber si el estado de excepción resultaba en la práctica controlado por el poder ejecutivo o bien por el militar; y tres, conocer si el estado de excepción contaba con alguna acotación política o cultural, colocando bajo su imperio a colectividades muy precisas en lugar de a la población en su conjunto o a un sector indiferenciado de ella.

Empleando tales parámetros puede identificarse en primer lugar la legislación por decreto. Basada en el pretexto de la urgencia o la necesidad, y no siendo siempre ratificada con posterioridad por el parlamento, esta clase de legislación autoritaria excedió con mucho el tipo de los decretos de emergencia, vinculados, ya sí, a la suspensión de ciertas garantías. En efecto, si bien los estados de excepción creaban una marco favorable para su puesta en marcha, esta manera de legislar pudo canalizarse también con la aprobación de decretos durante los prolongados períodos de vacancia de las cortes y se articuló asimismo a través del mecanismo de las delegaciones, que permitían al ejecutivo desarrollar la función legislativa mediante una autorización materialmente determinada de las cámaras, de manera tal que las leyes aprobadas siguiendo este procedimiento dejaban de tener el escaso marchamo representativo del que pudieran gozar y se convertían en normas tecnocráticas aprobadas sin el pertinente debate parlamentario.

Al lado de este tipo de gobernación extraordinaria se coloca otro caracterizado también por la legislación en forma de decretos e igualmente habilitado por una trasferencia de poderes desde el legislativo, pero mediando ahora una suspensión legal de ciertos derechos constitucionales. Los dispositivos específicos en que se concreta *este* otro nivel suelen ser la delegación de « plenos poderes » al ejecutivo — y no ya de facultades circunscritas a la aprobación de una norma específica — y los decretos de emergencia por él sancionados con el fin de

(62) AGAMBEN, *Estado de excepción* cit., p. 40.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

eliminar la causa de la excepcionalidad. La competencia para declarar el estado de necesidad y suspender las garantías podía recaer en la jefatura del Estado, en las mismas cámaras o en el ejecutivo, a condición de la posterior ratificación parlamentaria. Pero lo decisivo es que era un poder civil el encargado de dirigir los órganos administrativos, policiales y hasta militares durante el estado de excepción.

Algo que no ocurría en el siguiente de los niveles anunciados, el de los estados de sitio, consistentes en la abdicación (voluntaria o forzosa) del gobierno en favor del poder militar, el cual, con las mismas prerrogativas que en tiempos de guerra y empleando su jurisdicción, había de combatir el mal que ponía en peligro el Estado (o la sociedad).

Y por último, era posible también la declaración y mantenimiento de un estado de excepción parcial, que suspendía, entre otros, los principios de igualdad ante la ley y de generalidad de las normas, se manifestaba a través de leyes especiales y colocaba jurídicamente a un sector de la población, connotado en términos políticos o culturales, en las afueras del derecho vigente, aplicándole unas medidas extraordinarias propias de una guerra librada contra enemigos o de una explotación militar ejercida sobre esclavos (63).

La historia de las realizaciones del Estado liberal equivale, efectivamente, a la recreación de las decisiones y normas adoptadas por el poder ejecutivo. Esta constatación es fundamental porque sin ella no se comprenderán con acierto las críticas al parlamentarismo vertidas en tiempo de entreguerras, dirigidas mucho más a su presente que a un pasado más o menos inventado o al menos concebido principalmente desde la historia de las ideas y la filosofía política. Aunque no abundan, las obras que se han detenido a indagar en profundidad en el engranaje y los mecanismos del sistema político liberal arrojan conclusiones de validez imborrable, precisamente por su capacidad desmitificadora.

Es el caso, por ejemplo, de la tesis doctoral sobre la implantación de la Monarquía constitucional y la forma de « Gobierno representa-

---

(63) Esta última estrategia del estado de excepción permanente, pero demográficamente delimitado, no solo afectaba a los movimientos políticos radicales, extremo que nos va a interesar, sino también al mundo carcelario y sobre todo al espacio colonial, expresamente expulsado del derecho común constitucional y sometido a leyes especiales, con frecuencia de contenido gubernativo y militar, por las mismas disposiciones de la Constitución. Sobre este gobierno militar cernido sobre las colonias, vid., para el ejemplo paradigmático de la Guinea española, Carlos Petit, « Detrimentum rei publicae ». *Constitución de España en Guinea*, en José Mª Portillo, José Mª Iñurritegui (eds.), *Constitución en España: orígenes y destinos*, Madrid, CEC, 1998, pp. 425-494, y Bartolomé Clavero, *Bioko, 1837-1876: constitucionalismo de Europa en África, derecho internacional consuetudinario del trabajo mediante*, « Quaderni Fiorentini » 35 (2006), pp. 429-556.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

tivo » en España de Juan Ignacio Marcuello (64). Preocupado por revelar la distancia, a veces insalvable, entre, por un lado, el tenor constitucional y el « esquema ideal de la Monarquía parlamentaria », y por otro, la praxis del poder público, Marcuello recompone las piezas de un aparato estatal encabezado por la corona, dirigido por el gobierno y solo muy limitadamente determinado por unas cortes bicamerales. Con intervención en el proceso legislativo a través de la iniciativa legal, y aupada de nuevo tras el transitorio recorte gaditano, la corona desempeñaba un papel protagonista y en absoluto neutral en la dinámica política, dependiendo la continuidad del gobierno, al menos en el plano de las convenciones constitucionales, tanto de la confianza parlamentaria prestada a la corona como de la aquiescencia de ésta ante las medidas gubernamentales. Por su parte, el consejo de ministros gobernaba la nación, era responsable políticamente ante las cámaras, mas impune penalmente en la práctica, y participaba de forma permanente en la función legislativa a través del ejercicio constante, y muchas veces exitoso, de la iniciativa. En un principio, cotitulares de la potestad de hacer las leyes eran las cortes, pero del marco constitucional solo se desprendía la reserva de ley en algunas materias como lo atinente a la libertad de prensa y lo referido a la tributación, ambos terrenos muy acordes al concepto liberal que habían de encarnar unas cámaras de composición estamental y nombramiento regio, y de extracción burguesa y elección sensiblemente restringida.

No bastó con la colocación de estos diques elitistas para garantizar una participación regular de las cortes en la vida política. Hubo casos de regulación por decreto del gobierno de asuntos en principio reservados a la ley, incluidos los presupuestos estatales. Pero sobre todo hubo una práctica bien habitual, que es la que nos interesa, de delegación legislativa por parte de las cámaras y en favor del gobierno para que éste aprobase por decreto, no ya leyes ordinarias, sino hasta códigos nacionales. Se trataba entonces no solo de un claro predominio del gobierno en el ejercicio de la iniciativa (65). Hablamos también de la

(64) Fue Jesús Vallejo quien en primer término me encareció la lectura de *La práctica parlamentaria en el reinado de Isabel II*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1986. Para lo indicado en las líneas siguientes atiéndase a las pp. 13-46, 83-133 y 239-281.

(65) Estando en el origen de muchas leyes los proyectos ministeriales diseñados previamente, una vez que se instauró, por la también gubernamental Comisión de Codificación. Este predominio, que de cualquier modo dejaba espacio al debate parlamentario, llegaba al punto de que « la totalidad de las leyes *políticas*, como por ejemplo la ley electoral y aquéllas que tendían a organizar de nueva planta la administración local y provincial, fueron leyes cuya iniciativa partió invariablemente del Gobierno de la Nación. De la misma instancia partieron las iniciativas de ley que tenían por objeto las más decisivas reformas *socio-económicas* tendentes a desarticular la

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

apropiación por parte del ejecutivo de la potestad máxima dentro del Estado aprovechando una laguna, ya que ni se establecían ni se prohibían las delegaciones en sede constitucional. Características de los gobiernos conservadores y paradójicamente amparadas por la soberanía omnipotente del parlamento, estas prácticas revelaban la composición predeterminada de las cortes y la condición autoritaria de algunos de los cuerpos legales más importantes del régimen liberal, como lo eran el código penal o las leyes de corporaciones locales y provinciales. Y junto a estas delegaciones de la función legislativa, hubo además otras autorizaciones, conocidas como *voto de confianza*, en la que se concedían al ejecutivo poderes extraordinarios con el pretexto de « poner término a la guerra interior », pero que éste aprovechaba igualmente para, en un contexto de emergencia y con inactividad de las cámaras, aprobar mediante decretos con fuerza de ley medidas cruciales tal que la desamortización eclesiástica.

Estas autorizaciones al ejecutivo, que tuvieron como fin la aprobación de leyes esenciales, la asunción de prerrogativas en materia de orden público con suspensión temporal y localizada de garantías (66), y, en su punto extremo, la concesión de « plenos poderes », eran un factor común a otros sistemas políticos, como por ejemplo el italiano, según ha evidenciado recientemente Carlotta Latini. Con la mirada puesta en los decretos de emergencia dictados durante la Gran Guerra, la autora vuelve la vista atrás para mostrar que las pautas de la excepcionalidad — estados de necesidad, reforzamiento del ejecutivo, providencias extraordinarias — estaban instaladas en la historia italiana desde su misma génesis constitucional, formando un tapiz complejo de recursos decisorios que conspiraban siempre contra el régimen representativo y los límites constitucionales. Atravesada por la guerra, la Italia decimonónica puso en práctica la delegación legislativa en favor del poder ejecutivo durante los estados de sitio, pero, aprovechando dichas situaciones de emergencia, el gobierno aprobó con regularidad « decretos con fuerza de ley » cuyos contenidos excedían con mucho el objetivo de hacer frente al peligro que había provocado la transmisión de poderes. Con tal « decisionismo de guerra » se adoptaron medidas legislativas libres de toda mediación parlamentaria y fundamentales para la codificación del ordenamiento. Esta lógica de la excepcionalidad

---

sociedad del Antiguo Régimen y fijar los presupuestos de la nueva sociedad liberal, como eran las leyes desvinculadoras y desamortizadoras », MARCUELLO, *La práctica parlamentaria* cit., pp. 88-89.

(66) Cf. el listado de autorizaciones de esta clase elaborado por Alejandro Nieto en *Los primeros pasos del Estado constitucional* cit., pp. 161 ss., poniéndose en definitiva de manifiesto que la praxis del Estado liberal distaba mucho de la racionalidad y la sistematicidad que se le presume, siendo más bien fruto de las necesidades perentorias, las improvisaciones y las convenciones que fuesen asentándose.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

se trasfirió además al funcionamiento ordinario de las instituciones con unas « delegaciones especiales o de paz » que ensanchaban todavía más las potestades normativas del ejecutivo, hasta el punto de convertir el sistema italiano en paradigma de la « democracia gubernamental » (67).

Hemos podido ver entonces que el Estado liberal, tanto en España como Italia, fue edificándose a través de las delegaciones legislativas y de la legislación por decreto. Todo ello describe un campo de actuación autoritaria por parte del ejecutivo que ponía en suspenso la hipotética fisiología de la Monarquía constitucional. El estudio de Latini nos ha aclarado que también los estados de excepción sirvieron para atribuir unas prerrogativas extraordinarias que no siempre se ciñeron a la finalidad de la pacificación social, atendiendo a la más acuciante de la construcción estatal. Pero tales estados de excepción, aparte de prestar cobertura a la legislación autoritaria, suponían la emanación de medidas de emergencia contrarias al ordenamiento en vigor y la activación de determinados dispositivos dirigidos a afrontar situaciones de necesidad. Ya que en todos estos casos se suspenden las garantías constitucionales y se consiente la vulneración del derecho vigente, una posible divisoria a trazar para poder clasificarlos consiste, como se ha indicado, en averiguar si estamos ante circunstancias excepcionales gobernadas por el ejecutivo o comandadas por el ejército.

Atendiendo a la experiencia española — y, en menor medida, a la italiana — sobre el particular, pueden entresacarse algunas conclusiones (68). Durante la construcción del Estado liberal prevaleció, por razones estructurales, el recurso a los estados de sitio, que se habían convertido ya en una ficción al desvincularse de situaciones objetivas de guerra y dirigirse a la represión militar de los levantamientos populares, a la reparación del caos provocado por las catástrofes naturales o a ambas cosas juntas, pues dichas catástrofes solían acarrear episodios de

---

(67) Vid. Carlotta LATINI, *Governare l'emergenza. Delega legislativa e pieni poteri in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 5-7, 121 ss. y 246. La última aseveración pertenece a AGAMBEN, *Estado de excepción* cit., p. 30.

(68) La base para las reflexiones que siguen la dan CRUZ VILLALÓN, *El estado de sitio* cit., pp. 170-171, 268-276 y 328-365; BALLBÉ, *Orden público* cit., pp. 116-127, 162-163 y 196-201; LÓPEZ GARRIDO, *La Guardia civil* cit., pp. 64 y 83 ss.; Luciano VIOLANTE, *La repressione del dissenso politico nell'Italia liberale: stati d'assedio e giustizia militare*, « Rivista di storia contemporanea » 5 (1976), pp. 481-524, pp. 489 ss.; Roberto MARTUCCI, *Emergenza e tutela dell'ordine pubblico nell'Italia liberale. Regime eccezionale e leggi per la repressione dei reati di brigantaggio (1861-1865)*, Bologna, Il Mulino, 1980, pp. 38, 42-46; y Mario SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanente del sistema penale italiano (1860-1990)*, en Luciano VIOLANTE (a cura di), *Storia d'Italia* Annali 14: *Legge Diritto Giustizia*, Torino, Einaudi, 1998, pp. 487-551, especialmente « I.I. Bajo el signo de la emergencia ».

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

saqueos, manifestaciones e insubordinación (69). La ausencia de una administración policial de carácter civil y la omnipresencia del ejército impedían el recurso ordinario a la dictadura del ejecutivo. Algún proyecto de regulación de aquella época — 1839 —, aun distinguiendo, al modo francés, los estados de *prevención*, *guerra* y *sitio*, no concedía funciones destacables en ninguno de ellos a la autoridad y jurisdicción civiles, dejándolo todo en manos militares. Y es que la declaración y la delimitación de dichos estados de guerra no implicaban una atribución de poderes al mando militar. Se trataba más bien de una directa y desreglada competencia de las mismas autoridades castrenses, sin que existiese tampoco una inserción clara de éstas en una estricta cadena de mando, dándose el caso de estados de sitio declarados unilateralmente por capitanes. Cuando, como en Italia, prevalecía la presencia del ejecutivo, declarando éste directamente los estados de sitio, el recurso al ejército en vez de a « los ordinarios poderes de policía » solía igualmente ser la norma, pues, como sostiene Roberto Martucci, « el aparato estatal no garantizaba un suficiente control social », cosa que sólo lograban « las fuerzas armadas ».

Por utilizar la feliz expresión de Cruz Villalón, estamos, en efecto, ante unos « estados de sitio en estado de naturaleza », desprovistos prácticamente de soporte legal y declarados sin cumplir la previsión constitucional, que ordenaba la mediación de una ley para autorizar la suspensión de las garantías constitucionales y que consagraba el derecho a la tutela jurisdiccional civil. En el caso hispano, el único marco existente lo suministraban normas premodernas, constantemente invocadas y utilizadas hasta bien avanzado el siglo XIX, y la ya citada ley progresista de 1821, con su generosa atribución de competencias a la jurisdicción militar. En la experiencia italiana, durante los dramáticos episodios de la incorporación del Sur al Reino de Italia, tampoco existía un marco regulador del estado de sitio — « instituto [que] venía delineándose esencialmente en la praxis » —, y, además, bajo su imperio, según nos recuerda Mario Sbriccoli, « se dio vida a una legislación excepcional — la ley Pica, de 15 agosto 1863 — » y a unas « prácticas y principios que se instalaron permanentemente en el ordenamiento penal ». A diferencia del ejemplo francés, tanto en Italia como en España, la regulación legal del orden público no llegará hasta más tarde (70), pero si bien en el primer caso los estados de guerra y la

(69) Vid. el relato de Massimo La Torre, *La fine dell'Ottocento. Il terremoto di Messina e lo stato di eccezione*, « Materiali per una storia della cultura giuridica », 29/1 (2009), pp. 3-30, especialmente 13 ss.

(70) En Italia, concretamente, no llega hasta 1865, aunque esta primera ley no salvó una situación práctica de ostensible heterogeneidad, y su sucesora de « seguridad pública » de 1888, pese a contar con un propósito sistematizador, incluyó entre sus preceptos figuras indeterminadas que reprimían la peligrosidad. Cf. Luciano Martone,

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

jurisdicción militar no volverán hasta final de siglo, en el segundo su injerencia continuó siendo constante aun después de la ley de orden público de 1870.

Lo importante de cualquier modo es indicar que la declaración de dichos estados de sitio suponía, no ya la suspensión de los derechos, sino la creación mediante bandos de delitos y penas, incluidos « fusilamientos inmediatos ». La evidente desproporcionalidad existente entre los males que pretendían erradicar y los que provocaban desvincula esta práctica represiva de su finalidad retórica y, por tanto, obliga a buscar en otro lugar su fundamento último. En más de una ocasión se trató de legalizar « un estado de hecho » garantizando con ello la impunidad de quienes ejercían arbitrariamente una autoridad con posible sacrificio de vidas humanas. Téngase en cuenta que nos colocamos en unos períodos donde a la periferia solo llegaban el ejército y la iglesia, que, en consonancia con los poderes fácticos locales, podían desarrollar funciones represivas y en todo caso públicas sin fiscalización posible desde el centro institucional. Por otro lado, los estados de sitio « ficticios » no cabe separarlos de las funciones políticas que efectivamente desplegaron. En este punto el asunto de su « constitucionalización », de su regulación jurídico-positiva en cumplimiento de un mandato constitucional, puede implicar la transmisión de cierta seguridad jurídica y la actuación más o menos protocolaria y previsible de los órganos involucrados, pero en ningún caso les resta su dimensión política ni tampoco destierra por completo la arbitrariedad, visto el grado de discrecionalidad que tanto en el tenor legal como en su aplicación rutinaria consentían los preceptos de las leyes de seguridad u orden públicos.

La comprensión de los estados de guerra, por tanto, en ningún caso puede reducirse a considerarlos episodios destinados a garantizar exteriormente el orden público. Sus objetivos eran mayores. Se trataba en primer término de neutralizar la disidencia y de disciplinar a la ciudadanía con el horror y la ejemplaridad. En realidad estaba en juego la construcción misma del Estado, cuyo primer peldaño exigía desarmar a un pueblo inserto en las milicias y en las revoluciones nacionales. Sirvieron así los estados de sitio para permitir la adopción acelerada, sin mediaciones procedimentales ni incómodas transacciones, de decisiones fundamentales para el alzamiento del Estado liberal, pero también para inocular de un modo eficacísimo cuáles habían de ser los patrones de conducta indispensables para adaptarse al nuevo sistema burocrático. En España, el estado de guerra sirvió hasta para crear el contexto propicio en que aprobar toda una Constitución, la de 1876, ilegítima así

Aspetti del sistema penale liberale e fascista tra leggi speciali e garanzie processuali, Torino, Giappichelli, 2007, p. 37.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

desde su mismo origen, por mucho que la *indemnidad* parlamentaria concedida después pretendiese ocultarlo.

El recurso a los estados de excepción dirigidos por el poder ejecutivo y todavía con actividad de la jurisdicción civil solo pudo llegar cuando la relativa desmilitarización de cada Estado particular así lo permitió (71). Su posibilidad dependía en muy primera línea de las disposiciones constitucionales que regulaban la declaración de la excepcionalidad, permitiendo con ello el establecimiento de una dictadura legal, y de la normativa específica sobre orden público. En España, durante el siglo XIX hubo al menos tres dictaduras del ejecutivo, una en 1844, durante la cual se gobernó por decreto tras la disolución de las cámaras, otra en 1848, esta vez con autorización parlamentaria para suspender garantías pero de carácter inconstitucional, ya que las cortes delegaban al gobierno la potestad misma para apreciar y declarar la emergencia, y la última de 1866, también autorizada pero incurriéndose de nuevo en la misma infracción que la anterior. Hasta 1870 no se reguló el reforzamiento extraordinario del ejecutivo, estatuido tanto en los estados de alarma como en los de prevención, pero la carencia de recursos y la preponderancia militar impidieron su real e inmediata implantación. Cuando ésta resultó factible, los poderes extraordinarios del ejecutivo se combinaron con frecuentes estados de guerra (72), pero debido tanto a la estabilización de algunas instituciones estatales como a la intensificación creciente de la oposición política al régimen liberal hubieron de arbitrarse nuevas fórmulas que permitiesen, sin recurrir a los estados de excepción generalizados, fuesen ejecutivos o militares, la suspensión localizada y selectiva de las garantías como medida político-criminal conducente a la neutralización de los disidentes y de las clases subalternas.

6. *Los enemigos a derrotar: anarquismo en España y disidencia política en Italia.*

Mientras haya enemigos, habrá terror.
ALBERT CAMUS

Compone éste el último de los niveles de excepcionalidad indicado, que suponía una suspensión parcial del derecho común y la

(71) Hans BOLT, *Rechtsstaat und Ausnahmezustand. Eine Studie über den Belagerungszustand des bürgerlichen Rechtsstaates im 19. Jahrhundert*, Berlin, Duncker & Humblot, 1967.

(72) Es más: dado que muchos gobernadores civiles eran militares, y visto que los estados de excepción coordinados por el ejecutivo contaban en muy primer término con su actuación, puede afirmarse que ni en tal caso se había logrado la desmilitarización de la excepcionalidad en España.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

vigencia, en su lugar, de normas especiales aprobadas con el fin de reprimir más intensamente a sujetos considerados enemigos peligrosos para la subsistencia de la comunidad. Reténgase que la legitimación habitual de esta excepcionalidad solía revestirse de categorías naturalistas: en el fondo, tanto si se garantizaba con la violencia el trabajo forzoso del indígena colonizado como si se ajusticiaban anarquistas se trataba en última instancia de domesticar, civilizar o eliminar a sujetos distinguidos por su atavismo. Si nos ceñimos al caso de los enemigos políticos interiores, esta forma de excepción solía además instaurarse durante los estados de sitio y, bajo su vigencia, eran igualmente aplicados, poniéndose con ello de manifiesto el solapamiento habitual entre regímenes excepcionales de estatuto jurídico diverso. La proliferación de las leyes penales especiales, que suspendían derechos y garantías de forma localizada y daban entrada tanto a fuerzas gubernativas como a la jurisdicción castrense, se verificó en primer lugar para combatir el bandidaje y principalmente cuando la oposición al Estado liberal pasó de los tumultos populares premodernos a la movilización política organizada. Si bien este tránsito comenzó a realizarse en los años cuarenta, con la sintomática aparición del concepto de « clases peligrosas » (73) y sobre todo tras el consenso « nobiliario-burgués » posterior al fracaso revolucionario, no alteró sustancialmente la lógica represiva del Estado hasta el último tramo del siglo.

En la experiencia española, como en la general europea, la presencia de estos enemigos políticos, inicialmente de los anarquistas, y con posterioridad de los sindicalistas, fue particularmente intensa y duradera (74). El análisis historiográfico de este crucial asunto ha solido llevar, al menos en el caso hispano, el sesgo de la historia política generalista, concentrada en ilustrar la evolución de los movimientos sociales y sus implicaciones políticas. Si se ha atendido a la dimensión jurídica de este fenómeno, ha sido de manera colateral y siempre desde la perspectiva positivista entretenida en describir los instrumentos legales de la represión. Existiendo incomprensiblemente para la historia jurídica española ese hueco por rellenar del siglo XX, no figuran estudios de la disciplina, como algunos ejemplares de Mario Sbriccoli, que hayan tratado de reconstruir unas prácticas, al fin y al cabo, y sin descontar sus

(73) Henri A. FREGIER, *Des clases dangereuses de la population dans les grandesvilles*, Paris, 1840; Louis CHEVALIER, *Clases laborieuses et clases dangereuses à Paris*, Paris, 1958, Massimo PAVARINI, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico* (1980), Madrid, Siglo XXI, 1983², pp. 43 ss.

(74) Para una bibliografía cuya cita ahora me ahorro séame permitido remitirme a Sebastián MARTÍN, *Criminalidad política y peligrosidad social en la España contemporánea*, « Quaderni Fiorentini » 38 (2009), pp. 861-951, especialmente a las páginas dedicadas al anarquismo: 894 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

concomitancias políticas generales, de naturaleza eminentemente jurídica, en concreto de naturaleza penal, procesal y administrativa.

Si el lector se orienta de forma preliminar por los títulos de los textos que pretende consultar, habrá que convenir entonces que una monografía subtitulada *Los grandes procesos contra el anarquismo español* puede generar la expectativa de que la laguna citada comienza a colmarse, siquiera en la muy legítima forma de una historia de casos célebres en lugar de con el más costoso análisis de la estructura del proceso penal codificado, tanto en su versión civil como militar. Y, en parte, ha comenzado a cubrirse este vacío, pues solo el hecho de centrar una investigación en el plano procesal de la represión del enemigo patentiza que se es perfectamente consciente de que existe y, por fuerza, habrá de conllevar conclusiones y balances que afecten a la parte más jurídica del objeto tratado. Sin embargo, no es éste el núcleo de un libro volcado ante todo en la reconstrucción del contexto histórico-social que circundó a los procedimientos propiamente dichos.

En efecto, el estudio de Gutiérrez Molina, historiador de la Universidad de Cádiz y buen conocedor del movimiento anarquista (75), se detiene principalmente en la reconstrucción de los pormenores que rodearon los procesos contra el anarquismo: narración de antecedentes, presentación de personajes, exposición de las reacciones públicas, crítica moral de los sucesos. Es en este aspecto, pues, donde residen casi todos los méritos del texto, algunos de ellos verdaderamente escasos, por su oportunidad, claridad y contundencia, en la academia hispana. Quisiera destacar al menos los tres que considero de mayor relevancia: la valoración de la violencia política en la España contemporánea, la ponderación de las políticas represivas y la sensibilidad mostrada frente a la experiencia vivida por los represaliados.

Resulta cada vez más imprescindible conectar la violencia ejercida por los colectivos rebeldes con la violencia desreglada y anárquica enquistada en la dinámica estatal, así como va siendo del todo indispensable vincular esta última violencia institucional con el desencadenamiento ulterior de la guerra civil. « En los treinta años transcurridos entre 1851 y 1881 habían tenido lugar ochenta sublevaciones militares y las guerras carlistas y cubana. Unas y otras llevaron a la muerte a casi trescientas mil personas » (p. 31). Aseveraciones como ésta muestran hasta qué punto estamos frente a un Estado consumido en su faceta castrense, al menos desde la óptica de quienes seguían tutelados por potestades privadas y solo reconocían al Estado oficial por sus requerimientos patrióticos. Si a la falta efectiva de penetración no impositiva del Estado en las relaciones sociales, si a la desafección generalizada que

(75) Baste un título para acreditarlo: José Luis GUTIÉRREZ MOLINA, *La idea revolucionaria: el anarquismo organizado en Andalucía durante los años treinta*, Madrid, Madre Tierra, 1993.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

esto provocaba, se añade además un ejercicio de la autoridad con frecuencia desprovisto de soporte jurídico, o facultado por unas leyes que consagraban la discrecionalidad, el anarquismo no puede apreciarse entonces como una patología, como una desviación aberrante que hubiese que extirpar para preservar el normal funcionamiento del orden natural, sino como un factor fisiológico del Estado liberal, indisociable de la distribución del poder que éste se proponía conservar y de las prácticas institucionales que desplegaba para lograrlo.

Tan congénitos eran los actos sediciosos y las rebeliones que todos los esfuerzos invertidos en suprimirlos se mostraron inútiles, hasta que se optó por un exterminio genocida, esto es, por una vía que causaba una catástrofe de mayor envergadura que la inicialmente temida. El auge del anarquismo fue, efectivamente, directamente proporcional al grado de su represión. Los medios empleados para perseguirlo ponían una y otra vez de manifiesto que contribuían a redoblar el mal que pretendían neutralizar. Sus nefastas consecuencias para la producción, los desórdenes que finalmente provocaban las políticas de orden público, la persistencia reforzada del anarquismo tras la caída de sus líderes revelaban que no se trataba ni de una cuestión económica ni tampoco de un sincero intento por garantizar la paz social. Lo que estaba en liza era más bien la fundación misma del Estado, la apropiación de los recursos y la posición social indispensables para declarar el derecho válido en un territorio. No es que el anarquismo fuese estatalista, pero sí portaba una dimensión normativa, ya difundida ampliamente a través de escuelas libertarias, que colisionaba con aquella impulsada por los sectores que copaban las instituciones y que aun no se habían consolidado del todo. Cabe incluso afirmar que mientras el Estado oficial colocaba al movimiento anarquista en un estado de excepción, éste, por su parte, decretaba materialmente su propio estado de excepción y ponía en suspenso el establecimiento rutinario de las instituciones estatales y tradicionales. No puede, por tanto, juzgarse retrospectivamente la actitud revolucionaria de los anarquistas españoles como simple seña de utopismo, pues resulta del todo verosímil que ante un Estado desmedrado como el de entonces los rebeldes considerasen factible mediante la insurrección la consumación de sus propósitos (p. 52). De hecho, como el mismo Gutiérrez Molina asegura, cuando la administración estatal se desplomó, floreció repentinamente toda esa carga transformadora en la efímera experiencia conocida como « la revolución española », « el último aporte — a juicio (discutible) de Gutiérrez Molina — del llamado viejo continente en la búsqueda de una sociedad más justa » (p. 16).

De la valoración positiva del legado libertario se desprende además una delicada atención a las trayectorias vitales de sus protagonistas. Uno de los puntos más brillantes del texto es precisamente esa práctica de la historia social, opuesta a la genealogía de los reyes y los

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

prohombres, que desciende hasta el nombre y los apellidos de todos los actores involucrados activamente en el proceso histórico. De esta sensibilidad se extraen numerosos periplos biográficos, que permiten al lector conocer no solo la suerte de los rebeldes, sino también de los agentes encargados de su represión, percibiéndose en este último caso la perniciosa continuidad, bajo la República, de cuadros policiales instruidos y consolidados durante la dictadura anterior. A ella también se debe el rescate de alguna figura mayor, como lo es la del abogado anarquista Eduardo Barriobero, responsable de algunas de las más certeras y clarividentes alocuciones pronunciadas en las Cortes Constituyentes republicanas. Pero más que informaciones, lo que este cuidado nos transmite es la profunda y benjaminiana convicción ética de que aquellas víctimas de los « asesinatos legales » no dieron su vida en balde; antes al contrario, se sacrificaron precisamente para que algún día llegase un régimen de libertades, donde principios que hoy parecen tan elementales como la igualdad de sexos o la redistribución de la riqueza pudiesen prevalecer sobre el dominio y la servidumbre. Gutiérrez Molina se inscribe así en esa encomiable línea de investigación científica e intervención política que impulsan Cecilio Gordillo y Francisco Espinosa, identificable bajo la rúbrica *Todos los nombres*, ocupada en recuperar y honrar la memoria de todos y cada uno de los asesinados y represaliados por el fascismo en España y que, sobre todo, nos enseña que la memoria histórica, o la historia como memoria, supone superar la falsa distinción « entre grandes y pequeños » y restituir la « tradición de los oprimidos » para, por un lado, atender a lo que pudo ser y no fue, y por otro, inmunizarnos frente al « conformismo », el principal « instrumento de la clase dominante » y, en consecuencia, la disposición anímica propicia para la venida de la barbarie (76).

Al igual que en este aspecto ético radica uno de los principales méritos del libro, puede que en él resida también una de sus mayores debilidades. Resulta evidente la clara simpatía — y la falta consiguiente de distanciamiento — del autor con respecto a su objeto de estudio, lo que le hace incurrir en reduccionismos y contraposiciones simplistas. Quien suscribe, no practica en este punto relativismo moral alguno, pero sí intenta encarar el asunto con cierto realismo y no reducirlo a la inocua y pacífica « pretensión de los rebeldes de sustituir un injusto sistema social por otro más solidario e igualitario » (p. 232). Que « la violencia no [fuese] un hecho excepcional en la vida política y social española » (p. 30) no ha de significar un juicio exculpatorio de parte,

(76) Las iniciativas y resultados de este proyecto pueden consultarse en www.todoslosnombres.org. Y las últimas referencias del párrafo proceden del principal y primer inspirador de la historia como memoria, Walter Benjamin, concretamente de sus *Tesis sobre el concepto de historia*, traducidas y comentadas por Reyes Mate en *Medianoche en la historia*, Madrid, Trotta, 2006.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

sino más bien el síntoma de un fracaso general. El desafío que implicaba el movimiento anarquista, y en general las tremendas divisiones que escindían la sociedad política hispana desde el mismo siglo XIX, solo podía resolverse por una doble vía. Si las partes en litigio nada más que contemplaban la posibilidad de apropiarse en exclusiva del aparato estatal, para materializar con proscripción de los enemigos su programa social, entonces aquellas dramáticas oposiciones solo podían remontarse con la anulación o neutralización del otro, senda que conduce como bien sabemos a la eliminación de la diferencia y que, en última instancia, nunca llega a prosperar. Si, por el contrario, se escapase de este callejón sin salida, el reto pasaba a ser el hallazgo de fórmulas de mediación, el cultivo de la transigencia, el hábito de la negociación y el pacto (77). Y si la historia parece demostrar que la hegemonía liberal y conservadora, salvo concesiones gubernamentales, no estaba dispuesta a escoger esta segunda vía, ¿lo estaba por su parte el anarquismo, o más bien aspiraba igualmente a una hegemonía total sin transacciones posibles?

Su actitud frente al régimen republicano, disculpada por Gutiérrez Molina, además de un profundo desacierto, como vino a evidenciarse después, parece demostrar que ni siquiera se avenía a colaborar con un sistema constitucional entre cuyas prioridades figuraba la protección y promoción de los derechos sociales. No deja de resultar irónico el contraste entre la oposición implacable planteada por los anarcosindicalistas al primer gobierno republicano y su aceptación, ya en el exilio y bajo la dictadura franquista, de una restauración monárquica con elecciones constituyentes (p. 278). Llama igualmente la atención contemplar a los anarquistas cumplimentando todos los trámites gubernativos para legalizar sus huelgas, pero con simultáneo y sistemático rechazo de las instancias jurisdiccionales de previa conciliación habilitadas precisamente para evitar los paros. Cierto es que, como en la República de Weimar, una de las principales causas del fracaso de la española fue la trágica desunión entre las fuerzas que hipotéticamente podían sostenerla y que, a la vuelta de un lustro, se vieron en efecto abocadas a « la unidad de acción » para defenderla de su destrucción. Algún político destacado como Blas Infante ya advertía, según nos hace saber el autor, que « el intento de las autoridades de acabar con el anarcosindicalismo llevaría el país al caos » (p. 209). Pero el choque entre « republicano-socialistas » y anarquistas fue propiciado tanto por la política oficial republicana, que efectivamente pudo afrontar en algún punto « la cuestión social con la misma visión de orden público de la monarquía » (p. 14, p. 201), como también por el boicot nada despreciable auspiciado por los anarquistas, actitud que en nuestro libro

(77) Vid. las reflexiones de José Luis VILLACAÑAS, *Poder y conflicto. Ensayos sobre Carl Schmitt*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2008, pp. 289 ss.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

resulta por completo exonerada de responsabilidades pese a sus nefastas consecuencias. Y es que « la batalla Estado-anarcosindicalismo » (p. 202) no prosiguió tras 1931 sin solución de continuidad, dada la diversa condición del Estado republicano si lo comparamos con el vigente con anterioridad.

Dejando a un lado las observaciones más histórico-políticas y yendo al aspecto jurídico del asunto estudiado, pueden también realizarse algunas apreciaciones, esta vez quizá más críticas. No es infrecuente que el autor se quede a veces en el plano de las menciones generales (« el Parlamento dictó leyes contra el obrerismo », sin citar cuáles, p. 26), que sustraen al lector detalles de interés. En algunas ocasiones acaso se incurra en cierta imprecisión conceptual o en alguna incorrección (« [El movimiento obrero en 1931] pretendía recuperar las condiciones de trabajo y salariales perdidas durante los años de Primo », p. 201) y en otras se refieren múltiples jurisdicciones cuyo encaje general no llega a conocerse (habla concretamente del « juzgado especial para delitos de espionaje y terrorismo », del « tribunal de delitos terroristas » y del « tribunal especial de actividades extremistas », p. 326, p. 329, p. 336). Pero, de cualquier modo, de lo dedicado a la faceta jurídico-procesal y policíaca del objeto analizado puede concluirse que estábamos principalmente ante una represión caracterizada, en lo gubernativo, por la ilegalidad, y en lo procedimental, por la politización de la justicia y la malformación del proceso.

En el primer aspecto, abundan los ejemplos de torturas con resultado de muerte o incluso « enajenación mental » (p. 39), de confesiones forzadas, detenciones sin tutela judicial, registros sin autorización y, en suma, de la primacía procesal del atestado policial. Y en el segundo se hace patente el control gubernamental ejercido sobre los tribunales y fiscales y la actuación permanente de la jurisdicción militar, posibilitada por la declaración de sucesivos estados de guerra y canalizada por el inflado tipo penal de rebelión. Ya en el interior del proceso, se trataba sobre todo de una constante vulneración del derecho de defensa, de un abuso de la prisión provisional y del expediente sumarísimo y de un problema de creación artificial, manipulación, torcida apreciación o directa destrucción de las pruebas. En definitiva, con demasiada frecuencia el proceso servía para protocolizar, formalizar y validar una condena arbitrariamente decidida de antemano. Solo la intermediación del jurado cuando no intervenía la justicia uniformada y sus frecuentes decisiones absolutorias alteraron el curso previsto de los acontecimientos, pues, en contra de lo que se esperaba, pronto se suscitó un instinto de simpatía de los jurados, con frecuencia de procedencia humilde, hacia los procesados por delitos políticos (78).

(78) Así se deduce de muchas de las memorias elevadas por el Fiscal del Tribunal Supremo al Ministerio de Gracia durante la Restauración, material que, junto

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

En este tema, quedan además tratados o anotados algunos puntos que por su interés invitan a profundizar en ellos. No era inusual, por ejemplo, que existiesen discrepancias y votos particulares en los consejos de guerra, ni que en éstos la defensa ejerciese su papel con independencia y profesionalidad. La sustanciación de los procesos solía tener por otra parte una resonancia pública que permite apreciar la escisión entre una opinión oficialista y una opinión pública espontánea de radio internacional, cuya fortaleza llegaba a condicionar decisiones gubernamentales y cuya sola presencia ya nos pone de relieve la complejidad de la categoría de la *public opinion* consustancial al régimen liberal (79). Las condenas daban asimismo la oportunidad para llevar a la práctica la deshumanización ya realizada en la teoría de los anarquistas, degradando públicamente la imagen de unos sujetos caracterizados por su dandismo. Y la ejecución final de las más severas sentencias, si bien podía inscribirse en la función de prevención general por su deliberada ejemplaridad, mostraban igualmente la persistencia de una penalidad brutal muy reveladora de los anacronismos propios del sistema político en vigor.

Unas constantes similares pueden detectarse en la recta final del Ochocientos italiano. También en este caso encontramos un país dividido « entre Estado y Antiestado, entre legitimidad y extraconstitucionalidad, entre clases dirigentes desprovistas de hegemonía y masas no nacionalizadas » (80). La represión finisecular contaba desde luego con antecedentes cualificados, previos incluso a la Unificación, como el recurso a comisiones especiales o a tribunales militares para perseguir la

---

a la legislación en vigor y a las obras doctrinales, conforma la base documental de un próximo trabajo de quien suscribe titulado *Justicia en España de la Restauración al franquismo*. Similares reacciones se observaban en la experiencia italiana, donde los « Procuradores del Rey » también se lamentaban del « exceso de indulgencia de los jurados populares »: vid. Martone, *Aspetti del sistema penale* cit., p. 116, Giampietro Berti, *La sovversione anarchica in Italia e la risposta giudiziaria dello Stato (1874-1900)*, en « Quaderni Fiorentini » 38 (2009), pp. 579-600 y, en primer lugar, Sbriccoli, *Dissenso politico e diritto penale in Italia fra Otto e Novecento. Il problema dei reati politici dal* Programma *di Carrara al* Trattato *di Manzini*, en « Quaderni Fiorentini » 2 (1973), pp. 607-702, p. 617.

(79) Conforman además las relaciones entre proceso penal y opinión pública un campo de investigación sumamente interesante: vid. Carlos Petit, *La célebre causa del crimen de Fuencarral. Proceso penal y opinión pública bajo la Restauración*, « Anuario de Historia del derecho español » 75 (2005), pp. 369-412; y Floriana Colao, Luigi Lacché, Claudia Storti (a cura di), *Processo penale e opinione pubblica in Italia tra Otto e Novecento*, Bologna, Il Mulino, 2008.

(80) Son las acertadas palabras de Umberto Allegretti, *Dissenso, opposizione politica, disordine sociale: le risposte dello Stato liberale*, en Luciano Violante (a cura di), *Storia d'Italia*, Annali 12: *La criminalità*, Torino, Einaudi, 1997, pp. 719-756, p. 722.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

oposición política (81). La resistencia frente al régimen liberal en este último tracto del siglo la protagonizaban, como en España, los anarquistas e internacionalistas, responsables de un movimiento político, de marcado perfil doctrinal, cuya persecución desquició los moldes jurídico-penales del régimen liberal, exigiendo, primero, un desvirtuador ensanchamiento de las prácticas gubernativas y de las figuras penales, y después, la adopción de leyes penales de excepción (82). Su existencia describía todo un perímetro de disidencia y rebeldía reputado por la dirigencia como « extraconstitucional », pero concebido también por quienes lo poblaban como expulsado y excluido del orden liberal. Y su estéril represión tuvo como consecuencia primera el robustecimiento de la versión más autoritaria del Estado, erigida con la excusa de afrontar un discutible peligro revolucionario y en cierta medida presagiadora de los derroteros fascistas ulteriores (83).

En el aspecto jurídico e institucional, la protección extraordinaria del Estado frente a la disidencia política supuso un encendido debate en torno al alcance del delito político, la activación de novedosos dispositivos legales y la adecuación de la magistratura y el proceso al desempeño de ciertas funciones político-criminales opuestas a un régimen de garantías. Sobre todo ello trata el extenso, heterogéneo y fluvial texto de Patrick Anthony Cavaliere (84), autor especialista en el sistema penal del fascismo que rastrea ahora también en este libro los antecedentes liberales del mismo. Debido a su manifiesta ambición, avalada por un extenso aparato bibliográfico y documental, la obra que manejamos nos transmite con frecuencia informaciones elocuentes y alcanza conclusiones valiosas, pero lo hace de un modo árido que puede desorientar al lector, en concreto de una forma en la que caben autocitas de varias páginas para redondear lo aducido en el cuerpo del texto y que se caracteriza por unos capítulos sin divisiones internas, pero de contenido variado, que pueden cubrir hasta setenta páginas.

Estamos, pues, y pese al título, ante un intento de escribir la historia criminal italiana del Estado liberal al fascismo, colocando en el centro de la atención la problemática de los delitos y la delincuencia políticos, pero ilustrándola asimismo con el análisis pormenorizado de

---

(81) Carlotta LATINI, *Procesare il nemico. Carboneria, dissenso politico e penale speciale nell'Ottocento*, « Quaderni Fiorentini » 38 (2009), pp. 554-577.

(82) Vid. BERTI, *La sovversione anarchica in Italia* cit., pp. 587-588.

(83) Son apreciaciones, de nuevo acertadas a mi manera de ver, de ALLEGRETTI, *Dissenso* cit., pp. 748-751.

(84) CAVALIERE, *Il diritto penale politico* cit. (n. 1), cuyas primeras trescientas páginas van dedicadas al régimen y doctrina penales previos al fascismo. Anuncia además un inminente texto « en preparación » titulado *Crime and Punishment in Fascist Italy*, asunto al cual dedica, en esta monografía que nos ocupa, los cuatro últimos capítulos, que se escapan ya de nuestra acotación temporal.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

la confección de los códigos, del aparato judicial, del lenguaje de las normas penales, del papel de los juristas y del contenido de la doctrina penalística. Una variedad de temas — algunos de ellos ya tratados en profundidad y con anterioridad por otros autores (85) — desprovista, sin embargo, del afán de ordenación sistemática que tanto contribuye a clarificar el objeto tratado. De esta variedad, según se ha indicado, cabría entresacar algunos tópicos para concluir la exposición de este último nivel de la excepcionalidad, aquel dirigido a colectivos políticamente connotados.

El primero de ellos se refiere al aspecto más doctrinal de la cuestión. Si algo caracterizó la polémica entre los especialistas italianos del derecho penal fueron las ambivalencias de los miembros de las corrientes clásica y positiva. Parte Cavaliere de la acertada crítica al esquematismo simplificador que no tiene en cuenta la complejidad interna de ambas escuelas, para ilustrar después, con un recorrido doxográfico, las concepciones particulares de los penalistas más destacados sobre el delito político. El entendimiento clásico se encontraba atravesado por una tensión histórica: la identificación todavía fresca del delincuente político con el « protagonista de la lucha del Resurgimiento » (p. 63). Este dato, y una sincera profesión de fe liberal, contraria por principio a los abusos de la autoridad instituida y partidaria de un estricto principio de legalidad, explican los rigores que autores como Francesco Carrara o Enrico Pessina exigían del poder público a la hora de tipificar y reprimir los delitos políticos (86). Pero tanto en un caso como en otro, los requerimientos garantistas y las críticas severas al « arbitrio de los gobernantes » se vieron acompañadas de distinciones conceptuales — la que oponía, en el corpus de Pessina, los delitos contra la « persona del Estado » y contra su « actividad jurídica » (p. 50), o la que confrontaba, en el ideario de Carrara, los

(85) Aparte de los textos de Mario Sbriccoli que se anotarán a continuación, indíquese ahora el estudio de Floriana Colao, *ll delitto politico tra Ottocento e Novecento. Da 'delitto fittizio' a 'nemico dello stato'*, Milano, Giuffrè, 1986.

(86) Sobre este tema resulta indispensable la lectura del trabajo de Mario Sbriccoli, *Dissenso politico* cit., pp. 627-644, para Pessina y Carrara, con una valoración más precisa de los claroscuros del clasicismo penal. Y en este mismo sentido, han continuado las indagaciones: vid. Giovannangelo de Francesco, *Funzioni della pena e limiti della coercizione: caratteri ed eredità del classicismo penale*, « Quaderni Fiorentini » 36 (2007), pp. 611-662, con una exaltación algo acrítica de Carrara, y Luigi Lacché, *La* penalistica costituzionale *e il 'liberalismo giuridico': problemi e immagini della legalità nella riflessione di Francesco Carrara*, « Quaderni Fiorentini » 36 (2007), pp. 663-695, indicando que el problema no era tanto el rechazo de la excepcionalidad como su inclusión en el código, aunque apuntando igualmente que Carrara — uno de « los liberales más coherentes que haya tenido Italia en el siglo xix » — nunca privilegió « *a priori* los derechos del Estado », pp. 688 y 691.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

delitos de « daño particular » con aquellos contrarios al « derecho universal » (p. 12) — que permitían una mayor intervención penal en los casos de la oposición política delictiva.

Por su parte, en la corriente positiva, « complejo mosaico de ideologías penalísticas » (p. 44), hallaban acomodo desde apresuradas y metafísicas criminalizaciones hasta una benevolente exculpación. Ocurría lo primero porque, como bien apunta Cavaliere, cierto positivismo, aun criticando por metafísico « el mito del libre arbitrio », incurría en una hipóstasis todavía mayor al entender la comunidad en términos ontológicos, como suma de valores inimpugnables puesta en peligro por los sujetos subversivos y la disidencia política (p. 28). Con semejantes presupuestos, este « bando medieval » (p. 150) del positivismo podía ya estigmatizar como bárbaros, salvajes o dementes a quienes en ningún caso cabía confundir con los « verdaderos revolucionarios » (pp. 184 ss.). Exculpaciones relativas procedían de autores como Enrico Ferri, quien combinaba cierta comprensión hacia « el ansia de mejoramiento » exhibida por ciertos condenados con un consentimiento tácito del derecho penal político vigente. Y es que la consecuente culminación de los principios socialistas, sostenidos por Ferri solo superficialmente, se verificaba en otra tendencia, diversa de la positivista: la corriente del socialismo jurídico (87), de las reflexiones primeras de Fiovani Bovio — que rechazaba « la defensa social porque *la clase dominante llama orden a la propia conservación* » (p. 23) — a las construcciones de Filippo Turati, quien ya conectaba estrechamente la criminalidad con la cada vez más patente cuestión social.

Si en el campo doctrinal se observan disociaciones y ambivalencias, igualmente se podrán apreciar, aun con diversas connotaciones jurídico-políticas, en el terreno legal. En este aspecto, el fenómeno más reseñable es la elaboración, debate y promulgación casi simultáneos del *Codice Zanardelli* y de la *legge de pubblica sicurezza*. Por influencia directa del clasicismo liberal, muy principalmente por la de su más destacado exponente, Enrico Pessina, el código italiano de 1889, en contraste con la deriva política del momento (88), constituía ciertamente un cuerpo legal de indiscutible impronta garantista, incluyendo en su articulado « delitos contra las libertades públicas » como « el caso del

(87) Sobre cuyas concomitancias jurídico-penales, desde las trayectorias e idearios personales hasta los niveles de su difusión — científico, divulgativo, forense, parlamentario —, ha de verse Mario Sbriccoli, *Il diritto penale sociale, 1883-1912*, « Quaderni Fiorentini » 3-4 (1974-75), pp. 557-642 e Id., *Caratteri originari* cit., pp. 513-517.

(88) Resaltaba el contraste Mario Sbriccoli, *La penalisticia civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, en Aldo Schiavone (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, Laterza, 1990, pp. 147-232, p. 193.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

ejecutivo que fuera de los casos previstos por la ley » se atribuye plenos poderes (p. 75). Pero era asimismo, a juicio de Cavaliere, un texto jurídico « deliberadamente ambiguo », que dejaba indecisa e indefinida la acotación de los delitos políticos con el fin de que la magistratura pudiese desempeñar, llegado el caso, una función represiva cualificada, a lo cual contribuían asimismo « las numerosas hipótesis sancionadas », la extensión de algunas figuras y el rigor de las penas que las acompañaban (pp. 87-89).

La dialéctica entre « tutela de las libertades políticas » y « exigencias de defensa social » estuvo presente, en efecto, durante la elaboración del código y en su plasmación final, abriendo las esclusas a una aplicación e interpretación defensista del mismo y dando entrada en su articulado a tipos penales, como el de « incitación al odio entre las clases », que ya perseguían la desarticulación de ciertas « organizaciones políticas » (p. 101, p. 140). Su principal vaciamiento, no obstante, se debía a la coetánea ley de seguridad pública, también de 1889, que dedicaba un « entero título » a regular el control y la represión de las así llamadas « clases peligrosas para la sociedad », concepto en el que fueron entrando igualmente colectivos radicales (89).

Estas ambivalencias y dialécticas cabe en última instancia reconducirlas a una duplicidad primera y estructural, que afectaba tanto al plano de la legislación como a la fase aplicativa — gubernativa, judicial y procesal — del sistema penal. Su detección se la debemos a un joven Mario Sbriccoli, quien con indignación denunciaba en 1973 la convivencia durante la Italia liberal del ordenamiento legal — inscrito « en los códigos y en los principios fundamentales » del constitucionalismo — con « un ordenamiento jurídico de hecho », « forma de *ilegalidad de Estado* » adoptada con el pretexto de defender el orden y traducida en la vulneración y suspensión sistemática de derechos y garantías (90). Y a la historiografía de calado ético (91) de este mismo autor debemos igualmente su expresa tematización, en un texto perdurable en que se elevaba a la condición de seña permanente del sistema penal italiano la

(89) Vid., asimismo, MARTONE, *Aspetti del sistema penale* cit., p. 55.

(90) Cf. SBRICCOLI, *Dissenso politico* cit., p. 611. En este trabajo, el autor, impresionado, afirmaba haberse colocado, en el curso de su investigación, ante « muchos episodios desconcertantes que muestran — con alarmante claridad — el compromiso de los aparatos del Estado con un tipo de gestión del poder y de administración de la represión que no vacilamos en llamar decididamente ilegal », y anunciaba un « estudio autónomo en preparación » sobre el particular cuya suerte desconozco.

(91) Vid. Pietro COSTA, *Politica, diritto, società: la « storiografia civile » di Mario Sbriccoli*, en Luigi LACCHÉ, Carlotta LATINI, Paolo MARCHETTI, Massimo MECCARELLI (a cura di), *Penale Giustizia Potere. Per ricordare Mario Sbriccoli*, Macerata, EUM, 2007, pp. 41-57.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

dualidad — evocadora del famoso ensayo de Ernst Fraenkel (92) — entre un orden jurídico previsible y racional y otro de « segundo nivel », compuesto de leyes de excepción y prácticas extralegales. Se trataba, pues, de una bipolaridad en la que uno de los extremos estaba ocupado por una suerte de derecho penal del enemigo, activado con la excusa de la emergencia, pero siempre prorrogado o, de cualquier forma, persistente « en espíritu », y cuyas más sangrantes consecuencias fueron la criminalización de la sospecha, la identificación relativa « del Estado con el gobierno » y, en pleno reinado de la igualdad ante la ley, la escisión del derecho penal en atención a la identidad socioeconómica de sus destinatarios (93).

Inscribiendo sus reflexiones en esta emblemática categorización, Cavaliere se ocupa en primer término de reconstruir los puntos de fuga consentidos por el código y desarrollados por una magistratura tradicionalmente subordinada a los designios del poder ejecutivo. Con el análisis de estadísticas oficiales y el estudio de procesos significativos, el autor traza un panorama en el que, de un lado, la legislación codificada dispensaba figuras indeterminadas y penas severas, mientras que del otro la magistratura abusaba de la prisión preventiva, estiraba hasta lo imposible la literalidad de los tipos y elevaba al ejército a la categoría de « institución constitucional », siempre con el fin de tutelar mediante el poderoso instrumento punitivo el orden social y moral conservador. Y aun cuando los presupuestos legales en que basar las sentencias resultaban endebles, las instancias judiciales sirvieron también como instrumento para perseguir y neutralizar la organización de la oposición política radical, criminalizándose « la conflictividad social en sí » y condenándose incluso « la afiliación a la Internacional con consideraciones que parec[ían] dictadas por el desprecio de clase antes que fundadas en argumentaciones jurídicas » (p. 146).

Como aconteció en la experiencia española, este entramado legal y judicial, aun pudiendo canalizar ciertos abusos, se reveló incapaz de reprimir la delincuencia política y terminó estallando frente a la expansión del anarquismo, dejando el puesto a una miríada de leyes excepcionales (94) y, seguida o simultáneamente, a la declaración de estados de emergencia donde las cortes castrenses se sobreponían, con todas las

---

(92) Sumándose así otro dato que anticipa ya en la edad liberal un posible devenir totalitario: vid. Ernst Fraenkel, *The Dual State: a Contribution to the Theory of Dictatorship* (1941), New Jersey, The Law Book Exchange, 2006.

(93) Sbriccoli, *Caratteri originari* cit., pp. 489-492.

(94) Las cuales, evidentemente, suponían un serio quebranto del principio de legalidad: cf. Floriana Colao, *Il principio di legalità nella Italia di fine Ottocento*, « Quaderni Fiorentini » 36 (2007), pp. 697-742, p. 707, con recreación de la toma crítica de posiciones de una penalística civil ausente en el escenario español.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

consecuencias, a la jurisdicción ordinaria (95). Cavaliere, en su atropellada exposición de datos, examina igualmente la compleja fenomenología penal del fin de siglo italiano. Describe el funcionamiento de los tribunales militares, valora la complicidad del máximo órgano de la magistratura civil, reconstruye determinados procesos, muestra los abusos cometidos contra procesados y defensores, delimita una represión que alcanzó a periodistas y diputados, pondera la brillante y efectiva crítica doctrinal de la justicia militar (96), pero no llega a indicar, empleando los resortes legados por Sbriccoli, que acaso estuviésemos ante el afloramiento y la generalización abrupta de unas prácticas que discurrían de modo permanente por el subsuelo del orden institucional y civil liberal. Antes al contrario, aquellos episodios son presentados como « momentos de regresión » — pronto rectificados (97) — en una « historia constitucional », que si bien « no se presenta con un desarrollo lineal y sin contradicciones », sí podría describirse en suma como la ascensión inexorable hasta la universalización de las libertades (pp. 166-167).

7. *Conclusión: los antecedentes de entreguerras y la naturalización actual de la emergencia.*

En los epígrafes anteriores, con el auxilio de las obras comentadas, se ha intentado describir la morfología del Estado liberal y su crónico recurso al estado de necesidad y las prerrogativas extraordinarias, entre ellas la que permitía a las autoridades disponer de la vida ajena con el fin de salvar la vida del Estado. La transparencia con que se revela la lógica de la excepcionalidad durante todo el siglo XIX no ha impedido que en el imaginario periodístico y académico sea el tiempo de entreguerras el considerado, por antonomasia, « el laboratorio en el que se han expe-

(95) Sobre el particular, vid. Luciano VIOLANTE, *La repressione del dissenso* cit., pp. 498 ss.

(96) En este punto cabe resaltar la argumentación de Federico Cammeo invocando el derecho estatutario al juez natural y la garantía procesal del juicio de jurados para « los delitos comprendidos en el título primero del código », argumentación que no encuentro en el texto de Cavaliere sino en COLAO, *Il principio di legalità* cit., p. 712.

(97) Rectificados, pero para dejar de nuevo paso a un cometido judicial muy poco neutral que en materia de delincuencia política se solía colocar en el plano de « las valoraciones metajurídicas » con el fin de garantizar « la punición del *enemigo* », como asegura el mismo CAVALIERE, *Il diritto penale político* cit., pp. 177 y 182. En este mismo sentido, Violante recordaba que « las leyes de policía formadas en los primeros y tumultuosos cuarenta años de vida del Estado liberal fueron aplicadas hasta 1926 » y traía ejemplos de militarización de la represión posteriores a 1900: vid. *La repressione del dissenso* cit., p. 482-483.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

rimentado y puesto a punto los dispositivos funcionales del estado de excepción como paradigma de gobierno » (98). Si uno de los cometidos « más difíciles de la historiografía » es, ciertamente, percibir « las continuidades subyacentes », al tiempo que descubrir « la especificidad de los contextos [históricos] singulares » (99), habrá entonces que interrogarse si los estados de excepción en tiempo de entreguerras suponían la mera continuación de una dinámica anterior o bien constituían un tipo de estrategias del todo novedoso.

En una búsqueda de las inflexiones experimentadas por la excepcionalidad, saltan en primer término a la vista dos transformaciones evidentes. Desde las vísperas de la Gran Guerra hasta el triunfo de las dictaduras, los estados de excepción declarados por Europa adoptaban ya, una vez desmilitarizado el aparato estatal, la forma predominante del reforzamiento de los poderes del ejecutivo y los decretos de emergencia (100). Y después de 1933, tanto de facto como jurídicamente, el régimen político alzado en Alemania, el *Estado-prerrogativa* según la célebre definición de Fraenkel, tendrá como Constitución « la Ley marcial » (101). No hay duda de que a partir de este momento nos encontramos ya ante un estado de excepción permanente donde se ha erigido un poder desnudo cuyas decisiones son del todo imprevisibles. Y tampoco resulta controvertible que, en el plano jurídico, fue la misma Constitución de Weimar con su regulación de los poderes extraordinarios del Presidente de la República la que facilitó tal desenlace (102).

Ahora bien, siendo evidente la conexión entre el predominio del ejecutivo y la deriva dictatorial, ¿qué vínculos unían los estados de excepción decretados bajo el imperio de Repúblicas democráticas con

---

(98) AGAMBEN, *Estado de excepción* cit., pp. 18 y 25. Según FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza* cit., pp. 23-24, « el tema de la emergencia se desarrolla esencialmente en el siglo XX », siendo el ejemplo más evidente la Alemania de los años « 1914 a 1933 ».

(99) Pietro COSTA, *Pagina introduttiva. I ditti dei nemici: un ossimoro?*, « Quaderni Fiorentini » 38 (2009), pp. 1-40, p. 19.

(100) Herbert TINGSTEN, *Les pleis pouvoirs. L'expansion des pouvoirs guvernamentaux pendant et après la grande guerre*, Paris, Stock, 1934, trad. E. Söderlindh; Émile GIRAUD, *La crise de la démocratie et le reforcement du pouvoir exécutif*, Paris, Sirey, 1938; Boris MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Pleins pouvoirs et régime parlamentaire*, « Bulletin International » 1937, pp. 1-9. Era un fenómeno también extendido en Inglaterra, donde topó con una firme oposición intelectual: Clareton KEMP ALLEN, *Law in the Making*, Oxford, Clarendon Press, 1927, Lord HEWART, *The New Despotism*, London, Ernest Benn Limited, 1929.

(101) « La carta Constitucional del Tercer Reich es el Decreto de Emergencia de 28 de febrero de 1933 », FRAENKEL, *The Dual State* cit., p. 7.

(102) Peter BLOMEYER, *Der Notstand in den letzten Jahren von Weimar*, Berlin, Duncker & Humblot, 1999.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

los declarados con anterioridad a la Gran Guerra? ¿Trataban, como éstos, de continuar garantizando la construcción del Estado liberal o bien se dirigían a proteger la instauración de un Estado constitucional y democrático? Deteniéndonos a observar los casos alemán y español, atravesados ambos por el empleo frecuente y abusivo de los estados de excepción durante la República de Weimar y la II República, podría sostenerse que, al menos en apariencia, los poderes extraordinarios del ejecutivo se dirigían a garantizar un orden mínimo que posibilitase la vigencia y la eficacia de las Constituciones democráticas. Así podría ser, siempre que no vayamos más allá del tenor legal con nuestro análisis, pero si lo llevamos también al campo de la conflictividad social comprobaremos que la excepcionalidad no siempre persiguió el propósito de reinstaurar la Constitución formal, pudiendo incluso proponerse su abolición práctica.

El punto de partida para examinar estos sucesos debe ser, en efecto, el marcado contraste existente entre el Estado oligárquico del liberalismo y el Estado constitucional y democrático de las Repúblicas de entreguerras. Sobre una misma estructura formal — Constituciones, derechos, tripartición de poderes, legicentrismo — se verificaba un tránsito esencial hacia la democracia, el Estado social y la integridad del constitucionalismo tutelada por vía judicial. El programa político transformador contenido en las Constituciones de estos nuevos sistemas políticos, en la medida en que negaba legitimidad a ciertos derechos adquiridos, contaba con una fuerte carga polémica y, por tanto, requería para su implantación notables dosis de autoridad. Pudiera darse el caso de que las dictaduras legales del ejecutivo hubiesen tenido como fin preponderante la materialización de los preceptos constitucionales con medios autoritarios. De hecho, Carl Schmitt sugería con realismo que la realización de « las garantías jurídicas materiales » de la Ley fundamental de Weimar requería el concurso de una dictadura más que de un Estado parlamentario (103). ¿Fue, entonces, el objetivo de implantar las Constituciones democráticas y sociales lo que motivó el empleo de los decretos de emergencia? ¿Cabe relacionar, pues, el constitucionalismo racionalista y democrático con los estados de excepción? En teoría sí, y en la práctica también, dado que el antagonismo que provocaba este constitucionalismo generaba a su vez unos desórdenes y resistencias que servían de pretexto para la declaración de los estados excepcionales. No obstante, una vez instaurados éstos, ¿qué política los conducía? ¿una acorde con el espíritu constitucional, o más bien opuesta a sus premisas axiológicas?

La instauración de las Repúblicas alemana y española, junto a la expresiva y violenta proscripción de las vertientes izquierdistas radica-

(103) Carl Schmitt, *Legalidad y legitimidad* (1932), Madrid, Aguilar, 1971, trad. José Díaz García, pp. 9 y 69-70.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

les, implicó la adopción de un sistema abierto, participativo e integrador en el que gozaban de representación todas las tendencias políticas con respaldo electoral. Se articulaba, sí, un modelo constitucional signado por su apertura y ductilidad, pero guiado asimismo por principios materiales de justicia que exigían determinadas intervenciones en el campo laboral y económico. Puede entenderse que esta clase de mandatos constitucionales intervencionistas, concretados en la forma de los derechos sociales, amparaba un tipo de política « corporativa », opuesta al universalismo burgués, cuyo destino inevitable era propiciar, como compensación, el extremismo ideológico, antesala en definitiva de una dictadura (104). Tal parecer es del todo atendible siempre que no se centre exclusivamente en el Estado social y tenga en cuenta la traducción también « corporativa » de los principios formales y universales del liberalismo burgués (105). Si, por el contrario, se piensa que fue un mal propio solo de Weimar, ausente del todo en el « régimen burgués » anterior, se desconoce entonces no solo el pasado sino también la presencia de principios igualmente universales en el constitucionalismo de entreguerras, la continuación de las garantías jurídico-privadas y, sobre todo, la verdadera entidad de las medidas jurídico-laborales, de una timidez y moderación que sorprende a cualquiera que se asome a verlas. Y si tal diagnóstico, circunscrito al Estado social, fuese cierto, habría además que concebir los modelos constitucionales actuales como caldo de cultivo de esa misma política corporativa y del consiguiente extremismo político, dado que en teoría siguen inspirándose en criterios de justicia material para impedir las desigualdades intolerables que amparaba y siguen amparando principios formales como el de la igualdad contractual.

La cuestión, en suma, es que buena parte de los decretos de emergencia adoptados en tiempos republicanos, en lugar de dirigirse a garantizar la Constitución, se justificaban en preceptos que ésta misma dispensaba pero con la finalidad, todavía persistente, de proteger el orden natural liberal. No debe así llamar la atención que los estados excepcionales concatenados en España desde 1933, es decir, desde el ascenso de las derechas al poder, se saldasen con una represión brutal del anarcosindicalismo, pero también con la persecución y detención

(104) José L. Villacañas, *Legitimidad y legalidad en Max Weber*, en Manuel Menéndez Alzamora (ed.), *Sobre el poder*, Madrid, Tecnos, 2007, pp. 49-108, pp. 74-75.

(105) Puede aquí volver a recordarse a Camus: « La burguesía no reinó durante todo el siglo xix (vesaled) sino remitiéndose a aquellos principios abstractos [declarados en 1789]. Simplemente menos digna que Saint-Just, se valió de esa referencia como de una coartada, practicando, en toda ocasión, los valores contrarios. Por su corrupción esencial y su desalentadora hipocresía, ayudó a desacreditar definitivamente los principios que invocaba. Su culpabilidad, en este aspecto, es infinita », *El hombre rebelde* cit., p. 158.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

arbitraria de políticos y diputados republicanos. Con un aparato estatal copado todavía, excepto el parlamento, por las élites hegemónicas del sistema anterior, el intento de aplicar, sin ruptura alguna, los principios de la soberanía parlamentaria, la democracia constitucional, la supremacía de la ley y los derechos sociales no podía sino traducirse en un agudo enfrentamiento y en una profunda parálisis institucional salvados mediante la dictadura legal del ejecutivo.

Buena prueba de esto es también la reflexión de Carl Schmitt, en cuyo análisis profundo no podemos detenernos. Sabido es que las coordenadas de su teoría de la excepción se coagulan en torno a las categorías de la dictadura, la soberanía, la decisión y la política entendida como señalamiento existencial del enemigo. Si el derecho no puede regir en una situación de caos, se requiere el descenso de un poder soberano capaz de disolver los antagonismos, pacificar la sociedad y constituirla jurídicamente. Y dado el cuadro institucional vigente en Weimar, el modo más eficaz de concretar este proceso en la sociedad de masas era la dictadura del Presidente del Reich, entendida como instituto con el que proteger una Constitución bien diversa de la jurídico-positiva ([106]). Esta preferencia por un concepto material, ontológico y nacional de la Constitución nos lleva entonces a inquirirnos cuál era el orden que se pretendía recobrar para que fuese posible la eficacia de las normas ([107]). ¿Acaso no podía ser un orden contrario al mismo ordenamiento constitucional?

Es aquí donde a mi entender residen algunas carencias en la interpretación del pensamiento de Schmitt en lo que atañe a la excepcionalidad. En obras recientes puede apreciarse la significativa coincidencia en la calificación del jurista alemán: se trataba de un conservador católico y contrarrevolucionario pero, en puridad, no de un nacional-socialista; fueron más bien las circunstancias y las obligatorias tomas de posición las que le abocaron al compromiso con un régimen que en teoría le era extraño y habría de repugnarle. La argumentación, sin embargo, puede modificarse para sostener que precisamente de tal conservadurismo excluyente floreció la semilla del totalitarismo, que su alzamiento se debió en primera instancia a la complicidad, apoyo, impulso y financiación ultraconservadores, algo que no le resta, una vez que se implantó, un ápice de su propia e inconfundible identidad,

---

([106]) Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen, Mohr, 1929; Id., *Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 der Reichsverfassung*, Gerhard Anschütz, Karl Bilfinger, Carl Schmitt, Erwin Jacobi, *Der deutsche Föderalismus. Die Diktatur des Reichspräsidenten*, Berlin-Leipzig, De Gruyter, 1924, pp. 63-103.

([107]) En este punto ha de tenerse presente la lectura de Maurizio Fioravanti, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, en Gustavo Gozzi, Pierangelo Schiera (a cura di), *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale*, Bologna, Il Mulino, 1986, pp. 51-103, pp. 78-79.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

distante ya de la del conservadurismo tradicional, algunos de cuyos exponentes pudieron contemplar horrorizados las consecuencias de sus estrategias anteriores.

De ser válida tal observación, querría ello decir que en la defensa extraordinaria del orden liberal conservador, responsable en buena parte del recurso crónico a la excepcionalidad, latían las líneas de fuerza que habrían de aupar al nacionalsocialismo. Si nos ceñimos a la aportación de Schmitt, semejante aseveración podría rebatirse esgrimiendo su conocido antiliberalismo. Los textos, en efecto, dejan poca duda acerca de su firme oposición al régimen parlamentario, al individualismo y pluralismo disolventes, a los derechos fundamentales y a la neutralidad y formalidad del Estado. La cuestión es entonces la siguiente: ¿contra qué institución dirigía Schmitt sus ataques?, ¿contra un Estado decimonónico realmente caracterizado por la prevalencia del ejecutivo?, ¿o era contra un sistema legalista que rellenaba de contenido material las leyes a través de burocracias elitistas y cortes oligárquicas?, ¿o más bien era contra un liberalismo que infiltraba continuamente en su legislación principios morales indeterminados e invocaba de forma permanente categorías antiindividualistas como el interés general? Puede que el Estado constitucional construido por Schmitt no fuese más que una representación teórica, sin correlato cierto en la realidad histórica, o bien que equivaliese al Estado constitucional y democrático fundado solo tras 1919. Si ocurriese esto segundo, todo su programa de intervención política consistiría, como en el caso de tantos otros juristas conservadores, en un regreso imposible a las estructuras del Segundo Reich, esto es, a una de las posibles declinaciones del *Rechtsstaat*, concebida por quienes vivían en un estado de normalidad durante la *belle époque* como el *statu quo ante bellum*.

Y es que se echa de menos en la doxografía un distanciamiento crítico con respecto a los autores tratados. Resulta discutible que se siga calificando a Schmitt como un autor antiliberal y anticapitalista, cuando él mismo legó textos en que apoyaba el capitalismo ([108]). También sería el momento de salir de las interpretaciones inmanentes para, con una lectura desencantada y mundana, concluir que el imposible soberano absoluto y trascendente de Schmitt no podía ser más que la imagen patética y retórica de un soberano parcial y relativo, en interacción constante con los restantes poderes que se movían en la sociedad. Un soberano, eso sí, que tenía a la arbitrariedad como uno de sus rasgos definidores, al competerle, no solo la declaración del estado de excepción para restaurar el orden, sino la decisión unilateral acerca de quién

([108]) Apunta esta paradójica defensa de la propiedad privada y la libertad de empresa, Carmelo Jiménez Segado, *Contrarrevolución o resistencia: la teoría política de Carl Schmitt (1888-1985)*, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 146-148.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

era el enemigo a expulsar y también acerca de cuándo había llegado el momento de fundar jurídicamente la sociedad.

Si estas opciones se revelaron infructuosas, lo que sí debe reconocerse al autor alemán es el haber colocado el problema de la excepcionalidad en el terreno exclusivamente político, esto es, en el campo de las decisiones voluntarias de alcance público. Tomando esta actitud como principio, cabría problematizar la comprensión actual del estado de excepción, que lo entiende como respuesta, represiva o preventiva, frente a unos acontecimientos o riesgos estructuralmente impredecibles. Como a la política en una sociedad compleja no le es dado controlarlo todo — se sostiene —, solo cabe gobernar la incertidumbre, minimizar los riesgos y responder con estados de excepción a peligros imprevisibles y a sus inesperadas consecuencias. Se trasladaría de este modo a la reflexión específica sobre los estados de excepción un fenómeno general constitutivo de nuestro tiempo: que al sujeto se le figure cada vez más como fatalidad mítica e incontrolable el mismo proceso social del cual forma parte.

La comprensión naturalizada de los riesgos y de la excepción podría parecer veraz en lo que se refiere a las catástrofes naturales. Los estados de emergencia en estos casos sí que enfrentarían un problema imprevisible e incontrolable, y su fin exclusivo sería recomponer mínimamente un orden que permita de nuevo una existencia segura y la vigencia del derecho. Cabe, sin embargo, indicar que, cuando tales catástrofes no son dramáticas e implican la pérdida de vidas humanas, suspenden por un tiempo el orden rutinario de las utilidades y las funciones productivas, al cual le toma el relevo una economía de los comportamientos y los afectos, entretenida en el goce del tiempo y en el reencuentro del otro, que podría muy bien considerarse la base auténticamente natural, pero sistemáticamente soterrada, del derecho ([109]). Puede asimismo objetarse que tales catástrofes quizá no estén del todo desvinculadas de un dominio expoliador de la naturaleza, obra ya de la voluntad del hombre. Y, en todo caso, según demuestran los sucesos acaecidos en países pobres, sus consecuencias más nefastas también cabría prevenirlas con decisiones políticas y acciones preventivas que garantizasen la seguridad esbozada al principio de estas páginas.

Lo que no puede en ningún caso despolitizarse son los estados de excepción, frecuentemente parciales, adoptados para la presunta defensa frente a peligros procedentes de individuos — y hasta de comunidades enteras — degradados a la categoría de enemigos. Son fruto de decisiones particulares y obedecen a unos objetivos políticos que quizá no se identifiquen con la protección del Estado constitucional y más

([109]) Véanse las páginas dedicadas al desbordamiento del Sena por Roland Barthes en sus *Mitologías* (1954-1956), Madrid, Siglo XXI, 2009.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

bien persigan su sustitución por otro Estado, ya más adaptado a las exigencias del liberalismo económico. Que la lógica del constitucionalismo sea la guía de la política exterior de los Estados constitucionales es algo más que discutible. Pero el problema se agrava cuando la duda también se cierne sobre una política interior caracterizada por la importancia creciente del poder ejecutivo y por la, consentida y hasta legalizada, expulsión de ciertos colectivos fuera del orden común de libertades (110).

Esto nos coloca ante una duda inquietante: ¿cabría la vuelta de la excepción permanente al mundo occidental? Hay frenos que lo impiden, y no es desde luego el mayor la conformista confianza en el carácter irreversible de las conquistas democráticas, la cual, al preterir la actitud vigilante y movilizada que las logró, conjura más bien en contra de su permanencia. Mayor capacidad de inmunización tiene precisamente el recuerdo de lo acontecido bajo los totalitarismos, hasta tal punto que cabría afirmar que la historia del fascismo es la que nos libra de no incurrir de nuevo en él. No obstante, el desdén hacia los más débiles mostrado en la sociedad y exhibido también por cierta dirigencia constituye un mal augurio y no autoriza el optimismo, pues si el « fascismo es el desprecio, inversamente, toda forma de desprecio, si interviene en política, prepara o instaura el fascismo » (111).

(110) Loïc Wacquant, *Extirpar y expulsar: sobre la gestión penal de los inmigrantes postcoloniales en la Unión Europea*, « Anales de la cátedra Francisco Suárez » 43 (2009), pp. 141-151.

(111) Albert Camus, *El hombre rebelde* cit., p. 213.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Testimonianze

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

UMBERTO ROMAGNOLI

GINO GIUGNI, L'ULTIMO GIURISTA WEIMARIANO

"Dimenticare Weimar" non è stato la caratteristica dominante soltanto di una cultura giuridica tendente a negare, come ha scritto Maurizio Fioravanti, che « una forte scienza del diritto pubblico (fosse) indispensabile all'indomani dell'entrata in vigore della costituzione proprio per sostenere la sua attuazione e la sua piena normatività ». Infatti, neanche durante e dopo la discussione parlamentare sullo statuto dei lavoratori venne messo adeguatamente in rilievo come il provvedimento si situasse all'interno di una strategia promozionale del movimento sindacale che trova nella costituzione di Weimar e nella sua legislazione attuativa l'antecedente più significativo. Lo statuto venne concordemente accostato alla legislazione del *new deal* roosveltiano.

Perché? perché, è la risposta, il suo papà — come ci siamo abituati a chiamare Gino Giugni — sentì di dover dispensargli il viatico per affrontare l'imminente viaggio, prevedibilmente tempestoso, rifacendosi a precedenti di successo durevole che, in quanto tali, incoraggiassero la fiducia e l'ottimismo.

Nondimeno, sarebbe una sciocchezza immaginarsi che Giugni si sia astenuto dal compiere espliciti riferimenti ad ascendenze weimariane per quella specie di astuzia prossima alla superstizione che nel linguaggio corrente si chiama scaramanzia. La verità è che il percorso formativo della trama di coerenze di metodo e ideologiche riconoscibile nell'opera di Giugni è stato profondamente influenzato dal giovanile soggiorno di studio negli *States.*

Là frequenta la scuola del Wisconsin fondata da John Roger Commons. Là ascolta le lezioni di Selig Perlman. Da là torna persuaso che il processo di istituzionalizzazione del sindacato, se è

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

una via obbligata per fargli raggiungere la maturità, deve però svilupparsi lontano dagli schemi del legalismo statalista che lo catturerebbero e ne altererebbero l'identità.

Dunque, se evita di enfatizzare i richiami alla vicenda storico-giuridica che aveva generato il moderno diritto del lavoro in Europa, ciò dipende dal fatto che sa come anche il più avanzato sistema di valori elaborato da un'assemblea costituente possa precocemente piegarsi nella direzione regressiva imposta dall'invisibile cabina di regia che presiede in ogni paese allo sviluppo del diritto vivente. Lo sa perché conosce l'esito disastroso del dibattito di cui furono protagonisti proprio i giuristi weimariani.

In un saggio scritto alla vigilia del crollo della Repubblica di Weimar, Otto Kahn-Freund aveva dimostrato che in essa il sindacato agiva più come strumento di attuazione di fini generali che come fattore propulsivo di innovazione e la realtà del conflitto industriale non era stata accettata come un dato fisiologico del pluralismo degli interessi. Nello stesso arco di tempo, Franz Neumann imputava alla giurisprudenza del dopo-rivoluzione la responsabilità di negare spessore giuridico ai diritti fondamentali riconosciuti dalla costituzione, « arrivando a minimizzarli e a vederli solo come l'espressione di principi programmatici in attesa di essere attuati ». « Venuto meno il grande progetto », concordava Ernst Fraenkel, « si è persa anche la speranza di riuscire a trasformare l'organizzazione della società e dell'economia con l'aiuto del diritto del lavoro ».

Insomma, la metabolizzazione della lezione weimariana aveva fatto di Giugni un giurista positivo attento a non cadere nel dogmatismo neo-pandettistico di chi si aspetta da un testo costituzionale la soluzione definitiva e globale dei problemi del diritto sindacale e del lavoro (1).

Per questo, Gaetano Vardaro ritiene di poter rilevare che alla politica del diritto di cui è espressione il nostro modello giuslavori-

(1) Al riguardo, sarebbe opportuno rileggere le pagine d'apertura del saggio *Il diritto sindacale e i suoi interlocutori* (1970), ora in G. Giugni, *Lavoro leggi contratti*, Bologna, 1989, pp. 183-191.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

stico « può essere rimproverato un difetto di germanesimo ed un eccesso di anglo-americanismo » (2).

In Italia, infatti, non è da molto tempo che la cultura giuridica del lavoro si confronta con l'esperienza costituzionale della Repubblica di Weimar. I contatti non possono dirsi iniziati prima dell'intelligente e appassionata divulgazione di quell'esperienza ad opera del giurista testé menzionato (3).

Perché proprio lui?

Intanto, si può tranquillamente escludere che, in Italia, l'incentivazione ad aprirsi all'esperienza di Weimar la cultura giuridica del lavoro avrebbe potuto riceverla da un esponente della gius-pubblicistica. Un po' perché stringenti ragioni di natura antropologico-culturale hanno determinato la frattura comunicativa tra i settori del sapere giuridico per i quali i problemi del lavoro potevano (e tuttora possono) rappresentare un terreno contendibile, perlomeno nella misura sufficiente a consentirvi la loro coabitazione. E un po' perché, come ha documentato da ultimo Fulco Lanchester (4), l'interesse dei gius-pubblicisti italiani verso la Germania weimariana è sempre stato fiacco e di sostanziale rifiuto: valutata in età fascista a stregua di un esempio paradigmatico delle degenerazioni della democrazia, successivamente essa sarà oggetto di tutte le pratiche di esorcismo cui si presta lo "spauracchio" di una transizione ad un regime post-liberale che si è chiusa con l'avvento di un regime autoritario o peggio.

In secondo luogo, Gaetano Vardaro era allievo di Gino Giu-

---

(2) *Il diritto del lavoro nel "laboratorio Weimar*, in *Laboratorio Weimar*, Roma, 1982, p. 8 (ora anche in Id., *Itinerari*, Milano, 1989, p. 23 ss.).

(3) Del più irrequieto dei giuristi che fecero parte della scuola di Hugo Sinzheimer-Franz L. Neumann-Vardaro allestì per il Mulino l'antologia *Il diritto del lavoro fra democrazia e dittatura* (1983). Essa seguiva a distanza di un solo anno quella cit. poc'anzi curata con G. Arrigo per i tipi di Edizioni Lavoro *Laboratorio Weimar*. Per ricchezza dei materiali selezionati, entrambe le antologie rappresentano un evento nella storia dell'editoria giuridica nel nostro paese con pochi riscontri in quella della stessa Germania. Esse contribuiranno ad alimentare il clima culturale che avrebbe suggerito a Vardaro di ideare e organizzare nell'Università di Urbino (28-30 aprile 1986) un seminario internazionale i cui *Atti* confluiranno in *Diritto del lavoro e corporativismi in Europa: ieri e oggi* (Milano, 1988).

(4) *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn. Introduzione e testi*, Milano, 2009.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

gni. E Giugni, che nel dopo-guerra aveva intrattenuto un rapporto da discepolo a maestro con Kahn-Freund formatosi nella scuola di pensiero di Hugo Sinzheimer, è stato il primo giurista italiano a riproporre la medesima controversia sul metodo destinata a ridefinire il modo d'essere giuristi del lavoro che proprio Sinzheimer aveva promosso nella Germania di Weimar. Il più longevo degli allievi diretti di quest'ultimo, Franz Mestiz, interpellato alcuni anni fa su cosa avesse imparato da lui, dichiarò di essergli debitore anzitutto perché Sinzheimer gli aveva trasmesso « la convinzione che [...] l'interpretazione tecnico-dogmatica del dato normativo è necessaria, ma non sufficiente per comprendere ed applicare il diritto del lavoro ».

L'incisività del ruolo che Giugni svolse in qualità di *policy-maker* accademico aiuta senz'altro a rispondere alla domanda consistente nel sapere come e perché sia uscito vincente dal contenzioso che aveva visto soccombere Sinzheimer. È sufficiente dare uno sguardo alla sua biografia per ricavarne la sensazione che la Signora Storia stabilì con lui un rapporto più confidenziale che con altri. Nessuno però è in grado di stabilire chi fosse il corteggiato e il corteggiatore, se cioè fosse Gino a girarle attorno o, al contrario, fosse lei a non volerlo perdere di vista. È un dilemma della medesima natura esistenziale di quello che, secondo una sorridente ammissione dello stesso Giugni, contraddistingue il suo operato: « non saprò mai se sono un giurista prestato alla politica o un politico prestato al diritto ».

Ciononostante, non basta dire che seppe combattere con impegno, sagacia e coraggio, sia perché queste doti non mancavano a Sinzheimer sia perché esse non sarebbero servite da sole ad evitare la sconfitta anche di Giugni. La verità è che Giugni ha potuto giovarsi del complesso delle circostanze che hanno consentito al diritto del lavoro del nostro paese di assumere forme espressive, e acquistare contenuti, che richiedevano una cultura giuridica rinnovata in base ad una metodologia solidale con i postulati della costituzione. Dopotutto, pur non essendo riusciti a superare del tutto la sindrome procurata dalla costituzione weimariana alla cultura giuridico-politica italiana, i nostri costituenti si proponevano ugualmente di prefigurare uno sbocco democratico alla rivoluzione del quadro politico-istituzionale e dei rapporti sociali che molti di

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

loro avevano sognato negli anni trascorsi in esilio o al confino o nelle carceri del regime.

Pertanto, se la sconfitta di Sinzheimer ha il valore semantico di una metafora della tragedia di Weimar che si consumò col logoramento di un programma gradualista di trasformazione dello Stato, l'opposta sorte che toccò a Giugni va messa in relazione col fatto che, nella Repubblica nata dalla Resistenza, i rapporti di potere tra le forze politiche si sono evoluti in modo da permettere al diritto del lavoro del dopo-costituzione di orientarsi in una direzione in cui, nella peggiore delle ipotesi, le incognite non superassero le opportunità. Infatti, della Repubblica italiana può dirsi l'esatto contrario di quel che si è soliti ripetere della Repubblica di Weimar: "nata da una sconfitta, ad essa rimase sempre legata". Viceversa, figlia di un vittorioso movimento di riscatto popolare, la Repubblica italiana durerà, fornendo così un'ulteriore testimonianza che, come si esprime molto bene Peter Häberle, le costituzioni non sono « soltanto un'opera di normazione: sono anche l'espressione di uno stadio di sviluppo culturale, strumento di auto-rappresentazione culturale del popolo, specchio della sua eredità culturale e fondamento delle sue speranze » (5).

Vero è che — come ho appena accennato — Vardaro era un allievo di Giugni. Anzi, era il più brillante dei suoi numerosi allievi. Nondimeno, il dato non spiega da solo l'accentuarsi dell'interesse di Vardaro per la vicenda weimariana.

Per farsene una ragione più precisa bisogna contestualizzare la scoperta vardariana di Weimar e dei suoi giuristi.

Essa si colloca nella seconda metà degli anni '70, allorché acquista crescente trasparenza lo scambio politico che è all'origine dello statuto dei lavoratori. Benché sostenuto dalla convinzione che occorra accelerare la trasformazione della società italiana in una società industriale caratterizzata da un *big labor* contrapposto ad un *big business* — disposti entrambi a cooperare con un *big government* — il provvedimento legislativo è adottato anche per la necessità di mitigare le asprezze di un indistinto protagonismo di massa, rafforzando le organizzazioni degli interessi capaci di canalizzarlo. È a questo scopo che tende a somministrare dosi massicce di vitamine e

(5) *Introduzione* a *La legge fondamentale tedesca*, Milano, 1997, p. 6.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

proteine all'agente sociale che offra la garanzia di concorrere alla governabilità di una situazione complessa. « Esemplare », commenta Vardaro nel 1983, è « il mutamento di funzione subito nell'ultimo decennio dal concetto di sindacato maggiormente rappresentativo. Nato come criterio di effettività, logicamente e giuridicamente radicato nella stagione della legislazione promozionale, esso tende a trasformarsi in maniera silenziosa e strisciante in una variante 'prassista' del sindacato riconosciuto », ancorché sprovvisto della rituale personalità giuridica.

Come dire che Weimar ridiventa attuale perché in mezza Europa si pratica il culto del neo-corporativismo; e Weimar costituisce per l'appunto il prototipo delle democrazie a vocazione corporativa.

Infatti, il *new deal* italiano è tramontato in fretta. Nonostante lo statuto che ne aveva solennizzato la nascita. Nonostante l'amnistia deliberata a ridosso dello statuto col proposito di fare un falò di una larga porzione delle 14 mila denunce penali contro operai e studenti autori di vere o presunte illegalità commesse in un clima arroventato che si vuole archiviare per ristabilire la normalità. Nonostante la firma di un rinnovo contrattuale che, costato una cifra-record di ore perdute per scioperi aziendali, nazionali ed anche generali, permetterà ai lavoratori metalmeccanici di lavorare di meno e guadagnare di più.

Il fatto è che mancano i presupposti di base: il *business* è più straccione che grande; il *government* soffre di una instabilità cronica; il *labor* si scopre grande, ma la cultura del capitalismo con cui si trova a suo agio gli ispira comportamenti eminentemente antagonistici. A mancare, però, è soprattutto una coscienza democratica diffusa. Si racconta che, raggiunto dalla notizia della tragedia di Piazza Fontana il 12 dicembre del '69 in apertura dell'ennesimo *round* del rinnovo del contratto per la categoria-pilota al centro dell'autunno caldo, il ministro incaricato della mediazione abbia esclamato: "o chiudiamo subito le trattative o arrivano i colonnelli". In effetti, l'estremizzazione del confronto sindacale aveva evocato non soltanto la "grande paura" del biennio rosso che aveva disorientato la borghesia del primo dopo-guerra. Ha finito per evocare anche il nemico; un nemico senza nome né volto, la cui perizia ricattatoria emula quella delle forze eversive che, con lo svuotamento

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

della costituzione tedesca del '19, cancellarono ogni traccia della rivoluzione del '18.

È in questo contesto, inquinato nelle sue falde più sotterranee, che Vardaro riscopre l'esperienza weimariana. La riscopre non appena le seduzioni del corporatismo con le quali si misurarono con diseguale lucidità e sensibilità gli intellettuali della sinistra giuridica weimariana cominciano a farsi sentire, confermando così la tendenza mitteleuropea di lungo periodo analizzata per primo da Charles Maier in *La rifondazione dell'Europa borghese*. La riscopre cioè col diffondersi della percezione che non solo nell'epoca della Repubblica di Weimar, ma anche nel nostro tardo Novecento il pluralismo si lascia ricondurre ad un'accezione più gierkiana che schmittiana.

Da allora, le suggestioni che il "laboratorio Weimar" è in grado di produrre non hanno più abbandonato i giuristi del lavoro italiani: da allora, ne arricchiscono le categorie interpretative e ne influenzano i criteri valutativi.

La straripante letteratura sul neo-corporativismo in regimi di libertà sindacale ha posto in evidenza che l'alterità del sindacato rispetto allo Stato diminuisce nella stessa misura in cui il codice genetico del sindacato lo porta a cedere alla pressione di inserirsi stabilmente nella sotto-classe delle istituzioni in bilico tra pubblico e privato, ma più sbilanciate verso il pubblico che verso il privato. Che lo Stato annebbia la sua terzietà rispetto alle dinamiche sociali nella stessa misura in cui queste ultime assumono una dimensione istituzionale. E che la contrattazione collettiva, funzionalizzata ad interessi che non sono più soltanto privati, ha cessato di agire come fonte di auto-normazione sociale.

Corposa, del resto, è la venatura corporatista che percorre la prassi della concertazione sociale culminata nell'accordo del 23 luglio 1993 di cui Giugni è stato il regista in qualità di ministro del lavoro in un governo della Repubblica. Anzi, è proprio la realtà istituzionale che emerge dietro il risultato più importante del dialogo sociale a rimandare — malgrado l'elevato tasso d'informalità — al modello giuslavoristico di Weimar. Per questo, Giugni non ha potuto consegnarsi alla memoria collettiva con l'immagine di un *new dealer*. Probabilmente, lo desiderava. Ma, come scrisse Federico Mancini, il *new deal* « è effettivamente impensabile fuori d'America:

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

movimento *home-grown*, 'cresciuto in casa', se mai ve ne fu uno » (6). In casa nostra, invece, altre sono le cose che crescono.

Fatto sta che Giugni è l'ultimo dei giuristi weimariani che possono riconoscersi in Sinzheimer.

Si sa che l'esperienza governativa di Giugni è stata breve. Però, il gusto dell'auto-ironia gli fece dire ad un intervistatore d'essere "contento" che fosse durata non più di quanto occorresse per "poter godere ancora di una buona reputazione". L'aveva ottenuta sponsorizzando, da giurista prestato alla politica, la *partnership* istituzionale di sindacati di cui conosceva i ritardi storici quanto ad esperienza di autonomia e libertà. Da politico prestato al diritto, però, conosceva i rischi di una legittimazione della rappresentanza degli interessi più dall'alto che dal basso. Per questo, teorizzando l'originaria valenza normativa dell'ordinamento sindacale di fatto aveva precostituito l'*habitat* culturale che permette ai rappresentanti come ai rappresentati di sviluppare gli anticorpi. Difatti, l'idea su cui si basa lo statuto, l'idea di una legislazione premiale del sindacato senza regolazione legale del soggetto collettivo e della sua attività, riduce quei rischi al minimo storicamente possibile.

Un giorno si saprà se il tempo è stato galantuomo. Tuttavia, è fin d'ora certo che Giugni fece quel che poteva; poi, è accaduto quel che doveva.

(6) *L'età di Roosevelt*, Bologna, 1962, p. 20.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

PAOLO GROSSI

IL 'GIURISTA' GIOVANNI NENCIONI (*)

1. Forse, qualche linguista resterà sorpreso dal titolo di questo intervento, essendo a lui ignota la circostanza che Giovanni Nencioni seguì i normali 'corsi' giuridici nella — da poco rinata — Facoltà di Giurisprudenza della Università fiorentina, che instaurò un rapporto di stretto colloquio intellettuale con il professore titolare della cattedra di 'Diritto processuale civile' Piero Calamandrei, che si laureò sotto la sua guida discutendo nel 1933 una dissertazione ritenuta dalla Facoltà meritevole di pubblicazione, divenèndone anche assistente e avviandosi agli studii giuridici con la stampa di alcuni articoli e di un libro di severa tecnica giuridica accolto nella 'collana' fondata e diretta dallo stesso Calamandrei (2).

Ma v'è di più: con il Maestro fiorentino il colloquio era destinato a continuare anche quando il giovane Nencioni, per motivi strettamente economici, fu costretto ad assumere in Roma un ufficio nel Ministero della Educazione Nazionale e ad abbandonare il cammino appena iniziato sul terreno della scienza giuridica. Che si trattasse di un "discepolo infedele" era solo una falsa apparenza (3), come dimostrano le 'Lettere' e i 'Diarii' dello stesso Calamandrei

(*) Intervento scritto in occazione dell'Incontro organizzato dalla Accademia della Crusca il 5 maggio 2009 per ricordare il primo anniversario della morte di Giovanni Nencioni.

(2) Il titolo del volume segnala la assoluta tecnicità dell'oggetto di studio: *L'intervento litisconsorziale nel processo civile-Contributo ad una nuova sistematica dell'intervento*, Padova, Cedam, 1935, ma anche il sistematizzante impegno teorico sovrastante di gran lunga un piatto esercizio di strumenti meramente tecnici.

(3) « Discepolo infedele » è la auto-qualificazione scritta con qualche rimorso dallo stesso Nencioni, nel 1990, all'interno di una raccolta di saggi commemorativi del Maestro curata da Paolo Barile: *Piero Calamandrei-Ricordo di un discepolo infedele*, ora leggibile in G. Nencioni, *Saggi e memorie*, Pisa, Scuola Normale Superiore, 2000.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

integralmente pubblicati nel 1968 e nel 1982 da un editore fiorentino (4).

Insomma, Giovanni Nencioni è « un linguista nutrito di studii giuridici », come ebbe a sottolineare cinquanta anni fa Piero Fiorelli, che è — a sua volta — uno storico del diritto nutritissimo di studii linguistici (5). Circostanza — questa — né sterile né innocua, perché Nencioni ne fu segnato nel profondo della sua statua interiore, ricavando da quegli arricchimenti giovanili un patrimonio di intuizioni e di nozioni che gli sarebbe stato prezioso per indirizzare le stesse venture ricerche linguistiche. Quindi, non una parentesi che si apre e che irrimediabilmente si chiude, ma piuttosto una vena destinata a fecondare campi futuri d'indagine riapparendo con intatta vitalità dopo un lungo itinerario carsico.

Di quella vena il frutto genuino è il libro — tanto agile, quanto denso ed aguzzo — che il Nostro pubblica nel 1946: *Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio*, pagine liberatorie per l'ormai maturo linguista, perché pagine di confronto polemico, di definizione epistemologica, di rifondazione teorica del proprio assetto disciplinare (6).

Come sa ogni studioso di linguistica, quel libro veniva a realizzare un autentico manifesto culturale e puntava a colpire due oggetti specifici: da un lato, l'estetismo individualistico di Croce (e, dietro di lui, dei linguisti Vossler e Bertoni) con la conseguente riduzione della lingua a mera espressione dell'individuo; dall'altro, la consegna della linguistica come sapere particolare nelle mani della filosofia, la quale — malgrado il suo essere *altior scientia* — rischia di soffocare la *scientia inferior* in una sorta di « camicia di forza », come espressamente afferma Nencioni nel suo libro (7).

2. In questa ideale battaglia il Nostro attinge a piene mani a

---

(4) Di 'tradimento', ma ben circoscritto da eloquenti virgolette e all'interno di una frase ricolma di affettuosità, parla Calamandrei in una lettera al padre di Nencioni, ed è da quest'ultimo riportata nel saggio commemorativo citato nella nota precedente (cfr. alla p. 399).

(5) P. Fiorelli, *Storia giuridica e storia linguistica*, in « Annali di storia del diritto », I (1957), p. 267.

(6) Firenze, La Nuova Italia, 1946 (IIa edizione: Pisa, Scuola Normale Superiore, 1989, sulla quale saranno fatte le citazioni).

(7) *Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio*, cit., p. 46.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

principii, categorie ordinanti e perfino strumenti tecnici della officina dei giuristi, che l'assistente di Calamandrei aveva appreso a dominare con bravura nei non brevi anni di apprendistato giuridico. Infatti, se su di un piano demolitorio gli oggetti della polemica nencioniana erano quelli sopra segnati, su di un piano positivo e costruttivo si traducevano nel recupero della socialità della lingua e della piena legittimazione della linguistica quale scienza autonoma.

Pensava — e scriveva — egli, infatti, nel lontano 1946, disegnando « la natura istituzionale e sistematica della lingua », che « al linguista gli insegnamenti più utili provengono dagli studi giuridici » (8); penserà e scriverà quasi trenta anni dopo redigendo il « parere di un antico istituzionalista sulla linguistica odierna »: « i miei studi giuridici mi fornivano un modello sociologico, uno dei pochi allora familiari in Italia », prezioso — anzi, necessario e imprescindibile — per chi andava « puntando sulla lingua come realtà superindividuale, collettiva » (9).

Cerchiamo, dunque, di vedere in azione il giurista/linguista Giovanni Nencioni.

E cominciamo con una notazione: il volume è dedicato a Flavio Lopez de Oñate, un filosofo del diritto allievo di Giorgio Del Vecchio, conosciuto negli uffici ministeriali dove entrambi lavoravano e con cui Giovanni aveva stabilito un complesso rapporto fatto di intima amicizia e di intenso dialogo culturale. Il dialogo si interruppe presto, giacché Lopez morì poco più che trentenne nel 1944, ma il non molto tempo trascorso insieme bastò a incidere durevolmente sulla formazione culturale del Nostro. Mi sia consentito, a questo proposito, un ricordo personale: nelle lunghe e per me gradevolissime serate trascorse nella stupenda altana sopra il lungarno Guicciardini dove era situato lo studio privato di Nencioni in Firenze, egli non mancava mai di evocare commosso quella romana dimestichezza con il provvedutissimo filosofo del diritto, una dimestichezza che sentiva ancora incidere sulla propria interiorità malgrado i tanti anni passati (10).

---

(8) Ivi, p. 94.

(9) *Parere di un antico istituzionalista sulla linguistica odierna* (1975), ora in *Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio* (IIa edizione), cit., p. 155.

(10) Tra l'altro, fu Nencioni a far conoscere Lopez al suo Maestro Calamandrei,

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Che quella dedica non fosse un dato esornativo, ma il segno palese di un vincolo sostanziale e anche il tributo di chi si riconosceva debitore, è dimostrato dalle pagine del capitolo sesto rivolto al problema metodologico più assillante, quello de « la linguistica come scienza particolare e il valore del suo conoscere », dove le citazioni di Lopez sono numerose e senza riserve amplissime, come se Nencioni si appoggiasse sulla spalla forte del filosofo/giurista per trarne un sostegno indispensabile.

Scriveva Lopez a proposito della sua scienza giuridica e fondàndone la autonomia gnoseologica, con frasi che avevano il merito grosso di esorcizzare il turbamento culturale del linguista: « Ogni sistema di sapere come sistema determinato comprende […] soltanto una serie di conoscenze che sono relative ad un settore della realtà e non a tutta la realtà; ogni sapere si propone, attuandosi come sistema, di studiare tutta una realtà, in quanto essa esaurisce un determinato aspetto della realtà […]. Il problema della realtà, che è sostanzialmente uno solo, a causa della frammentazione del sapere umano si articola in tante forme di sapere,ciascuna delle quali ha il compito di esaurire conoscitivamente un aspetto della realtà » (11). Il sapere è, perciò, necessariamente frammentario, ma si rivolge a frammenti che non sono artificii e che sono invece forniti — ciascuno — di una profonda intrinseca unità; è da qui che si origina il valore altamente conoscitivo dei singoli saperi particolari, per esempio il linguistico e il giuridico.

Lopez concludeva, assicurando lo scienziato/giurista suo interlocutore — e così tranquillizzandolo — che unicamente attraverso il sapere particolare egli sarebbe riuscito ad attingere compiutamente « la concretezza di vita che anima la realtà » (12).

Così scrivendo nel 1939, egli non faceva che ribadire quanto, due anni prima, uno dei più pensosi filosofi del diritto italiani del

---

il quale aveva appreso a stimarlo leggendo il libro *La certezza del diritto* e redigendo una nota e discussa recensione (per un preciso riferimento, cfr. NENCIONI, *Piero Calamandrei-Ricordo di un discepolo infedele*, cit., p. 399).

(11) Nencioni utilizza gli *Studi filosofici sulla scienza del diritto* pubblicati da Lopez nel 1939, citando da un estratto probabilmente donàtogli dall'autore/amico (vedi le citazioni in: *Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio*, cit., pp. 49 e 51; a p. 2, nota 2 il riferimento espresso all'estratto).

(12) Cfr. la citazione fatta da Nencioni a p. 53.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Novecento, Giuseppe Capograssi, aveva definito in un suo libro memorabile, vera pietra miliare del pensiero giuridico novecentesco, espressamente dedicato a *Il problema della scienza del diritto*.

Capograssi è — insieme a Lopez e ad altri giuristi — il fidato consigliere e la guida teoretica di Nencioni (13); il quale ripete volentieri l'appagante e consolante richiamo (appagante e consolante per il giurista non meno che per il linguista) al rispetto che lo scienziato non può non avere per « tutto l'essere, nelle sue infinite posizioni di vita, di realtà e di verità », un rispetto che gli impone di « non tradirle » (14), un rispetto che solo le diverse scienze particolari sono in grado di pienamente realizzare.

Capograssi, il filosofo della 'esperienza giuridica' (15), che ammoniva il giurista alla umiltà della 'osservazione', « una osservazione profonda intensa interiore della realtà nella sua vera intimità di vita » (16), non era soltanto l'affrancatore del giurista dal servaggio alle astrattezze speculative della filosofia, ma altresì del linguista. Gli amati e non dimenticati scienziati del diritto, divenuti ormai protagonisti del suo libro del 1946, erano stato capaci di tracciare anche per Nencioni un sicuro cammino metodologico da percorrere.

3. Ma Nencioni, dopo aver sufficientemente fondato l'autonomia della sua scienza linguistica grazie particolarmente al contributo dei filosofi del diritto, ha un altro recupero da compiere: quell'aspetto sociale e comunicativo della lingua troppo attenuato nelle analisi di Croce e dei crociani. Anche qui un soccorso primario, decisivo, doveva venirgli dalle costruzioni dei giuristi, e non tanto di personaggi filosofeggianti, quanto di maneggiatori sapienti delle difficili, enigmatiche tecniche giuridiche, così ricche di rivelazioni per chi riusciva a sciogliere i loro nodi intricati.

---

(13) Che, infatti, lo cita ampiamente (cfr. *Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio*, cit., pp. 50-54).

(14) Si veda la espressa citazione di Capograssi a p. 53, dove si fa riferimento a un saggio dedicato al processualista, Giuseppe Chiovenda, ben noto al 'processualista' Nencioni.

(15) Sintagma tipicamente capograssiano e implicante il richiamo ad una elementare verità: il diritto è innanzi tutto e sopra tutto vita, vita vissuta, dimensione fisiologica della esperienza quotidiana di ogni soggetto umano nel suo intreccio di relazioni con l'altro, con gli altri.

(16) *Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio*, cit., p. 53.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Il 'giurista' Nencioni era in grado di farlo, e lo fece — apertamente e puntigliosamente — nel testo del '46, dove è centrale il capitolo X tutto proteso nella proposta della 'istituzionalità' della lingua, della lingua come *istituzione*.

Istituzione era un termine (e una nozione) assai praticato negli esercizii della scienza giuridica novecentesca; e lo sorreggeva uno scopo preciso: quello di metter da parte, una buona volta, la configurazione tutta moderna del diritto come norma, come comando, come imperativo autoritario e autorevole, per tutto quel che di arbitrario e di meramente soggettivo vi era contenuto. Guardare al diritto nel prisma dell'*istituto*, dell'*istituzione* significava coglierlo nella sua genesi dal basso, nel crogiuolo sociale dove le volontà individuali si confrontavano e si intrecciavano in uno sforzo comune e dove contavano soprattutto il costume, la durata, la tradizione quali fattori generanti di comportamenti tipici.

'Istituzione' può essere nozione dalla difficile comprensione, e me ne resi perfettamente conto io stesso quando la volli assumere a cardine di un mio libretto di iniziazione per un giurista novizio e dovetti spiegàrgliela adeguatamente (questa era, almeno, la mia speranza). Mi permetto trascrivere qui quella mia spiegazione come contributo chiarificatore per un uditorio di linguisti: « un'opera superindividuale che la coscienza comune, grazie alla costante ripetizione di comportamenti individuali, proietta al di fuori e al di sopra della labilità dei singoli impulsi e volontà, costituendo quel nodo di rapporti organizzativi, funzioni, valori in cui l'istituzione consiste, quel nodo che viene ad assumere una realtà autonoma con una sua vita stabile all'interno dell'esperienza sociale » (17).

Come si può constatare, lo schema elaborato dai giuristi non era il frutto di un arbitrario solipsismo, ma era stato osservato, letto, quasi decifrato (e recuperato) frugando con sguardo oggettivo nelle trame della società; e, proprio perché registrava in sé un'accentuata socialità, sembrava fatto apposta per fornire a Nencioni l'arma appropriata per la sua ferma battaglia antiindividualista.

Quando egli, ormai vecchio, prefando nell'89 la seconda edizione del volumetto del '46 voluta dalla affettuosa premura della Classe di Lettere della Scuola Normale di Pisa, volle darci una

(17) P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2009[15].

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

puntuale definizione del concetto di istituzione, non ebbe esitazione nel qualificarla "un ordine di cose primario e costitutivo; costitutivo dell'uomo e della sua socialità" (18). Così scrivendo, veniva a darci una interpretazione autentica di come si collocasse all'interno del suo progetto culturale originario, con quale ruolo, con quale carica dirompente: arma efficace contro un soggettivismo estetico, che aveva costituito ai suoi occhi il fraintendimento — anzi: il tradimento — della natura e della vocazione essenziale della lingua.

Il diritto, scienza intimamente sociale ma anche intimamente ordinante del 'sociale', consegnava al giurista/linguista lo strumento appuntito di cui egli aveva bisogno; ed egli non fece altro che trapiantare la nozione giuridica nell'universo linguistico. Si sarebbe ripetuto all'interno di questo universo, grazie a una nozione socialmente fresca, il miracolo di organizzare e sistemare senza irrigidire, di calare nella storia — e, quindi, socializzare — quanto l'intimismo soggettivistico aveva rinchiuso all'interno della sfera individuale, separando, isolando e anche isterilendo.

4. Un'ultima notazione. Se è veridica la constatazione fatta tanti anni fa da Giacomo Devoto, e cioè che « rimane pur sempre, come grave debolezza della scienza giuridica, il non aver tratto le conseguenze dal suo parallelismo con i linguaggi » (19), è anche vero che i giuristi più cólti lessero attentamente le pagine di Nencioni e cercarono di metterne a frutto la conclusione principale; e si operò una sorta di flusso dalla scienza giuridica alla linguistica, e da questa ancora un riflusso verso la prima. E l'èsito era lo stesso: fare propria e attuare una forte valorizzazione del messaggio risolutivo che ne derivava, consistente nel rifiuto di un chiuso soggettivismo legalistico sfociante in un altrettanto chiuso formalismo.

Il primo dei giuristi ad accorgersi della rilevanza dello scritto nencioniano fu un civilista culturalmente inquieto, Salvatore Pugliatti, che ne trasse conforto teorico per la soluzione del problema metodologico che gli stava particolarmente a cuore: il valore cono-

---

(18) *Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio* (IIa edizione), Premessa, p. VIII.

(19) G. Devoto, *Pensieri sul mio tempo*, Firenze, Sansoni, 1945, p. 116 (riprodotto in: *Civiltà del dopoguerra ("Pensieri sul mio tempo")*, Firenze, Sansoni, 1955, p. 116).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

scitivo di quel complesso di principii, intuizioni, soluzioni posti in essere da una scienza particolare (20). Nel 1956 il libro è al centro della pensosissima prolusione triestina di uno storico del diritto, Piero Fiorelli (21). Nel '59, un cultore del diritto romano, Paolo Frezza, riesaminando l'opera scientifica del suo Maestro Pietro Bonfante in seno alla cultura italiana della prima metà del Novecento e parlando distesamente delle correnti istituzionalistiche, commentava e apprezzava la riflessione nencioniana (22). Nel 1962, un filosofo del diritto, Pietro Piovani, affrontando direttamente il tema della *Mobilità, sistematicità, istituzionalità della lingua e del diritto*, riconsiderava non solo il libro ma tutta la produzione di Nencioni fino a quella data, con pagine di grande finezza culturale, anche se con il solo torto (almeno ai miei occhi) di minimizzare eccessivamente il messaggio nencioniano sulla storicità del linguaggio nel suo più schietto significato di richiamo alla dimensione oggettiva di questo, organizzativa, superatrice di ogni chiusura individuale, e quindi intensamente sociale (23).

Con questi giuristi, che gli avevano dimostrato una inconsueta attenzione, ma soprattutto con Piovani, l'autore del saggio teoricamente più complesso e compiuto, entrò in fruttuoso colloquio lo stesso Nencioni (24).

Chi scrive oggi — 2009 — questo intervento in seno a un Convegno commemorativo del Maestro, non poté fare a meno, come ho segnalato più sopra, di incontrarsi un'ultima volta con il volume del 1946 e con le sue proposte affrancatrici, quando, nel 2003, cedendo all'invito dell'editore Laterza, redasse un libretto di inizia-

---

(20) Ne ho trattato in un mio recentissimo profilo intellettuale del giurista Pugliatti (cfr. P. Grossi, *Salvatore Pugliatti giurista inquieto*, ora in *Nobiltà del diritto-Profili di giuristi*, Milano, Giuffrè, 2008, soprattutto il §. 7: *Un incontro fertile al di là delle mura giuridiche: Giovanni Nencioni e il saggio su 'Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio'. Il montare delle venature storicistiche*).

(21) P. Fiorelli, *Storia giuridica e storia linguistica*, cit.

(22) Vi abbiamo accennato nella nostra ricostruzione dell'itinerario culturale di Frezza (cfr. P. Grossi, *Una lettura degli 'Scritti' di Paolo Frezza*, ora in *Nobiltà del diritto*, cit., p. 515 ss.).

(23) Il saggio è leggibile ora in: P. Piovani, *La filosofia del diritto come scienza filosofica*, Milano, Giuffrè, 1963.

(24) Cfr. G. Nencioni, *Ancora di lingua e diritto* (1962), ora in *Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio* (IIa edizione), cit., p. 139 ss.).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

zione allo studio del diritto; il parallelismo diritto/linguaggio, proprio per il carattere illuminatorio sulla autentica natura del diritto e liberatorio da vecchie visioni moderne alterative di quella natura, costituiva un prezioso strumento di comprensione per il novizio digiuno, e, come tale, fu largamente usato. Non ne potei parlare con Giovanni, giacché l'antico, fertilissimo colloquio culturale fra me e lui si era andato spengendo via via che si andava spengendo la vivacità della sua presenza intellettuale. E questo è un rammarico che ancora mi brucia.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

PAOLO GROSSI

TESTIMONIANZA PER UN MAESTRO: RICCARDO ORESTANO (*)

1. Sono schiettamente felice di organizzare e definire in uno scritto le parole che improvvisai subito dopo le Relazioni di Bretone e Mantello raccogliendo l'invito cordialmente insistente di Giovanni Conso, giacché in tal modo la mia testimonianza per Riccardo Orestano — uno dei Maestri su di me più incisivi — acquista una positività maggiore.

Io non ho avuto il privilegio di essere scolaro di Orestano in una delle sedi universitarie dove si svolse il suo itinerario accademico, né ho mai avuto con Lui un rapporto di collaborazione universitaria, ma posso e debbo annoverarlo tra i miei Maestri. Con questa singolare notazione: che il suo magistero si è su di me intensificato via via che prendevo coscienza del mio 'mestiere' di storico del diritto e progredivo nella strada verso una più compiuta maturità intellettuale; buona sorte che non è toccata solo a me, ma a un numero vastissimo di giuristi, coltivatori dei più diversi campi dell'universo giuridico.

Certo, Orestano ha potuto contare su allievi diretti, che si sono fatti portatori del suo messaggio culturale nell'orbita specifica del diritto romano (disciplina da Lui costantemente insegnata) — e mi viene subito a mente uno dei primi, morto, ohimè!, giovanissimo, Luigi Raggi, cui ero legato da fraterna amicizia (2) —, ma il magi-

(*) Intervento tenuto presso la Accademia Nazionale dei Lincei l'8 maggio 2009 in occasione della giornata commemoratoria del centenario della nascita di Riccardo Orestano.

(2) Su Raggi si vedano le commosse, dense pagine evocative scritte dallo stesso Orestano (R. Orestano, *Luigi Raggi,* ora in *'Diritto'. Incontri e scontri*, Bologna, Il Mulino, 1981).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

stero suo più efficace e forse più duraturo nello sviluppo della scienza giuridica italiana del Novecento si è dispiegato al di là degli storici del diritto.

La vicenda scientifica di Orestano ricorda da vicino quella di un personaggio che di lui fu sicuramente tra i mèntori riconosciuti, seguìti, ammirati, e cioè Giuseppe Capograssi. Il profondo ascendente del filosofo sulmonese lo si misura, infatti, non tanto sui filosofi del diritto da lui direttamente allevati, bensì sullo stuolo di giuristi con cui egli era in perenne colloquio culturale, sì da fare della sua casa romana di viale Mazzini il 'salotto' giuridico più frequentato e più influente soprattutto negli anni dell'immediato secondo dopoguerra (3). Se mi è consentita una memoria personale, ebbi modo di rèndermene conto quando, giovane Preside della Facoltà giuridica maceratese, nella primavera del 1966, nella chiesa romana di San Carlo al Corso, partecipai a una messa di suffragio per il decennale della morte, e vidi riempirsi il vastissimo edificio sacro dei cultori delle più disparate branche del diritto positivo accorsi colà da tutta Italia.

Orestano non riceveva a casa sua alla stessa stregua di Capograssi, ma era anch'egli al centro di una raggiera estremamente ampia di rapporti, tanto da far di lui — dopo la scomparsa di Capograssi nel 1956 — uno degli interlocutori più richiesti e più ascoltati per ogni giurista che desiderasse fornirsi di solidi orientamenti metodologici e di robusti approfondimenti culturali. Guardando retrospettivamente alle vicende dei due grandi Maestri italiani, mi è sempre sembrato di cogliere in esse quasi due vite parallele, almeno sotto lo specifico profilo di una alta, singolarissima, suggestiva capacità di comunicazione pedagogica.

Resta, ora, da chièdersene le ragioni, che sono molte, e probanti. Le prime — dalle quali possiamo muovere — sono le seguenti.

2. La storia del diritto, così come Orestano la pensava, la progettava e la realizzava, aveva una valenza intimamente giuridica. Con questa affermazione, ai limiti dell'ovvietà e che può sorprendere

(3) Lo notavo in un mio ideale dialogo con Capograssi (cfr. P. Grossi, *Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi* (2006), ora in *Nobiltà del diritto-Profili di giuristi*, Milano, Giuffrè, 2008).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

un uditore ragionevole, intendo sottolineare l'atteggiamento peculiare di chi si sentiva essenzialmente un giurista, di chi si sentiva chiamato a porre in essere (sia pure sul piano storico) categorie ordinanti proprie alla conoscenza giuridica, nella persuasione che esse rappresentassero non un forzoso artificio degli addetti ai lavori, bensì un modo legittimamente autonomo di leggere e comprendere la società, traducendosi in una messa a fuoco di questa straordinariamente puntuale ed efficace.

Agli occhi del Nostro, il sapere tecnico, il complesso delle tecniche elaborate dai giuristi nella loro plurisecolare officina, non era un ciarpame astruso privo di agganci con la realtà e pertanto meritevole — se non di disprezzo — almeno del più completo disinteresse, ma piuttosto un prezioso strumento per ordinare, chiarificare, definire aspetti specifici del 'sociale' altrimenti inintelligibili. Certamente, occorreva penetrarne le cifre riposte, munendosi degli attrezzi usuali al banco di lavoro dei giuristi, ma, fatto questo primo passo di umiltà, le enigmatiche tecniche arrivavano a disvelare generosamente tutto un paesaggio retrostante — strutturale, sociale, economico, politico, culturale — che esse, lungi dal falsare, permettevano anzi di sorprendere con puntualità.

In altre parole, la storia del diritto di Orestano era ben al di dentro della scienza giuridica, e fruiva della sua metodologia, del suo linguaggio, dei suoi strumenti conoscitivi. Siamo, come si può ben vedere, assai lontano da quegli pseudo-storici del diritto che si lìmitano a guardare dall'esterno l'universo giuridico senza nemmeno tentare un percorso dentro le mura. Orestano ha, invece, bisogno di confrontarsi con i diversi cultori del diritto positivo, li legge, li medita, entra in dialogo con loro, li cita in quelle note spesso lunghissime ma dove — quasi sempre — non sono gli storici a farla da padroni.

Anche in questo atteggiamento — che è fondamentale nel Nostro, ed è altrettanto fondamentale per capirlo — è palese la consonanza con Capograssi. Io ricordo ancora, quando, nel mio noviziato accademico presso la cara Università di Macerata, Antonio Villani, l'ultimo allievo napoletano di Capograssi, mi riferiva il costante impegno del Maestro sulmonese nel leggere i giuristi, nel filosofeggiare sulle loro pagine, sulle loro architetture tecniche, che diventavano per il filosofo/giurista espressive di idealità e di ideo-

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

logie a condizione che egli si fornisse di un adeguato cifrario. Atteggiamento reso esplicito dallo stesso Capograssi parecchie volte; un esempio particolarmente perspicuo è nella sua commemorazione di Giuseppe Chiovenda, giurista costruttore e sistematore, il cui raffinato pensiero può essere percepito solo se il lettore riesce a oltrepassare l'arcigna barriera delle invenzioni tecniche (4).

3. Una seconda — e buona — ragione, strettamente consequenziale alla prima, è la certezza — di cui Orestano è stato sempre il fermo propugnatore — della unitarietà della scienza giuridica, una unitarietà riposante non su palafitticole finzioni ma su salde fondazioni epistemologiche.

Nella concezione orestaniana presente e passato non sono dimensioni disgiungibili; al contrario, si pongono in una stretta dialettica, dalla quale lo storico deve essere sempre salutarmente percorso. Il che non vuol dire operare un soffocamento dell'una o dell'altra; anzi, arrivare, grazie a una precisa analisi comparativa, a fortificarne le rispettive tipicità. Soltanto la piena consapevolezza del messaggio del presente può consentire la percezione e valorizzazione di quanto tipico sia il messaggio racchiuso in un passato prossimo e remoto. L'osservatorio comparativo unisce senza mescolare indebitamente; insomma, consegue il risultato di una compiuta storicizzazione.

Da questa netta posizione scaturiscono due altrettanto nette conseguenze. La storia del diritto, affrancata dalla identificazione in una pesante erudizione archeologica, diventa un bagaglio indispensabile per ogni giurista, mentre lo storico del diritto, che non può sottrarsi al dovere di maneggiare gli strumenti della conoscenza giuridica, dovrà avere familiarità con le categorie formanti della scienza giuridica.

Analisi storica e teoretica costituiscono l'indispensabile congiunzione, della quale non può fare a meno il ricercatore che si vuole

(4) Vale la pena di trascrivere qui le parole stesse di Capograssi: « occorre invece che i cosiddetti filosofi del diritto vadano a scuola di pensiero dalla scienza del diritto ». Motivando più sotto una siffatta affermazione: « perché solo la scienza del diritto [...] sembra che abbia serbato la capacità speculativa di rispettare ed afferrare il reale nella sua viva complessità » (G. Capograssi, *Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chiovenda)* (1938), ora in *Opere*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, p. 133).

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

provvedutamente inoltrare nella esplorazione scientifica del diritto. E, infatti, la storia giuridica di Orestano si innesta sempre in una forte nervatura teoretica, senza la quale il rischio grosso sarebbe l'atomismo di date e dati, con la inevitabile incapacità di ordinare lo strabocchevole materiale storico (5). E il Nostro non si limita a enunciazioni di metodo, ma le applica nella personale indagine sul tessuto istituzionale.

Uno dei suoi saggi più noti, citatissimo e universalmente ammirato, quello su 'diritti soggettivi e diritti senza soggetto', fu pubblicato autonomamente su 'Jus', Rivista allora diretta dal suo amico Enrico Allorio, ma non è altro che il capitolo di un 'corso' romanistico in tema di fondazioni, esempio di perfetta fusione tra dimensione storica e teoretica, fra didattica e analisi scientifica, dove la lezione consegue il suo pieno traguardo formativo unicamente se è la manifestazione in aula (o in un 'corso' scritto) della riflessione dello scienziato (6).

Si guardi, ancora, a certe pensatissime 'voci' enciclopediche su impegnativi temi di fondo, che Orestano accetta volentieri di redigere perché gli consentono di calare l'impostazione metodologica nella sua 'edificazione del giuridico' (7): le 'voci' "Formalismo giuridico" per la *Enciclopedia italiana*, e "Azione (storia del problema)" per la *Enciclopedia del diritto* sono lì a dimostrarlo (8).

Lo stesso suo testo più celebrato e anche più fortunato, la *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, divenuto nella edizione definitiva bolognese la *Introduzione allo studio del diritto romano* — proprio perché nel progetto più riposto dell'Autore

---

(5) Ne sono un esempio illuminante le *Ventotto pagine necessarie* premesse come introduzione a un volume dedicato a *La struttura giuridica del matrimonio romano*, I, Milano, Giuffrè, 1951, dove Orestano sente l'esigenza di parlare congiuntamente di problemi epistemologici generali, di temi di teoria del diritto, di grandi temi della storiografia giuridica. Le *Ventotto pagine necessarie* possono ora leggersi in *'Diritto' - Incontri e scontri*, cit.

(6) *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in « Jus », XI (1960), ora in *Azione-Diritti soggettivi-Persone giuridiche — Scienza del diritto e storia*, Bologna, Il Mulino, 1978.

(7) Espressione orestaniana, da lui usata quale titolo della Relazione che tenne — dietro mio invito — all'Incontro fiorentino su Savigny del 1980 e anche della ultima raccolta di scritti (cfr. *Edificazione del giuridico*, Bologna, Il Mulino, 1989).

(8) Vedile raccolte ora in: *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

intende essere semplicemente una introduzione allo studio storico del diritto (9) con il cómpito grave e nobile di dare spessore al giurista, a ogni giurista, di arricchirlo, di irrobustire la sua coscienza critica — è per Orestano l'occasione principe per dimostrare la fertilità di un osservatorio comprensivo, immune dalle innaturali separazioni fra analisi storica e dogmatica, fra scopo scientifico e didattico (10).

Ed è chiaro, chiarissimo, che il destinatario privilegiato non è il romanista e nemmeno un generico storico del diritto, ma il giurista, o quel giurista in formazione rappresentato dallo studente di Giurisprudenza e che il docente si ostina caparbiamente a formare, o quel giurista — già insegnante e ricercatore — che tralatizie fuorvianti impostazioni metodologiche hanno condotto a inaridirsi e isterilirsi. Il giurista, ovviamente, ha risposto e corrisposto, leggendo avidamente le pagine orestaniane, che parlavano il suo stesso linguaggio, che erano state scritte per lui, che lo richiamavano a un salutare esame di coscienza. Quelle pagine potevano, dovevano essere per lui quasi una sorta di breviario.

Non credo di esagerare se affermo che Orestano è, senza alcun dubbio, lo storico del diritto che ha riscosso maggior successo fra i cultori del diritto positivo. Né credo di sbagliare se affermo anche che le sue proposte hanno trovato indifferenza se non addirittura accoglienze scettiche e rifiuti fra i romanisti, al di sopra dei quali il credo orestaniano ha galleggiato senza influenze considerevoli.

4. Con i suoi correligionarii il dialogo non poteva essere facile. Il devoto allievo di Riccobono doveva sentirsi completamente estraneo a quei rigurgiti di post-interpolazionismo che sono stati un

(9) Lo confessa lo stesso Orestano nella 'avvertenza' premessa alla seconda edizione (*Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, Giappichelli, 1963, p. III), quando afferma: « è un abbozzo di quella che vorrebbe essere una *Introduzione allo studio storico del diritto*, in qualche modo rispondente ai problemi della scienza giuridica del nostro tempo ».

(10) Mi sia consentito di rinviare alle notazioni che ebbi a fare nella Relazione tenuta, su invito della Facoltà giuridica genovese, nel 1988, in occasione della solenne presentazione della edizione definitiva della 'Introduzione': P. Grossi, *Storia di esperienze giuridiche e tradizione romanistica (a proposito della rinnovata e definitiva "Introduzione allo studio del diritto romano" di Riccardo Orestano* (1988), ora in *Nobiltà del diritto*, cit.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

vizio mai interamente spento nella peggiore romanistica novecentesca. Né poteva egli condividere i due atteggiamenti estremi affiorati di recente, l'uno opposto all'altro; con la pretesa — il primo — di fare del diritto romano un semplice capitolo della antica civiltà romana seppellèndolo nella antichistica senza alcun cordone ombelicale con il presente; con la pretesa — il secondo — di riaffermare un *usus hodiernus Pandectarum*, un diritto romano attuale, trapiantando antistoricamente e insensatamente nell'oggi soluzioni romane quale modello coartante per il presente.

La storia del diritto di Orestano è, per così dire, capograssiana; è, cioè, storia di esperienze giuridiche. Insofferente a ogni assolutismo giuridico perché cosciente del riduzionismo operato da ogni visione normativistica, insofferente al formalismo che ogni riduzionismo legalista viene necessariamente ad implicare, egli non può che salutare come liberanti le conquiste compiute durante il Novecento dalla giuristica italiana grazie alle riflessioni di Santi Romano e di Capograssi, conquiste incarnate nelle nozioni nuove e innovatrici di 'ordinamento giuridico' e di 'esperienza giuridica'.

Lo storicismo orestaniano accoglieva compiaciuto l'ipotesi romaniana, perché essa esorcizzava efficacemente i rovinosi immobilismi normativistici, avendo l'*ordinamento* una genesi dal basso e serbando sempre in sé un nesso simbiotico salvante con la società in continuo divenire (11), ma si appagava interamente di quel passo innanzi rispetto a Romano che, secondo Orestano, Capograssi aveva compiuto con la nozione più ampia e più duttile di *esperienza giuridica* (12) dove il costituirsi del diritto come espressione intima della vita sociale, come struttura essenziale posta in essere dalla stessa vita per salvarsi dalla rissa e dallo sfacelo, lo garantiva completamente da ogni cristallizzazione e, quindi, da ogni forzatura della storia (13).

---

(11) Mi sia consentito di rinviare a un mio tentativo di interpretazione del messaggio metodologico e teorico fondamentale di Santi Romano: P. Grossi, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti* (2005), ora in *Nobiltà del diritto-Profili di giuristi*, cit.

(12) Per comprendere appieno la scelta orestaniana è di grande interesse la *retractatio* compiuta in: R. Orestano, *Della 'esperienza giuridica' vista da un giurista*, in *'Diritto'. Incontri e scontri*, cit., p. 487 ss.

(13) Nel corso dell'Incontro linceo, e precisamente nella Relazione di Antonio Mantello, si è detto che Orestano laicizzava la nozione di 'esperienza giuridica' assu-

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Storia del diritto, dunque, come storia di esperienze giuridiche, di tante maturità di tempi ciascuna delle quali offriva un modo tipico e inimitabile di vivere il diritto, ciascuna delle quali viveva della morte della precedente e moriva partecipando alla successiva i germi vitali per svilupparsi. Una storia del diritto più scandita in diversi momenti sincronici che in una diacronia scivolante inevitabilmente in continuità. Una storia del diritto che permetteva ad Orestano di rimanere illeso da quel vizio appiccicoso della continuità, su cui erano scivolati tanti storici di non grossa provvedutezza metodologica.

Si deve, però, anche aggiungere che, come per Capograssi, l'esperienza giuridica — che è storia, e certamente più storia minuta, tacita, quotidiana che roboante macro-storia — trova nella scienza giuridica la sua forza ordinatrice e, dunque, il suo concreto salvataggio. La capograssiana e orestaniana storia del diritto come storia di esperienze giuridiche viene percorsa sulla scorta prevalente della riflessione scientifica che di quella è nervatura essenziale e, pertanto, specchio fedele (14).

---

mendola quale canone orientativo della propria ricerca. Mi permetto di sottolineare che questa nozione era già offerta assolutamente 'laica' dalla stessa riflessione del cattolico Capograssi.

(14) Illuminanti le precisazioni fatte dallo stesso Capograssi nel suo ricordo del processualista Chiovenda citato più sopra alla nota 3.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Abstracts

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

BARTOLOMÉ CLAVERO, *Boethius' Mask: Anthropologies of the subject between person and individual, between theology and law.*

'Boethius' Mask' lends serious consideration to the traditional meaning of 'person' as a fictional character, as the object of a representation, and then moves on to study the principal historical moments through which 'person' has taken on its current meaning. Today, the concept of person tends to merge with the more recent concept of individual, which indicates the active subject of the representation and not its object. We therefore witness a history characterised by a continuous interweaving between the two terms — person and individual — that are never perfectly equivalent; and it is a story that thoroughly influences the fundamental problem of the subject of law or, more exactly, of the subject of rights.

MARIAVITTORIA CATANZARITI, *Lie and Power.*

A late eighteenth-century controversy that occurred between Kant and Constant concerns the theme of the lie, in a period in which the birth of public opinion changed the terms of the relationship between the public sphere and the private sphere. The essay confronts the theme of the relationship between lie and political standard practise, and raises questions on the consequences of a conception that intends the lie as a justification of power. The theme of the lie invites one to reflect on the tension between the universalism of principles and standard practise, and makes it possible to grasp a crucial aspect of the reflection on democracy.

MAURIZIO FIORAVANTI, *For a History of the modern State in Europe.*

The author summarises the traditional accounts of the genesis of the modern State, and in them finds the central and irreplaceable role of law. He furthermore reconstructs how political science and sociological doctrines, as well as historiography itself, have brought these

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

accounts into discussion in the course of the XX century. Particular attention is devoted to the criticism of traditional legal science launched by the new social sciences and, especially, by political science, in the name of a 'realistic' approach to the study of power. Reference is also made to the work of Mario Stoppino. The essay concludes with a look at the fundamental problems of political order in contemporary democracies.

ALEJANDRO MARTÍNEZ DHIER, *Legal considerations on the Gypsy ethnic group in Aragon and Catalonia in the epoch of the absolute monarchy*.

It was the kingdom of Castile to take the first measures towards the gypsies, but other kingdoms would soon imitate the policy of persecuting minorities. The kingdom of Aragon was no exception and, in the name of the defence of order, attacked a socially marginal group like the gypsies. The essay reconstructs the guiding lines that the kingdoms of Aragon and Castile followed towards the gypsies in the epoch of absolute monarchy, studying the "Fueros" of the Kingdom of Aragon and the "Constituciones" of the Principality of Catalonia.

ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *The motivations of the decisions in Portuguese and Brazilian doctrine in the XIX century. An essay of content analysis*.

A lively discussion has been ongoing about the weight of law within the *rationes decidendi* of the nineteenth-century European legal doctrine. In this article, we have taken the very texts as witnesses, counting the sources invoked as foundation to decisions of leading Portuguese and Brazilian jurists of the mid 19th century, namely the authors of the most influential legal handbooks of private law. Besides the evidence of a minimal use of national legislation — Portuguese and Brazilian codes are tardy, 1867, 1917 — the core of the justification of doctrinal options comes from doctrinal sources, even those belonging to the late mid and modern ages, and from the most famous European Codes, the Code Napoléon justifying more innovative decisions, the ALR, the more old-fashioned one. Actually, the preferences for one or the other of the two great pieces of codification, also depend upon the ideological framework of the respective jurist. Results are provisional, due to the limited corpus of literature used. Nevertheless, the supposed predominance of law could not be proved.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

LUIGI LACCHÉ, *The Eclectic Canon. In search of a deep stratum of nineteenth-century Italian legal culture.*

The essay attempts to shed new light on the category of eclecticism in the Italian legal culture of the XIX century; a category used to designate those phenomena which can not be traced back to the so-called 'schools'. The author discloses the existence of a veritable eclectic canon formed by two authors, Vico and Romagnosi, and by the use made of them. The *eclectic canon* is a *deep stratum* of the Italian legal culture in the period of the Restoration. The Restoration jurists appeal to philosophy and history to nourish legal theory and identify its inspiring principles, and they end up also influencing the methodological debate of the late XIX century.

MARIA CRISTINA BARBIERI, *"Enslavement": a past that will not pass. A historical study on the construction and the limits of the 'type'.*

The essay purposes to reconstruct the birth of the crime of « enslavement » (« plagiarism », according to the terminology of the time). The essay begins with an analysis of the late eighteenth-century codifications, and then moves on to analyse the codifications of the second half of the XIX century, both in Italy and in Germany. The proposed hypothesis is that the crime in question remains substantially unapplied. Successively, the Rocco Code distinguishes between « enslavement » and « plagiarism », and lays the premises for a process that will conclude with the declaration of the constitutional illegitimacy of the crime of plagiarism. The final part of the essay takes into consideration the interventions of reform that, under the impulse of the European Union, have also concerned the formulation of the crime of *Menschenraub* of the § 234 StGB.

FERDINANDO MAZZARELLA, *The discovery of a complex paradigm. The « Unternehmen » in commercial law and in the early twentieth-century Austro-German doctrine*

In the first years of the XX century, the Austro-German legal science thoroughly reconsidered the new economic-social reality of industrial Europe, shedding light on the collective and organisational dimension of entrepreneurial activity. In the period that extends from the enactment of the German Commercial Code of 1897 to the 1940' s,

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

a paradigm was constructed which rejected every individualistic interpretation of society. Valorising the active role of the interpreter and the economic dimension of the legal reality, the protagonists of this scientific adventure observed the centrality of the company in the capitalist economy, and renewed commercial law, offering new outlooks on topics like the sale of a company, unfair competition, industrial inventions, bankruptcy.

GIANCARLO VALLONE, *The medieval constitution between Schmitt and Brunner*.

Brunner asserted the necessity to use a broad concept of constitution, so as to embrace the medieval constitution, and he felt this idea of constitution could be taken from the thought of Schmitt. In Schmitt, however, the constitution is constituent power and evokes the idea of a sovereignty that wants and decides; an idea extraneous to medieval culture, for which power and constitution have precise ontological roots. It is possible, however, to draw from Schmitt the idea (also shared by Brunner) that the constitution is not identified with a regulation, but is instead presented as a 'fact', as a reality of existence; and this idea of constitution can be referred to a period which from the Middle Ages reaches up to the Ancien Régime.

RICCARDO CAVALLO, *The struggle against legal formalism: the proposal of Hermann Heller*

This paper analyses the critique made by the German jurist Hermann Heller against the legal formalism. Heller was one of the leaders, with Erich Kaufmann, Rudolf Smend and Carl Schmitt, of that "community of fighters" (*Kampfgemeinschaft*) which defeated the legal positivism of the German tradition (from Gerber to Jellinek and the neo-Kantian Kelsen). Two essays by Heller are examined: *Die Krisis der Staatslehre*, which contains the beginnings of his critique to legal formalism, and *Bemerkungen zur staats- und rechtstheoretischen Problematik der Gegenwart*, where Heller clarified the terms of that critique. They constitute an essential diptych to understand the reasons of the enduring polemic that Heller launched against the Pure Theory of Law and its legal, philosophical and political implications.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

FEDERICO LUCARINI, *A brief journey through a presumed continuity? For a reconsideration of the institutional and administrative layout of the Italian Commune during Fascism (1926-1941).*

The paper focuses on the problem of local government in Italy in the period 1926-1941. Historiography (from the last three decades of the twentieth century to the most recent studies) have underlined the continuity between liberalism and fascism in the area of administration. This essay analyses several kinds of primary sources (reviews devoted to the problem of municipal government, doctrinal essays and legislative texts and reforms) and stresses the relevance of the doctrinal contribution. The essay takes into consideration the German experience (mainly the national socialist *Deutsche Gemeindeordnung* of 1934) and refers to it as a 'lost alternative' which fascism was incapable of realising.

PAOLO GROSSI, *Italian civil law on the threshold of the third millennium.*

The essay reconstructs the affairs of Italian civil legal science during the second half of the twentieth century and shows how it has drawn away from the idea of a science of law as a 'pure' and 'abstract' science, and has rediscovered the factual aspect of law.

ANDREA PIN, *European integration, between state sovereignty and Kantian project. A difficult balance.*

The essay confronts the topic of European integration and its relationship with the sovereignty of States, through a particular prism: Kantian thought. Though one of the main ideal referents of integration, Kant uses arguments that incline toward inhibiting it, precisely in name of state sovereignty The sentence on the Treaty of Lisbon with which the Federal Constitutional Court of Germany redefined the lines of expanding integration betrays strong analogies with these aspects of the philosopher's reflection.

UMBERTO ROMAGNOLI, *Returning to the Statute.*

Returning to the statute of labourers means to reclaim its *ratio* in its entirety, and to fully realise its finality: that of countering the

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

dominant conception that assimilates disciplining the relations between employer and employee with regulating a relationship of a private and contractual nature.

S. Cassese, *Itinerary of a specialist in administrative law.*

The choice of a faculty, the place of teachers and colleagues, the environment of the Scuola Normale Superiore, the entwinement of historical and legal studies, surpassing the disciplinary barriers between legal science and social sciences, public commitment and professional commitment, study and teaching outside of Italy, research and material conditions, experience as constitutional judge, significant readings and authors: these are the topics of a brief intellectual autobiography that ends with an overall balance, both of the person and of the state of legal studies.

Carlos Petit, Gustavo Zagrebelsky, *For Paolo Grossi, constitutional judge.*

The contribution of Carlos Petit evokes his encounter with the work of Paolo Grossi and reconstructs the main themes: the interaction between past and present, the connection between legal history and science of law, the importance of epistemological issues, the focus on the 'dialogue' with jurists.

The contribution of Gustavo Zagrebelsky reconstructs Paolo Grossi' s vision of law, his critique of legal absolutism, the valorisation of the constitution as expression of the primacy of society over the State. In this perspective, the intervention of a constitutional Court called to interrogate itself on the profound roots of today's legal society appears central.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Ragguagli fiorentini

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

ATTIVITÀ DEL CENTRO DI STUDI PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO NELL'ANNO ACCADEMICO 2008-2009

Sono stati graditi ospiti del 'Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno' per un soggiorno di studio il prof. Francisco Infante della Universidad Pablo de Olavide di Sevilla, il dr. Ricardo Sontag della Universidade Federal de Santa Catarina di Florianopolis (Brasile).

È stato pubblicato il volume 38 dei 'Quaderni fiorentini', per un totale di pp. 1952, dedicato al tema monografico de "I diritti dei nemici", con saggi, fra gli altri, di Costa, Preterossi, Portinaro, Garriga, Mastnak, Luminati, Martucci, Cazzetta, Quaglioni, Berti, Procacci, Collotti, Maj, Grande, Nuzzo, Cassi, Senellart, Clavero, Grossi, Salerno, Donini, Bartoli, Pietropaoli, Stolzi, Gregorio.

Nella 'Biblioteca' del Centro sono stati pubblicati il volume 83 di Paolo Grossi, *Trent'anni di Pagine introduttive. Quaderni fiorentini 1972-2001*, il volume 84 di Aldo Sandulli, *Costruire lo Stato*, il volume 85 *Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana*, a cura di Guido Balandi e Giovanni Cazzetta, il volume 86 di Pio Caroni, *La solitudine del giurista*, il volume 87 di Federigo Bambi, *Una nuova lingua per il diritto*.

È stato inaugurato in data 18 maggio 2009 il ciclo primaverile 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 altri sedi.

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

SOLIDARIETÀ E CONCORRENZA

18 maggio ore 10
GIOVANNI CAZZETTA, *Alle origini del diritto sociale*

18 maggio ore 16
IRENE STOLZI, *Corporativismo e diritto sociale*

19 maggio ore 10
BERNARDO SORDI - SILVANA SCIARRA, *Dallo Stato sociale all'Europa sociale: radici e prospettive*

26 maggio ore 10
ALESSANDRA ALBANESE, *I servizi sociali tra diritto interno e diritto comunitario*

26 maggio ore 15
Tavola rotonda, *Cittadinanza e prestazioni dello Stato sociale tra solidarietà e concorrenza*
Presiede:
Silvana Sciarra
Intervengono:
Eleanor Spaventa
Stefano Giubboni
Giovanni Orlandini

3 giugno ore 10
FRANK BENYON, *Services of general economic interest*

STATO ED ECONOMIA

3 giugno ore 16
MATTEO GNES, *Circolazione e scelta dei diritti in Europa*

4 giugno ore 10
MARIO SAVINO, *La comitologia*

5 giugno ore 10
MARTINA CONTICELLI, *Il G8*

10 giugno ore 11
GIULIO NAPOLITANO, *Lo Stato salvatore*

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Indice

PIETRO COSTA, *Pagina introduttiva* 1

MODELLI E DIMENSIONI

BARTOLOMÉ CLAVERO, *La Máscara de Boecio: Antropologías del Sujeto entre Persona e Individuo, Teología y Derecho* 7

MARIAVITTORIA CATANZARITI, *Menzogna e potere*. 41

LA DIMENSIONE GIURIDICA

MAURIZIO FIORAVANTI, *Per una storia dello Stato moderno in Europa* 69

ALEJANDRO MARTÍNEZ DHIER, *Consideraciones jurídicas en torno a la etnia gitana en Aragón y Cataluña durande la época de la monarquía absoluta* 83

ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *Razões de decidir na doutrina portuguesa e brasileira do século XIX. Um ensaio de análise de conteúdo* 109

LUIGI LACCHÉ, *Il* canone eclettico. *Alla ricerca di uno* strato profondo *della cultura giuridica italiana dell'Ottocento* 153

MARIA CRISTINA BARBIERI, *La riduzione in schiavitù: un passato che non vuole passare. Un'indagine storica sulla costruzione e i limiti del 'tipo'* 229

FERDINANDO MAZZARELLA, *La scoperta di un paradigma complesso. L'« Unternehmen » nel diritto commerciale e nella dottrina austro-tedesca del primo Novecento*. 299

GIANCARLO VALLONE, *La costituzione medievale tra Schmitt e Brunner* 387

RICCARDO CAVALLO, *La critica al formalismo giuridico nel pensiero di Hermann Heller* 405

FEDERICO LUCARINI, *Breve viaggio attraverso una presunta continuità? Per un riesame dell'assetto istituzionale e amministrativo del comune italiano durante il fascismo (1926-1941)* 437

PAOLO GROSSI, *Il diritto civile italiano alle soglie del terzo millennio (una pos-fazione)* 465

ANDREA PIN, *L'integrazione europea, tra sovranità statale e progetto kantiano. Un equilibrio difficile* 489

UMBERTO ROMAGNOLI, *Tornare allo Statuto* 515

FIGURE DELL'ESPERIENZA

S. CASSESE, *Itinerario di un amministrativista* 529

CARLOS PETIT, GUSTAVO ZAGREBESLKY, *Per Paolo Grossi, giudice costituzionale* . . 555

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

LETTURE

M. Nobili, *L'immoralità necessaria* (P. Costa) 577

G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia* (M. Fioravanti) 585

FASCISMO E DIRITTO (a cura di I. Stolzi) 591

L. Di Nucci, *Lo Stato-partito del fascismo*; P. Dogliani, *Il fascismo degli italiani* (A. Gagliardi) 591

O. De Napoli, *La prova della razza*; E. De Cristofaro, *Codice della persecuzione* (I. Pavan) 602

F. Quaglia, *Il re dell'Italia fascista* (P. Colombo) 607

PROFILI DI GIURISTI (a cura di M. Gregorio) 615

L. Borsi, *Storia Nazione Costituzione* (M. Gregorio) 615

E. Capozzi, *Il sogno di una costituzione* (M. Gregorio) 622

DISCUSSIONI

Johannes Althusius U.J.D., *La politica*

Interventi di:

Diego Quaglioni, *Quale modernità per la "Politica" di Althusius?* 631

Merio Scattola, *Iohannes Althusius e la storia dei saperi politici* 648

Corrado Malandrino, *Quale attualità per il pensiero di Johannes Althusius?* . . 669

Patrizia Pederzoli, *La Corte costituzionale*

Interventi di:

Giovanni Bisogni 684

Patrizia Pederzoli 690

Ignacio Fernández Sarasola, *Los partidos políticos en el pensamiento español*

Interventi di:

Sebastián Martín. 694

Ignacio Fernández Sarasola, *Reflexiones metodológicas y sustantivas en torno a los partidos políticos* 707

James Q. Whitman, *The origins of reasonable doubt*

Interventi di:

Arno Dal Ri jr. 726

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

RENZO ORLANDI 738

MICHELE PIFFERI 750

JAMES Q. WHITMAN, *Response to my reviewers* 758

A PROPOSITO DI

ITALO BIROCCHI, *Un illuminismo giuridico fuori di maniera* 765

GIOVANNI FURGIUELE, *Notazioni sull'insopprimibile nesso fra diritto e interpretazione* 781

PAOLO GROSSI, *Chiesa romana e modernità giuridica* 791

DARIO IPPOLITO, La Scienza della Legislazione. *Osservazioni critiche su* 'una analisi critica' 809

SEBASTIÁN MARTÍN, *Legislación autoritaria, estados de sitio y enemigos políticos en la construcción del Estado liberal* 827

TESTIMONIANZE

UMBERTO ROMAGNOLI, *Gino Giugni, l'ultimo giurista weimariano* 901

PAOLO GROSSI, *Il 'giurista' Giovanni Nencioni* 909

PAOLO GROSSI, *Testimonianza per un maestro: Riccardo Orestano* 919

ABSTRACTS 929

RAGGUAGLI FIORENTINI

Attività del Centro di Studi per la storia del pensiero giuridico moderno nell'anno accademico 2008-2009 937

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

I collaboratori del « Quaderno » 39

Bartolomé CLAVERO
Catedrático de Historia del derecho — Universidad de Sevilla

Mariavittoria CATANZARITI
Dottoranda di Filosofia del diritto — Università di Roma

Maurizio FIORAVANTI
Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

Alejandro MARTÍNEZ DHIER
Profesor de Historia del derecho y de las instituciones — Universidad de Granada

António Manuel HESPANHA
Catedrático de História do direito — Universidade Nova de Lisboa

Luigi LACCHÉ
Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Macerata

Maria Cristina BARBIERI
Ricercatore di Diritto penale — Università di Trieste

Ferdinando MAZZARELLA
Ricercatore di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Palermo

Giancarlo VALLONE
Prof. Ordinario di Storia delle istituzioni politiche — Università del Salento

Riccardo CAVALLO
Assegnista di Filosofia del diritto — Università di Catania

Federico LUCARINI
Prof. Straordinario di Storia delle istituzioni politiche — Università del Salento

Paolo GROSSI
Prof. Emerito di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze. *Giudice della Corte Costituzionale*

Andrea PIN
Ricercatore di Diritto costituzionale — Università di Padova

Umberto ROMAGNOLI
Prof. Emerito di Diritto del lavoro — Università di Bologna

Sabino CASSESE
Giudice della Corte Costituzionale

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Carlos PETIT
Catedrático de Historia del derecho — Universidad de Huelva

Gustavo ZAGREBELSKY
Presidente Emerito della Corte costituzionale

Pietro COSTA
Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

Irene STOLZI
Ricercatore di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

Alessio GAGLIARDI
Assegnista di ricerca di Storia contemporanea — Università dell'Aquila

Ilaria PAVAN
Ricercatore di Storia contemporanea — Scuola Normale Superiore di Pisa

Paolo COLOMBO
Prof. Ordinario di Storia delle istituzioni politiche — Università Cattolica del Sacro Cuore

Massimiliano GREGORIO
Ricercatore di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

Diego QUAGLIONI
Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Trento

Merio SCATTOLA
Prof. Associato di Storia delle dottrine politiche — Università di Padova

Corrado MALANDRINO
Prof. Ordinario di Storia delle dottrine politiche — Università del Piemonte Orientale

Giovanni BISOGNI
Ricercatore di Filosofia del diritto — Università di Salerno

Patrizia PEDERZOLI
Prof. Ordinario di Scienza politica — Università di Bologna

Sebastián MARTIN
Doctor e investigador contratado 'Juan de la Cierva' — Universidad de Sevilla

Ignacio FERNÁNDEZ SARASOLA
Profesor Titular de Derecho Constitucional — Universidad de Oviedo

Arno DAL RI jr.
Professor de Teoria e História do Direito Internacional — Universidade Federal de Santa Catarina

Renzo ORLANDI
Prof. Ordinario di Diritto processuale penale — Università di Bologna

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano

Michele PIFFERI
Ricercatore di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Ferrara

James Q. WHITMAN
Ford Foundation Professor of Comparative and Foreign Law — Yale Law School

Italo BIROCCHI
Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Roma 'La Sapienza'

Giovanni FURGIUELE
Prof. Ordinario di Diritto civile — Università di Firenze

Dario IPPOLITO
Ricercatore di Filosofia del diritto — Università di Roma Tre

© Dott. A. Giuffrè Editore Spa - Milano