

per la storia
del pensiero
giuridico
moderno

40
T.I

2011

**QUADERNI
FIORENTINI**

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

40

(2011)

Giudici e giuristi.
Il problema del diritto giurisprudenziale
fra Otto e Novecento

TOMO I



GIUFFRÈ EDITORE

PIETRO COSTA

PAGINA INTRODUTTIVA.
GIUDICI, GIURISTI (E LEGISLATORI):
UN “CASTELLO DEI DESTINI INCROCIATI”?

1. La scelta di assumere come tema del ‘Quaderno’ 40 il diritto giurisprudenziale non può certo apparire sorprendente: da molti anni ormai l’interesse della storiografia nei confronti dell’attività giurisdicente è andato aumentando e si è tradotto in una copiosa messe di opere individuali e collettive. L’acuita attenzione al passato (prossimo o remoto) della giurisprudenza è verosimilmente collegata alla crescente importanza che essa è venuta assumendo in anni recenti.

A conferire al giudice un ruolo preminente nelle società odierne concorrono almeno tre ordini di circostanze: in primo luogo, la complessità ed eterogeneità del sistema normativo (dovute all’inflazione legislativa e alla compresenza di norme infra- e sovra-statali) hanno indotto a chiedersi se proprio nell’interpretazione-applicazione del diritto potesse reperirsi un’ormai problematica ‘valvola di chiusura’ del sistema; in secondo luogo, il successo ‘planetario’ del discorso dei diritti ha spostato l’accento dal parlamento alle corti e ha indotto a vedere in una *governance* giudiziaria una più efficace risposta a diffuse istanze di giustizia sostanziale; in terzo luogo (e di conseguenza), è tornata al centro del dibattito quella antica, mai risolta tensione fra la *voluntas* e la *ratio*, fra il potere del *demos* e il sapere degli *àristoi*, che, nella cornice degli odierni ordinamenti, si traduce nel problema del rapporto fra il legislativo e il giudiziario.

Non sono però soltanto le urgenze e i dilemmi del nostro presente a indurci a lavorare sulla giurisprudenza del passato: a sollecitarci in questa direzione è anche il dislivello fra ciò che

vorremmo sapere su di essa e ciò che effettivamente sappiamo. Se infatti la storia della giurisprudenza è ormai ampiamente coltivata, la mole dei dati e la complessità dei problemi sono tali da far sì che le zone incognite siano ancora, nel complesso, più numerose delle aree esplorate.

Il nostro 'Quaderno' ambisce a muoversi in un territorio di confine: il suo obiettivo non è studiare la giurisprudenza come tale (analizzare le sentenze dell'una o dell'altra corte di giustizia o la strutturazione dell'una o dell'altra istituzione giudiziaria), ma è capire, per così dire, la giurisprudenza 'fuori' dalla giurisprudenza (e, reciprocamente, la dottrina 'fuori' dalla dottrina). Il 'Quaderno' intende chiedersi che cosa i *doctores iuris* (i giuristi accademici, i teorici del diritto) pensino dei giudici (quale sia la loro rappresentazione di ciò che i giudici fanno e di ciò che essi dovrebbero o non dovrebbero fare), e, viceversa, che cosa i giudici siano disposti a recepire delle teorie e delle argomentazioni 'dottrinarie'. Il diritto giurisprudenziale è, allora, sì, l'oggetto del 'Quaderno', che però lo assume non come un dato, ma come un problema. Se vi sia e che cosa sia un diritto 'prodotto' dai giudici; che rapporto questo ipotetico diritto abbia con il diritto creato dal legislatore e teorizzato dal giurista: sono questi i problemi che il 'Quaderno' intende affrontare in una precisa congiuntura storico-culturale.

L'orizzonte temporale prescelto è ampio, ma nettamente delimitato perché coincidente con quella fase della storia moderna-contemporanea (l'Otto-Novecento) segnata da due scansioni decisive: l'emersione di una forma di società strutturata intorno al nesso fra Stato, proprietà e diritti (la forma di società prodotta dalle grandi rivoluzioni — politiche, economiche, sociali — di fine Settecento) e la successiva crisi di questo assetto socio-culturale, provocata dal dilagare di conflitti che fanno apparire inadeguata la formula individualistico-proprietaria precedentemente egemone.

La contestualità prescelta ha una (relativamente) limitata estensione diacronica, ma una notevole dilatazione nello spazio, dal momento che include società nazionali appartenenti all'Europa come al Nord-America e all'America latina. È ovviamente esclusa qualsiasi pretesa di esaustività. Solo alcune realtà (europee e americane) vengono analizzate e valgono come 'campioni' della nostra esplorazione: 'campioni' prescelti non tanto perché 'oggettivamente'

più importanti dei contesti esclusi, quanto perché congruenti con le diverse 'soggettività' (con le varie competenze e disponibilità) dei collaboratori del 'Quaderno'.

Pur nella sua inevitabile frammentarietà, il 'Quaderno' offre comunque un suggestivo panorama del rapporto fra cultura giuridica e giurisprudenza in un periodo (indicativamente) compreso fra Otto e Novecento. Ciascun saggio affronta un problema specifico situandolo in un contesto determinato (l'Argentina, la Spagna, la Germania ecc.), ma i saggi nel loro insieme rendono possibile un inedito confronto fra esperienze diverse. Il 'Quaderno' si rende quindi disponibile a due 'fruizioni' distinte: a una lettura concentrata sulle singole realtà nazionali partitamente analizzate dai saggi, ma anche a una lettura complessiva e 'sinottica', condotta all'insegna della comparazione.

È la comparazione la lente capace di mettere a fuoco il fenomeno analizzato in tutta la sua complessità. La comparazione è però possibile solo in quanto disponiamo di precise e mirate esplorazioni su realtà determinate. È grazie ad esse che il lettore del 'Quaderno' può riflettere sul problema del diritto giurisprudenziale tenendosi lontano da scorciatoie ideologicamente suggestive, ma storiograficamente insoddisfacenti.

2. Il diritto giurisprudenziale è un fenomeno complesso, tanto che la sua definizione teorica continua ad apparire ancora problematica e incerta, come ci avverte Heinz Mohnhaupt fino dalle prime battute del suo saggio. L'*impasse* della teoria non stupisce se si pensa alla pervasiva incidenza dell'attività giudicante sulla vita dell'ordinamento e alla difficoltà di considerarne i molteplici risvolti. Se poi il fuoco dell'analisi si concentra sui territori di confine — sui rapporti fra giurisprudenza e dottrina, fra giurisprudenza e legislazione — le difficoltà non possono che aumentare. Riflettere sulla giurisprudenza significa in realtà offrire una rappresentazione della statica e della dinamica di un ordinamento giuridico, delle sue gerarchie interne, delle prestazioni socialmente rilevanti che esso è chiamato a fornire. Assumere come tema di indagine il diritto giurisprudenziale significa quindi individuare anche i punti di contatto e di contrasto fra il 'dentro' e il 'fuori', fra il diritto e la società, fra la dinamica politica e le strategie dei giuristi.

Iscritti in questo vasto orizzonte, i saggi rendono possibile la comparazione fra società e culture nazionali le cui diversità non possono non riflettersi sulla strutturazione dell'ordinamento e sul rapporto fra le sue componenti. Pur nella varietà delle soluzioni, è possibile riferirsi indicativamente ad alcuni 'modelli' o 'tipi' di rapporto fra giurisprudenza e dottrina (e legislazione) che emergono in filigrana dalle pagine del nostro 'Quaderno'.

Un approccio (seguito in molti paesi dell'Europa continentale, ma importante anche per la realtà sud-americana) ha il suo imprinting nella cultura 'codicistica' (post-illuministica e post-rivoluzionaria): al centro dell'ordinamento è collocata la legge, che, in quanto realizzata nella forma del codice, si vuole capace di fornire ai rapporti sociali una completa intelaiatura normativa. In questa prospettiva, il ruolo della legge viene presentato come assolutamente preminente rispetto alle altre componenti dell'ordinamento, quali la dottrina giuridica e la pratica giurisprudenziale: potremmo parlare di un modello '*legicentrico*'.

La Scuola dell'Esegesi in Francia e in Italia, la costituzionalistica all'indomani dell'Italia unitaria (cui fa riferimento Alberto Spinosa), la cultura giuridica argentina a ridosso del codice del 1869 (studiata da Victor Tau Anzoátegui) offrono esempi eloquenti, fra i molti possibili, di un'impostazione che minimizza il ruolo del giurista e del giudice e vede nell'interpretazione-applicazione della legge un'attività, se non automatica, certo rigidamente predeterminata dal testo normativo.

Un modello radicalmente diverso si diffonde nei paesi di lingua tedesca a partire dallo storicismo di Savigny e di Puchta (che costituisce un riferimento obbligato per molti saggi e in particolare per i contributi di Heinz Mohnhaupt e di Hans-Peter Haferkamp): il fondamento dell'ordine non è la volontà 'decisionistica' di un sovrano, non è l'atto di un potere 'costituente', ma è lo sviluppo continuo ed 'organico' di un popolo, che trova nei *doctores iuris* l'espressione principale e più autentica del suo 'spirito', della sua identità etico-culturale. All'assolutizzazione della legge, propria del modello codicistico, sembra corrispondere una non meno netta assolutizzazione della scienza giuridica: potremmo parlare (tanto per disporre di una formula di comodo) di un modello '*sofocratico*'.

I due modelli sono molto diversi (se non opposti) fra loro, ma

per nessuno dei due la pratica giurisprudenziale sembra essere il centro di gravitazione dell'ordinamento. La giurisprudenza è invece la spina dorsale degli ordinamenti di *common law*: potremmo parlare, a questo proposito, di un modello 'giurisprudenziale'. Del suo modo di funzionare in un lungo arco di tempo e della creatività dei *common lawyers* ci offre un'eloquente espressione la storia della 'conspiracy', ricostruita da Victor Saucedo.

Queste indicazioni tipologiche sono, nella loro generalità, attendibili e colgono aspetti importanti delle culture nazionali cui si riferiscono. I saggi pubblicati nel 'Quaderno' non si limitano però a confermare e a circostanziare modelli già noti, ma introducono numerosi e rilevanti elementi di complicazione, che rendono giustizia allo spessore del fenomeno analizzato.

Il modello codicistico ruota intorno alla pretesa autosufficienza della legge e pretende di mettere ai margini tanto l'apporto della storia quanto il contributo della giurisprudenza. Quando però si guardi da vicino alle strategie retoriche dei giuristi italiani fra Otto e Novecento (come avviene nei contributi di Giovanni Cazzetta e di Alberto Spinosa) i profili non sono più così netti: da un lato, nella pubblicistica risorgimentale, il codice non viene contrapposto alla tradizione, ma viene valorizzato come l'inveramento e il culmine della storia nazionale, in un singolare *melange* di storicismo savigniano, di esaltazione della tradizione 'romanistica' e di giuspositivistico elogio della legge; dall'altro lato, nell'Italia post-unitaria, la retorica giuridica prevalente sembra ruotare non già sul primato 'assoluto' del codice, ma sulla celebrazione (nazionalistica) dell'italica capacità di combinare armoniosamente dottrina e prassi, codice e giurisprudenza.

Nell'Italia dei codici, le retoriche dei giuristi valorizzano la giurisprudenza e la sua capacità di garantire un graduale e ponderato 'progresso'. Allo stesso modo, nella Germania storicistica e pandettistica, l'apologia della scienza non si traduce in un mero oscuramento del fenomeno giurisprudenziale. I saggi di Heinz Mohnhaupt, di Hans-Peter Haferkamp e di Stefan Geyer (pur diversamente orientati) convergono nello sfatare l'immagine di una pandettistica chiusa nella propria *turris eburnea*: i pandettisti stessi sono spesso coinvolti, a diverso titolo, in una qualche attività 'giudicante'; Savigny, certo non sospetto di 'anti-scientismo', valo-

rizza la prassi come strumento di una possibile rivitalizzazione dello stesso sapere giuridico; e viene dal bagaglio teorico della scuola storica (come ricorda Heinz Mohnhaupt) il tentativo di fondare il *Richterrecht* come fonte di diritto appellandosi al suo valore di ‘consuetudine’.

Certo, ciò non basta a sovvertire le tendenze ‘egemoniche’ della scienza, che si protende, sì, verso la prassi, ma persegue l’obiettivo della *Verwissenschaftlichung* (come scrive Hans-Peter Haferkamp) della prassi stessa. Credo però che appaiano evidenti, anche da questi brevissimi cenni, le tante sfumature che vengono ad arricchire, grazie allo sforzo analitico dei collaboratori del ‘Quaderno’, la raffigurazione tradizionale del rapporto fra teoria e prassi: la giurisprudenza finisce per apparire una presenza significativa, e anche una risorsa non trascurabile, pur entro culture giuridiche tendenzialmente refrattarie a valorizzarne l’importanza.

Con istruttivo parallelismo, è analoga l’impressione che si trae dalla lettura dei saggi (di Dolores Freda e di Michael Lobban) dedicati alla Gran Bretagna. Anche in questo caso ci viene impedito di rifugiarsi in una visione semplificata e ‘di maniera’ del *common law*. I termini della complicazione del quadro sono naturalmente invertiti rispetto ai modelli ‘continentali’: in piena luce è collocata la tradizione giurisprudenziale, di cui viene a far parte costitutiva la regola del carattere vincolante del precedente. Grazie al saggio di Dolores Freda però apprendiamo che la teoria del precedente non è una determinazione (per così dire) immediata e automatica del ‘modello’, ma ha una formulazione relativamente recente, fra Sette e Ottocento (fra Blackstone e Mansfield), per essere infine compiutamente elaborata da James Ram nel 1834. E ci rendiamo altresì conto (grazie al saggio di Michael Lobban) che la teoria del precedente e, per suo tramite, la consolidazione del primato del diritto giurisprudenziale si affermano non già nel vuoto di alternative possibili, ma nel vivo di un confronto con teorie concorrenti, che premono sul tasto della legge e del codice. Queste teorie escono sconfitte, ma incidono comunque sulla concezione e sulle modalità di funzionamento del *common law*, che non era (come scrive Lobban) « a mass of undigested chaos », ma « contained rules which could be identified and articulated ».

Nessuna troppo facile ‘certezza’ viene accreditata dal ‘Qua-

derno', quale l'immagine di una giurisprudenza finalmente trionfante e liberata dalle ipoteche legislative nella Svizzera del codice del 1907. Già Pio Caroni aveva messo in guardia, in altra occasione, dalla sua mitizzazione. E ora Michele Luminati, dedicando una puntuale indagine alla composizione del Tribunale Federale, mostra all'opera giudici che, lungi dall'usare l'art. 1 del Codice per rintuzzare l'albagia legicentrica, operano in sostanziale sintonia con i principi e i valori adottati dal legislatore.

Il tema, apparentemente univoco, del diritto giurisprudenziale, una volta studiato da vicino, mostra l'insufficienza di contrapposizioni dicotomiche ('giurisprudenza' *vs.* 'dottrina'; 'giurisprudenza' *vs.* 'legge' e così via) e rivela piuttosto (pur nella diversità delle culture nazionali) una ricorrente attenzione alla molteplicità dei 'formanti' dell'ordinamento: come se il loro equilibrio fosse comunque mobile e discutibile, ma difficilmente riducibile all'assoluta dominanza di uno di essi. Forse il dato più interessante che una lettura 'sinottica' del 'Quaderno' fa emergere è proprio la ricorrente difficoltà di far leva soltanto su una componente dell'esperienza giuridica e la necessità di tener conto, anche al di là di roboanti dichiarazioni programmatiche, dell'intreccio degli elementi strutturali dell'ordinamento. Cambia il 'dosaggio' di questi elementi — da qui la pluralità dei 'modelli' esistenti — ma la regola della loro compresenza finisce per essere, di fatto, largamente rispettata.

Nemmeno questa regola è però assoluta. Lo dimostra l'esperienza della Spagna: dove l'interazione fra legislazione, giurisprudenza e dottrina giuridica appare problematica a causa della sproporzione fra le forze in campo, dal momento che, come scrive Marta Lorente, la « jurisprudencia ha venido á ser [...] la fuente principal, sino la única, del derecho civil español ». Il 'caso' spagnolo (dove la giurisprudenza è chiamata a svolgere una funzione assolutamente protagonista in un lungo arco di tempo) appare quindi tanto interessante quanto difficile da trattare, data la sproporzione esistente fra le diverse componenti dell'ordinamento.

I saggi pubblicati nel 'Quaderno' procedono lungo una sorta di doppio binario e, per un verso, ci mettono in contatto con le peculiarità dei singoli contesti, mentre, per un altro verso, ci permettono di cogliere l'esistenza di preoccupazioni, temi e soluzioni ricorrenti al di là delle varianti locali.

Un siffatto intreccio di tratti idiomatici e di profili condivisi non può essere ricostruito affidandosi soltanto alle dichiarazioni programmatiche dei protagonisti (*doctores* o giurisdicenti): quali che siano le teorie e le retoriche prevalenti, la dottrina e la giurisprudenza possono infatti intrattenere rapporti in maggiore o minore misura distanti dalla loro enunciazione ‘ufficiale’.

Se leggiamo il saggio di Stefan Geyer sull’assicurazione sulla vita nella giurisprudenza del *Reichsgericht* apprendiamo che, in termini generali, « die Auseinandersetzung mit der Literatur erweist sich als eher oberflächlich und ergebnisorientiert »: la conclamata supremazia della dottrina non sembra impressionare troppo gli operatori giuridici. Diversa invece appare (nel saggio di Marco Sabbioneti) la situazione della Francia di fine Ottocento, dove una giurisprudenza ‘creativa’ si mostra capace di rispondere alla drammatica sfida degli infortuni sul lavoro sostituendo alla tradizionale nozione di responsabilità il concetto di rischio (immanente al processo produttivo come tale e svincolato da qualsiasi parametro soggettivo). Nel varare questo indirizzo la giurisprudenza francese agisce non già ‘autarchicamente’, bensì in sintonia con le celebri tesi di Saleilles e di Géný. Queste tesi però costituiscono non già una *opinio communis*, ma una materia a lungo disputata tanto in dottrina quanto in giurisprudenza: la linea divisoria dunque in questo caso non separa i ‘giuristi’ dai ‘giudici’, la ‘dottrina’ dalla ‘giurisprudenza’, ma scavalca le logiche interne ai due ceti professionali mettendo l’una di fronte all’altra due diverse strategie di politica del diritto. E non è dissimile il caso della *criminal jurisprudence* nord-americana studiata da Michele Pifferi, orientata a superare il tradizionale formalismo garantista a vantaggio di una pena calibrata sulla individuale ‘pericolosità’ del reo. Di nuovo giuristi e giudici si presentano non già come falangi compatte e contrapposte, bensì come attori di un conflitto che ha motivazioni ed echi che trascendono la ristretta cerchia dei professionisti del diritto.

Alla permeabilità della giurisprudenza nord-americana nei confronti degli orientamenti politico-giuridici dominanti si contrappone la tendenza ‘autarchica’ della giurisprudenza italiana, studiata da Orazio Abbamonte nel contesto dell’Italia fascista: dove potremmo attenderci che una letteratura giuridica largamente ‘fascistizzata’ godesse di una forte capacità di penetrazione nella cittadella

giurisprudenziale, che invece — sul terreno dei rapporti fra privati — resta fedele ai paradigmi ereditati dalla civiltà liberale e refrattaria all'ideologema (anche) fascista della 'funzione sociale' della proprietà.

Sono dunque diversi i rapporti fra dottrina e giurisprudenza nelle varie realtà nazionali, ma in nessun caso sembra possibile dedurre l'effettivo ruolo della giurisprudenza e l'andamento della sua quotidiana attività dal profilo generale del 'modello' ('legicentrico', 'sofocentrico' o 'giurisprudenziale') di riferimento. Ce ne offre una sintesi conclusiva Massimo Meccarelli richiamando la nostra attenzione su due dati: è vero che un movimento teoricamente iconoclasta come la *Freirechtsbewegung* gode di limitate adesioni; se però dalla scarsa propensione della dottrina alla teoria dell'interpretazione creativa traessimo la conseguenza che la giurisprudenza è sempre e comunque schiacciata dal 'legicentrismo' non ci accorgeremmo che, al contrario, le Corti supreme, che pure nascono con una funzione — come scrive Meccarelli — anti-giurisprudenziale (sono create cioè allo scopo di contenere le possibili intemperanze 'creative' delle corti inferiori) finiscono in realtà per farsi tramite di innovazioni importanti.

I 'modelli' mantengono quindi il loro valore 'orientativo', ma devono essere messi in contatto con la varietà delle situazioni concrete, devono essere 'falsificati' dalle esperienze che solo un'analisi ravvicinata dei singoli contesti è in grado di ricostruire.

I saggi pubblicati nel 'Quaderno' percorrono coraggiosamente questa strada e proprio per questo rendono possibile un'acquisizione ulteriore: permettono di cogliere tutta la corposa 'realtà' che sta dietro a parole quali 'dottrina' e 'giurisprudenza'. La dottrina non è fatta di idee iperuraniche; la giurisprudenza non è una catena di ieratici verdetti. Entrambe hanno bisogno per esistere di impegnative mediazioni (la scrittura, la stampa, la pubblicità, gli strumenti e le strutture istituzionali che ne rendono possibile la formulazione e la comunicazione). Appare quindi quanto mai opportuna l'attenzione che numerosi contributi rivolgono agli strumenti organizzativi e ai canali che hanno concretamente permesso l'interazione fra dottrina e giurisprudenza.

È in questa prospettiva che Victor Tau Anzoátegui sottolinea, per la cultura argentina, l'importanza delle riviste (dottrinarie e/o

giurisprudenziali) come strumento capace di favorire la formazione di una *communis opinio*. E la stessa teoria del precedente, in Inghilterra, non potrebbe essere pensata e concretamente applicata senza la messa a punto di un sistema di informazione e di pubblicazione dei 'casi' (tanto da dar luogo — come ci dice Dolores Freda — alla creazione di un organo apposito — il *Council of Law Reporting* — nel 1865). In ogni paese, in sostanza, l'interazione fra dottrina e giurisprudenza non è un fenomeno spontaneo o casuale, ma è un processo che presuppone (e al contempo stimola) un preciso sforzo organizzativo: la dottrina e la giurisprudenza esistono insomma in quanto incarnate in specifiche forme discorsive e comunicative, che a loro volta implicano la presenza di una rete di istituzioni e di strutture associative.

Il carattere storicamente e socialmente determinato della dottrina e della giurisprudenza induce ad aprire un altro fronte di ricerca, che traspare in filigrana in numerosi saggi del 'Quaderno', ma emerge con particolare nitidezza nelle pagine di Dolores Freda: la necessità di stabilire un nesso fra il 'prodotto' (le teorie e le sentenze) e i 'produttori' (i giuristi accademici e i giudici); la necessità insomma di studiare il substrato storico-sociale della teoria e della pratica giuridica e di collocare il rapporto fra dottrina e giurisprudenza sullo sfondo di una sociologia storica dei ceti professionali. Il caso inglese è in questo senso esemplare: pur in un paese dove la cultura giuridica accademica è debole e comunque tardiva, prima le veementi accuse benthamiane al ceto dei giudici e alla misteriosità del linguaggio giuridico in nome della certezza del diritto, poi il consolidarsi di una cultura giuridica universitaria e il successo del giuspositivismo austiniiano sono le sfide che inducono i *common lawyers* a consolidare il sistema dei precedenti e a regolarlo in modo da garantire il raggiungimento del medesimo fine (la certezza del diritto) con mezzi diversi da quelli raccomandati dagli iconoclastici fautori del codice. Ed è proprio in questa prospettiva che appare quanto mai fecondo un approccio prosopografico (quale quello seguito da Michele Luminati), capace di dare un nome e un volto agli attori del dramma giurisprudenziale.

La dinamica del rapporto fra la giurisprudenza e la dottrina include dunque, fra i suoi molteplici 'motori', gli interessi e le aspettative, ora convergenti, ora antagonisti, di distinti gruppi

professionali, inclini a fare della celebrazione dell'uno o dell'altro 'modello' ('legicentrico', 'sofocentrico' o 'giurisprudenziale') uno strumento funzionale alla propria auto-legittimazione.

Pur percorrendo strade diverse, dunque, i saggi che compongono il 'Quaderno', se pure delineano un quadro dettagliato e variegato dei rapporti intercorrenti, nei diversi Stati nazionali, fra dottrina e giurisprudenza, complicano e arricchiscono la loro analisi in modo da evitare le semplificazioni che un eccesso di 'dogmatismo' o di 'ideologismo' avrebbe potuto suggerire.

3. Movendo da un punto specifico dell'ordinamento (il rapporto fra giudici e giuristi), la linea tracciata dal 'Quaderno' finisce per collegare fra loro molteplici strati dell'esperienza giuridica. L'ordinamento giuridico è però a sua volta parte di una realtà più ampia, momento di un'interazione politico-sociale che lo fonda, lo plasma, lo utilizza e al contempo ne viene influenzata e indirizzata. Tutte le componenti dell'esperienza giuridica (dalla produzione normativa all'attività giurisprudenziale, alla formazione e alla trasmissione del sapere) sono coinvolte nel gioco dei poteri e degli interessi socialmente rilevanti, che, lungi dal restare confinati in una zona 'esterna' alla cittadella del giuridico, incidono a fondo sulla sua interna composizione.

Questo fronte di indagine assume una particolare evidenza nel saggio di Antonio Manuel Hespanha (che è dedicato al Portogallo otto-novecentesco, ma svolge anche considerazioni di carattere più generale). È in gioco il rapporto fra i due mondi, distinti e connessi, della politica e del diritto (del sistema sociale e del sotto-sistema giuridico, per dirla con Luhmann). Diviene quindi indispensabile intendere la 'sovra-determinazione' politica che caratterizza i diversi modelli, rispettivamente orientati alla celebrazione della legge o all'elogio del giudice. Le grandi fratture storiche, le 'rivoluzioni' di fine Settecento, evocano il decisionismo della politica, che sembra trovare nel primato della legge il suo più puntuale riflesso nel mondo dell'esperienza giuridica. La celebrazione illuministica e rivoluzionaria della legge e il corrispettivo attacco all'arbitrio del giudice non sono scelte tecnico-giuridiche, ma sono strumenti di una complessiva trasformazione dell'assetto socio-politico: la legge è il tramite dei diritti eguali e l'arma efficace per la cancellazione dell'ordine

attuale, così come il giudice 'interprete' appare legato a doppio filo con i corpi e i privilegi del regime *ancien*.

Potremmo allora concludere che, una volta affermato il primato della legge, la politica ha vinto la partita e la causa della rivoluzione (il passaggio dall'antico regime alla 'modernità' politica) è assicurata una volta per tutte? La tesi di Hespanha è diversa. Non sono sufficienti una nuova costituzione o un nuovo sistema normativo perché venga tracciata un'insormontabile linea divisoria fra il 'prima' e il 'dopo': le norme infatti non vivono di vita propria, non svolgono la loro funzione socialmente 'disciplinante' se non attraverso l'interpretazione-applicazione giudiziale; ed è proprio l'intervento dei giudici a gettare ponti con il passato, a introdurre (se non sempre, spesso) elementi di sotterranea continuità con la 'tradizione'.

In questa prospettiva, il rapporto fra le varie componenti dell'esperienza giuridica (il rapporto fra la dottrina e la giurisprudenza, e di entrambe con la legislazione) assume un aspetto ulteriore: è un rapporto che non si esaurisce all'interno dell'ordinamento; non viene impostato soltanto sulla base dell'una o dell'altra teoria delle fonti del diritto; è piuttosto un rapporto sul quale si scaricano gli interessi e le aspettative degli attori coinvolti nel conflitto socio-politico.

Nasce da questo cortocircuito l'immagine, ricorrente nella pubblicistica otto-novecentesca, del giudice come custode della continuità e tutore della tradizione. Una siffatta immagine può essere sovradeterminata da valutazioni politiche di segno opposto. Per i fautori di una dittatura rivoluzionaria — come ricorda Antonio Hespanha — la giurisprudenza è la roccaforte della conservazione e perciò è un ostacolo da neutralizzare. Non è però molto diversa in sostanza la visione (anche se è opposta la valutazione) della giurisprudenza che Alberto Spinosa rintraccia nei giuristi italiani fra Risorgimento e Unità: anch'essi convinti delle tendenze conservatrici della giurisprudenza e proprio per questo interessati a valorizzarla (non tanto 'contro' il codice, ma accanto ad esso) per garantire la stabilità del sistema ed estinguere vampate rivoluzionarie di quarantottesca memoria.

Il diritto giurisprudenziale compare dunque come uno strumento (esecrabile o apprezzabile) di continuità e di conservazione

degli equilibri, di contro a un potere politico temuto o celebrato come veicolo di trasformazione (tendenzialmente) dispotica. Il dibattito sul diritto giurisprudenziale non ha una valenza soltanto interna all'ordinamento giuridico: al di là dei confini di un accademico scambio di idee sulle fonti di produzione del diritto si profilano, da un lato, le tensioni e le rivendicazioni dei ceti professionali, dall'altro lato, il gioco degli interessi contrapposti e le aspettative e i timori dei movimenti politico-sociali.

Ideologie politiche opposte — interessate alla rapida trasformazione oppure alla conservazione degli assetti socio-politici esistenti — concordano nel vedere nella giurisprudenza una forza capace di garantire continuità e stabilità e proprio per questo la considerano un ostacolo da neutralizzare o al contrario un elemento da valorizzare.

È possibile però anche il caso opposto: quando una medesima forma di civiltà — la civiltà liberale dominante nell'Ottocento — dà luogo a tipi di ordinamento diversi (volta a volta ispirati al primato della legge o al primato della giurisprudenza), che però vengono tutti presentati come capaci di raggiungere il medesimo, qualificante obiettivo: la certezza del diritto. È in nome della certezza del diritto che i fautori del modello legicentrico attribuiscono al giudice un ruolo subalterno e attaccano le intemperanze giusliberiste. La certezza del diritto non è però una preoccupazione minore in Gran Bretagna, che anzi gioca d'anticipo rispetto al continente nella costruzione di un ordine fondato sulla libertà e sulla proprietà. Ed è infatti proprio la certezza del diritto la posta in gioco nel conflitto fra benthamiani e *common lawyers*, che vincono la partita semplicemente dimostrando che con la teoria del precedente la pratica giurisprudenziale garantisce un margine di prevedibilità e di stabilità che non ha niente da invidiare al sistema codicistico.

Il medesimo principio politico-giuridico — la certezza del diritto, un cardine della civiltà liberale — può essere raggiunto quale che sia la strutturazione dell'ordinamento (quale che sia il regime del rapporto fra dottrina, legislazione e giurisprudenza).

Le complicazioni nascono non dai dispositivi giuridici interni all'ordinamento, ma dalle aspettative e dalle richieste di cui l'ordinamento è investito nel vivo della dinamica politico-sociale di cui esso è parte integrante. L'accentuarsi della tensione fra le compo-

nenti dell'ordinamento (l'insoddisfazione nei confronti del legicentrismo e l'accresciuto interesse verso l'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale) nasce dalla crisi che investe la società liberale con l'acuirsi del conflitto sociale innescato dai processi di industrializzazione. Le classi dirigenti cominciano a temere che la strategia 'classicamente' liberale (la repressione del conflitto e l'affidamento alla libertà contrattuale e alla logica del mercato) sia ormai insufficiente e debba essere sostituita da una strategia diversa: capace di ridurre le diseguaglianze più flagranti e di promuovere una graduale integrazione delle classi subalterne, pur nel rispetto dell'esistente stratificazione sociale.

Cambiano le aspettative e i valori condivisi e appaiono di conseguenza inadeguati i principi e gli strumenti giuridici consolidati. Non basta che il diritto sia 'certo': occorre che esso risponda alle nuove esigenze di ricomposizione del corpo sociale. Non basta che la giurisprudenza garantisca conservazione e stabilità: è urgente affrontare il problema del mutamento sociale e approntare gli strumenti per disciplinarlo e indirizzarlo.

È questo l'orizzonte nel quale collocare alcuni protagonisti del sapere giuridico — quali Saleilles, Géný, Huber — sui quali alcuni saggi si soffermano. È illuminante il carteggio fra Saleilles e Huber, analizzato da Pio Caroni, per cogliere, nella concretezza di uno scambio vivace e informale, il consolidarsi di una prospettiva di fondo, che collega fra loro giuristi diversi, ma accomunati dall'esigenza di prendere le distanze da un modello che comincia apparire incapace di rispondere alle sollecitazioni della società. Nemmeno in questo caso comunque le convergenze teoriche, il condiviso attacco al legalismo e al modello codicistico, devono far dimenticare che i contesti cui Saleilles e Huber appartengono sono profondamente diversi e incidono, al di là delle apparenze, sul tenore e sul senso di argomentazioni apparentemente simili: come osserva conclusivamente Caroni, la valorizzazione del momento interpretativo-applicativo (e la sua consacrazione nel famoso codice svizzero del 1907), che per Huber sono la formalizzazione di una tradizione diffusa e consolidata, appaiono, al giurista francese, un ambizioso e futuribile obiettivo.

È una vera battaglia culturale quella ingaggiata da Géný e Saleilles per spostare il fulcro dell'esperienza giuridica dalla legge

alla dottrina e alla giurisprudenza. È una battaglia difficile, ma non isolata. Il saggio di Carlos Herrera offre infatti un preciso spaccato delle aspettative nutrite, nella Francia di fine Ottocento, nei confronti della giurisprudenza: che a numerosi esponenti della sinistra francese, di ispirazione tanto sindacalistica quanto jauresiana, non appare più un monolitico e immutabile strumento della conservazione sociale. Al contrario, da custode della stabilità e della conservazione il giudice diviene, per Leroy come per Sorel o Mater, un tramite del cambiamento e l'espressione di un diritto vivente aperto al futuro e capace di trascendere le ossificate formule legislative.

Si rafforzano le fortune della giurisprudenza, nel momento del passaggio dallo Stato liberale allo Stato sociale, ma nemmeno la dottrina resta inerte. Al contrario, essa trova, proprio in Géný e Saleilles, due robusti difensori delle sue prerogative. È infatti estranea a entrambi l'intenzione di firmare una cambiale in bianco a favore della giurisprudenza, che, a loro avviso, svolge un ruolo importante, ma deve guardarsi dall'arbitrarietà e dall'improvvisazione.

Entra in scena a questo proposito una figura emblematica: il *bon juge* Magnaud, il giudice che in nome della solidarietà e della filantropia rilegge criticamente il sistema penale vigente e giudica in nome dell'equità.

Géný e Saleilles (come mostra Carlos Herrera) non nutrono una particolare considerazione per il *bon juge*. Al contrario, egli incarna in qualche misura una strategia giurisprudenziale pericolosamente contraria alle loro aspettative 'sofocratiche' perché fondata sul 'sentimento' e non sulla 'scienza', sulla comprensione di quel *donné* — di quelle regole iscritte nella solidarietà sociale — che la tecnica del giurista è in grado di tradurre in regole e principî. Una giurisprudenza equitativa è, secondo gli 'scienziati' del diritto, pericolosa perché aperta all'arbitrio: quell'arbitrio che può essere evitato soltanto dall'apporto determinante della scienza, capace di cogliere la 'cosa stessa' offrendo una rappresentazione 'oggettiva' delle regole socialmente essenziali.

Alleata della giurisprudenza nel sostenere la necessità di superare le strettoie dell'individualismo liberale, la nuova scienza del diritto rivendica per se stessa un primato che il povero giudice Magnaud si illudeva di insidiare: è la scienza l'alveo obbligato lungo

il quale il diritto giurisprudenziale deve scorrere; è la scienza ad offrire la garanzia decisiva che il mutamento sociale possa assumere la forma di uno sviluppo graduale e continuo.

Il giudice Magnaud non è peraltro un *unicum*. Anche l'Italia conosce il suo 'buon giudice' nella persona di Raffaele Majetti, cui è dedicato il saggio di Monica Stronati. Grazie ad esso, ci rendiamo conto della vivacità del dibattito, in un'Italia percorsa da istanze di rinnovamento che assumono un timbro spesso 'deamicisiano' e adottano un lessico tipicamente positivisticò. Si ripresenta, a proposito del giudice Majetti, il problema del rapporto fra 'rinnovamento' e 'arbitrarietà', di fronte al quale però il buon giudice italiano non sembra così 'sentimentale' e disarmato come Gény pretendeva che fosse il suo omologo francese. Tanto che potrebbe essere prudentemente evocata l'ipotesi che su quel dibattito potesse in qualche misura incidere, in Italia come in Francia, la dinamica del confronto fra ceti professionali 'concorrenti'. Il diritto giurisprudenziale deve insomma fare i conti con le ricorrenti ambizioni sofocratiche dei *doctores iuris*. Giuristi e giudici intrattengono un rapporto dove ciascuna delle parti rinvia all'altra, entro un regime di obbligatoria distinzione-conessione, ma al contempo si impegna per affermare il proprio 'primato' nella *concordia discors* delle molteplici componenti dell'ordinamento.

La tensione o la sinergia fra giuristi e giudici non è però a sua volta separabile dalla posizione che essi vengono ad assumere nei confronti della legge. Una nitida immagine di questo triangolo ci è offerta dal saggio di Olivier Jouanjan, dedicato a Maurice Hauriou: che per un verso apre pionieristicamente la strada (ancora impervia, nell'Europa continentale fra Otto e Novecento) a un controllo giurisdizionale dell'operato del legislatore, ma, per un altro verso, continua a temere la 'creatività' (la 'politicizzazione') dell'interpretazione giurisprudenziale.

Spezzare il triangolo o quanto meno far centro su uno dei suoi vertici: è questa una strategia che nella civiltà giuridica otto-novecentesca viene insistentemente raccomandata, ma anche altrettanto frequentemente disattesa. Certo, la diffusione, nel secondo dopoguerra, delle democrazie costituzionali riproporrà il vecchio gioco in uno scenario per molti aspetti profondamente mutato: di fronte ad esso il nostro 'Quaderno' si arresta, avendo assunto quella soglia di

discontinuità come il *terminus ad quem* del proprio itinerario. Appare comunque plausibile ipotizzare che la storia ricostruita dal 'Quaderno' sia non tanto una vicenda conclusa, quanto un episodio di un processo in pieno svolgimento. A una sua migliore comprensione il 'Quaderno' offre, a mio avviso, due importanti contributi; non solo un contributo 'sostantivo' (una rappresentazione 'sinottica' di molteplici ordinamenti e culture nazionali, in un arco di tempo di decisiva importanza per la genesi del nostro presente), ma anche una lezione di metodo: la necessità di un'analisi 'strutturale' dell'ordinamento che metta in luce, al di là di contrapposizioni di comodo, il fragile equilibrio delle sue componenti e le loro costitutive connessioni con gli interessi, le aspettative, i conflitti dei gruppi e dei movimenti politico-sociali.

* * * * *

Il 'Quaderno' 40 presenta un'importante novità che conviene sottolineare: la formazione di un Comitato Scientifico, che fornirà un prezioso contributo alla vita della nostra rivista. I nomi degli studiosi che fanno parte del Comitato sono doppiamente noti ai lettori dei « Quaderni Fiorentini »: in quanto illustri esponenti della cultura storico-giuridica internazionale e in quanto presenti da sempre nelle pagine dei 'Quaderni' e prodighi di consigli e di suggerimenti per la conduzione della nostra rivista. La loro presenza nel Comitato è semplicemente la consacrazione formale del rapporto sostanziale che ciascuno di loro ha intrattenuto con la rivista nel corso della sua (ormai lunga) esistenza.

È in obbedienza alla stessa logica che anche il Comitato di Redazione dei Quaderni si è arricchito della presenza di amici e colleghi che da molto tempo hanno fattivamente collaborato alla messa a punto dei 'Quaderni'.

A tutti loro va il nostro più vivo ringraziamento.

HEINZ MOHNHAUPT

DAS VERHÄLTNISS ZWISCHEN
GESETZGEBUNG, RECHTSPRECHUNG UND
RECHTSWISSENSCHAFT ALS RECHTSQUELLENPROBLEM
(18. BIS 20. JAHRHUNDERT)

I. Die Beziehung zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung bzw. zwischen Gesetzesrecht und Richterrecht bildet nicht das einzige Konkurrenz- und Alternativverhältnis unter den prominenten Rechtsquellen. Aus Rechtsquellen entnimmt der Jurist das juristische Material zur Gestaltung der sozialen Wirklichkeit in Staat und Gesellschaft. Dieses juristische Material ist vielgestaltig, uneinheitlich und von unterschiedlicher Normqualität. Historisch gesehen kann es in Gesetzen, Gewohnheitsrecht, richterlichen Urteilen oder auch in Rechtswissenschaft bestehen. Das ist ein rechtshistorischer Befund, der sich im Laufe der Geschichte aus unterschiedlichen Entwicklungen dieser juristischen Ordnungsinstrumente entsprechend ihrer Entstehung, Produktion, Funktion und Rangfolge ergeben hat. Das viel gebrauchte Wort « Rechtsquelle » ist unpräzise und gehört nicht zu den von den Verfassungen vorgegebenen und verwendeten juristischen Fachbegriffen mit festem Inhalt. Die Verfassungen unterscheiden nach rechtsstaatlichen Kriterien die « Gewalten » der Gesetzgebung und Rechtsprechung, ohne diese als Rechtsquellen zu bezeichnen. Im rechtsstaatlichen Verfassungsgefüge und Organisationssystem ist für nebenwirkende normative Kräfte wie z.B. die Rechtswissenschaft kein Platz. Der Terminus « Rechtsquelle » wird jedoch mit metaphysischer Symbolkraft in den meisten europäischen Sprachen gebraucht. Die römischrechtlichen « fontes », italienischen « fonti del diritto » sowie « les sources des droits » und « the sources of law » in der französischen und

englischen Rechtssprache zeigen das gleiche Bild. In deutschen Verfassungstexten taucht die Bezeichnung « Rechtsquelle » nicht auf, wohl aber in der staatsrechtlichen Sekundärliteratur. Diese unterscheidet Rechtsnormen von Rechtsquellen dadurch, dass die ersteren geltendes Recht darstellen, letztere dagegen die Rechtsakte sind, aus denen Rechtsnormen entstehen und Geltung erlangen ⁽¹⁾. Das ist in der neueren Rechtsgeschichte vor allem das Gesetz, das aber angesichts einer Vielzahl von Normgattungen den Rechtsquellenbegriff keineswegs allein bestimmt. Dieser hat eine eigene Geschichte, die mit dem Bild der « Quelle » ungewollt das unbestimmte « Fließende » und « Flüssige » eines höchst konkretisierungsbedürftigen Gegenstandes — nämlich des Rechts — zum Ausdruck bringt. Da das « Recht » selbst als rechtsphilosophisches Problem ein « Dauerthema der Rechtstheorie wie der Rechtsphilosophie und der Rechtssoziologie » angesehen wird ⁽²⁾, wird seine « Quelle » ebenso wie das « Recht » als ein Definitionsproblem behandelt ⁽³⁾. Prägend für den terminologischen Gebrauch der « Rechtsquelle » im Kontext der rechtswissenschaftlichen Literatur während des 19. Jahrhunderts wird die Volksgeistlehre Puchtas und Savignys, durch die der « Quellen »-Begriff — wie der Pandektist Alois Brinz erklärt — einen « bildhaften Ausdruck für jene Worte und Werke » darstellt, « in welchen das Recht entsteht, und aus denen allein es denn auch zu schöpfen ist » ⁽⁴⁾. Das naturbezogene und romantisierende Bild der Quelle eignete sich besonders, die Theorie der Historischen Schule über die « natürliche Entstehung des Rechts » zu verdeutlichen und das « gemeinsame Bewußtseyn

(1) Cf. P. BADURA, *Staatsrecht. Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland*, München, C.H. Beck, 1996², p. 465.

(2) Cf. R. DREIER, *Der Begriff des Rechts*, « Neue Juristische Wochenschrift », 39, 1986, p. 893.

(3) Dazu und zum Folgenden cf. H. MOHNHAUPT, *Quellen, Rechtsquellen und Rechtsquellensystem. Auffassungen zu den Produktivkräften des Rechts im 19. Jahrhundert*, in: R.H. HELMHOLZ (e.a.), *Grundlagen des Rechts. Festschrift für Peter Landau zum 65. Geburtstag*, Paderborn, Schöningh, 2000, pp. 795-102; P. LANDAU, *Die Rechtsquellenlehre in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, in: C. PETERSON (ed.), *Juristische Theoriebildung und rechtliche Einbeit*. « Rätthistoriska Studier », Ser. II, 19, Stockholm, Nerenius & Santérus, 1993, pp. 69-89.

(4) A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, I, Erlangen, A. Peichert, 1873, p. 6.

als ... Quelle » des « menschlichen Rechts » zu erklären ⁽⁵⁾. In diesem Sinne erläutert Savigny die

« Entstehungsgründe des Rechts, oder ... die Rechtsquellen ... In dem wir also eine unsichtbare Entstehung des positiven Rechts annehmen, müssen wir ... auf jeden urkundlichen Beweis verzichten » ⁽⁶⁾.

Die Quellenmetaphorik hat besonders Andreas Heusler benutzt, um die « Rechtsüberzeugung » mit jenen « Naturkräften » zu vergleichen, die als Quellen im Gebirge

« ans Tageslicht treten und wirksam werden ... Solche Rechtsquellen sind Gesetzgebung, beharrliche Uebung (Gewohnheit), Gerichtspraxis, wissenschaftliche Deduction » ⁽⁷⁾.

Dieser Erklärungsansatz über Entstehung von Recht wird auch bei Bluntschli in der Formulierung erkennbar, dass nämlich das Gewohnheitsrecht die « älteste Form » sei, « in welcher das Recht erkennbar zu Tage tritt » ⁽⁸⁾. Ein ähnliches Bild gebraucht die Theorie im 19. Jahrhundert für die Beantwortung der Frage, ob die Rechtswissenschaft eine Rechtsquelle sei. Die Gegner einer solchen Auffassung vergleichen die Wissenschaft mit der Tätigkeit eines Bergmannes, der das Erz nicht schafft, sondern nur an das Tageslicht bringt ⁽⁹⁾. Diese « Bildersprache » ist signifikant für das jeweilige Verständnis über Rechtsentstehung und Rechtsproduktion, trägt aber mehr zur « Verwirrung » statt zur Klärung bei ⁽¹⁰⁾.

Die mit solchen Bildern verbundene Mystifizierung der Rechtsquellen belastet zugleich den Begriff des Rechts sowie dessen

⁽⁵⁾ G.F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, I, Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1841, pp. 23 s.; H.-P. HAFERKAMP, *Georg Friedrich Puchta und die « Begriffsjurisprudenz »*. « Studien zur europäischen Rechtsgeschichte », 171, Frankfurt am Main, Klostermann, 2004, pp. 183-192.

⁽⁶⁾ FR. C. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, I, Berlin, Veit, 1840, pp. 13 s.

⁽⁷⁾ A. HEUSLER, *Institutionen des Deutschen Privatrechts*, I, Leipzig, Duncker & Humblot, 1885, p. 14.

⁽⁸⁾ J.C. BLUNTSCHLI, *Deutsches Privatrecht*, München, Cotta, 1864³, p. 11.

⁽⁹⁾ R. VON JHERING, *Pandektenvorlesung nach Puchta. Ein Kollegheft aus dem Wintersemester 1859/60*, ed. CHR. JÄDE, Göttingen, Wallstein. 2008, p. 67; W. ARNOLD, *Cultur und Rechtsleben*, Berlin, Dümmler, 1865, p. 392.

⁽¹⁰⁾ Cf. U. MEYER-CORDING, *Die Rechtsnormen*, Tübingen, Mohr, 1971, p. 49 s.

Entstehungsgründe, die quellengemäße Einteilung des Rechts, die gegenseitige Abgrenzung der Rechtsquellengattungen und erschwert vor allem eine Bestimmung des jeweiligen Rechtsquellenranges⁽¹¹⁾. Alf Ross hat versucht, dem Problem der « Rechtsquelle » — « diesem aus 12 Buchstaben bestehenden Wort », wie er kritisch bemerkt —⁽¹²⁾ eine Präzisierung zu geben durch eine Differenzierung in eine rechtssoziologische, ethische und rechtstheoretische Problemebene und kommt mit Hans Kelsen zu dem Schluss: « Rechtsquelle bedeutet in formaler Definition Erkenntnisgrund für etwas als Recht »⁽¹³⁾. Eindeutige Klärungen gibt es nicht angesichts wechselnder Anforderungen an das Recht und unterschiedlicher Entscheidungsgrundlagen zur Lösung der auftretenden Problemlagen. Bergbohm spricht z.B. angesichts von vier verschiedenen Rechtsquellen, denen auch manche Autoren noch die Autonomie, Natur der Sache, « freie Rechtserkenntnis », Vernunft und Analogie als subsidiäre Rechtsquellen zurechnen⁽¹⁴⁾, von einer « terminologischen Verwirrung », die « das Kapitel von den Rechtsquellen zu einem der qualvollsten der ganzen Rechtstheorie » macht⁽¹⁵⁾. Adickes erklärt 1872 « die Lehre von den Rechtsquellen » zu einer der « von jeher ... bestrittensten und schwierigsten im ganzen Rechtsgebiet »⁽¹⁶⁾ und Josef Esser spricht 1990 von den « doktrinären Peinlichkeiten », vor die sich die Rechtsquellenlehre im 19. Jahrhundert gestellt sah⁽¹⁷⁾. Daran hat sich im Grunde bis heute nicht viel geändert. Bergbohm macht für

(11) MOHNHAUPT, *Quellen* (n. 3), p. 103.

(12) A. ROSS, *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Leipzig und Wien, Deuticke, 1929, p. 290.

(13) ROSS, *Theorie der Rechtsquellen* (n. 12), p. 292.

(14) Cf. die kritisch betrachtete Aufzählung bei ROSS, *Theorie der Rechtsquellen* (Anm. 12), pp. 292-294; F. ADICKES, *Zur Lehre von den Rechtsquellen, insbesondere über die Vernunft und die Natur der Sache als Rechtsquellen und das Gewohnheitsrecht*, Cassel und Göttingen, Wigand, 1872.

(15) K. BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Kritische Abhandlungen*, I (1892), Repr. Glashütten, Auvermann, 1973, p. 40.

(16) ADICKES, *Lehre von den Rechtsquellen* (n. 14), p. 1.

(17) J. ESSER, *Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht*, in: IDEM, *Wege der Rechtsgewinnung. Ausgewählte Aufsätze*, ed. P. HÄBERLE und H.G. LESSER, Tübingen, Mohr, 1990, p. 167.

diese Situation auch die Diversifizierung des Gesetzesbegriffs verantwortlich⁽¹⁸⁾, die nach der Zentralisierung der Staatsgewalt und ihres Gesetzesbegriffs seit dem Absolutismus wieder zu einer Pluralisierung der normbildenden Kräfte führte. Die « Quellen », aus denen — um im Bilde zu bleiben — Recht « geschöpft » wird, bilden somit ein höchst mobiles Rechtssystem mit schwankenden Hierarchien und wechselnden Bedeutungen. Heute verstärkt sich diese Tendenz noch durch eine Veränderung des Staatsbegriffs und die Auflösung der Einheitstheorie des Staates⁽¹⁹⁾, die auch auf die herkömmliche Rechtsquelle « Gesetz » ausstrahlen und zum vermehrten Wirksamwerden außerstaatlicher Rechtsbildung und « Quellen » führen.

So weitet sich der Begriff der « Rechtsquelle » in der Terminologie der juristischen Disziplinen immer mehr aus, indem er auch die Psychologie, Logik und Ethik umfassen kann⁽²⁰⁾, die « herrschende Meinung als Rechtsquelle » behandelt wird⁽²¹⁾, die « aequitas als Rechtsquelle » in Erscheinung tritt⁽²²⁾ oder sogar der « Diskurs als Rechtsquelle » untersucht wird⁽²³⁾. Wilhelm Arnold bezeichnete 1865 unter den möglichen Rechtsquellen das « Leben » als « die eigentliche Quelle »⁽²⁴⁾. Das war im Sinne der Historischen Rechtsschule gesagt, über die sich Karl Marx lustig machte, indem er deren « Quellenliebhaberei » dergestalt ironisierte, « daß sie dem

(18) Dazu H. MOHNHAUPT, *Potestas legislativa und Gesetzesbegriff im Ancien Régime*, in: « Ius Commune », 4, 1972, pp. 188-239; A. PADOA-SCHIOPPA, *Legislation and Justice*, Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 350-352 (Forms of Legislation).

(19) Cf. G. FRANKENBERG, *Staat als Begriff und Vorstellung*, in: « Rechtsgeschichte », 15, 2009, pp. 145-168.

(20) R. LEONHARD, *Das neue Gesetzbuch als Wendepunkt der Privatrechts-Wissenschaft*, Breslau, Verlag Marcus, 1900, pp. 39-47.

(21) J. SCHRÖDER, *Zur rechtlichen Relevanz der herrschenden Meinung aus historischer Sicht*, in: « Veröffentlichung der Joachim Jungius-Gesellschaft der Wissenschaften », 58, 1988, p. 146.

(22) J. SCHRÖDER, *Aequitas und rechtswissenschaftliches System*, in: C. SCHOTT (ed.), *Juristische Methodenlehre zwischen Humanismus und Naturrecht*, « Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte », 21, Wien, Manz, 1999, pp. 31-33.

(23) A. ENGLÄNDER, *Diskurs als Rechtsquelle? Zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts*, Tübingen, Mohr, 2002.

(24) ARNOLD, *Cultur* (n. 9), p. 345.

Schiffer anmutet, nicht auf dem Strome, sondern auf seiner Quelle zu fahren » (25).

Die Rechtsquellenlehre ist ein « mehrschichtiges » Theoriegebäude mit schwankenden Fundamenten (26). Diese Unsicherheit bestimmt auch die Frage nach dem Verhältnis zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung sowie deren Rechtsquellenqualität in der Geschichte des Rechts im 19. und 20. Jahrhundert.

II. Die neuere Rechtsquellenlehre unterscheidet zwischen Entstehen, Bewerten und Erkennen von Recht und spaltet den Quellenbegriff außer in Rechtserzeugungsquellen noch weiter in Rechtsentstehungsquellen, Rechtswertungsquellen und Rechtserkenntnisquellen auf (27). Unter der Aufsicht und Kontrolle der modernen Verfassung werden so Regeln für Entstehen und Anwendung von Recht gebildet, die Rechtssicherheit bieten sollen, um unkontrollierte Rechtsbildung und willkürliche Rechtssetzung zu verhindern. Daraus entsteht die heftig diskutierte Frage, ob und wieweit die Rechtsprechung bzw. die Urteilspraxis der Gerichte in den Rang einer Rechts-« Quelle » mit einer « binding force » aufsteigen kann (28). Bernd Rütters hat die verfassungsrechtlich motivierte Sorge, dass der Gesetzgebungsstaat durch einen Richterstaat ausgehöhlt und abgelöst werden könnte, mit dem rechtsstaatlichen Gebot der Gewaltenteilung begründet. Er sucht das Heil in einer

(25) K. MARX, *Das philosophische Manifest der historischen Rechtsschule* (Rheinische Zeitung, Nr. 221 vom 9. August 1842), in: MEGA, I, Berlin, Dietz, 1956, p. 78.

(26) Cf. N. LUHMANN, *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1981, p. 308 (« Die juristische Rechtsquellenlehre aus soziologischer Sicht »); U. NEUMANN, *Wandlungen der Rechtsquellenlehre*, in: L. PHILIPPS (e.a.), *Rechtsentstehung und Rechtskultur. Heinrich Scholler zum 60. Geburtstag*, Heidelberg, Decker und Müller, 1991, pp. 83-90.

(27) P. KIRCHHOF, *Rechtsquellen und Grundgesetz*, in: CHR. STARCK (ed.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, II, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1976, pp. 53-55.

(28) Zu dieser Problematik in Bezug auf die österreichische Kodifikation von 1811 demnächst H. MOHNHAUPT, *Zum Verhältnis zwischen Kodifikation und Rechtsprechung am Beispiel von Kommentaren und Rechtsprechungsammlungen zum ABGB*, in: B. DÖLEMEYER und H. MOHNHAUPT (ed.), *200 Jahre ABGB*, Frankfurt am Main, Klostermann (im Druck).

regelhaften Methode und « verlässlichen Dogmatik » (29). Günther Hirsch — Richter am Bundesgerichtshof — hält den gesetzestheoretischen Standpunkt des 19. und 20. Jahrhunderts, dass der Richter dem Gesetz bedingungslos Gehorsam schulde, für überwunden. Er vergleicht das Verhältnis zwischen Gesetzgeber und Richter mit dem des Komponisten und Pianisten (30), um auf diesem Wege zu verdeutlichen, dass dem Richter ein — schwer zu definierender — Entscheidungsspielraum zukommt. Der ehemalige Verfassungsrichter Winfried Hassemer sieht als Voraussetzung für eine kontrollierbare Gesetzesbindung des Richters sichere Regeln für die Interpretation an, soweit die Gesetze dem Richter eindeutige und vollständige Vorgaben machen (31). Gerade diese Voraussetzung vermag jedoch kein Gesetz angesichts der sich ständig beschleunigenden Veränderungen in Gesellschaft, Wirtschaft und Technik zu erfüllen. Das Bundesverfassungsgericht sprach in dieser Beziehung von einem « gewissen zeitlichen Nachhinken der Gesetzgeber », — vor allem bei « Veränderungen der wirtschaftlichen Lage » (32). Die zögerliche und oft verzögerte Reaktions- und Lenkungsmöglichkeit des Gesetzes, das im Augenblick seiner Inkraftsetzung schon wieder zu altern droht, gehört zur Strukturschwäche der Rechtsquellenart « Gesetz » und stellt deshalb an die Rechtsprechung Anforderungen zu rascher Entscheidung, die der politische Gesetzgeber in dieser Weise gar nicht erfüllen kann. Das Reichsgericht hatte 1922 mit Blick auf die nicht erreichbare Vollständigkeit des Gesetzes und der Kodifikation des BGB erklärt: « Alle Gesetzgebung ist in Wirk-

(29) B. RÜTHERS, *Die neuen Herren - Rechtsdogmatik und Rechtspolitik unter dem Einfluss des Richterrechts*, « Zeitschrift für Rechtsphilosophie », 3, 2005, pp. 1-13 (12 f.); IDEM, *Gelegener Richterstaat und vernebelte Richtermacht*, « Neue Juristische Wochenschrift », 58, 2005, pp. 2759-2761; ID., *Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz*, « Juristenzeitung », 61, 2006, pp. 53-60; IDEM, *Hans Brox als Methodenlehrer - Von der Interessen- zur Wertungsjurisprudenz*, « Rechtslehre », 41, 2010, pp. 141-150

(30) G. HIRSCH, *Der Richter wird's schon richten*, « Zeitschrift für Rechtspolitik », 39, 2006, p. 161; IDEM, *Rechtsanwendung, Rechtsfindung, Rechtsschöpfung - Der Richter im Spannungsverhältnis zwischen Erster und Dritter Gewalt* (Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, 254), Heidelberg 2003.

(31) W. HASSEMER, *Gesetzesbindung und Methodenlehre*, « Zeitschrift für Rechtspolitik », 40, 2007, pp. 213-219.

(32) Urteil vom 27.1.1965, in: « Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts » (BVerfGE) 18, Tübingen, Mohr, 1965, p. 332.

lichkeit Stückwerk »⁽³³⁾. Für das « common law » des englischen Rechts stellt sich das Problem ganz anders, da die Bindungskraft der « precedents » hier außer Frage steht:

« Case-law consists of the rules laid down by judges in giving decisions. In a system based on case-law, judges in subsequent cases *must* have regard to these rules; ...The fact that English law is largely a system of case-law means that the judge's decision in a particular case constitutes a precedent »⁽³⁴⁾.

Für das kontinentale Rechtssystem ist jedoch eine solche Bindungskraft im Sinne eines Quellen-Ranges der Rechtsprechung nicht generell zu bejahen. Die Diskussion darüber ist Ausdruck des auf dem Kontinent herrschenden Rechtssystems, das auf die Gesetzgebung als primäres rechtliches Gestaltungsmittel fixiert ist und einen eigenen Entwicklungsprozess repräsentiert: « Le régime des sources est évolutif, comme dans tous les pays, surtout ceux de l'Occident »⁽³⁵⁾.

Das Rechtsquellensystem des Ancien Régime in Deutschland ist gemeinrechtlich geprägt und wird vor allem in den Lehrbüchern des Privatrechts behandelt. Es steht im 19. Jahrhundert unter dem Zwang, sich mit den verfassungsrechtlichen Forderungen des Konstitutionalismus abzustimmen und zugleich von diesen abzugrenzen⁽³⁶⁾. Für die Staatsrechtslehre, die die Frage der Rechtsquellen nur zögernd aufgriff,⁽³⁷⁾ erklärte z.B. von Mohl 1862:

« Unzweifelhaft ist die Grundbedingung einer tüchtigen Leistung der Rechtspflege des Staates eine richtige Beschaffenheit der das Recht erzeugenden Kräfte, d.h. der Rechtsquellen. Diese können ... in sich falsch organisirt und ihrer Aufgabe nicht gewachsen oder in ihrer freien Thätigkeit

⁽³³⁾ Entscheidung des Reichsgerichts vom 24.5. 1922, « Juristische Wochenschrift », 51, 1922, p. 910.

⁽³⁴⁾ R. CROSS, *Precedent in English Law*, Oxford, Clarendon Press, 1968², p. 3.

⁽³⁵⁾ PH. MALAURIE, *Les précédents et le droit*, « Revue internationale de droit comparé », 58 (No 2), 2006, p. 321.

⁽³⁶⁾ Cf. H. MOHNHAUPT, *Richter und Rechtsprechung in deutschen Verfassungen des 19. Jahrhunderts*, in: G. KASSIMATIS und M. STOLLEIS (ed.), *Verfassungsgeschichte und Staatsrechtslehre. Griechisch-deutsche Wechselwirkungen* (Ius Commune, Sonderhefte 140), Frankfurt am Main, Klostermann, 2001, pp. 181-202.

⁽³⁷⁾ Cf. ADICKES, *Lehre von den Rechtsquellen* (Anm. 14), S. 16: « ... die Lehrbücher des Staatsrechts haben sich bislang noch nicht entschliessen können, den ihnen gebührenden Stoff in eingehenderer Entwicklung zur Darstellung zu bringen ».

gehemmt sein, oder endlich, falls ihrer mehrere sind, unter sich in falschen Verhältnissen stehen... Es ist somit mit der Ordnung der Rechtsquellen selbst die erste sachliche Aufgabe der Justiz-Politik »⁽³⁸⁾.

Von Mohl rückt die staatliche Gesetzgebung als Rechtsquelle in den Vordergrund und kritisiert zugleich « die unklare mystische Vorstellung » der Historischen Rechtsschule, die die « zwingende Kraft des Volksrechtes » nicht erklären könne und der « Rechtsbildung durch Wissenschaft ein viel zu großes Feld einräumt »⁽³⁹⁾. Aus dieser staatsrechtlichen Kritik an der durch die gemeinrechtliche und die Historische Rechtsschule Puchtas und Savignys geprägten Rechtsquellenlehre ergibt sich, dass die Frage der Geltung des Rechtssatzes wie des Rechts generell sowie die Grundlage dieser Geltung und die Reichweite dieser Geltungskraft den eigentlichen Streitgegenstand über die Rechtsquellenqualität ausmachen, um entscheiden zu können, ob eine « Quelle » als Rechtsgrundlage für die Streitentscheidung tauglich ist. Die Rechtsquellenfrage impliziert Geltungsfragen als Entscheidungsfragen⁽⁴⁰⁾. Mit dem Staat als Gesetzgeber, mit der Justiz als staatlichem Streitentscheider und mit der Wissenschaft als eine staatsfreie Instanz sind drei unterschiedliche Organe an der Rechtsquellenbildung beteiligt. Das Verhältnis von Gesetzgebung und Rechtsprechung steht dabei im Vordergrund. Der Rang beider Organe beruht auf historisch unterschiedlichen Entwicklungen, die Staat und Staatlichkeit seit dem Mittelalter bis in die Neuzeit determinieren.

III. Gesetzgebung und Rechtsprechung gehören zu den hervorragenden Zeichen weltlicher und geistlicher Macht und Machtausübung. « Potestas legislativa » und « potestas iudiciaria » waren Funktionen einer einheitlich gedachten Herrschergewalt. Die mittelalterliche Rechtsquellenlehre war von der legistischen und kanonistischen Rechtslehre bestimmt. Beide gehen von einer engen Verbindung der rechtsprechenden und gesetzgeberischen Herrschertätigkeit aus, wobei der Vorrang der Richterfunktion in der Person des geistlichen bzw. des weltlichen Herrschers außer Frage

⁽³⁸⁾ R.v. MOHL, *Politik. Monographien*, I, Tübingen, Laupp, 1862, p. 380.

⁽³⁹⁾ MOHL, *Politik* (n. 38), pp. 381-384.

⁽⁴⁰⁾ Cf. auch LUHMANN, *Ausdifferenzierung des Rechts* (Anm. 26), p. 309.

stand. ⁽⁴¹⁾ Im Kirchenrecht galt z.B. das « Gesetzgebungsrecht » als « ein Ausfluss der Jurisdiktion des Bischofs » ⁽⁴²⁾. So konnte auch die Rechtssoziologie erklären: « Die Urform des Rechtssatzes ist die gerichtliche Entscheidung selbst » ⁽⁴³⁾. Bei der Vorlage des endgültigen Entwurfs des Code civil erklärte 1803 Portalis zum Titre Préliminaire in den « Règles pour les Juges »: « Il y avait des juges avant qu'il y eût des lois ... » ⁽⁴⁴⁾. Richten und herrschen wurden oft synonym gebraucht ⁽⁴⁵⁾. Den Kernbereich der Herrschergewalt bildeten das Richten, Rechtsfinden, Urteilen, Streitentscheiden und Strafen. Dabei umfasste die Rechtsprechung ursprünglich auch gesetzgeberische Maßnahmen, wie es der Statutendoktrin entsprach: « ...sed statuta condere est iurisdictionis: quia qui statuit, ius dicit ... » ⁽⁴⁶⁾. In diesem Sinne hat die Legistik die « iurisdiction » und das « condere leges » mit Bezug auf die zu verwirklichende « aequitas » immer in einen engen Zusammenhang gestellt ⁽⁴⁷⁾. Im englischen Rechtssystem blieb die richterliche Gewalt mit einer gesetzgeberischen Funktion verknüpft: « The judges were ... law-givers, in whom was reposed the power and duty of the king as a fountain of justice » ⁽⁴⁸⁾. Auf dem Kontinent wurde der Vorrang der richterlichen Tätigkeit mit der rezipierten Statutendoktrin begründet. Diese

⁽⁴¹⁾ Cf. H. MOHNHAUPT, *Grundlinien in der Geschichte der Gesetzgebung auf dem europäischen Kontinent vom 16. bis 18. Jahrhundert. Ein experimenteller Überblick*, in: D. KLIPPEL und R. SCHULZE (ed.), *Common Law und europäische Rechtsgeschichte*, « Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte », 28, Wien, Manz, 2006, pp. 133-135; zuletzt F. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Ecos cronísticos del Rey-Juez medieval*, « Cuadernos de Historia del Derecho », 2010 (vol. extraordinario), pp. 303-356.

⁽⁴²⁾ P. HINSCHIUS, *System des katholischen Kirchenrechts mit besonderer Rücksicht auf Deutschland*, III, Berlin, Guttentag, 1883, p. 834.

⁽⁴³⁾ So z.B. der Rechtssoziologe E. EHRLICH, *Die juristische Logik*, Tübingen, Mohr, 1918, p. 208.

⁽⁴⁴⁾ In: *Recueil de lois composant le Code civil. Avec les discours des orateurs ...*, I, Paris, Moreaux, 1803, p. 19, nr. 6.

⁽⁴⁵⁾ Cf. J. WEITZEL, *Dinggenossenschaft und Recht. Untersuchungen zum Rechtsverständnis im fränkisch-deutschen Mittelalter*, Köln 1985, p. 767.

⁽⁴⁶⁾ BALDUS DE UBALDIS (PERUSINI), *Commentaria in Digestum Vetus*, Lugduni 1562, fol. 12 v. a, nr. 4 (ad Dig. 1.1.9: lex « omnes populi »).

⁽⁴⁷⁾ Cf. P. COSTA, *Iurisdiction. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano 1969, pp. 134-160.

⁽⁴⁸⁾ LORD WRIGHT, *The study of Law*, « The Law Quarterly Review », 54, 1938, p. 185.

hoheitliche Gerichtsgewalt wurde nicht personalbezogen gedacht und begründet, sondern als Bestandteil und Annex von Grund und Boden angesehen. Sie stand somit dem Herrn über das Territorium zu. Baldus beschreibt dieses Prinzip mit folgenden Worten:

« Dicunt Doctores quod iurisdictionis ordinaria et contentiosa inhaeret territorio, et quod limites iurisdictionis sunt secundum limites territorii, et hoc est verum quod iurisdictionis est in territorio tanquam in se, sed in iudice est tanquam in persona » (49).

Der Landesherr hatte als Herr über das Land stets die Vermutung einer eigenen Gerichtshoheit für sich: « Provinciae alicui qui praesunt, fundatam habent intentionem super Jurisdictionis exercitio » (50). Die Identität von Gerichtsbarkeit und Territorium bedeutete somit eine « territorialisation du pouvoir » (51), die der Gesetzgebung den Rang einer Sekundärgewalt zuwies. Erst mit der Verkündung des Souveränitätsprinzips durch Jean Bodin wird der Rang der beiden Hoheitsfunktionen neu bestimmt. Bodin setzt 1576 die Gesetzgebung als Zeichen der souveränen Herrschergewalt an die erste Stelle:

« Et par ainsi nous concluons que la premiere marque du prince souverain, c'est la puissance de donner loy à tous en general, et à chacun en particulier » (52).

Das war eine Umkehrung der Rangfolge, die Bodin noch 1566 in seiner « Methodus » für die « summa Reipublicae » so festgelegt hatte:

« ... una est ac praecipua, in summis magistratibus creandis, et officio cuiusque definiendo: altera in legibus jubendis aut abrogandis ... » (53).

(49) BALDUS DE UBALDIS, *In primum, secundum et tertium Cod. lib. Commentaria*, Venetiis 1577, ad librum secundum Codicis, titulus: Ubi et apud quem, lex III, nr. 2, fol. 169.

(50) W. MÖLLER, *Repertorium rerum, verborum et notabilium, tam in Definitionibus forensibus, Responsis electoralibus, ... quam Commentario ... Benedicti Carpzovii occurrentium*, Lipsiae 1676, p. 1054.

(51) So die treffende Bezeichnung von A.M. HESPANHA, *L'espace politique dans l'ancien régime*, Coimbra 1983, p. 30.

(52) J. BODIN, *Les six livres de la republique*, Paris 1578³, p. 161.

(53) J. BODIN, *Methodus, ad facilem historiarum cognitionem* (1566), in: P. MESNARD (ed.), *Œuvres Philosophiques de Jean Bodin*, Paris 1951, p. 174 (nr. 55).

Mit dem 1576 erklärten Vorrang der Gesetzgebung gegenüber der Rechtsprechung trennt sich die kontinentale Entwicklung vom englischen Rechtssystem, das der richterlichen Urteilspraxis weiterhin die bestimmende normative Kraft beilegte. Man kann jedoch beobachten, dass auf dem Kontinent die Gesetzessammlungen noch bis in die Neuzeit auch richterliche Urteile und Rechtssprüche aus dem Mittelalter dokumentieren und damit Überlagerungen von gesetzlichen und richterlichen Normebenen zeigen. Die politische Ikonographie stellt bis heute in der Herrscherfigur oft die Richterfunktion vor der des Gesetzgebers heraus ⁽⁵⁴⁾. Eine Trennung der Gewalten im Sinne Montesquieus wird erst durch den Verfassungsstaat zur politisch realisierbaren Forderung.

IV. Seit Bodin stellt auch die politische Literatur in ihren « *praecepta iuris politica* » eine Rangfolge auf die unter der « *potestas* » und dem « *officium principis* » die « *legislatio* » vor der « *potestas iudicis* » an die erste Stelle setzt ⁽⁵⁵⁾. Diese Teilung der Funktionen und deren Rangverhältnis bedeutet natürlich noch keinen « *acte de partage des pouvoirs* » ⁽⁵⁶⁾ im verfassungsrechtlichen Sinne. Mit der Prärogative des Gesetzes als erste Rechtsquelle war jedoch noch nichts darüber bestimmt, wie zu judizieren ist, wenn ein Gesetz fehlt, unvollständig oder in seinem Regelungstext nicht klar und widersprüchlich ist. Um die Effizienz der Rechtsprechung sicher zu stellen, wurden präzise Anforderungen an das Gesetz gestellt, die dem Richter die Streitentscheidung in enger Anlehnung an das Gesetz und dessen Vorgaben ermöglichen und damit eine rationale sowie kalkulierbare Rechtsprechung garantieren sollten. Solche Gesetzgebungsprinzipien wurden zumeist aus Regeln des römischen « *Corpus iuris civilis* » abgeleitet, die vor allem « *verba praecisa legis* » forderten. Zu den gesetzgeberischen Geboten gehörte es, jede « *ambiguitas legum* », « *verba obscura* » und das

⁽⁵⁴⁾ Cf. B. DÖLEMEYER, *Das Bild des Gesetzes in Allegorie und Karikatur*, in: « *Rechtsgeschichte* », 18, 2011, p. 259.

⁽⁵⁵⁾ Zum Beispiel J. CHR. HERPFFER, *Praecepta iuris politica* (publice ad disputandum proposita), Basileae 1615: De legislatione et de legibus; De iudicibus; potestas iudicis (s.p.).

⁽⁵⁶⁾ Cf. K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, I, München, Beck, 1984², p. 93.

« absurdum » in einer gesetzlichen Regelung zu vermeiden und die Gesetze auf die « ratio legum igitur in eo, quod iustum, civibusque utile, aut necessarium est », auszurichten (57). Die Gesetzgebungslehre der « Prudentia legislatoria » stellte ganze Kriterienkataloge für die Qualität einer guten Gesetzgebung auf, die auf die Anpassung der Gesetze an die jeweilige « Respublicae genioque populi » und die Vermeidung einer Vielzahl von Gesetzen zielten, um so « legum antinomias, vaniasque interpretationes » zu vermeiden (58). Diese Anforderungen an das Gesetz waren ausdrücklich zu dem Zweck formuliert, um dem Richter sichere Entscheidungsgrundlagen zu verschaffen. Es war jedoch ein Erfahrungssatz der Gesetzgebungslehre, dass einerseits eine präzise Gesetzessprache für die Urteilstätigkeit des Richters notwendig ist, andererseits kein Gesetz vorausschauend alle möglichen Fälle des Lebens sprachlich zu erfassen vermag:

« ... plerumque turbat emergentium varietas causarum, ... proindeque humani iuris conditio semper in infinitum decurrit, et nihil est in eo, quod perpetuo stare possit: dubiumque nullum est, omnibus semper temporibus negotia quaedam emersura, quae legum laqueis nondum innodata sint » (59).

Die generalisierende und abstrahierende Sprache des Gesetzes geht notwendigerweise zulasten einer konkreten Einzelfallgerechtigkeit, die der Richter immer wieder angesichts sich rasch ändernder Verhältnisse finden und aus dem allgemein formulierten Gesetzestext entwickeln muss. Diese Eigenart der Gesetzesstruktur hatte schon Aristoteles beschrieben in Bezug auf die Frage, wie das « Gerechte und Billige » durch ein allgemeines Gesetz verwirklicht werden kann. Er sieht das Problem darin,

« dass das Billige zwar ein Recht ist, aber nicht dem Gesetze nach... Die Ursache ist, dass jedes Gesetz allgemein ist, in einigen Dingen aber in

(57) Cf. HERPFER, *Praecepta* (n. 55), De legislatione et de legibus, III, IV (s.p.).

(58) H.E. KESTNER, *Conspectus prudentiae legislativae, in quo vera jurisprudentiae principia ex nativis suis fontibus deducuntur*, Rintelii, Typis H.A. Enax, 1710, p. 40 (XXXII); deutsche Übersetzung in: H. MOHNHAUPT (ed.), *Prudentia legislatoria. Fünf Schriften über die Gesetzgebungsklugheit aus dem 17. und 18. Jahrhundert*, München, Beck, 2003, p. 254; H.E. KESTNER (Praeses), *Diss. juridica de structura legum* (respondens: C. CLASSING), Rintelii, H.A. Enax, 1712, pp. 7-17.

(59) So z.B. HERPFER, *Praecepta* (n. 55), VI nr. 2.

allgemeiner Weise nicht korrekt gesprochen werden kann... Denn der Fehler liegt weder im Gesetz noch beim Gesetzgeber, sondern in der Natur der Sache... Dies ist auch die Ursache davon, dass nicht alles gesetzlich geregelt wird, da man über einige Dinge unmöglich Gesetze geben kann... »⁽⁶⁰⁾.

Diese Strukturschwäche des Gesetzes bestimmt und belastet dauerhaft das Verhältnis zwischen dem Gesetzgeber und Richter und macht das Gesetz zu einem schwankenden Fundament für das Urteil. Die Möglichkeiten, für dieses Verhältnis eine Sicherheit und Gewissheit im Sinne eines « *ius certum* » für Gesetz und Urteilsfindung zu entwickeln, sind folglich angesichts der semantischen Bedingungen beschränkt. Die Suche nach Auswegen aus diesem Dilemma beleuchtet dieses viel diskutierte Problem in der Theorie- und Justizgeschichte, die beide ihrerseits Gesetzgebungsgeschichte reflektieren.

Georg Adam Struve sah das Problem der Anwendung und Umsetzung des Gesetzes eindeutig beim Richter. Für den Gesetzgeber sei es viel einfacher, allgemeine gesetzliche Regeln vorzuschreiben als es dem Richter im Einzelfall zu überlassen, « *pro suo arbitrio jus dicere* ». Aus lang andauernder Übung entstünden gesetzliche Regelungen — « *legumlationes* » —, die jedoch in der Person des Richters urplötzlich leicht zu irrigen Entscheidungen führen könnten. Der Richter entscheide für den jeweiligen aktuellen Einzelfall oft emotional, während der « *legislator absque affectu legem ferat de futuris* »⁽⁶¹⁾. Mit diesen « *legumlationes ex longi temporis observationibus* » ist die Rechtsentstehungsquelle des Gewohnheitsrechts angesprochen, die im Verhältnis zwischen Gesetzgeber und Richter eine große Rolle spielt und eine normative Kraft an der Seite der Gesetzgebung darstellt. Die Rechtskategorie « *consuetudo* » bzw. « Gewohnheitsrecht » kann durch Rechtsprechung gebildet werden und verschafft auf diesem Wege der Urteilspraxis eine Wirkung, die der Bindungskraft des Gesetzes entspricht. Durch gleichlautende Interpretationsarbeit des Richters entstehen Urteils-Observanzen, die als « *consuetudines et praejudicia* » normativ

⁽⁶⁰⁾ ARISTOTELES, *Die Nikomachische Ethik*, ed. O. GIGON, Zürich/Stuttgart, Artemis, 1967², pp. 177 s. (1137 b 10-30).

⁽⁶¹⁾ G.A. STRUVE, *Evolutiones controversiarum in syntagmate juris civilis*, Jenae, Typis J. Nisi, 1675, pp. 1 s. (Thesis I, nr. 1-3).

wirkende Entscheidungsgrundlagen für das Justizsystem zur Verfügung stellen, wie Conring schon 1663 betonte: « ... praejudicia enim erant instar legis, ut hodie quoque in camera imperiali fere obtinet, quamvis tamen hodierna sint facta secundum jus romanum... » (62). Besonders über die Präjudizienpraxis und-lehre treten Gesetzgebung und Rechtsprechung in ein enges Verhältnis als Rechtsquellen. Da das aus der « voluntas principis » abgeleitete Gesetz (63) unbestritten die dominierende Rechtsquelle darstellt, legte die Theorie der Interpretationspraxis des Richters nur die abgeschwächte Bindungskraft einer « vis legis » zu, ohne diese als eigentliches Gesetz zu werten:

« Optima legum interpres consuetudo; ... in ambiguitatibus, quae ex legibus profiscuntur, consuetudo, aut rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritas vim legis obtinere debet » (64).

Mit dieser Argumentation wurde formal das Hierarchieverhältnis vom dominierenden Gesetz zu der das Gesetz vollziehenden Rechtsprechung gewahrt und eine quasi-gesetzliche Eigenschaft der Urteilspraxis gewohnheitsrechtlich durch die Fiktion einer stillschweigenden Genehmigung des herrscherlichen oder staatlichen Gesetzgebers konstruiert: « Atque ita mores et consuetudines vim legis nanciscuntur, non ex subditorum usu, sed imperantis approbatione » (65). Angesichts der Unmöglichkeit des Gesetzes, durch einen einmaligen Sprachakt ein- für allemal alle Regelungsstatbestände unzweideutig und endgültig festlegen zu können, bedeutet das Judizieren eine ständige Arbeit am Gesetz in Gestalt von Lückenfüllung und Interpretationen durch den Richter. Die gesetzgeberische und richterliche Kompetenz sind auf einander angewie-

(62) H. CONRING (Praeses), *Dissertatio politica de nomothetica seu recta legum ferendarum ratione, et in specie de legum constitutione in imperio germanico* (Respondent: J.A. VON HAMMERSTEIN), Helmstadii 1663, hier zitiert nach: H. Conringii, *Opera* II, ed. J.W. GOEBEL, Brunswigae, Meyer, 1730, p. 858 (LIX); deutsche Übersetzung in: MOHNHAUPT, *Prudentia legislatoria* (n. 58), pp. 68 s.

(63) Cf. MOHNHAUPT, *Potestas legislatoria* (n. 18), pp. 200-208.

(64) HERPFER, *Praecepta* (n. 55), IV, nr. 9. (s.p.).

(65) J.H. BOEHMER, *Introductio in jus publicum universale ex genuinis iuris naturae principis deductum*, 4. editio, Halae Magdeburgicae 1773, p. 392 (§ XVII); zu dieser Fiktion cf. E.R. BIERLING, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, Repr. der Ausgabe Gotha 1877-1883, Scientia Verlag Aalen, 1965, pp. 23-29.

sen und über das Gewohnheitsrecht zugleich im Rechtsquellenfundus einer staatlichen Rechtsordnung mit einander verbunden.

V. In der Aufklärungsepoche glaubte man durch eine vollständige, widerspruchsfreie und systemgeleitete Kodifikation des Privatrechts die Vielzahl möglicher Rechtsquellen auf ein verbindliches Gesetzbuch reduzieren zu können. Das Verbot von Kommentierungen sowie der Ausschluss jeder Normativkraft von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft sollten die Geschlossenheit der Kodifikation und den monopolisierten Rechtsschöpfungsanspruch des Herrschers bzw. des Staates garantieren ⁽⁶⁶⁾. Das römische *Corpus iuris civilis* in D. 1.3.11, das « Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten » (1794) in den §§ 46-58 der Einleitung sowie das österreichische « Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch » (1811) in den §§ 6-12 versuchten, die nebenwirkende Normativkraft von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft zugunsten einer alleinigen Entscheidungsmacht von Gesetzgeber und Gesetzbuch zu unterdrücken und bei Lücken und Zweifelsfällen im Gesetz die Entscheidung wieder an den Gesetzgeber im Wege eines « *référé législatif* » zurück zu binden. Der aufklärerische Optimismus, allein durch Kodifikation und Gesetz alle Streitfälle rechtlich lösen zu können, erfüllte sich nicht. Der französische *Code civil* schuf in Artikel 4 mit dem emanzipierten Richter ein neues Richterbild, das den Richter bei Mängeln des Gesetzes zur autonomen Entscheidung verpflichtete ⁽⁶⁷⁾. Nicht die Freiheit des Gesetzgebers, auf die z.B. Struve abgestellt hatte ⁽⁶⁸⁾, sondern das Maß der neu zu bestimmenden Freiheit des Richters wurde nun das Problem. Somit konnte die Rechtsprechung neben der Kodifikation bzw. dem Gesetz einen eigenen Rechtsquellenbereich entwickeln, dessen Verhältnis zur dominierenden Rechtsquelle der Kodifikation sich je nach Regelungsbedarf und der Gesetzesqualität unterschiedlich gestalten konnte.

⁽⁶⁶⁾ Cf. H. MOHNHAUPT, *Das Rechtsverweigerungsverbot des Artikel 4 Code civil*, in: Z. POKROVAC und I. PADJEN (ed.), *Zabrana userate pravosuda i prava — Justiz- und Rechtsverweigerungsverbot*, Split/Zagreb 2010, pp. 86-92.

⁽⁶⁷⁾ MOHNHAUPT, *Rechtsverweigerungsverbot* (n. 66), pp. 81-85.

⁽⁶⁸⁾ Cf. oben p. 32 mit n. 61.

Die Rechtsquellenlehre, die in Deutschland maßgeblich vom gemeinen Recht geprägt war, obwohl sie doch viel mehr in die Kompetenz des Verfassungsrechts gehörte, sah sich genötigt, neben dem Gesetz noch weitere Rechtsquellen als « Rechtswahrheiten » anzuerkennen. Bezeichnend ist Gustav Hugos Aufsatz von 1815 mit dem Titel: « Die Gesetze sind nicht die einzige Quelle der juristischen Wahrheiten » (69). Ausgangspunkt ist für ihn der Begriff des Gesetzes:

« Das Wort Gesetz ist an sich schon eines der wichtigsten in der ganzen Rechtswissenschaft. Nach dem, wie ich glaube, falschen ... Sprachgebrauche der Neuern, ist es wohl geradezu das wichtigste von allen. Es scheint auf jeden Fall der Mühe werth, darüber einige genauere Betrachtungen anzustellen » (70).

Hugo konstatiert einen geradezu inflationären Gebrauch des Begriffs « Gesetz », der den im 19. Jahrhundert aufsteigenden Gesetzgebungsstaat mit seinem positiven Gesetz charakterisiert.

Seine « Betrachtungen », die sich aus der Sicht des Privatrechtlers gegen die Ausschließlichkeit des Gesetzespositivismus richten, wenden sich gegen « diese Vorliebe für Gesetze » und die damit verbundene « falsche Ansicht der Quellen unserer ganzen Wissenschaft ». Hugo will das Gewohnheitsrecht und mit diesem vor allem den « Gerichtsgebrauch » und die Rechtswissenschaft als Rechtsquellen für die Streitentscheidung einsetzen (71). Es kommt für ihn nicht darauf an, was für Gesetze vorhanden sind,

« sondern was die Richter, die Sachwalter, und die mündlichen und schriftlichen Lehrer von diesen, für jetzt geltendes Recht halten. Hoc jure utimur, steht gar oft in unserm Corpus Juris; auf arrêts, auf reports, auf Erkenntnisse der Gerichte, auf die übereinstimmenden Zeugnisse der Schriftsteller sieht man überall » (72).

In seinem enzyklopädischen « Lehrbuch » über das Privatrecht von 1820 hat er unter dem Titel der « Quellen des Rechts » diesen rechtspraktischen Quellenanteil noch mehr betont. Seine

(69) G. HUGO, *Die Gesetze sind nicht die einzige Quelle der juristischen Wahrheiten*, in: IDEM, *Civilistisches Magazin*, IV, Berlin, A. Mylius, 1815, pp. 89-133.

(70) HUGO, *Gesetze* (n. 69), pp. 89 s.

(71) HUGO, *Gesetze* (n. 69), p. 116.

(72) HUGO, *Gesetze* (n. 69), p. 126.

ausführliche Aufzählung umfasst « die res iudicatae im Sinne der Alten, die *praejudicia*, wie wir es in Deutschland nennen, die französischen *arrêts*, ... jetzt Praxis, Gerichtsgebrauch, *responsa prudentum*, the most learned judges, die Meinungen der bewährtesten Rechtslehrer » (73). Entscheidend ist für dieses Rechtsquellenbild das Recht, « was sich ohne Gesetzgebung so ganz von selbst macht » (74). Savigny ist in seiner organischen Rechtentstehungslehre dem gefolgt. (75) An diesem Prozess waren Rechtsprechung und Rechtswissenschaft in gleicher Weise beteiligt. Dem « wissenschaftlichen Geist » gehörte der Vorrang, denn die « Legislationen » standen im Verdacht von « politischen Absichten » und wiesen zudem oft « Einseitigkeiten und Widersprüche » auf (76). Demgemäß bot für Hugo nicht das Gesetz die viel gesuchte « Gewißheit eines Rechtssatzes », sondern die tägliche Praxis und das Einverständnis darüber in der Rechtswissenschaft (77).

VI. Der Befund, dass vor allem die Rechtswissenschaft und mit dieser auch der Gerichtsgebrauch das Rechtsquellenbild der Historischen Rechtsschule im 19. Jahrhundert bestimmte, erlaubt es, von einer unterschiedlich dimensionierten normativen Nähe von Gesetz, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft zu sprechen (78). Ein jedes Rechtssystem ist darauf angewiesen, Mängel des Gesetzes im Wege der Selbstkorrektur durch Rechtsprechung und Rechts-

(73) G. HUGO, *Lehrbuch eines civilistischen Cursus*. Erster Band, welcher als allgemeine Einleitung die juristische Encyclopädie enthält, Berlin, Mylius, 1820 (6. ed.), p. 33.

(74) HUGO, *Gesetze* (n. 69), pp. 116, 120, 130, 132.

(75) SAVIGNY, *System* (n. 6), pp. 13 s., 45 s.; Grundlegend W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Zur Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1958, pp. 74 ss.; IDEM, *Portalís et Savigny*, in: CHR. BERGFELD e.a. (ed.), *Aspekte europäischer Rechtsgeschichte. Festgabe für Helmut Coing*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1982, pp. 445-456 (447 s.); cf. auch J. SCHRÖDER, *Savignys Spezialistendogma und die « Soziologische » Jurisprudenz*, « Rechtstheorie », 7, 1976, pp. 23-52.

(76) So HUGO, *Gesetze* (n. 69), pp. 114 s.

(77) HUGO, *Gesetze* (n. 69), p. 128.

(78) Zum unterschiedlichen Normbegriff cf. E.R. BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, I (1894), Repr. 1961, Scientia Aalen, pp. 71 ss.

wissenschaft nachzubessern und funktionsfähig zu halten (79). Hierin liegt eine dauerhafte Aufgabe dieser beiden konkurrierenden Rechtsquellengattungen (80). Das entspricht einer rechtshistorischen Erfahrung, die belegt, dass das Recht insgesamt in teilautonome Gattungen aufgespalten werden kann und in Theorie und Praxis auch in dieser Formation als Gesetz, Urteil und Wissenschaft in Erscheinung tritt (81). Die Bedeutung, die der Rechtsprechung zugemessen wurde, nahm dabei im Laufe des 19. und 20. Jahrhunderts angesichts wachsender Regelungsaufgaben und einer Gesetzesflut ständig zu. Das Anwachsen der Gesetzgebung und die vermehrte Publikation von Rechtsprechungssammlungen zeigen einen parallelen Entwicklungsgang. Der Grad der normativen Bindungskraft der Urteilspraxis blieb aber instabil, was sich schon aus den unterschiedlichen Bewertungen als « Richtschnur », Muster, Analogie, « vis legis », oder « auctoritas » ablesen lässt.

Dennoch bedeutete und bedeutet die Rechtsprechung einen großen Orientierungswert unterschiedlicher Rechtsquellenqualität, der sich als « Richterrecht » vor allem in der teils amtlich, teils privat veröffentlichten Urteilspraxis zeigt (82). Ob das Richterrecht eine Rechtsquelle darstellt, wird unterschiedlich beantwortet, je nach dogmatischer Begründung, verfassungsrechtlicher Argumentation und Methodenwahl (83). Die Neigung, der Rechtsprechung die

(79) So schon F.A. VON HAYEK, *Recht, Gesetzgebung und Freiheit, I: Regeln und Ordnung. Eine neue Darstellung der liberalen Prinzipien der Gerechtigkeit und der politischen Ökonomie*, (Übersetzung der englischen Fassung), München, Verlag Moderne Industrie, 1980, pp. 123-125.

(80) Cf. ST. MEDER, *Die Krise des Nationalstaates und ihre Folgen für das Kodifikationsprinzip*, « Juristenzeitung », 61, 2006, pp. 477-484 (482 s.).

(81) Cf. dazu insgesamt J. RÜCKERT, *Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive*, Hannover, Hennis & Zinkeisen, 1988.

(82) Cf. die Nachweise bei H. COING (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Privatrechtsgeschichte*, II 2, München, Beck, 1976, deutsches Reich (16.-18. Jahrhundert): H. GEHRKE, pp. 1343-1398; H. MOHNHAUPT, *Rechtsprechungssammlungen, Deutschland*, in: F. RANIERI (ed.), *Gedruckte Quellen der Rechtsprechung in Europa (1800-1945)*, I, Frankfurt am Main, Klostermann, 95-325.

(83) Sehr erhellend ist dafür die Darstellung von J. SCHRÖDER, « Richterrecht » und Rechtsbegriff im frühen 20. Jahrhundert, in: K.B. BERGER (e.a., ed.), *Zivil- und Wirtschaftsrecht im europäischen und globalen Kontext. Festschrift für Norbert Horn*, Berlin, De Gruyter, 2006, pp. 1255-1270; für das 19. Jahrhundert hat die Argumentationslinien exakt verfolgt: LANDAU, *Die Rechtsquellenlehre* (n. 3), pp. 69-89.

Qualität einer Rechtsquelle zuzusprechen, wächst in dem Maße, in dem die Gesetzgebung ihren Regelungsauftrag nicht zu erfüllen vermag. Vehement spricht sich z.B. Gschnitzer für den Rechtsquellenrang der Urteilspraxis aus:

« Den Gerichtsgebrauch nicht als Rechtsquelle anerkennen, heißt schließlich, gesicherten Rechtsbestand nicht als Recht, als was aber dann, anzusehen? Als dauernd mit Rechtsüberzeugung geübtes Unrecht? Bankrott der Rechtsordnung! » (84).

Karl Larenz bejaht für Urteile und Präjudizien den Charakter einer Rechtsquelle, wenn man unter dieser alle diejenigen Faktoren versteht, die bei der Bildung und Fortentwicklung des Rechts mitwirken. Unter dieser Voraussetzung « ist die Rechtsprechung, aber auch die Jurisprudenz Rechtsquelle » (85). Josef Esser begreift das « Richterrecht » nicht als Rechtsquelle, sondern nur als ein « Medium der richterlichen Erkenntnis » (86). Er geht von einer Einheit von Richterrecht und Gesetzesrecht aus: « Was außerhalb der Legislative entsteht, kann sich doch als integraler Teil dem Gesetz inkorporieren » (87).

Das gewichtigste Argument, Richterrecht als Rechtsquelle zu werten, bestand im 19. Jahrhundert in Anlehnung an die Historische Rechtsschule in deren Verständnis und dogmatischer Begründung als Gewohnheitsrecht. 1824 erklärte der Advokat und Prokurator Wilhelm von der Nahmer in der von ihm herausgegebenen Rechtsprechungssammlung.

« Der Gerichtsgebrauch ...ist nothwendig. Er ist nach gemeinem Rechte eine gültige Norm, jedoch begrenzt durch das Gesetz, beschränkt auf diejenigen Fälle, für welche die geschriebenen Gesetze gar keine oder dunkle Bestimmungen enthalten. ... Selbstredend kann nur durch öftere

(84) F. GSCHNITZER, *Schafft Gerichtsgebrauch Recht?*, in: Festschrift zur Hundertjahrfeier des Österreichischen Obersten Gerichtshofes, Wien, Manz, 1950, pp. 40-54 (41); eine gleiche Position bezieht O.A. GERMANN, *Präjudizien als Rechtsquelle. Eine Studie zu den Methoden der Rechtsfindung*, Stockholm, Almquist & Wiksell, 1960.

(85) K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, Springer, 6. ed. 1991, p. 431.

(86) J. ESSER, *Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht*, in: IDEM und H. THIEME, *Festschrift für Fritz von Hippel*, Tübingen, Mohr, 1967, p. 114.

(87) ESSER, *Richterrecht* (n. 86), pp. 118 s.

Wiederkehr und gleichartige Entscheidung ...die Praxis sich fest begründen » (88).

Damit war das Gewohnheitsrecht angesprochen, mit dessen Hilfe eine Norm-Qualität gleichlautender Urteilpraxis begründet werden konnte und begründet wurde, um vor allem durch Kontinuität der Rechtsprechung ein Höchstmaß an Rechtssicherheit und Kalkulierbarkeit zu garantieren (89). Das ist heute ein rechtsstaatliches Prinzip, das durch Artikel 20 Absatz III des Grundgesetzes festgelegt ist. Im 19. Jahrhundert war das Gewohnheitsrecht darauf angewiesen, durch « gerichtliche Bekundung » in Erscheinung zu treten, « wodurch dasselbe zum Gerichtsgebrauch erhoben wird » (90). Bluntschli gründet die gegenüber der Rechtswissenschaft höher eingestufte « Autorität des Gerichtsgebrauchs » darauf, dass sich in der Rechtsprechung « die Rechtsordnung amtlich darstellt und praktisch bewährt. » Gerichtspraxis bedeutet für ihn Gewohnheitsrecht, nämlich « fortgesetztes, von dem Gerichte geübtes Herkommen » (91).

Diese vielfach vertretene Auffassung einer normativen Bindung der Richter durch gewohnheitsrechtlich fundierte Rechtsprechung galt jedoch insofern als problematisch, als bei Änderungen in den Rechtsmeinungen ein notwendig werdender Wandel der gerichtlichen Praxis erschwert sein würde. In diesem Sinne begründete auch Puchta seine Ablehnung einer gewohnheitsrechtlichen Normbildung durch Rechtsprechung:

« ... würden wir hier eine Rechtsquelle haben, welche das von ihr hervorgebrachte Recht nicht wieder zu ändern vermöchte, welche sich jeder Fortbildung des Rechts entgegengesetzte ... » (92).

(88) W. VON DER NAHMER, *Abhandlung über den Gerichtsgebrauch und über den Zweck. Die Vortheile und Nachtheile der Sammlungen von gerichtlichen Erkenntnissen*, in: IDEM (ed.), *Sammlung der merkwürdigeren Entscheidungen des Herzoglich Nassauischen Oberappellations-Gerichts zu Wiesbaden*, I, Frankfurt am Main, Hermann, 1824, p. 18.

(89) Cf. K. LANGENBUCHER, *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht. Eine methodologische Untersuchung zur richterlichen Rechtsfortbildung im deutschen Zivilrecht*, München, Beck, 1996, pp. 116-121.

(90) So BLUNTSCHLI, *Deutsches Privatrecht* (n. 8), pp. 12 s.

(91) BLUNTSCHLI, *Deutsches Privatrecht* (n. 8), pp. 15 s.

(92) G.F. PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*, I, Erlangen, Palm, 1828, p. 165.

Die Gegner eines gewohnheitsrechtlich begründeten Richterrechts vertreten auch heute diese Ansicht, ⁽⁹³⁾ dass nämlich eine solche Begründung zu einer « Erstarrung » des Rechts führe und notwendige Anpassungsaufgaben und Korrekturen des Gesetzes durch Rechtsprechung verhindere. Ein Satz, der Gewohnheitsrecht geworden ist, könne vom Gericht nicht wieder aufgehoben werden ⁽⁹⁴⁾. Mit der Ablehnung einer Geltungskraft von Rechtsprechung bzw. Richterrecht auf der Grundlage von Gewohnheitsrecht war jedoch noch keine gültige Begründung für deren Rechtsquellenqualität gefunden. Die Doktrin operiert hier sehr künstlich, uneinheitlich und vom erkennbaren Zwang getragen, die Rechtsprechung im Kanon der maßgebenden normativen Entscheidungsgrundlagen zu verankern und zugleich mit dem verfassungsrechtlichen Gebot der Gewaltenteilung zu harmonisieren. In Anlehnung an das englische Rechtssystem misst Coing dem Richterrecht eine « persuasive authority » zu, die ihre Überzeugungskraft aus der « Vernünftigkeit » der Entscheidung und der Autorität des entscheidenden Gerichts bezieht ⁽⁹⁵⁾. Damit ist jedoch keine schlüssige Begründung für eine normativ wirkende Geltungskraft von Rechtsprechung gegeben. Der ausweichende Bezug auf die angloamerikanische « persuasive authority » verdeutlicht zugleich, dass im kontinentalen Gesetzgebungsstaat die Einpassung des Richterrechts in das vom Gesetz als erster Rechtsquelle dominierte Rechtssystem Schwierigkeiten bereitet. Coing spricht daher auch von einem « Phänomen » eigener Art und davon, dass die Geltung von Richterrecht « mit formellen Kriterien wohl überhaupt nicht (zu) erfassen » sei ⁽⁹⁶⁾. Eine zwingende Bindung wie beim Gesetz wird generell abgelehnt. Aber mit der Hilfskonstruktion gradueller Unterschiede und einer gestaffelten größeren oder geringeren Überzeugungskraft

⁽⁹³⁾ Cf die Übersicht bei H. MOHNHAUPT, *Rechtseinheit durch Rechtsprechung? Zu Theorie und Praxis gerichtlicher Regelbildung im 19. Jahrhundert in Deutschland*, in: PETERSON, *Theoriebildung* (n. 3), p. 136, n. 105.

⁽⁹⁴⁾ H. COING, *Einleitung*, zu: J. Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 12. ed., Berlin, Schweitzer, 1978, p. 104, nr. 229.

⁽⁹⁵⁾ COING, *Einleitung* (n. 94), p. 101, nr. 224; G. ORRÙ, *Das Problem des Richterrechts als Rechtsquelle*, « Zeitschrift für Rechtspolitik », 12, 1989, pp. 441-445 (442).

⁽⁹⁶⁾ COING, *Einleitung* (n. 94), p. 101, nr. 224; p.104, nr. 229; p. 107, nr. 238.

sowie von « Abstufungen » und « Graden der Geltung » wird versucht, auch für die Rechtsprechung am Begriff der Rechtsquelle festzuhalten ⁽⁹⁷⁾, der damit jedoch seine Konturen verliert. In diesem Sinne nennt Larenz den Gerichtsgebrauch « eine Rechtsquelle minderen Ranges » ⁽⁹⁸⁾.

Die Bewertungen und dogmatischen Fundierungen der Rechtsprechung bzw. des heute so genannten Richterrechts im Gesamtsystem der Rechtsquellenordnung lassen im rechtshistorischen Rückblick wie auch in der gegenwärtigen Diskussion keine einheitliche Linie erkennen.

Das liegt auch darin begründet, dass die Anforderungen, die das Gesetz an den Richter stellt, ganz unterschiedlich gelagert sein können. Die Funktionsfähigkeit einer Kodifikation oder eines Einzelgesetzes bestimmt sich deshalb auch nach deren gesetzestechnischer Ausformung und Konstruktion, das heißt nach dem Grad der gewählten Abstraktheit oder kasuistischen Konkretheit der tatbestandlichen Formulierungen, nach der Verwendung von Generalklauseln und vorgeschriebenen Rechtsprinzipien, nach zwingenden oder dispositiven Rechtssätzen, nach der Systematik, nach eingeräumten Ermessensspielräumen und bewusst gelassenen Lücken oder gar nach einer nur kompilatorischen Gesetzesform und nach möglichen verfassungsmäßigen Vorgaben. Je nach dem gewählten gesetzestechnischen Bau der Gesetzgebung tritt der Richter mit in den Prozess der notwendigen Rechtsfortbildung, Lückenfüllung oder interpretatorischen Konkretisierungsarbeit ein. Für das deutsche 19. Jahrhundert ist zudem zu bedenken, dass in dem großen Geltungsgebiet des gemeinen Rechts das sogenannte Pandektenrecht als Recht der Wissenschaft vom römischen Rechts als eine Rechtsquelle galt, die ganz anderen bindenden Autoritätsansprüchen unterlag als das von der staatlichen Gewalt erlassene zwingende Gesetz.

Bezeichnend sind die Charakterisierungen von « Gesetzgebung » und dem « Recht der Wissenschaft (Juristenrecht) », die z.B.

⁽⁹⁷⁾ H. COING, *Zur Ermittlung von Sätzen des Richterrechts*, « Juristische Schulung », 15, 1975, pp. 277-283 (279-280).

⁽⁹⁸⁾ K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, Springer, 1960, p. 498.

Bluntschli im Kapitel « Von den Rechtsquellen » vornimmt: « Das Juristenrecht ist für Deutschland eine der wichtigsten und ergiebigsten Rechtsquellen geworden »⁽⁹⁹⁾. Die Ranghöhe der Gesetzgebung dagegen ist als eine « Sache des Staatsrechts » definiert: « Die Form des Gesetzes ist der vollkommenste Ausdruck des Nationalbewusstseins und Nationalwillens. Es trägt das Kennzeichen der höchsten Staatsautorität auf der Stirne »⁽¹⁰⁰⁾.

VII. Untersucht man die Rechtsprechungssammlungen auf die mit ihrer Publikation verbundenen Zwecke und die Intentionen der Herausgeber, so sind es vor allem praktische Gründe gewesen, die den in Deutschland herrschenden Rechtsquellenpluralismus, wie er vor dem « Bürgerlichen Gesetzbuch » (BGB) von 1900 galt, widerspiegeln. In den deutschen Einzelstaaten galten Gesetze ganz unterschiedlicher Reichweite und Qualität neben dem von der Wissenschaft bearbeiteten gemeinen römischen Recht, die alle trotz Lücken oder Interpretationsstreit vom Richter ein Urteil verlangten. Die in diesen Fällen getroffenen Entscheidungen stehen unter dem Gebot von Einheitlichkeit, Regelhaftigkeit und Beständigkeit, da nur auf diesem Wege die für den Bürger notwendige Rechtssicherheit erzielt werden kann. Insofern besaß die Rechtsprechung auch eine nach heutigem Verfassungsverständnis rechtsstaatliche Aufgabe. Der sächsische Oberappellationsgerichtsrat Kritz hat 1843 in diesem Sinne in der von ihm herausgegebenen Rechtsprechungssammlung die Aufgabe der « Praxis » beschrieben, indem er allein dieser die Fähigkeit zusprach, die « Verworrenheit unseres Rechtszustandes » zu beseitigen und — damit auf Savignys berühmten Buchtitel vom « Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft » von 1814 anspielend — der « Grösse dieses Berufes zu entsprechen »⁽¹⁰¹⁾. Eine « Casuistik » einer zu weit oder zu eng gefassten Gesetzgebung zwingt « den Gerichtsgebrauch den einmal eingeschlagenen casuistischen Weg weiter zu verfolgen ..., kurz

⁽⁹⁹⁾ BLUNTSCHLI, *Deutsches Privatrecht* (n. 8), p. 13.

⁽¹⁰⁰⁾ Wie n. 99, p. 16.

⁽¹⁰¹⁾ P.L. KRITZ (ed.), *Sammlung von Rechtsfällen und Entscheidungen derselben* I-V (1833-1845); IV: IDEM, *Ueber Gerichtsgebrauch und über Literatur des römischen Privatrechts, in Beziehung auf neuere Behauptungen der sog. historischen Schule*, Leipzig, Barth, 1843, p. 323; dazu MOHNHAUPT, *Rechtseinheit* (n. 93), pp. 130 s.

immer wieder neue Regeln zu bilden, ... um wenigstens so viel möglich Ordnung herzustellen » (102).

Kritz bezeichnete folgerichtig die Gerichte als « die Depositare der bereits geschaffenen Regeln », die nach den täglichen Bedürfnissen « die Rechtsregeln in ungeheuer fortschreitender Progression vermehrt(en) » (103). Mit diesen Worten hatte Kritz zugleich die Funktion der veröffentlichten Rechtsprechungssammlungen umschrieben, gerichtliches Gewohnheitsrecht publizistisch zu bilden und damit auf breiter Grundlage wiederum gerichtlich anwendbar zu machen. Der « Staatsbürger » wird als ein Rechtsprechungs-Bürger gesehen, der einen Anspruch darauf hat, dass der Richter eine Streitfrage nicht bloß in einem einzelnen Fall « richtig » entscheide, sondern dass die Entscheidung « zur bleibenden Norm in identischen Fällen werde » (104). Die Geltungskraft wird unterschiedlich beurteilt. Von der Nahmer spricht den Gerichten keine « gesetzliche Autorität » zu, sondern nur « eine moralische Kraft », die in den Urteilen « durch das intellektuelle Gewicht seiner Gründe » wirkt (105), die im 19. Jahrhundert in einigen deutschen Verfassungen für die Urteile vorgeschrieben worden waren. Die Bedeutung der Rechtsprechung wurde danach bewertet, wie die Gesetzgebung als « gelungen » angesehen werden konnte: der « Gerichtsgebrauch bleibt immer nur ein Surrogat des Gesetzes » (106). Das konnte aber nur in den Fällen gelten, für die ein Gesetz überhaupt existierte. Dementsprechend betonten Simon und Strampff in ihrer Urteilssammlung: « So lange noch keine Gesetze vorhanden sind, vertreten sie (sc. die Urteile) gewissermaßen die Gesetzesstelle » und die Urteile sind die « Verkündigerinnen des ungeschriebenen Rechtes » (107). Die Herausgeber weisen den Sammlungen ganz verschiedene Aufgaben zu, die den gesamten Umfang möglicher Rechtsquellen betreffen. Neben der rechtspro-

(102) KRITZ, *Gerichtsgebrauch* (n. 101), p. 298.

(103) KRITZ, *Gerichtsgebrauch* (n. 101), pp. 308, 311 s.

(104) VON DER NAHMER, *Abhandlung* (n. 88), pp. 9 s.

(105) VON DER NAHMER, *Abhandlung* (n. 88), p. 13.

(106) VON DER NAHMER, *Abhandlung* (n. 88), p. 30.

(107) A.H. SIMON und H.L. VON STRAMPFF (ed.), *Rechtssprüche der preußischen Gerichtshöfe*, mit Genehmigung des Herrn Justiz-Ministers herausgegeben, I-IV, Berlin, Dümmler, 1834-1836², hier Band I, pp. V, VII.

duktiven Kraft der Bildung von verbindlichen Rechtsregeln durch Rechtsprechung in Vertretung von Gesetzen wird die Vorarbeit der Urteilspraxis für künftige Gesetzgebung hervorgehoben ⁽¹⁰⁸⁾. Die Vereinheitlichung der Urteilspraxis ist ein immer wieder genanntes Ziel. Andererseits wird eine Aufgabe der Rechtsprechung auch darin gesehen, « die praktische Rechtswissenschaft in Deutschland zu leiten und fortzubilden » ⁽¹⁰⁹⁾. Diejenigen Sammlungen gelten als besonders nützlich, die außer den Rechtsfall auch den daraus abgeleiteten « Rechtssatz ... wissenschaftlich behandeln » ⁽¹¹⁰⁾. Der Pandektist Regelsberger sah es als eine gemeinsame Aufgabe für Richter und Wissenschaft an, « für die vom Gesetzgeber nicht geregelten Tatbestände Normen aufzustellen » ⁽¹¹¹⁾. Heute ist es anerkannt, dass in gesetzesfreien, regelungsbedürftigen Rechtsräumen die Rechtsprechung auch Gesetzgebungsaufgaben anstelle des Gesetzgebers erfüllen kann. ⁽¹¹²⁾ Der Richter tritt hier gleichsam als « Ersatzgesetzgeber » auf, wie das Bundesarbeitsgericht sich sogar einmal selbst bezeichnet hat ⁽¹¹³⁾.

So dokumentieren die veröffentlichten Urteilssammlungen die Versuche zur Bildung von Rechtseinheit, die Festlegung von Präjudizien und normbildenden Urteilen angesichts fehlender Gesetze, die Kommentarfunktion bei unzulänglicher Gesetzgebung, den Nachweis von Regelungsangeboten für zukünftige Gesetzgebungsarbeit und die Überleitung rechtswissenschaftlicher Theorie in

⁽¹⁰⁸⁾ Cf. z.B. die Nachweise bei MOHNHAUPT, *Rechtsprechungssammlungen* (n. 82), p. 115 (*Zeitschrift für Versicherungsrecht*, 1866); p. 142 (*Controversen-Entscheidungen*, 1827). Heute gibt es im Gesellschaftsrecht auch Beispiele für die Umgehung von Richterrecht in Gesetzgebung: H. FLEISCHER und F. WEDEMANN, *Kodifikation und Derogation von Richterrecht. Zum Wechselspiel von höchstrichterlicher Rechtsprechung und Reformgesetzgebung im Gesellschaftsrecht*, « Archiv für civilistische Praxis », 209, 2009, pp. 597-627.

⁽¹⁰⁹⁾ O. BÄHR (ed.), *Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen*, München und Leipzig, Oldenbourg, 1883, Vorrede.

⁽¹¹⁰⁾ Bopp (ed.), *Mittheilungen aus den Materialien der Gesetzgebung und Rechtspflege des Herzogthums Hessen ...*, III, Darmstadt, 1831, p. VII.

⁽¹¹¹⁾ F. REGELBERGER, *Pandekten*, I, Leipzig, Duncker & Humlot, 1893, p. 87.

⁽¹¹²⁾ KIRCHHOF, *Rechtsquellen* (n. 27), p. 99.

⁽¹¹³⁾ So der Große Senat des Bundesarbeitsgerichts in *Fragen des Arbeitskampfrechts*, in: BAGE 23, pp. 292, 319.

Rechtsprechung. Sie zeigen damit den engen Zusammenhang aller drei Rechtsquellenbereiche.

VIII. Als eine Rechtsquelle im strengen Rechtssinne kann man heute die Rechtswissenschaft nicht mehr betrachten. Unbestreitbar ist sie jedoch an der Regelbildung mit unterschiedlicher normativer Autorität beteiligt ⁽¹¹⁴⁾. Das gilt besonders für die Rechtsepochen, in denen es einerseits eine hochrangige dogmatische Rechtswissenschaft gab, aber noch keine ausreichende Gesetzgebung existierte ⁽¹¹⁵⁾. Die Historische Rechtsschule Puchtas ⁽¹¹⁶⁾ und Savignys ⁽¹¹⁷⁾ ist dafür ein beredtes Beispiel. Im Bewusstsein des historisierenden Juristen manifestiert sich das juristische Bewusstsein des Volkes mit der Folge, wie Jouanjan formuliert: « Deshalb ist die Rechtswissenschaft eine 'Rechtsquelle'. Deswegen ist sie 'produktiv' » ⁽¹¹⁸⁾. Diese « Rechtserzeugung » wird durch Systematik bewirkt ⁽¹¹⁹⁾. Eine solche Auffassung von der rechtsproduktiven Kraft der Rechtswissenschaft als Rechtsquelle, die allein auf organischer Entwicklung und intellektueller Kraft der Juristen beruht, war nur denkbar, solange das Gesetz als monopolisierte imperative Macht des Staates noch nicht die Oberhand gewonnen hatte. Die Rechtswissenschaft behielt nach der Reichsgründung 1871 und dem neu etablierten Gesetzgebungsstaat zwar ihre Bedeutung, jedoch nur infolge einer Vermittlung durch staatliche Autorität in Gestalt der Gerichte. Von Stint-

⁽¹¹⁴⁾ Cf. MOHNHAUPT, *Grundlinien* (n. 41), p. 164-167.

⁽¹¹⁵⁾ Cf. J. SCHRÖDER, *Das Verhältnis von Rechtsdogmatik und Gesetzgebung in der neuzeitlichen Rechtsgeschichte (am Beispiel des Privatrechts)*, in: O. BEHREND und W. HENCKEL (ed.), *Gesetzgebung und Dogmatik*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1989, pp. 37 s.

⁽¹¹⁶⁾ G.F. PUCHTA, *Lehrbuch der Pandekten*, Leipzig, Barth, 1838, p. 14: « So entsteht durch die Wissenschaft selbst Recht, welches sich in ihren Bekennern, den Juristen, ... darstellt »; IDEM, *Cursus* (n. 5), p. 37: « ... die Wissenschaft als dritte Rechtsquelle »; cf. dazu HAFERKAMP, *Puchta* (n. 5), pp. 306-308, 427-434.

⁽¹¹⁷⁾ SAVIGNY, *System* (n. 6), pp. 45-49 (« Recht der Wissenschaft »).

⁽¹¹⁸⁾ O. JOUANJAN, *Philosophische Verwicklungen in der Rechtswissenschaft: zur Geschichte des deutschen juristischen Denkens im 19. Jahrhundert*, « Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung », 125, 2008, pp. 367-398 (377).

⁽¹¹⁹⁾ WILHELM, *Methodenlehre* (n. 75), p. 74.

zing erklärte 1876 die Bedeutung der Rechtssätze der Wissenschaft damit, dass deren « Resultate » den Richter belehren und überzeugen und dieser dann

« ihren Sätzen seine Macht leiht. Recht ist hier, was der gelehrte Richter, aus dem Schatze der Wissenschaft schöpfend, als seine Überzeugung bindend ausspricht » ⁽¹²⁰⁾.

Das entsprach dem Anspruch des staatlichen Rechtsetzungsmonopols, war jedoch in den vom Gesetz nicht dominierten Rechtsräumen keineswegs allgemeingültig. Thöl erklärte noch 1879 über das im Aufbau befindliche « wissenschaftliche Handelsrecht »:

« Die Wissenschaft ist eine Rechtsquelle. Sie stellt Rechtssätze heraus, welche bis dahin fehlen, erzeugt also Recht. ... Das wissenschaftliche Recht ist einer inneren Begründung fähig und verlangt sie, es ist construierbar, deducirbar. ... Die Wissenschaft findet nun Rechtssätze aus rechtlichen und factischen Grundlagen » ⁽¹²¹⁾.

Gesetzgeberische Defizite konnten somit rechtsquellenmäßige Entscheidungsaufgaben weiterhin der Rechtswissenschaft — hier der Handelsrechtswissenschaft — zuweisen. Das zeigt auch der Rechtsquellenrang, den Windscheids in zahlreichen Auflagen erschienenenes Pandektenrecht ⁽¹²²⁾ in Theorie und Praxis besaß. Solange anstatt des gemeinen Rechts noch kein adäquates Gesetzbuch vorlag, erlangte es im Grunde die Funktion eines Gesetzes als Entscheidungsgrundlage für die Rechtsprechung ⁽¹²³⁾. Insofern kann man das gemeine Rechts in Deutschland bis zum Inkrafttreten des BGB am 1.1.1900 in seiner Wirkung noch als ein Recht ohne

⁽¹²⁰⁾ J.A. RODERICH VON STINTZING, *Macht und Recht*. Rede zur Feier des Geburtstages Sr. Majestät des Kaisers und Königs, Bonn, Marcus, 1876, p. 21; cf. LANDAU, *Rechtsquellenlehre* (n. 3), p. 82.

⁽¹²¹⁾ H. THÖL, *Das Handelsrecht*, I, 6. ed., Leipzig, Fues' Verlag, 1879, pp. 57 s. (§ 15).

⁽¹²²⁾ B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I-III, 7. ed., Frankfurt am Main, Rütten und Löning, 1891.

⁽¹²³⁾ H.G. MERTENS, *Untersuchungen zur zivilrechtlichen Judikatur des Reichsgerichts vor dem Inkrafttreten des BGB*, « Archiv für die civilistische Praxis », 174, 1974, pp. 333-380 (338).

Gesetz bezeichnen ⁽¹²⁴⁾. Umgekehrt hat der Gesetzgeber des BGB Rechtsbereiche wie das Privilegienrecht aus dem Gesetzbuch ausgeklammert und « die Materie somit in ihrem ganzen Umfange der Rechtswissenschaft überlassen ». ⁽¹²⁵⁾ In gleicher Weise wurde die Frage nach dem Verhältnis des gemeinen Gewohnheitsrechts zum Reichsrecht bewusst « für die Wissenschaft offen gelassen ». Sie wurde « der Macht des Gesetzgebers entrückt » und sollte « nur von der Theorie nach Maßgabe der ... herrschenden Anschauungen beantwortet werden » ⁽¹²⁶⁾. Die Rechtswissenschaft blieb somit auch nach der Kodifikation eine Instanz, die in manchen Bereichen Recht erschließt.

IX. Betrachtet man alle drei Rechtsquellengattungen zusammen, so zeigt sich das Bild einer ständigen Interaktion. Das Rechtssystem ist auf das Zusammenspiel von Gesetzgebung mit Rechtsprechung und Rechtswissenschaft angewiesen. Auf gesetzesarmen Regelungsgebieten ist der Bedarf an Regelungskompetenz durch Rechtsprechung und Wissenschaft besonders deutlich zu sehen. Rudhart hat 1812 dieses Prinzip der wechselnden Dominanzen so erläutert:

« Legislation, Doctrin und Jurisprudenz sind die drey Weisen der Entwicklung der Rechtsidee, und wenn ... die gesetzgebende Gewalt keine Thätigkeit äussert, oder hinter dem Zeitalter zurück bleibt, so bilden sich die Rechtsinstitute durch die Gerichte und ... Rechtsgelehrten fort, und diesen dagegen ist die Sphäre wiederum beengt, wenn das Gesetzbuch sich in consecutorischen Normen und doctrinellen Erläuterungen dreht » ⁽¹²⁷⁾.

Die von Rudhart beschriebene Aufgabenteilung verbietet eine isolierte Bewertung der drei Rechtsquellen in ihrem wechselseitigen

⁽¹²⁴⁾ In diesem Sinne auch H.P. HAFERKAMP, *Der Jurist, das Recht und das Leben*, in: *Fakultätsspiegel Universität Köln*, 3, Köln 2005, pp. 87 s.

⁽¹²⁵⁾ Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Allgemeiner Theil. Kommissionsbericht, Vorlage des Redaktors GEBHARD, Berlin 1881, p. 33.

⁽¹²⁶⁾ B. MUGDAN (ed.), *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, I, Berlin, Decker, 1899, pp. 569 s.

⁽¹²⁷⁾ I. RUDHART, *Encyclopaedie und Methodologie der Rechtswissenschaft*, Würzburg, Stahel, 1812, p. 60; ähnlich STINTZING, *Macht und Recht* (n. 120), p. 15: In einer « Zeit dürftigster Gesetzgebung ... steigert sich ... die richterliche Thätigkeit zur ausgiebigsten Rechtsproduction ».

Abhängigkeitsverhältnis. Das entsprach auch der Auffassung Savignys aus der Sicht der Historischen Schule, dass « ein gesunder Zustand des Rechts nur da vorhanden (ist), wo diese rechtsbildenden Kräfte harmonisch zusammen wirken, also keine derselben von den andern sich isoliert »⁽¹²⁸⁾. Freilich beanspruchte Savignys Rechtsquellensystem einen Vorrang für die Rechtswissenschaft, da er ja seiner Zeit noch den « Beruf für Gesetzgebung » absprach⁽¹²⁹⁾. Die Bedeutung der Rechtsprechung definierte Savigny dementsprechend auch über die Rechtswissenschaft, indem er den « eigentlichen Gelehrten auf dem Richterstuhl » zum rechtsprechenden Ideal erhob⁽¹³⁰⁾ und eine unwissenschaftlich arbeitende Jurisprudenz etwas abschätzig nur als « Schreiberdienst » für den Gerichtsgebrauch bewertete⁽¹³¹⁾. Eine feste « Rangordnung unter den drei Rechtsquellen » konnte sich jedoch trotz mancher Versuche in der Literatur nicht entwickeln, da zu unterschiedlichen Zeiten « die Formen der Rechtsbildung ... nicht gleiches Ansehen » besaßen⁽¹³²⁾ und nicht in gleicher Weise zur Lösung wechselnder rechtlicher Gestaltungsprobleme geeignet waren. Arnold zum Beispiel lehnte eine solche formelle Rangordnung ab⁽¹³³⁾, da er die Rechtsquellen in ständiger Bewegung sah, die durch « die Tätigkeit der Rechtsquellen ... selbst erst entwickelt werden..., zusammenwirken, einander ergänzen und ablösen »⁽¹³⁴⁾. Der staatliche Gesetzgeber, der den unbedingten Anspruch auf den Vorrang des Gesetzes kraft der Verfassung erhob, galt jedoch auch als « keine unfehlbare Quelle des Rechts », so dass das Gesetz immer wieder auf Rechtsprechung und wissenschaftliche Entscheidung als Kor-

(128) SAVIGNY, *System* (n. 6), p. 51.

(129) F.C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814.

(130) SAVIGNY, *System* (n. 6), p. 89; cf. H. MOHNHAUPT, *Richter und Rechtsprechung im Werk Savignys*, in: W. WILHELM (ed.), *Studien europäischer Rechtsgeschichte*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1972, pp. 243-264.

(131) Savigny, *Beruf* (n. 129), p. 79.

(132) BLUNTSCHLI, *Privatrecht* (n. 8), p. 17.

(133) Arnold, *Cultur* (n. 9), p. 355.

(134) Arnold, *Cultur* (n. 9), p. 349.

rektiv angewiesen war ⁽¹³⁵⁾ — und bis heute angewiesen ist. So blieb trotz der Kodifikation des deutschen bürgerlichen Rechts im BGB, das 1896 fertig gestellt war, die bis dahin gestellte Aufgabe der gemeinrechtlichen Privatrechtswissenschaft, nämlich « ihr vornehmster Beruf, Rechtssätze zu schaffen », eine lebendige Forderung. Kuhlenbeck erklärte 1898:

« Die Legitimation zu dieser produktiven Tätigkeit liegt in dem jedem positiven Gesetzesrecht anhaftenden Mangel, dass es wie der tote Buchstabe dem fortschreitenden Leben nur mit der Krücke nachhinkt. Die Jurisprudenz würde sich selber aufgeben, wenn sie diesen Beruf der Produktion neuen Rechtes aufgeben wollte » ⁽¹³⁶⁾.

Es ging darum, über die Kodifikation des BGB hinaus die rechtsproduktive Kraft und Dignität der traditionellen Rechtswissenschaft kontinuierlich weiter zu führen und damit den Primat des staatlichen Gesetzes abzuschwächen, das auf parlamentarischen Beschluss hin nur durch « die Macht der Ziffer » und ein « Gemisch von Zufälligkeiten » — wie es Hedemann ⁽¹³⁷⁾ 1910 genannt hatte — zustande kam. Allerdings konnte dieses « Recht der Wissenschaft » nur bei Lücken im Gesetz « praeter legem » als subsidiäre Quelle eintreten. Ausdrücklich betonte Kuhlenbeck die autonome Stellung der Rechtswissenschaft im Kanon der Rechtsquellen, denn

« es bedarf keiner ausdrücklichen Autorisation des Gesetzes, keines besonderen Hinweises darauf im Gesetz, um den Richter an diese Quelle zu verweisen » ⁽¹³⁸⁾.

Wie zur besonderen « Autorisation » dieser Ansicht beruft

⁽¹³⁵⁾ P. MÜLLER, *Die Elemente der Rechtsbildung und des Rechts zur Grundlegung für die realistische Begründung des Rechts*, Leipzig, Hinrich, 1877, pp. 431, 438.

⁽¹³⁶⁾ L. KUHLENBECK, *Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Eine dogmatische Einführung in das Studium des Bürgerlichen Rechts*, I, Berlin, Heymanns Verlag, 1898, pp. 24 s.

⁽¹³⁷⁾ J.W. HEDEMANN, *Über die Kunst, gute Gesetze zu machen*, in: Festschrift Otto Gierke, Weimar 1911, p. 311.

⁽¹³⁸⁾ KUHLENBECK, *Pandekten* (n. 136), p. 25; H. MOHNHAUPT, *Die Kommentare zum BGB als Reflex der Rechtsprechung (1897-1914)*, in: U. FALK und H. MOHNHAUPT (ed.), *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter. Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896-1914)*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2000, pp. 495-531 (499-502).

sich Kühlenbeck auf einen Satz Iherings: «Jurisconsultus sine lege non erubescens verus denique Jurisconsultus est».

X. Heute spielt die Rechtswissenschaft im Wesentlichen eine integrative Rolle zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung, — gleichsam als Verbindungsstück und dogmatisch arbeitendes Kontrollorgan. Auch die Richter können ihrerseits Akteure der Rechtswissenschaft sein, wenn sie deren Ergebnisse in Urteilen verarbeiten und weiterführen⁽¹³⁹⁾. Eine verfassungsrechtliche «Autorisation» besaß und besitzt die Rechtswissenschaft jedoch nicht. Deshalb gilt die verfassungsrechtliche Anerkennung der zum traditionellen Rechtsquellenbestand gerechneten «Rechtssatzkategorien» wie des Gewohnheitsrechts, Richterrechts und «allgemeiner Grundsätze» der Rechtswissenschaft zu Recht als problematisch⁽¹⁴⁰⁾. In diesem Sinne betrifft Wieackers Schrift über «Gesetz und Richterkunst» das «Problem der außergesetzlichen Rechtsordnung», in der er die Unterscheidung in Rechtsquellen und Rechtserkenntnisquellen treffend als «unvollziehbar» und letztere als eine reine «Verlegenheitstitulatur» bezeichnet, der man Rechtslehre und Gerichtsgebrauch unterzuordnen versucht⁽¹⁴¹⁾. Die — freilich unaufhebbare — Dominanz des staatlichen positiven Gesetzes, das seine sichere Legitimation in der Verfassung besitzt, macht neben- und außergesetzliche Entscheidungsgrundlagen nicht überflüssig, — im Gegenteil angesichts der stürmischer gesellschaftlicher und ökonomischer Entwicklungen sogar notwendig. Die «Unfähigkeit der monokratischen Quelle — des Gesetzes» hat Paolo Grossi dazu geführt, für eine plurale Rechtsquellenordnung in Anlehnung an vorkodifikato-

(139) Cf. O. BEHREND, *Die europäische Privatrechtskodifikation und die Gefährdung ihrer Systemmitte*, in: C. PETERSON (ed.), *Die Kodifikation und die Juristen*, «Rätts-historiska Studier», 23, Stockholm, Nordiska Bokhandeln, 2008, p. 16.

(140) Cf. zum Beispiel I. VON MÜNCH (ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, I., München, Beck, 1985³, p. 830, nr. 36.

(141) F. WIEACKER, *Gesetz und Richterkunst. Zum Problem der außergesetzlichen Rechtsordnung*, Karlsruhe, C.F. Müller, 1958, p. 16. R. OGOREK spricht in diesem Zusammenhang von den «unauflösbaren Widersprüchen», in die sich die Wissenschaft im 19. Jahrhundert verwickelt habe: *Volksgeist «Spätlese»*, «Rechtshistorisches Journal», 4, 1985, p. 13.

rische Situationen zu plädieren ⁽¹⁴²⁾. In der Tat würde dadurch der Rahmen der notwendigen Entscheidungsgrundlagen erweitert und der Rechtswissenschaft sowie Rechtsprechung eine größere Autonomie eingeräumt werden, die Grossi als unerlässliche Voraussetzung für ein funktionierendes Rechtssystem hält. Das erinnert an Erfahrungen aus der Rechtsgeschichte. Verstärkt Richterrecht und Rechtswissenschaft als Entscheidungsgrundlagen bzw. Rechtsquellen in den Rahmen verfassungsrechtlicher Legalität einzubauen, ist in Deutschland bisher nur über Artikel 20 III des Grundgesetzes möglich ⁽¹⁴³⁾, indem die dort festgelegte Bindung an « Recht » — im Rang nach dem Gesetz — extensiv aufgeladen wird. So überrascht es nicht, dass seit dem Ende des 19. Jahrhunderts die Forderung erhoben wird, « die Lehre von den Rechtsquellen auf ... eine breitere Basis zu stellen » ⁽¹⁴⁴⁾, « eine zeitgemäße Rechtsquellenlehre vorzulegen » ⁽¹⁴⁵⁾ oder — wie zuletzt Landau gesagt hat — « ein differenziertes und auch für den demokratischen Rechtsstaat passendes Modell der Rechtsquellenlehre » vorzulegen ⁽¹⁴⁶⁾. In ein solches Konzept sind alle drei hier historisch diskutierten « Rechtsquellen »-Erfahrungen einzubeziehen. Das Bundesverfassungsgericht hat 1973 in seiner berühmten Entscheidung über das allgemeine Persönlichkeitsrecht und den Schadensersatz für immaterielle Schäden einige leitende Grundlinien gezogen, dass nämlich die richterliche Tätigkeit nicht nur im Erkennen und Aussprechen von Entscheidungen des Gesetzgebers besteht:

« Es muss einsichtig gemacht werden können, dass das geschriebene Gesetz seine Funktion, ein Rechtsproblem gerecht zu lösen, nicht erfüllt. Die richterliche Entscheidung schließt dann diese Lücke nach den Maßstäben der praktischen Vernunft und den 'fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft' » ⁽¹⁴⁷⁾.

Diese « praktische Vernunft » und « fundierten Gerechtig-

⁽¹⁴²⁾ P. GROSSI, *Juristischer Absolutismus und Privatrecht im 19. Jahrhundert*, Universität Tübingen, 1992, p. 18.

⁽¹⁴³⁾ Cf LARENZ, *Methodenlehre* (n. 85), p. 319.

⁽¹⁴⁴⁾ BIERLING, *Prinzipienlehre* (n. 78), p. 42.

⁽¹⁴⁵⁾ WIEACKER, *Gesetz* (n. 141), p. 16.

⁽¹⁴⁶⁾ LANDAU, *Rechtsquellenlehre* (n. 3), p. 89.

⁽¹⁴⁷⁾ Beschluss des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 14.2.1973, in: BVerfGE (n. 32), 34, 1973, p. 287.

keitsvorstellungen » sind positivistisch nicht definitionsfähig und zeigen eine begriffliche Offenheit, deren Ausfüllung nicht ohne den Erfahrungs- und Quellenbereich aus Rechtsprechung und Rechtswissenschaft im Einzelfall konkretisiert werden kann.

VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI

LA JURISPRUDENCIA CIVIL EN LA CULTURA JURÍDICA ARGENTINA (S. XIX-XX)

I. PLANTEO PRELIMINAR. — Presentación del tema. — Un vocablo, dos conceptos. — II. COMIENZOS DE LA MODERNA JURISPRUDENCIA: 1. La cuestión en la primera mitad del ochocientos. — 2. Primeras ideas valorativas acerca de la jurisprudencia. — 3. La *Revista de Legislación y Jurisprudencia*. — 4. Balance de dos décadas. — 5. En los inicios de la codificación. — 6. La entrada en escena del Código Civil y sus comentaristas. — 7. Las nuevas ideas a principios del novecientos. — 8. Una reforma decisiva: la ley 7055. — III. LA CONSOLIDACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CIVIL. — 9. La jurisprudencia en juristas de las generaciones de 1910 y 1925. — 10. La jurisprudencia como fuente subsidiaria. — 11. El laboratorio jurisprudencial: revistas y repertorios. — 12. La jurisprudencia en las aulas. — 13. Misión del juez y aporte de la jurisprudencia. — 14. La jurisprudencia integrada al derecho positivo. IV. EPILOGO.

I. PLANTEO PRELIMINAR

Presentación del tema.

La jurisprudencia, tal como la conocemos hoy en el mundo forense, tiene una historia de corta duración que, iniciada en los comienzos del ochocientos, alcanzó la situación actual a mediados de la centuria pasada. Sin embargo, la voz y el concepto mismo reconocen raíces más antiguas. Un diccionario decía que « es voz puramente latina (Iuris prudentia) ». Aquella trayectoria, pese a su brevedad, es compleja por la variedad de opiniones, recelos e interrogantes que dilataron su construcción intelectual. Esta solo se afianzó en los últimos tramos de ese derrotero, cuando se dieron las condiciones de sustentabilidad necesarias dentro del orden jurídico dogmático y de la teoría del Estado contemporáneo.

Es un tema estrechamente vinculado con los de la fundamentación y publicidad de las sentencias; y guarda relación con los

criterios de interpretación y con la misión asignada al juez dentro del ordenamiento. Así la jurisprudencia fue adquiriendo relieve cuando empezó a concebirse la función judicial con una mayor libertad interpretativa, superando la imagen del juez como mero resorte de la aplicación del texto legal. Esa jurisprudencia, a su vez, abría para unos la posibilidad de una mayor creación jurídica y para otros, por su propia fijeza, se convertía en una traba para aquella libertad.

En torno a estas cuestiones básicas y otras menores se suscitaban variadas opiniones y, a veces, intensos debates. Las armas intelectuales se renovaron y los criterios se refinaron a medida que transcurría el tiempo. La riqueza de matices que caracteriza a este movimiento de ideas puede descubrirse en la selectiva transcripción de párrafos sustanciales de diversos tipos de escritos y exposiciones de principales juristas argentinos de la época — jueces, autores, profesores — que nos permitirá observar en que modo la cultura jurídica enfocaba el rol de la jurisprudencia y al mismo tiempo atender a la contribución efectivamente aportada por esa misma jurisprudencia a la dinámica del ordenamiento.

Mi interés por la historia de las fuentes del derecho lleva años de investigación y consiguientes publicaciones. En 1978 dí a conocer un trabajo sobre la materia que nos ocupa, bajo el título « Los orígenes de la jurisprudencia de los tribunales en la Argentina » ⁽¹⁾ en el cual expuse la información y orientación conceptual sobre el movimiento desarrollado en la segunda mitad del siglo XIX. Buena parte de ese texto se incorpora al presente ensayo, después de haber sido objeto de revisión y ajuste y sobre todo integrado a una idea intelectual renovada y más abarcadora que se extiende a la primera mitad del novecientos, época de consolidación de la institución. De esta manera espero responder modestamente a la honrosa invitación del profesor Pietro Costa para participar en este número monográfico de los *Quaderni Fiorentini*.

Un vocablo, dos conceptos.

Para aproximarnos al concepto contemporáneo de jurispru-

⁽¹⁾ *Revista de Historia del Derecho*, número 6, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1978, pp. 314-352.

dencia, son instrumentos útiles los diccionarios, vocabularios y libros didácticos usuales dentro del orbe hispano y particularmente en el ámbito rioplatense. Con ellos podemos recrear el marco lexicográfico de época.

En estos textos sobresalía como acepción de la voz, la de « ciencia del derecho », con una clara referencia a las raíces antiguas (Justiniano) y medievales (las Partidas de Alfonso X). Era ésta la única que ofrecían los diccionarios del siglo XVIII y alguno incluso del ochocientos. A su sombra surgió una segunda acepción que, con el curso del tiempo, fue adquiriendo entidad propia hasta convertirse en la moderna fuente del derecho que hoy conocemos bajo ese nombre y que constituye el objeto de este ensayo.

Esta segunda acepción se fue enunciando en dichas obras con diversos tonos y variantes, pero siempre guardando un mismo significado. Una de sus primeras definiciones fue la de « ciencia o hábito práctico de interpretar las leyes rectamente y aplicarlas con exactitud a los casos ocurrentes » (2). Ya entonces se avanzaba la idea de que esta segunda acepción constituía un necesario complemento de la primera. Así por ejemplo, el profesor Pedro Somellera de la Universidad de Buenos Aires, en sus lecciones de 1824 sobre derecho civil, se encargaba de subrayar ese enlace al expresar que la jurisprudencia no era « una ciencia puramente especulativa que termina en el saber » sino que « obra y reduce a actos lo que enseña; y he aquí su conveniencia con las demás ciencias prácticas ». Este profesor concluía con una clara advertencia: « Sabidas por el abogado las leyes, ha de interpretarlas, y después aplicarlas a los casos que ocurren en la vida civil. Quien no reúne estas tres cosas, no será un jurista » (3).

El *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia* de Joaquín Escriche alcanzó una amplia circulación durante el siglo XIX en el orbe hispano. Allí se encontraban los dos significados ya expuestos. Con relación al segundo aparecían algunas variantes en las definiciones. Así apuntaba que también se llaman jurispruden-

(2) J. M. ALVAREZ, *Instituciones de Derecho Real de España a Indias*, edición Buenos Aires, 1834, pp. 7-9.

(3) P. SOMELLERA, *Principios de Derecho Civil*, dictados en la Universidad de Buenos Aires, tomo I, Buenos Aires, 1824, pp. 1-2.

cia « los principios que en materia de derecho se siguen en cada país o en cada tribunal; el hábito que se tiene de juzgar de tal o tal manera una misma cuestión; y la serie de juicios o sentencias uniformes que forman uso o costumbre sobre un mismo punto de derecho » (4).

Otro diccionario que, por su origen y naturaleza, tenía un estrecho contacto con el léxico jurídico es el que desde la primera mitad del siglo XVIII editaba la Real Academia Española. En las sucesivas ediciones se registra la evolución de los vocablos mediante las nuevas acepciones introducidas, el orden dado a las mismas y los cambios operados en los textos. Desde la primera edición se mantuvo en primer lugar para la voz « jurisprudencia » el significado de « ciencia del derecho ». Más tarde, se introdujeron otras dos acepciones que atendían a su sentido como fuente de derecho. Una decía: « Enseñanza doctrinal que dimana de las decisiones o fallos de autoridades gubernamentales o judiciales »; y la otra asentaba: « Norma de juicio que suple omisiones de la ley y que se funda en las prácticas seguidas en casos iguales o análogos » (5).

Un cambio apreciable han tenido estas acepciones en las últimas ediciones del siglo XX del diccionario académico. Por segunda acepción se introdujo esta definición: « Conjunto de las sentencias de los tribunales y doctrina que contienen »; por tercera: « Criterio sobre un problema jurídico establecido por una pluralidad de sentencias concordes » (6).

Este breve recorrido por sendas lexicográficas destaca la vigencia de los significados principales. El que lo define como « ciencia del derecho » mantiene el lugar más relevante y así se le ha usado a lo largo de las dos últimas centurias para designar, por ejemplo, facultades, doctorados, academias, obras de autores o para aludir a otras cuestiones, siempre con referencia a un cultivo enteramente científico del derecho.

(4) J. ESCRICHE, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, París, 1858 (3ª edición), p. 1174.

(5) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, 1956, 18º edición.

(6) ID., *Diccionario*, 21ª edición, Madrid, 1992.

El segundo significado, a su vez, tuvo un notable crecimiento conceptual y una vasta difusión en el campo letrado. Al principio, para aclarar de lo que se trataba, fue útil el sintagma « jurisprudencia de los tribunales » hasta que el transcurso del tiempo obró a favor de la fuerza expansiva del mismo e hizo innecesaria la persistencia del aditamento. Dicho crecimiento, en su uso corriente, sin embargo, no trajo efectos negativos sobre el primer significado y más bien puede observarse un sutil enlace entre ambos, actuando la nueva acepción de complemento necesario, como lo anunciaba el profesor Somellera en la primera mitad del siglo XIX.

Esto mismo se comprueba si observamos el dinamismo léxico que presenta este segundo significado, a través del recorrido realizado sobre las distintas variantes introducidos en su abarcadora definición y que constituye el meollo del relato histórico que haremos en estas páginas. Se verificará así la común creencia entre los estudiosos de que las transformaciones léxicas suelen encubrir procesos de evolución o cambios conceptuales.

Para cerrar este punto preliminar es preciso señalar que nuestro ensayo se ciñe a una modalidad de la jurisprudencia, la de orden civil, de origen europeo y raíces indianas, sin abarcar otra, de orden constitucional de origen estadounidense, que tuvo también desenvolvimiento importante en el derecho público de la Argentina. La conexión entre ambas y el consiguiente influjo recíproco quedará reflejada en algunos aspectos puntuales de nuestro estudio, pero un examen de la trayectoria de ese orden es ajeno a estas páginas.

II. COMIENZOS DE LA MODERNA JURISPRUDENCIA.

1. *La cuestión en la primera mitad del ochocientos.*

El precedente judicial en el derecho castellano-indiano estaba reducido principalmente a la *práctica* de las Audiencias. Sobre esta magra realidad, cayó la crítica dieciochesca para empequeñecer aun más su valor. Desde un punto de vista intrínseco, lo hizo Juan Francisco de Castro, en 1765, al tratar de demostrar « cuanta

inconstancia, incertidumbre e irracionalidad » había en esas decisiones, para que « puedan servir de ejemplares que indistintamente se deban imitar » (7).

El principal argumento utilizado para el ataque fue la proposición sostenida de que, en un buen ordenamiento de los poderes, el juez debía limitarse a aplicar la ley, sin interpretarla, ya que esto último era función propia del poder legislativo. Como decía Montesquieu, « en los Estados republicanos es de rigor ajustarse a la letra de la ley » (8).

El movimiento codificador europeo recogió la doctrina, estableciéndose, de modo más o menos expreso, que los jueces debían limitarse a resolver los casos a ellos sometidos, sin sentar reglas generales, y que las sentencias no podían hacerse extensivas a otros casos o personas. En esta orientación se manifestaron los códigos de Prusia, Francia (artículo 5) y Austria (artículo 12) (9).

De tal modo, bajo el peso de tantas autoridades, quedó consagrada la doctrina que negaba a las sentencias valor como precedente judicial. Ello vino a obrar, en nuestro caso, sobre una realidad que no le era hostil, de manera que se impuso fácilmente, aunque sin desplazar totalmente a la *práctica* de los tribunales superiores.

El tema no pareció preocupar a los juristas rioplatenses durante la primera mitad del siglo, si nos atenemos a la ausencia casi total de referencias al mismo. Sólo un alegato forense, escrito hacia 1840 por Dalmacio Vélez Sarsfield, permite acercarnos a la cuestión. En esta ocasión, el jurista cordobés, en defensa de la posición de su parte en el pleito, formulaba una severa crítica al valor que pudiera concederse a la decisión judicial como precedente.

Recordaba, en primer lugar, la ley prohibitiva de las Parti-

(7) J. F. DE CASTRO, *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes*. Madrid, 1765 (ed. 1829, 1, 2, 5, 4). Sobre el ejemplar en el derecho indiano, puede verse V. TAU ANZOATEGUI, « *El ejemplar, otro modo de creación jurídica indiana* » en Memoria del X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Escuela Libre de Derecho, UNAM, México 1995, pp. 1631-1656.

(8) MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, lib. VI, cap. III.

(9) Sobre esto, véase F. GÉNY, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Madrid, 1902, pp. 61-113.

das ⁽¹⁰⁾ y otro precepto, en sentido análogo, de las leyes indianas ⁽¹¹⁾. Sostenía luego que el deber de los jueces era juzgar por las leyes y no por comparaciones; que las leyes no habían cedido a los jueces el derecho de legislar; que los jueces, al dictar sus fallos, no habían creído formar precedentes, y sólo lo habían hecho para resolver el caso que se les planteaba; que las sentencias así dictadas eran inciertas, desconocidas y carentes de las formas propias de las leyes para que llegasen a conocimiento de los ciudadanos. Por último, decía que resultaba indecoroso para un juez «arrastrarse servilmente sobre los pasos y los errores» de los que lo habían precedido ⁽¹²⁾. Esta actitud de Vélez Sarsfield no era meramente circunstancial sino que, años después, sus ideas se volcarían en su labor como codificador.

Sin embargo, una apreciación de las sentencias en el sentido que venimos estudiando, ya despuntaba en el propósito — frustrado al fin — de Bernardo Vélez cuando, en 1834, se lanzó a la empresa de editar *El Correo Judicial* — un periódico bisemanal, que sólo alcanzó ocho números —, en donde proyectaba publicar los fallos de los tribunales. Al anunciar el objetivo de la publicación, afirmaba que la reunión y publicación de las resoluciones judiciales ofrecía varias ventajas. Por aparte de servir como garantía del buen procedimiento judicial, de instrucción e ilustración al público y como un medio de evitar la promoción de litigios injustos ante el temor de la crítica, señalaba este otro Vélez que dicha recopilación «presenta a los jueces, a los letrados, y al público toda una colección de casos, y otros tantos ejemplares, para que puedan regirse con acierto en otros idénticos o semejantes que puedan ocurrirles» ⁽¹³⁾.

⁽¹⁰⁾ Esta ley decía, en su parte pertinente, «que no debe valer ningún juicio que fue dado por fazañas de otro; fueras ende, si tomasen aquella fazaña, de juicio que el Rey hubiese dado», en cuyo caso ésta debía valer como ley no sólo en el pleito suscitado sino «en los otros que fuesen semejantes» (Partidas III, XXII, 14). El moderno glosador de *Los códigos españoles* afirmaba que «la regla de prudencia que deben observar los jueces en estos casos por falta de ley, son las ejecutorias de los tribunales superiores y supremos» (t. II, 2ª edición, Madrid, 1872, p. 290).

⁽¹¹⁾ *Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias*, I, ii, 20.

⁽¹²⁾ D. VÉLEZ SANSFIELD, *Escritos jurídicos*. Edición del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, Buenos Aires, 1971, p. 219-220.

⁽¹³⁾ *El Correo Judicial*, n° 1, Buenos Aires, 27 de agosto de 1834, p. 2 Reedición

El proyecto de Bernardo Vélez no encontró buena acogida. Según él mismo decía, el principal obstáculo lo halló en la propia Cámara de Justicia de Buenos Aires, que era, precisamente, la principal fuente de información para una empresa de esta naturaleza ⁽¹⁴⁾. Es evidente que no había aún en el foro opinión favorable hacia la publicidad de las sentencias y menos aún acerca del valor de invocarlas como precedentes.

En cambio, gozaba de mayor solidez doctrinaria el movimiento destinado a obtener la fundamentación obligatoria de las sentencias. Basado en el principio liberal de la seguridad individual, se sustentaba en la idea de que la sentencia fuese meramente la aplicación del texto legal, para desterrar, de este modo, la arbitrariedad del magistrado. En el país, esta corriente de opinión contó, ya durante la primera mitad del siglo, con algunas interesantes expresiones legislativas y doctrinarias, destacándose entre éstas últimas las de Valentín Alsina y Miguel Esteves Saguí ⁽¹⁵⁾.

2. *Primeras ideas valorativas acerca de la jurisprudencia.*

La segunda mitad del siglo XIX ofrece un cuadro más favorable a la cuestión que nos ocupa. La fundamentación obligatoria de las sentencias dejó de ser ferviente deseo de algunos y tímida preocupación legislativa, para convertirse en un precepto recogido en constituciones y códigos procesales a partir de 1853 ⁽¹⁶⁾. La publicación de los fallos fue, a su vez, alentada por disposiciones gubernativas e iniciativas privadas, emprendiéndose varias tentativas en tal sentido, para formar colecciones de los mismos. Salvo excepciones, carecieron de continuidad, aunque sirvieron para preparar un cambio de la situación.

Tanto la fundamentación obligatoria como la publicidad de las sentencias no implicaban necesariamente en quienes las propugna-

facsimilar en B. Vélez, *Índice de la compilación de derecho patrio* (1832) y *El Correo Judicial* (1834). Edición del Instituto de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1946.

⁽¹⁴⁾ *Id.*, n° 8, 21 de octubre de 1834, p. 63-64.

⁽¹⁵⁾ Me ocupo con extensión de este tema en V. TAU ANZOÁTEGUI, «*Los comienzos de la fundamentación de las sentencias en la Argentina*» en *Revista de Historia del Derecho*, N° 10, Buenos Aires, 1982, p. 267-371.

⁽¹⁶⁾ *Id.*, 317 ss.

ban la idea de crear una jurisprudencia. Es más, algunos se mostraban recelosos o indiferentes ante esa posibilidad y sólo veían en aquellos requisitos una protección a los derechos de las partes en litigio, y una manera de exponer a la crítica general la labor desarrollada por los magistrados. Con todo, es evidente que sus efectos estaban dirigidos también a rodear de valor al precedente judicial, ya que una jurisprudencia no podía existir sin la motivación razonada de los fallos y su consiguiente publicidad.

Indicios del nuevo movimiento se pueden advertir, en esta época, tanto en disposiciones oficiales como en otras manifestaciones de la actividad jurídica. De lo primero hay varios ejemplos en el interior del país, donde aun dominaba el vocablo *práctica* en la terminología usada para referirse al valor del antecedente judicial. En Tucumán se estableció, en 1851, que el juez podía fundar la sentencia, en defecto de ley expresa, « en *práctica* corriente » (17). Una ley mendocina de 1853 incluía, entre las fuentes en que debía fundarse la sentencia, a « las decisiones de los Tribunales que hayan establecido una *práctica* ya reconocida en el foro » (18). En 1858 el gobierno de Córdoba, al promover la publicidad de los fallos, lo hacía tanto por ser « una de las mejores garantías del acierto de ellas », como por contribuir « a fijar la inteligencia y aplicación práctica de la ley » (19). A su vez, en Corrientes, según el Reglamento de 7 de agosto de 1862, la fuerza jurídica de los antecedentes judiciales quedaba condicionada a que los tribunales superiores se integrasen con letrados (20).

Más precisas eran las ideas que empezaban a recoger nuestras primeras revistas forenses. En 1854, al anunciar su aparición, *El Plata Científico y Literario*, dirigido por Miguel Navarro Viola, sostenía que mientras debíamos aceptar y aplicar « los códigos de las

(17) Reglamento de Tucumán de 2 de enero de 1851, art. 36.

(18) *Código de las leyes, decretos y acuerdos que sobre administración de justicia se ha dictado en la provincia de Mendoza...* Mendoza, 1860, p. 276-277.

(19) Archivo Histórico de Córdoba, Gobierno. Copiador del Gobierno y Ministerio, 1858, t. 4, f. 13.

(20) Reglamento de Corrientes del 7 de agosto de 1862, art. 4 Citado por M. IBÁÑEZ FROCHAM, *La organización judicial argentina (ensayo histórico)*. La Plata, 1938, p. 259.

sociedades cultas », en cambio, la jurisprudencia no se hallaba en el mismo caso. Así decía: « Cerca de medio siglo de Tribunales independientes de la influencia de la Península, ha podido dejarnos algo en todos los ramos de esa ciencia. ¿A qué iríamos a mendigar a Francia y a la España sus causas célebres en tanto que yacen las nuestras en el polvo de los Archivos? ¿Cuánto más conveniente no nos es estudiar las sentencias de nuestros Tribunales, analizar las causas notables sobre que recaen, juzgar esas mismas sentencias, e ir formando de todos estos trabajos un cuerpo de Jurisprudencia propia? ». Y agregaba enseguida: « Aparte de ser ello un freno para el mismo poder judicial, y una garantía para el pueblo en el presente, lo es también para su porvenir. El sabe que una sentencia fundada que hoy se da, no será mañana caprichosamente contrariada por otra en un asunto igual. Y esa garantía está toda en la publicidad » (21).

Tiempo después, el mismo Navarro Viola tenía ocasión de ampliar sus ideas en esta materia. Decía que todo código, aun el mejor concebido y redactado, necesitaba ser completado, en su aplicación, con las sentencias judiciales. Pero no « cualquier sentencia, sino sentencias tales que lleven consigo la presunción de infalibilidad posible: la última sentencia en un pleito, aquella de que las leyes no admiten recurso alguno ». Apoyándose en que la jurisprudencia así concebida se encontraba en Inglaterra, Estados Unidos y Francia, y era, incluso, admitida por la ley 14, título 22 de la 3a. Partida, proponía que se aplicara esta norma, formándose por los relatores de la Cámara de Justicia un Registro de aquellas sentencias que los camaristas indicasen. De tal modo, agregaba, los litigantes conocerían en muchos casos de antemano, la decisión presuntiva y podrían solucionar sus pleitos (22).

Navarro Viola apoyaba su opinión en la controvertida ley del código alfonso, la misma que había servido años atrás a Vélez Sarsfield para pronunciarse en contra de la vigencia del precedente judicial. Pero mientras el jurista cordobés había hecho alusión a las decisiones judiciales en general, en cambio, Navarro Viola resaltaba

(21) *El Plata Científico y Literario*. Prospecto. Buenos Aires, 1854, p. 3.

(22) M. NAVARRO VIOLA, « *Jurisprudencia de sentencia* » en *La Revista de Buenos Aires*, t. Buenos Aires, 1869, p. 435-438.

sólo el valor del precedente emitido por los tribunales superiores, que equivalía al único admitido por aquella ley de Partida ⁽²³⁾.

Del mismo sentir era un artículo aparecido en el periódico salteño *La Libertad en el Orden* en 1859. Al referirse a la inmediata instalación de un Supremo Tribunal de Justicia común a las provincias de Tucumán, Salta y Jujuy decía, bajo el confesado influjo del modelo norteamericano, que « sólo de este modo sería posible la creación de una verdadera jurisprudencia en la práctica judicial de estos países, entendiendo por tal aquella interpretación doctrinal que los Tribunales Superiores dan a las Leyes en el momento de su aplicación; aquel sentido que resulta de las decisiones uniformes y constantes de las Cortes de justicia que, no sólo completan las leyes, sino las explican y les inspiran su verdadero espíritu e inteligencia; circunstancias todas que no pueden fluir sino de una fuente única y soberana por decirlo así cual sería el mencionado Tribunal ». El escritor agregaba, por último: « La ley, al salir de las manos del Legislador, es un precepto general y vago, una letra casi muerta; el juez al aplicarla es quien le da acción, vida y movimiento, constituyendo sus autos el verdadero código de la jurisprudencia patria » ⁽²⁴⁾. Se trata de un párrafo notable que se adelantaba a su tiempo.

Al publicarse en 1859 la revista *El Foro*, fundada por el Colegio de Abogados, se destacaba la sección de Jurisprudencia como la principal del periódico. Con tal motivo, brindaba una equilibrada opinión sobre el estado de esta cuestión. Así decía: « La Jurisprudencia de las sentencias como medio de interpretación jurídica, tiene sus apologistas y sus detractores, igualmente apasionados. Unos le atribuyen una importancia soberana y decisiva; y la consideran como el primer *instrumento de certidumbre para la ciencia del derecho en general*. Otros quisieran levantar una hoguera y hacer un auto de fe *con todas las colecciones de sentencias sin excepción*, como incapaces de prestar servicio ninguno; y propias tan solo para favorecer la pereza y matar el estudio ». Para el articulista, ambas tendencias eran exageraciones de « espíritus preocupados, a

⁽²³⁾ Sobre esto, veáse nota 10.

⁽²⁴⁾ Transcripto en *El Nacional Argentino*, n° 915, Paraná, 17 de abril de 1859.

las cuales debemos guardarnos igualmente de suscribir », y era conveniente, pues, fijar con precisión, su verdadero alcance.

De tal manera empezaba aseverando que « la autoridad de las sentencias de los Tribunales Superiores, sea para fijar el sentido de las leyes oscuras, sea para suplir su silencio, es una realidad que todos perciben, y que debe considerarse como fuera de toda contradicción ». Advertía que en esto no había nada nuevo, sino que simplemente era la interpretación que los juristas habían llamado usual o consuetudinaria y que desde el derecho romano había pasado a las sociedades modernas.

Como en otros escritores, los ejemplos de Inglaterra, Estados Unidos y Francia asomaban de inmediato para apoyar sus ideas. Pero enseguida prevenía contra los excesos a que podía conducir un servil apego a la jurisprudencia: « Es preciso — decía — sin embargo no llevar el respeto a los precedentes hasta caer en un empirismo ciego; y figurarse que basta ocurrir a los casos juzgados en busca de solución para las dificultades que se presenten, como ciertos homeópatas que hacen consistir toda su ciencia en buscar en un índice el remedio para cada enfermedad ». Apoyado en autorizadas opiniones, afirmaba que, para alcanzar fuerza de ley, la jurisprudencia requería una larga serie de pronunciamientos constantes y uniformes sobre el punto de derecho en cuestión, y aun así cabía apartarse de ella cuando las circunstancias lo exigían.

Concretando todo esto al propósito de la publicación, concluía: « Hasta ahora las decisiones de nuestros Tribunales, han estado condenadas a la oscuridad y al olvido entre el polvo de los archivos. En adelante, consignadas en parte al menos, en las páginas de esta modesta publicación, ejercerán toda la influencia que les corresponde; y fijando hoy una regla incierta de práctica, mañana el verdadero sentido de una ley oscura o deficiente irán formando gradualmente la Jurisprudencia de los Tribunales del Estado » (25).

Este pronunciamiento sobre el tema ofrece sumo interés por tratarse de una revista fundada por el Colegio de Abogados, cuya comisión de redacción estaba integrada por un grupo de destacados juristas, a los que, por cierto, cabe asignar la autoría de las ideas

(25) *El Foro. Revista de Legislación y Jurisprudencia, fundada por el Colegio de Abogados*. Buenos Aires, 1859.

expuestas. Ellos eran: Manuel R. García, José Domínguez, José Barros Pazos, Roque J. Pérez, Luis Sáenz Peña y Manuel Quintana. Aun cuando la revista tuvo vida muy efímera, alcanzó a iniciar su actividad de publicar sentencias con comentarios críticos.

El fracaso de *El Foro* no desanimó a otros para lanzarse, con renovados bríos, a la publicación de periódicos judiciales y así en la década del 60 fueron numerosas las tentativas y realizaciones en este aspecto. Estas empresas perseguían el propósito de dar a conocer las sentencias judiciales y, aun con matices, coincidían en señalar la importancia que ellas tenían como precedente. Veamos lo más sustancial de este desarrollo.

Al proponer José Francisco López en 1866 la creación de una Revista Judicial, decía que era para ayudar a formar « un cuerpo de doctrina y jurisprudencia argentina », en la que los jueces pudieran encontrar resueltos muchas cuestiones de derecho. Señalaba que las sentencias judiciales « son el espíritu de la jurisprudencia de cada país » y agregaba que la de los tribunales superiores de Buenos Aires llegaría a constituir autoridad dentro y fuera del país, así como ocurría con el Tribunal de Casación de París ⁽²⁶⁾.

El Judicial, periódico forense redactado por Mariano F. Espiñeira, anunciaba en su n° 149, del 5 de diciembre de 1867, la próxima publicación de cuadros estadísticos y sintéticos de la jurisprudencia de los tribunales. Decía al respecto: « La importancia de estos trabajos sintéticos no puede ocultarse a los hombres que se dedican al estudio de la Jurisprudencia práctica. Ver en un cuadro sinóptico el número de causas de igual género resueltas por tal o cual Jurisprudencia, es saber de antemano cómo se fallarán otras de la misma especie y entonces casi puede decirse *a priori* cuál será el resultado de un litis que se proyecta iniciar, lo que importa decir en otros términos: el estudio de estos cuadros, producirá el efecto inmediato de disminuir los pleitos, ahogando en su seno la chicana, o la mala fe, mostrándose anticipadamente por la existencia de aquellos cuadros, la impotencia de los artificios que se puedan poner en juego para doblar la recta vara de la Justicia ».

Salía al paso de la objeción que se le podía hacer con la ley prohibitiva de las Partidas pero, en vez de contestarla con los

(26) *El Nacional*, n° 3078. Buenos Aires, 16 junio de 1866.

argumentos expuestos por Navarro Viola, prefería reconocer la justeza de la objeción y rebatirla por otro camino. Consistía éste en partir de la disposición del mismo código alfonsoí, que otorgaba a la costumbre fuerza aún para derogar la ley (27). Consideraba que las sentencias de los tribunales superiores, al ser formulaciones repetidas y consentidas por el pueblo, hacían costumbre y, por lo tanto, tenían igualmente fuerza de ley. Traía además, en apoyo de su posición, el sistema anglosajón del precedente y la opinión de nuestros prácticos.

Interesa aquí puntualizar más la doctrina sustentada que los resultados prácticos obtenidos con los cuadros jurisprudenciales anunciados. Estos, efectivamente se publicaron, a partir del n° 152, bajo el título « Jurisprudencia de los Tribunales ». Estaban divididos en siete columnas, que contenían: la materia del caso, por orden alfabético; el nombre del juez o tribunal en las distintas instancias; el número de « considerandos » de cada fallo; las leyes o derecho aplicado; el resultado del juicio, en la instancia superior, indicándose si la sentencia fue consultada, confirmada, revocada o reformada; y el lugar donde había sido publicada. El carácter esquemático de los cuadros no permitía, a primera vista, conocer el estado de la jurisprudencia y la doctrina que los tribunales habían sentado sobre determinada cuestión, o la inteligencia dada a ciertas disposiciones legales. Esa labor constituía, no obstante, un esfuerzo sin precedentes en la materia.

En 1869, la pluma de otro jurista abordaba especialmente la cuestión. Se trataba de Vicente G. Quesada, quien decía: « La jurisprudencia de las sentencias en la justicia nacional es la base inmovible sobre la cual reposa la aplicación de las leyes. De manera que una vez resuelta una causa y aplicada la ley en un sentido dado, el pueblo sabe que los casos análogos serán regidos por la doctrina inalterable de la jurisprudencia de las sentencias. Por esta razón es incuestionable la importancia jurídica entre nosotros de los fallos de la Suprema Corte, y por esto también la necesidad que los tribunales de provincia acepten aquella doctrina tan conveniente como equitativa, armonizándose así con los principios del régimen nacional, pues se traza con claridad un camino conocido ».

(27) Partidas, I, ii, 6.

Afirmaba Quesada que esta doctrina era ya aceptada por las leyes antiguas y así las Partidas, por vía de la costumbre como medio de interpretar la ley, establecía « indudablemente la jurisprudencia de las sentencias como un medio legal para decidir las causas litigiosas, y de aquí nace la importancia de hacer públicos los fallos, no tan sólo por la doctrina legal que ellos contengan, sino porque con arreglo a lo resuelto en *dos* juicios debe resolverse en adelante todos los que sean análogos » (28).

Como advertimos, Quesada exaltaba al máximo el papel de la jurisprudencia y omitiendo la ley restrictiva de las Partidas con respecto a las fazañas, prefería apoyarse en las leyes que abordaban la costumbre jurídica, extrayendo de allí fáciles conclusiones a favor de la fuerza de la jurisprudencia y más aún, estableciendo como suficiente uno o dos juicios para sentar la regla, en base a la cual debían resolverse en el futuro casos análogos.

3. *La Revista de Legislación y Jurisprudencia.*

Llegamos así, sobre el final de la década, al más grande esfuerzo en lo que respecta a una publicación forense: la *Revista de Legislación y Jurisprudencia* dirigida por José María Moreno, Ceferrino Araujo, Antonio E. Malaver y Juan José Montes de Oca, todos ellos renombrados juristas.

El primer volumen apareció en 1869 y en su presentación señalaba la importancia que tenía la jurisprudencia de los tribunales. Definía a ésta como « la tercera manera de interpretación de las leyes », distinta a la del legislador o a la del comentarista, ya que el juez contrayéndose al caso que tiene que resolver, lo estudia, haciendo lo mismo con las leyes que debe aplicar. La decisión judicial así obtenida adquiriría su máxima fuerza para las partes en litigio, pero aun más: « en los casos en que ella ha fijado la inteligencia o el alcance de una ley, sirve como un *antecedente* importantísimo para los casos idénticos o semejantes que ocurran en lo sucesivo: llegándose a formar, por ellas, lo que se llama interpretación *usual* de la

(28) V. G. QUESADA, « *Jurisprudencia de las sentencias* » en *La Revista de Buenos Aires*, t. XXI, Buenos Aires, 1869, p. 105-106.

ley, o jurisprudencia, que tiene también todo el valor de verdadera ley ».

El propósito de la Revista era «recoger las sentencias de nuestros jueces y Tribunales, siempre que considere que han resuelto algún punto interesante y dudoso, o no previsto, en las leyes; o que son notables por el estudio que revelan y las doctrinas que contienen ». Los redactores expresaban que «esta publicidad y colección de las sentencias servirá principalmente a los mismos jueces, y a los abogados, para quienes, puede decirse, que casi no existe la Jurisprudencia de los Tribunales; quedándose, como se quedan, las decisiones más importantes de los jueces, perdidas casi siempre en los archivos, sin que sea posible adquirir siquiera el conocimiento de su existencia en la generalidad de los casos » (29).

Por último, establecían el método a seguir en la publicación de las sentencias. Estarían precedidas por una relación o extracto de cada causa, consignando las razones o fundamentos de los alegatos presentados y concluyendo con un juicio crítico de los fallos. Al haber observado la *Revista* este método a lo largo de toda su corta existencia — alcanzaron a editarse doce volúmenes —, se logró reunir una pequeña pero significativa colección de casos, aprovechable para dar base inicial a la empresa varias veces intentada, pero aún insuficiente para formar una jurisprudencia.

4. *Balance de dos décadas.*

Tan variadas ideas y proyectos, como los expuestos hasta aquí, no permiten establecer fácilmente consideraciones generales. Hay que destacar, en primer lugar, el importante movimiento intelectual gestado alrededor de este tema durante estas dos décadas. Los modelos que gravitaron sobre estos juristas fueron principalmente, en el orden anglosajón, Inglaterra y Estados Unidos; y en el orden de la tradición romana, el derecho francés. También se aprecia la influencia que llegaba por la vía española. No puede dejarse de mencionar, en fin, la presencia del pensamiento de Savigny, quien destacaba el papel de los tribunales superiores en la interpretación

(29) T. I, P. 6-10.

de la ley ⁽³⁰⁾. En tal sentido no se percibían mayores diferencias con las influencias que, en general, se daban en otros sectores del ámbito jurídico.

Esta elaboración procuraba también apoyarse en el ordenamiento legislativo propio y, como vimos, varias leyes de las Partidas, sagazmente interpretadas, servían de apoyo en el razonamiento. Sin embargo, las ideas expuestas eran aun bastante imprecisas en cuanto a los alcances de esa jurisprudencia, lo que se explica dado el estado embrionario en que se encontraba la cuestión. No obstante, se perciben algunas concretas realizaciones, como la publicación de sentencias comentadas, o la utilización de la jurisprudencia para resolver determinados conflictos ⁽³¹⁾, lo que revela que el movimiento, lejos de haberse quedado en meras especulaciones, rendía ya algunos primeros frutos.

5. *En los inicios de la codificación.*

Estas ideas renovadoras, algunas particularmente notables por el sustento que daban a la moderna concepción jurisprudencial, no alcanzaron a penetrar en nuestro movimiento codificador, que empezaba por entonces a concretarse en las primeras obras. Tal vez, la activa participación de Dalmacio Vélez Sarsfield en este proceso haya sido uno de los factores que detuvieron el curso de esas ideas, reafirmando aquella postura que, en instancia forense, había adoptado hacia 1840. Así en las *Reglas generales sobre la legislación del Estado de Buenos Aires*, que acompañaron al Código de Comercio de 1859, se prescribió que el juez debía fallar necesariamente ateniéndose a las palabras o al espíritu de la ley, y en su defecto acudir a los fundamentos de las leyes análogas, a la costumbre y aun

⁽³⁰⁾ *Traité de droit Romain*. París, 1855, lib. I, cap. IV, parágr. L. Recuérdese que esta obra ejerció una apreciable influencia sobre nuestros juristas. Véase al respecto V. TAU ANZOÁTEGUI, *La codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad social e ideas jurídicas* 2da edición Librería Histórica Emilio J. Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 264 ss.

⁽³¹⁾ Por ejemplo, sobre la cuestión de si era indispensable o no que el comerciante estuviera inscripto en la matrícula para ser declarado en quiebra, véase cómo se resolvía con el auxilio de la jurisprudencia de los tribunales (A. PRADO, « *Una cuestión de derecho mercantil* » en *Revista Argentina*, tomo VII, Buenos Aires, 1870, pp. 315-331).

a los principios generales del derecho (art. X y XIV). Agregaba que el juez debía siempre resolver según la ley y « nunca le es permitido juzgar del valor intrínseco o de la equidad de la ley » (art. XV). Algo más decía: « Se prohíbe a los jueces expedir disposiciones generales o reglamentarias, debiendo limitarse siempre al caso especial de que conocen » (art. XVI).

Una actitud análoga adoptó el Código Civil, promulgado en 1869, aunque, en este caso, excluyendo a la costumbre. Una prescripción categórica desplazaba cualquier pretensión de dar valor a las decisiones judiciales como precedente: « Lo que no está dicho explícita o implícitamente en ningún artículo de este Código, no puede tener fuerza de ley en derecho civil... » (art. 22). Con todo, no ha faltado quien creyó ver en el artículo 16 una brecha para la obra constructiva del intérprete ⁽³²⁾.

La posición restrictiva respecto a la jurisprudencia de los tribunales, entre quienes abordaban la tarea de preparar los códigos, no era empero exclusiva del famoso codificador. Ya en 1857 Federico Pinedo, al observar un artículo del proyecto de Código Civil que preparaba por entonces Marcelino Ugarte, tuvo oportunidad de exponer un punto de vista análogo: « Somos adversarios de toda interpretación que no sea la auténtica, y este artículo envuelve la interpretación usual o doctrinal de los Tribunales, supliendo donde la ley no dispone o distinguiendo donde ella no distingue. Nada más peligroso a nuestro juicio que esa jurisprudencia no escrita, no promulgada, que se funda en el arbitrario de los Jueces, más o menos ilustrados ».

Agregaba entonces Pinedo: « Creemos más lógico el proyecto suprimiendo este artículo pues su autor parece participar de estas mismas ideas desde que no obliga expresamente al Juez a sentenciar en todos casos aunque no encuentre la ley que deba aplicar. Por nuestra parte deseáramos vivamente que los Jueces nada tengan que suplir en la ley civil, así como no deban suplir en la ley penal ».

La preocupación por deslindar los poderes del Estado, llevaba a Pinedo a sostener: « Prohibir a los jueces sentenciar en forma de disposiciones generales (lo que no veo proyectado) es consagrar la división de los Poderes Legislativo y Judicial; pero permitir que el

(32) A. CHANETON, *Historia de Vélez Sarsfield*, t. II, Buenos Aires, 1938, p. 338.

Juez interprete por vía de doctrina supliendo la ley, y convertirlo en un Juez de equidad, es a nuestro juicio autorizar los avances del Poder Judicial sobre el Legislativo, e introducir el arbitrario». Refirmaba el principio de que « el Juez debe ser esclavo de la ley » y propugnaba la introducción de esta disposición de la Asamblea Constituyente francesa: « Los Jueces se dirigirán al Poder Legislativo, siempre que crean necesario interpretarse una ley o dictarse una nueva » (33).

Sobre la formación de una colección de fallos, me ocuparé brevemente de dos interesantes intentos de la época. Sobre todo uno de ellos es severamente restrictivo en cuanto a su alcance jurisprudencial.

Miguel Esteves Saguí, al redactar un proyecto de código de procedimientos civiles y comerciales, publicado en 1868, se ocupaba de la cuestión. En el artículo 19 establecía que anualmente se formaría una colección de « las últimas resoluciones definitivas del Tribunal Superior que recayesen por recursos de nulidad o infracciones en la inteligencia de Ley; explicando sucintamente el asunto, el punto de la cuestión, y con transcripción íntegra de la resolución ». Pero el posible alcance jurisprudencial de esta colección quedaba limitado por el artículo 21, en el que se prohibía a los tribunales « dictar ninguna disposición general o establecer ordenanzas relativas a la inteligencia o aplicación de la ley, ni establecer pena alguna, que no emane de ella. Su misión está estrictamente reducida a la aplicación del derecho en cada caso ocurrente » (34).

En fin, la idea de formar una colección de esta naturaleza estaba también presente en el proyecto sobre organización judicial de la provincia de Buenos Aires, que redactó, en 1870, Vicente F. López. En el mismo se preveía la formación de un *Registro de Jurisprudencia*, para recoger los fallos dictados por los tribunales superiores, y que « servirá de antecedente jurídico para la determinación y fijeza lógica de sus aplicaciones » (35).

(33) R. ZORRAQUÍN BECÚ, *Marcelino Ugarte. Un jurista de la época de la organización nacional*. Buenos Aires, 1954, p. 323-324.

(34) M. ESTEVES SAGUÍ, « Proyecto de un código de procedimientos civiles y comerciales » en *Revista Argentina*, t. II, Buenos Aires, 1868, p. 519.

(35) *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, t. V, Buenos Aires, 1870, p. 416.

6. *La entrada en escena del código civil y sus comentaristas.*

La vigencia del Código Civil abrió nuevas expectativas en la cuestión. La misma *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, ya citada, se encargaba de puntualizarlo cuando, en enero de 1871, decía que la vigencia del nuevo Código «hará más importante aún nuestro trabajo, por la importancia que en sí tiene la materia para los abogados y los jueces». Se proponía así reunir «todas las decisiones de nuestros Tribunales inferiores y del Superior de Justicia, que en lo futuro constituirá un cuerpo de doctrina, digno de ser consultado a cada momento, en las dificultades que necesariamente ofrecerá con frecuencia el texto de la nueva ley»⁽³⁶⁾.

La nueva etapa ofrece rasgos propios. Desde el punto de vista de las influencias ideológicas, se percibe una diferencia entre las generaciones de juristas formadas antes y después del Código. Las primeras habían vivido en un clima dominado por el eclecticismo y el Código respondía a ello. En cambio, las generaciones posteriores habían exaltado la letra de la ley y las fuentes librescas del Código, olvidando frecuentemente las fuentes vivas en donde se nutría⁽³⁷⁾.

El cambio de mentalidad, no operado súbitamente, pero ya perceptible en la década del 70, se refleja en nuestro tema, pues para entonces, se produjo un visible decaimiento del vigoroso movimiento doctrinario que hemos venido caracterizando. Es más, dentro de la literatura jurídica empezó a observarse, siempre en el terreno teórico, una tendencia desfavorable o al menos restrictiva, acerca del desarrollo de la jurisprudencia, que alcanzó su momento culminante con el auge del positivismo. Paralelamente, un más agudo sentido crítico fue profundizando algunos aspectos de la formación de la jurisprudencia, tratando de precisar sus justos alcances, lo que no habían hecho los primeros escritores, dominados ante todo por el entusiasmo con que propugnaban su creación. Algunos ejemplos nos ayudarán a fijar la nueva situación.

Juan José Montes de Oca enseñaba en 1877 que «los jueces no pueden expedir disposiciones generales o reglamentarias, debiendo

⁽³⁶⁾ ID., t. VI, p. 90.

⁽³⁷⁾ V. TAU ANZOÁTEGUI, *Las ideas jurídicas en la Argentina (siglos XIX-XX)* Buenos Aires 3ª edición Abeledo Perrot, 1999, p. 138-139.

limitarse siempre al caso especial de que conocen » (38). A su vez, Manuel A. Sáez, agudo e implacable crítico del Código, al ocuparse del artículo 22, lo consideraba demasiado absoluto al abrogar el derecho antiguo, pues sostenía que las leyes anteriores eran necesarias para el conocimiento de las actuales y para llenar sus vacíos. Era precisamente cuando, al redoblar sus argumentos para apuntalar su crítica, se ocupaba de nuestro tema. Así decía: « La jurisprudencia de los tribunales o sea la decisión judicial, ni puede servir de auxilio al código para la explicación de sus disposiciones, ni puede llenar sus vacíos para los casos no previstos en él, porque[...] la resolución del juez se concreta en sus efectos al caso controvertido y a las personas directamente interesadas en él, de modo que ni sirve para hacer obligatoria la interpretación dada en el caso particular, ni para suplir una deficiencia en el otro de igual especie, que no haya tenido la suerte de ser comprendido en el código » (39).

La cautela en cuanto al alcance y valor de la jurisprudencia adquirió mayor entidad en los grandes comentaristas del Código Civil. José Olegario Machado ponía de relieve la necesidad de preservar la libre facultad del juez para interpretar la ley, y en su caso, el obstáculo que para ello podía significar la exagerada exaltación de la fuerza de la jurisprudencia. Veamos cuál era su punto de vista: « Se comete generalmente un error al creer que la jurisprudencia de los tribunales la forman una o varias decisiones conformes; este error ha llevado a nuestros tribunales hasta querer privar a los jueces de su libre facultad de interpretar la ley al aplicarla. Buscando la armonía y la uniformidad de las decisiones, se quiere paralizar el desenvolvimiento del derecho ».

Agregaba enseguida: « No hay duda que merecen mucho respeto las decisiones de los tribunales de una nación; pero no deben considerarse como una regla superior que encadene y se imponga al espíritu de los demás jueces; es dentro de la libertad de interpretar una ley, que debemos buscar la autoridad que esa interpretación debe tener, por la uniformidad que se note en la manera de

(38) J. J. MONTES DE OCA, *Introducción general al estudio del derecho*. Buenos Aires, 1877, p. 149-150.

(39) M. A. SÁEZ, *Observaciones críticas sobre el Código Civil*, t. I, Mendoza, 1883, p. 422-423.

entenderla. Por eso la jurisprudencia de los tribunales, para que tenga fuerza, necesita de los elementos del tiempo, del cambio de personal, de la semejanza de los casos y de su número. Los tribunales, por alto que sean, no pueden encadenar el porvenir pretendiendo fijar con sus decisiones las reglas a que deben ajustarse los casos que le sucederán. Sería pretender la infabilidad ».

Concluía Machado, señalando que debía considerarse a « las decisiones de los tribunales como elementos de interpretación que deben aplicarse con suma prudencia, y solo cuando hay uniformidad en un lapso más o menos largo, que permita el cambio en el personal de los tribunales. Se les debe considerar como una interpretación semejante a la doctrinal » (40).

Alejado en varias décadas de los iniciadores del movimiento, Machado planteaba en estos párrafos agudos problemas en relación a la cuestión: la conciliación entre la libertad de interpretación del juez y la autoridad de la jurisprudencia; los requisitos que debía reunir para su consagración; y por fin, el carácter limitado que, en última instancia tenía esa jurisprudencia, porque los tribunales, como decía, « no pueden encadenar el porvenir ».

Coetáneamente, Baldomero Llerena exponía análogas preocupaciones. Decía, en primer lugar, que « los fallos nunca pueden tener fuerza de ley ». El juez podía así apartarse de los precedentes y aplicar sus propias opiniones en una cuestión dudosa, sin que por ello incurriese en la misma falta que cometería si quisiera en otro caso apartarse de la ley para resolver de acuerdo a sus convicciones. Citando a Aubry y Rau, declaraba enfáticamente que « la jurisprudencia, por constante que sea, no debe jamás considerarse como obligatoria ni para los jueces ni para los individuos ». En ello hacía radicar la diferencia entre el poder judicial, cuya autoridad regla el pasado, y el legislativo, que se dirige al porvenir. Manifestaba asimismo su desacuerdo con los fallos que querían hacer imperativas, para todos los jueces, las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, al interpretar una ley. Sin embargo, agregaba, « indudablemente, la jurisprudencia uniforme debe tener y tiene gran influencia en la decisión de los puntos dudosos; pero esta influencia no debe

(40) J. O. MACHADO, *Exposición y comentario del Código Civil Argentino*, t. I, Buenos Aires, 1898, p. 50-51.

llevarse tan lejos que haga convertir al juez en legislador, como sucedería si se aceptase como norma de conducta invariable para la interpretación de la ley, los fallos anteriores, dándoles así fuerza legislativa » (41).

El evidente apocamiento doctrinario experimentado en esta cuestión después de 1870 no impide que desde otros ángulos, pueda contemplarse una visión menos declinante de la misma. En efecto, pese a esos hostigamientos teóricos, la jurisprudencia fue creciendo en la práctica, lo que se manifestó tanto en la publicación de los fallos, como en su invocación en obras doctrinarias.

El movimiento iniciado en tiempos anteriores en favor de la publicidad de las sentencias judiciales alcanzó buen desarrollo en las décadas finales de la centuria, ya sea por medio de revistas o por otras colecciones de fallos, oficiales o particulares. En tal oportunidad, con frecuencia, sus editores o autores expresaban los motivos que los habían impulsado a la publicación. Estos eran variados: rendir cuentas de la tarea realizada, cuando los propios jueces lo hacían; ayudar al foro en la aplicación del derecho; dirimir cuestiones que no encontraban en la ley soluciones claras y satisfactorias; servir como razón para otras decisiones; o, simplemente, dar publicidad a los fallos.

El autor de una obra jurisprudencial de cierta envergadura, en 1887, aceptaba como doctrina correcta la de la Cámara en lo Civil en el sentido de que los fallos de los tribunales solo eran aplicables al caso para el cual se había dado (42). En algunas ocasiones se insinuaba ya la posibilidad de formar con ellos una verdadera jurisprudencia. Esto era más evidente cuando se publicaban los fallos de altos tribunales de justicia, como la Suprema Corte de Justicia de la Nación o la Corte de la provincia de Buenos Aires que entraban ya en el campo de la jurisprudencia constitucional.

Cuando en 1876 apareció la *Revista Judicial del Sud*, dirigida por Alberto Palomeque, con el objeto de dar a conocer las resolu-

(41) BALDOMERO, LLERENA, *Concordancias y comentarios del Código Civil Argentino*, 2ª edición, t. I, Buenos Aires, 1898, p. 55.

(42) J. J. HALL, *Instituta de la jurisprudencia establecida por las Exmas de Cámaras de Apelaciones de la Capital de la República Argentina, con sus sentencias ...* Buenos Aires, 1887 p. IV-VII.

ciones del Departamento Judicial con asiento en Dolores, tanto el editor como el Tribunal de Justicia, exaltaban más el propósito de publicidad de los fallos que el de formar una colección jurisprudencial, aun cuando esto último no dejara de insinuarse ⁽⁴³⁾.

Otra revista jurídica, *El Foro Argentino*, editada entre 1891 y 1892, se propuso también dar publicidad a los fallos. Decía que trataría de « someter a la crítica imparcial y justiciera, los fallos que resuelvan puntos dudosos o cuestionados, y por la acumulación paulatina de estos elementos, prepararemos la reforma de nuestra legislación, que como es notorio, adolece de muchos vacíos que los trabajos del foro ponen en transparencia » ⁽⁴⁴⁾. No resultó demasiado importante el espacio destinado a las sentencias en los distintos números de esta revista, pero sobre todo llama la atención que tan sólo se viera en ellas un medio destinado a la futura reforma legislativa.

La significación que, en estas décadas, fue alcanzando la jurisprudencia aún con las limitaciones expuestas, se evidencia en los escritos juveniles de Ernesto Quesada. En 1880 afirmaba que ella « fija el sentido y el alcance de la ley, nada más justo, por lo tanto que contribuya con su concurso a su reforma, para que ésta sea útil y provechosa » ⁽⁴⁵⁾. Al año siguiente, al comentar la obra de Manuel Obarrio sobre el Código de Comercio, le reprochaba al autor que, en toda la obra, sólo citase una sentencia. Esto lo llevaba a formular algunas reflexiones sobre la materia y a concluir apoyando la tendencia de los que estudiaban nuestra legislación bajo el punto de vista de la crítica científica y de la jurisprudencia de los tribunales ⁽⁴⁶⁾. Estaban en germen futuros desarrollos que el mismo Quesada hizo décadas después.

Aun cuando esta intención se reflejó también en algunas obras ⁽⁴⁷⁾ sólo alcanzó a plasmarse en la labor de dos grandes comentaristas del Código Civil, Llerena y Machado.

⁽⁴³⁾ *Revista Judicial del Sud*, T. I, entrega I. Buenos Aires, 1876, p. II.

⁽⁴⁴⁾ *El Foro Argentino*, n° 1, Buenos Aires, 15 de mayo de 1891, p. 2.

⁽⁴⁵⁾ E. QUESADA, « El código civil argentino y sus proyectadas reformas » en *Revista Argentina*, 2ª época, I 1880, Buenos Aires, p. 610.

⁽⁴⁶⁾ E. QUESADA, « La ciencia jurídica argentina » en *Nueva Revista de Buenos Aires*, t. III, Buenos Aires, 1881, p. 479-480.

⁽⁴⁷⁾ Como la de R. CALZADA y S. ALVAREZ, *Concordancias y jurisprudencia del*

En conclusión, esta etapa que comprende aproximadamente desde la sanción del Código Civil hasta el final del siglo, está caracterizada por un desarrollo moderado de la jurisprudencia. Doctrinariamente el fervor de la primera etapa fue sustituida por una apreciación crítica, que tenía su raíz en la restricción impuesta por los códigos. Sólo se percibe una prudente concesión al valor de la jurisprudencia. Desde el punto de vista práctico, la publicación de colecciones de fallos, o la de éstos separadamente, fue otorgándole paulatinamente un lugar, que ya a fines de la centuria se observa claramente.

7. *Las nuevas ideas a principios del novecientos.*

Los primeros años del siglo XX registran importantes novedades en favor del desarrollo jurisprudencial. El movimiento de ideas se incubaba dentro de un clima ya largamente preparado y, en este caso, vinculado a la reacción que, en el mundo jurídico, se experimentó contra el excesivo apego a la letra de la ley.

Aun cuando el movimiento reconocía otros precedentes, es indudable que dos definiciones programáticas, destinadas a irradiar influencias fuera de su ámbito de origen, fueron la de François Gèny, en el orden doctrinario, y la del Código Civil suizo de 1907, en el campo legislativo.

La obra de Gèny, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo* apareció en lengua francesa en 1899 y en español en 1902, alcanzando rápidamente amplia circulación fuera de Francia junto con el reconocimiento intelectual por la solidez de la doctrina expuesta (48). Gèny hacía un largo y reflexivo análisis sobre nuestro tema. Como es sabido, él asignaba gran valor y cierta independencia a la interpretación del juez en la solución del caso que debía decidir, pero, en cambio, se negaba a reconocer en la

Código Civil Argentino, t. I, Buenos Aires, 1881, p. 14. La atención prestada a la jurisprudencia sólo se manifestaba al principio de esta obra, pues luego se abandonaba.

(48) Sobre Gèny, su obra y doctrina, véase el n° 20 de *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero jurídico moderno*, Giuffrè Editore, Milano, 1991 dedicado a este jurista, en el cual se destacan a propósito de este trabajo, los estudios de P. GROSSI, J. L. DE LOS MOZOS Y P. COSTA.

jurisprudencia « una fuente formal de derecho privado positivo, con fuerza creadora independiente, al lado de la ley escrita y de la costumbre » (49). No obstante, sostenía que la jurisprudencia, como conjunto de constantes decisiones uniformes, debía disfrutar de « una autoridad considerable en el ánimo del intérprete ». Además, contribuía frecuentemente a la formación de la ley y la costumbre y por tanto aparecía como un elemento esencial e indispensable en el ordenamiento jurídico (50).

El mismo Gèny decía que, en conclusión, « la jurisprudencia, sin constituir por sí misma una fuente formal de derecho positivo, debe ocupar entre las autoridades un lugar preferente a los ojos del jurista, y puede también, asistida de condiciones especiales, contribuir a la formación de elementos verdaderamente productores de regla nuevas » (51). Las ideas de Gèny influyeron poderosamente sobre nuestros civilistas (52). Especialmente fue Alfredo Colmo quien difundió su obra (53).

El Código Civil suizo admitía que el juez pudiera, para resolver el caso planteado, acudir a la jurisprudencia. Según el artículo 1º: « La ley rige todas las materias a que se refieren la letra o el espíritu de sus disposiciones. A falta de disposición legal aplicable fallará el Juez con arreglo al derecho consuetudinario y a falta de éste según las reglas que él establecería si fuese legislador. Debe inspirarse en las soluciones consagradas por la doctrina y por la jurisprudencia ». Tanto por el momento de su aparición como por la repercusión alcanzada por el Código, puede ubicarse a dicho precepto legislativo en un lugar destacado en la promoción del movimiento que estamos examinando (54). Este Código fue conocido a partir de 1908 en

(49) GÈNY, ob. cit., p. 455.

(50) ID., ob. cit., 456 y 458.

(51) ID., p. 459.

(52) Sobre la presencia e influencia de Gèny en civilistas y filósofos del derecho se ocupa extensamente J. M. DÍAZ COUSELO « *Francisco Gény en la cultura jurídica argentina* » en *Revista de Historia de Derecho*, versión electrónica num. 38, Buenos Aires, 2010.

(53) A. COLMO, *La técnica jurídica en la obra del profesor Gèny*. Buenos Aires, 1916.

(54) Acerca de la singularidad del Código suizo, véase P. CARONI, *Saggi sulla*

lengua española y en ese mismo año Rodolfo Moreno dio a conocer sus características en nuestro ámbito jurídico ⁽⁵⁵⁾.

Bajo el influjo de de la sociología alemana, Ernesto Quesada en su madurez intelectual, al explayarse sobre el papel de la jurisprudencia, se pronunciaba contra el fetichismo de la letra legal y sostenía que la misión de los tribunales era administrar justicia con arreglo a « las exigencias de la evolución social, tomando en cuenta las nuevas formas de la vida de relación, la influencia de los modernos descubrimientos, las soluciones doctrinarias y filosóficas de la legislación o de la ciencia extranjera ». Los jueces debían « adoptar la letra de la ley a esas necesidades nuevas y [...] orientar científicamente la reforma legislativa de mañana » ⁽⁵⁶⁾.

Junto a estas influencias europeas, cabe también destacar la madurez ideológica que se había alcanzado en el país. Así el autor de un repertorio podía decir que « apenas en estos últimos años nuestros magistrados empiezan a emanciparse del tutelaje de las leyes antiguas » y agregaba, muy seguro de no incurrir en una herejía, que el juez « no puede sin menosprecio de su conciencia íntima, quedar esclavizado bajo el yugo de una regla inexorable » ⁽⁵⁷⁾.

El interés suscitado llegó hasta los claustros universitarios y la jurisprudencia fue objeto de dos tesis doctorales en 1910 y 1911. Era un hecho nuevo si tenemos en cuenta que, de las más de tres mil tesis doctorales registradas en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires desde 1850 a 1919, aquellas fueron las primeras que abordaron específicamente el tema ⁽⁵⁸⁾. Las tesis pertenecían a

storia della codificazione, Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno. Milano, Giuffrè Editore, 1998, 77-90.

⁽⁵⁵⁾ R. MORENO (hijo), « *El Código Civil de Suiza* » en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. Buenos Aires, 1908, n° 5, p. 646-651.

⁽⁵⁶⁾ E. QUESADA, « La ciencia jurídica alemana, tendencia actual de sus civilistas » en *Revista Argentina de Ciencias Políticas*, III, 1911, Buenos Aires, pp. 686-687 y 690.

⁽⁵⁷⁾ A. CARETTE, *Diccionario de la Jurisprudencia Argentina o síntesis completa de las sentencias dictadas por los tribunales argentinos*, t. I, Buenos Aires, 1907 p. XI y XIII.

⁽⁵⁸⁾ Según la nómina publicada por M. R. CANDIOTTI, *Bibliografía doctoral de la Universidad de Buenos Aires y catálogo cronológico de las tesis en su primer centenario*. Buenos Aires, 1920.

Silverio J. Prota ⁽⁵⁹⁾ y a L. J. Beracochea ⁽⁶⁰⁾, siendo la primera de ellas sensiblemente superior. En ninguna faltaba la influencia de Gèny, junto a otros consagrados autores.

Prota consideraba que la jurisprudencia era necesaria en el mundo moderno, como elemento de progreso jurídico, ya que el mecanismo legislativo — de suyo recargado de problemas — no era suficiente para atender a ello con la dedicación y prontitud debidas. Con esto, según Prota, en nada se afectaba la separación de poderes. Subrayaba la importancia de que así como había unidad de legislación, hubiera también unidad en la jurisprudencia, la que se lograría estableciendo un tribunal superior de casación. Junto a esta reforma legislativa, proponía otra: sustituir el artículo 16 del Código Civil por un texto semejante al del artículo 1° del Código suizo.

La tesis de Prota abordaba el tema con relación a algunos casos concretos de nuestra jurisprudencia. Así exaltaba la autoridad alcanzada por ésta a través de un caso típico: la autenticación de exhortos interprovinciales. En cambio, señalaba las decisiones contradictorias de los tribunales superiores con relación al transporte de mercaderías por ferrocarril; y ponía de relieve la necesidad de una decisión adecuada sobre una cuestión tan delicada, como la posesión hereditaria.

El trabajo de Beracochea destacaba la labor de la jurisprudencia, consistente « en amoldar, mediante una tarea paciente, minuciosa y oculta, las formas demasiado rígidas del derecho a las transformaciones sucesivas de la sociedad ». Prevenía contra los peligros de convertirla en obligatoria y estable pues se la despojaría de « su calidad más preciosa de adaptabilidad ». Consideraba que, entre la fijeza y la inestabilidad, había que adoptar un criterio ecléctico que otorgase a la jurisprudencia « cuando es bien definida sobre un punto, fuerza para imponerse al juez, sin obligarlo tan absolutamente, que éste no quede en libertad de volver sobre ella,

⁽⁵⁹⁾ S. J. PROTA, « Autoridad e influencia de la jurisprudencia en la República ». Buenos Aires, 1910, 123 folios mecanografiados (Biblioteca de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Tesis manuscritas, serie 3ª, t. 21; 250102/21).

⁽⁶⁰⁾ L. J. BERACOCHEA, « Jurisprudencia. Sus métodos de interpretación. Valor e influencia ». Buenos Aires, 1911, 43 folios mecanografiados (Ídem, serie 3ª, t. 30; 250102/30).

pero bien entendido, que ha de ser por sólidos motivos nacidos de un cambio visible de situación, o de una manera nueva, más ventajosa, de considerar la situación ».

La madurez de la novedad no excluía la presencia de alguna línea ideológica más reticente que denunciaba el peligro de una excesiva confianza en las bonanzas de la jurisprudencia. Veamos dos ejemplos. Jesús H. Paz, en 1909, enseñaba que « la jurisprudencia no es ley y no obliga, porque sólo tiene fuerza de ley lo que está dicho implícita o explícitamente en el Código Civil ». Agregaba: « La jurisprudencia, los fallos de los tribunales, como las opiniones de los escritores, tienen importancia en cuanto estudian la ley, y es conveniente conocerlos y examinarlos a la luz de la sana crítica, para que su conocimiento sea provechoso ». Pero no, cabía, equipararla a la ley misma, y decidir los casos basándose en lo resuelto en otros análogos, sin siquiera fundamentarlos ⁽⁶¹⁾.

Otro destacado jurista de la época, Rodolfo Rivarola, al abordar el tema, empezaba así: « No existe jurisprudencia argentina. La jurisprudencia se forma con la repetición constante de la aplicación de la ley en el mismo sentido, por los tribunales superiores. Si su condición es la repetición, vale decir que un fallo no *hace jurisprudencia*, como tan viciosamente se dice y publica todos los días. La jurisprudencia no es un fallo, como la pluralidad no es un individuo. El valor lógico que la jurisprudencia pueda tener, es análogo al de la experimentación de las ciencias, o al de la comprobación del cálculo aritmético... Si en todos los casos la resultante es igual, no diré que la conclusión es cierta por este solo motivo, pero sí que tiene el valor de una constante comprobación ».

Rivarola agregaba: « Es sólo desde este punto de vista que la jurisprudencia tendría algún valor. Pero hay en esto una lamentable confusión de ideas y aun de nociones elementales. Se atribuye muchas veces a la jurisprudencia un valor cuasi legislativo. No es difícil que un fallo superior aparezca fundado en alguna resolución

⁽⁶¹⁾ J. H. PAZ, « Teoría y práctica del derecho » en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, T. II, N° 1, Buenos Aires, 1909, p. 152. Sin embargo, el profesor Paz concedía importancia al estudio de « la jurisprudencia interpretativa de los Tribunales » en su curso de Derecho Civil, como se deduce del programa oficial de la asignatura correspondiente a 1915.

anterior del mismo tribunal: Como lo tiene resuelto esta Cámara en el caso tal... Un solo pronunciamiento aparece de este modo con un valor futuro. El tribunal confiesa que no ha vuelto a estudiar la cuestión, porque ya la tenía resuelta. El nuevo conflicto jurídico que reclama justicia en nombre de la ley, se encuentra con un inconveniente para la aplicación imparcial de la misma: el tribunal entendió, en otra ocasión, la ley en tal sentido, y ese entendimiento es único y está por encima de la ley, sea o no equivocado. Todo esto va evidentemente contra el orden jurídico fundado en la ley y no en la costumbre ». De ahí que su conclusión fuese categórica: « Juzgar según la práctica o el pensamiento; apoyar el derecho no en la ley, sino en la manera en que fue anteriormente aplicada, es reemplazar la ley por la costumbre de los tribunales » (62).

8. *Una reforma decisiva: la ley 7055.*

El problema de la reorganización de la justicia en la ciudad de Buenos Aires, debatido en el Congreso Nacional en 1910, dio origen a que otra vez se advirtiesen los diferentes puntos de vista acerca del valor de la jurisprudencia. Aquella reforma, en buena parte debida al exceso de trabajo que agobiaba a los jueces y tribunales locales, se orientó hacia un aumento del número de magistrados. Hasta entonces funcionaban dos cámaras de apelaciones: una en lo civil y otra en lo criminal, correccional y comercial. El proyecto de la nueva ley, además de desdoblar esta última, creaba una nueva cámara civil, de tal modo que aquel tribunal se duplicaba. La reforma judicial fue largamente debatida en la Cámara de Diputados. La mayor parte del tiempo fue consumido en cuestiones fútiles. Sólo a raíz de la intervención del diputado Manuel A. Montes de Oca, se suscitó el asunto que nos ocupa. Atacaba este ilustre jurista el proyecto de aumentar el número de las cámaras de dos a cuatro, pues se agravaría aún más el problema de la unidad de la jurisprudencia, considerando que ésta era uno de los elementos fundamentales para

(62) R. RIVAROLA, *Derecho penal argentino. Parte General*, Buenos Aires, 1910, p. 135-138.

una correcta organización de la administración de justicia ⁽⁶³⁾. No podía aceptarse, agregaba, que una Cámara resolviera un asunto en un sentido y que la otra cámara civil lo hiciera en forma distinta ⁽⁶⁴⁾.

Montes de Oca desarrollaba estas ideas en un párrafo medular: « La tendencia universal es la de hacer un solo tribunal de justicia superior, por una razón fundamental: porque haya ante todo, y sobre todo, que unificar la jurisprudencia. Los abogados de esta Cámara saben perfectamente, y no necesito dirigirme a ellos, que la jurisprudencia es una de las fuentes primordiales del derecho; que hoy con la complejidad de las relaciones sociales en la época contemporánea, la jurisprudencia ha llegado a ser tan importante, a muchos respectos, como la ley misma; que la ley no puede prever toda esa diversidad de relaciones; que, por consiguiente, los jueces tienen que suplir las omisiones de la ley; y que al suplir las omisiones van creando con las diversas sentencias que dictan un cuerpo de derecho de tanta trascendencia que se incorpora al derecho positivo de las naciones » ⁽⁶⁵⁾. Con posterioridad, el desarrollo del debate le llevó a aclarar que la idea de unidad de jurisprudencia no significaba inmovilidad, sino que debía evolucionar, pero de manera « racional y natural » ⁽⁶⁶⁾.

La argumentación de Montes de Oca, brillante y convincente, encontró adeptos en la Cámara aunque pronto apareció un elocuente contradictor: el diputado Manuel B. Gonnet. Consideraba éste que la unidad de la jurisprudencia era no sólo imposible, sino inconveniente e inútil. Ella, decía, « es petrificación, es rigidez, es cristalización », e importaba, en suma, la negación del « progreso » y de la « evolución » ⁽⁶⁷⁾.

Gonnet valoraba la jurisprudencia desde otro ángulo. Así decía: « A la sociedad lo que le interesa, es la justa decisión de la controversia entre las partes, y una justa decisión de la controversia entre las partes, no puede producir una uniformidad de la jurisprudencia, porque todos los casos que se someten a la decisión de los

⁽⁶³⁾ CONGRESO NACIONAL, *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*. Año 1910, t. I, Buenos Aires, 1910, p. 585-586.

⁽⁶⁴⁾ *Id.*, p. 605.

⁽⁶⁵⁾ *Id.*, p. 586.

⁽⁶⁶⁾ *Id.*, p. 621.

⁽⁶⁷⁾ *Id.*, p. 620-621.

jueces, todos son diferentes los unos de los otros. Y son diferentes, no sólo en los hechos y en las circunstancias de lugar y de tiempo que obligan a los jueces a interpretación distinta muchas veces en casos perfectamente análogos, sino porque cambiando día a día el ambiente social, la situación social en que se encuentran los jueces para fallar los juicios, tiene forzosamente que variar, encauzando la interpretación de sus fallos en ese movimiento evolutivo de la sociedad ».

Y agregaba Gonnet: « Lo que se decide por los tribunales en última instancia, lo que decide el caso como llamamos los abogados, en última instancia, sólo está resuelto para ese caso, y ese caso, por más que contenga una decisión especial en un punto de derecho, una interpretación estricta de la ley, un concepto claro de la doctrina, esa decisión, esa interpretación, ese concepto, no valdrá sino para el caso para que ha sido aplicado. Los jueces podrán al día siguiente dictar un fallo completamente distinto, estando perfectamente dentro de la razón en este nuevo caso, por análogo que parezca » (68).

La intervención de Montes de Oca dio lugar a que finalmente se agregara en el texto de la ley una prescripción dirigida a evitar discordancias evidentes entre los fallos de ambas cámaras civiles. Así se estableció en el artículo 6 el procedimiento que se había de observar « en los casos en que, al celebrarse el acuerdo para dictar sentencia definitiva, cualquiera de las Cámaras entendiera que, en cuanto al punto de debate, es conveniente fijar la interpretación de la ley o de la doctrina aplicable ». De esta manera quedó incorporada a la ley n° 7055, sancionada por el Congreso Nacional el 16 de agosto de 1910, un precepto que constituyó por entonces un importante peldaño legal para dar nueva fuerza a esta jurisprudencia de los tribunales e inauguró el sistema de las resoluciones en tribunal pleno, que tanto desarrollo e importancia tuvo a partir de entonces. Sin embargo, ni éste fue el único paso, ni las cuestiones que en su

(68) ID., p. 619. Años después, Gonnet mantenía la misma tesis, fortaleciéndola con otros argumentos doctrinarios en su trabajo « *El valor de la jurisprudencia* » en *Revista del Colegio de Abogados*, año IV, N° 5, Buenos Aires, 1925, p. 1-24. También publicada en *Jurisprudencia Argentina*, t. XII, pp. 49-57, Buenos Aires.

torno se ventilaban quedaron agotadas, ni las opiniones contrarias silenciadas.

III. LA CONSOLIDACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA CIVIL

9. *La jurisprudencia en juristas de las generaciones de 1910 y 1925.*

A comienzos del nuevo siglo el pensamiento en torno a la jurisprudencia civil ofrecía diversas opiniones, aunque ya era evidente el impacto suscitado por las renovadoras ideas que llegaban de Europa, que se unieron a las que, según vimos, se habían desmenuado antes en nuestro suelo.

El avance del criterio renovador encontró prosélitos en los jóvenes juristas que entonces comenzaban su vida activa. En este sentido, es decisivo el papel que le correspondió a la generación de juristas de 1910, quienes sobre las bases sentadas por sus predecesores dedicaron su labor a la construcción del moderno derecho argentino ⁽⁶⁹⁾.

Entre las cuestiones palpitantes estaba el de la jurisprudencia, instrumento clave para superar el método y el espíritu de la exégesis. Entre los numerosos integrantes de aquella generación, cabe ahora ocuparnos de civilistas, como Raymundo M. Salvat, Alfredo Colmo, Héctor Lafaille y Gastón Federico Tobal —ellos se destacaron como jueces, profesores o tratadistas— o de un procesalista, como Tomás Jofré. Junto a éstos, también empezaron a actuar con relación a nuestro tema, integrantes de la generación siguiente, la de 1925, como Leónidas Anastasi, Luis Mendez Calzada y Tomás D. Casares. La actuación de estos juristas, según veremos, fue decisiva en la consolidación de nuestra jurisprudencia civil.

Pulsar el ritmo de una transformación y sobre todo fijar su momento de ebullición no deja de ser una operación variable según

⁽⁶⁹⁾ V. TAU ANZOÁTEGUI, « *Los juristas argentinos de la generación de 1910* » en *de Revista de Historia del Derecho*, núm. 2, 1974, 225-283, ID., « Peculiaridad del pensamiento jurídico argentino » en ID., (coord.). *Antología del pensamiento jurídico argentino (1901-1945)*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, t. I, Buenos Aires, 2007, pp. 11-35.

sea la documentación utilizada o los criterios aplicados. Con esta reserva, no es aventurado sugerir que en el cuarto lustro de la centuria, es decir entre 1915 y 1920, se percibe un envión para el cambio, como resultado de un entretejido de razones y circunstancias. Se esboza así una tendencia ya irreversible hacia la consolidación de nuestro instituto que fue disipando lentamente críticas y dudas que aún subsistían en sectores del pensar jurídico.

Es necesario conocer algunas razones o circunstancias que prepararon ese cambio. En tal sentido me permite registrar, para la jurisprudencia civil cuatro sucesos significativos: a) la aparición en 1917 del *Tratado de Derecho Civil Argentino* de Raymundo M. Salvat; b) la publicación en 1918 de la *Revista de Jurisprudencia Argentina*; c) el dictado en este mismo año 1918, de un fallo plenario de la Cámara Civil sobre el alcance de la ley 7.055 y d) las reflexiones ensayísticas de Enrique Martínez Paz y Alfredo Colmo sobre la reforma del Código Civil.

Quisiera agregar otro suceso significativo, aunque se refiere a la jurisprudencia constitucional, como fue la publicación en 1917 del libro *Derecho Constitucional Argentino. Historia, Teoría y Jurisprudencia de la Constitución* de Juan A. González Calderón, en donde se produjo un interesante encuentro de opiniones entre el autor, el prologuista Joaquín V. González y el crítico Ernesto Quesada⁽⁷⁰⁾. Aunque la referencia atañe a una materia excluida de estas páginas, no se puede desconocer los varios puntos de enlace — tanto de dependencia como de influjo o de comparación — que tuvieron ambas jurisprudencias y en este sentido no es menor esta coincidencia cronológica.

Destacados estos sucesos, me limitaré a exponer brevemente las concepciones que sustentaron Salvat, Colmo y Martínez Paz sobre la jurisprudencia, que si bien fueron de tono menor en cuanto a la extensión y fuerza del discurso — comparados con otros escritos —, ostentaban una alta dosis de « autoridad » por la personalidad de

(70) J. A. GONZÁLEZ CALDERÓN, *Derecho Constitucional Argentino. Historia, Teoría y Jurisprudencia de la Constitución*, tomo I, Buenos Aires 1917. Véase de prólogo de J. V. González y prefacio del autor. La crítica de E. Quesada, en forma de corte dirigida al autor, se publica al comienzo del t. II de la obra. También se hizo edición aparte bajo el título de « La argentinidad de nuestra Constitución ».

esos juristas. También me ocuparé con la misma brevedad del fenómeno del fallo plenario, no menos significativo que los anteriores, en cuanto estimuló este movimiento de ideas.

La aparición del *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General* de Raymundo M. Salvat en 1917 debe considerarse como un hito en la ciencia jurídica argentina, dado sobre todo el carácter de disciplina hegemónica que el derecho civil ostentaba en el ámbito privatístico, con irradiaciones sobre el resto del ordenamiento. Fue destacada entonces su calidad de « tratado científico » con clara superación del anterior método exegético (71). Entre los elementos modernos que mencionaba se encontraba la doctrina y jurisprudencia de los tribunales, a las cuales el autor dedicó poco después una monografía (72). El estilo de Salvat era el de un expositor cauto que procuraba y sabía recoger el estado de opinión, más que avanzar con la propia idea. Sirve así su testimonio para representar una mentalidad vigente, que es lo que puede hallarse en los párrafos que dedicaba a la jurisprudencia dentro del mencionado *Tratado*.

En la búsqueda de un equilibrio entre las tendencias contrapuestas sobre el valor y alcance de la jurisprudencia Salvat sostenía que si la misión del juez era la de aplicar el derecho, resolviendo las cuestiones que le sometían los particulares, su decisión solo tenía autoridad entre las partes y no podía crear el derecho. En consecuencia, « las decisiones de los tribunales no son una fuente de derecho ». Pero — agregaba — en la práctica sucede lo contrario. A veces la constancia con que los tribunales mantienen sus soluciones e interpretaciones, lleva a constituir « una verdadera regla jurídica ». Cuando las cuestiones no aparecen legisladas en los códigos, o se han transformado por cambio de las condiciones sociales o económicas, y los jueces no pueden dejar de juzgar por imperio mismo de la ley, ellos « son los verdaderos creadores de la regla jurídica » (73).

Este sencillo cuadro de situación — a eso se limitaba en realidad el juicio de Salvat — obró en su momento como un

(71) Sobre esta obra y su repercusión, véase V. TAU ANZOÁTEGUI, « *Los juristas argentinos* », cit. 259-261.

(72) R. M. SALVAT, « *La jurisprudencia y la doctrina como fuente del derecho* » en *Revista del Colegio de Abogados*, año I, n° 3, Buenos Aires, 1922, pp. 318-332.

(73) R. M. SALVAT, *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General* 1917, pp. 9-10.

reconocimiento dado por quien era uno de los principales civilistas activos en el país.

Al aproximarse la fecha de conmemoración del cincuentenario del Código Civil, otros civilistas abordaron la cuestión jurisprudencial. Entre los principales estaban Enrique Martínez Paz, profesor de la Universidad de Córdoba y Alfredo Colmo, catedrático de Buenos Aires y magistrado judicial. Sus propuestas eran bien distintas.

Martínez Paz publicó en 1916 un valioso libro sobre *Dalmacio Vélez Sarsfield y el Código Civil Argentino* que tuvo buena repercusión. El autor consideraba que era necesaria una revisión general del Código para amoldarlo a las nuevas direcciones imperantes, sin cambiar sus bases doctrinarias. Para operar esa transformación cabía la intervención legislativa, no bastando la labor de la jurisprudencia, como algunos pensaban, porque ella — decía — « poco puede hacer en presencia de códigos precisos y extensos como el nuestro » (74). Esta tesis encontró concreción diez años después en la ley de reforma del código.

Postura distinta era la sustentada en aquellos días por Alfredo Colmo quien, en las conferencias y ensayos que dedicó a la celebración del aniversario, desarrolló la idea de que el Código Civil no debía ser sometido a una reforma legislativa total, sino adaptado a las exigencias de los nuevos tiempos mediante la labor de los tribunales. « Tenemos todavía para rato con el código actual — exclamaba — solo nos hace falta una jurisprudencia que acuse ciencia, criterio y tino, como, eventualmente se hará indispensable más de una ley especial que llene evidentes omisiones o que corrija palmarios errores, en todo lo cual no hay ni por asomo nada que imponga esa revisión » (75).

Apuntaba Colmo en otro escrito posterior que « el verdadero derecho de un país no esta en los códigos y leyes, sino en los hombres, magistrados, que hayan de hacerlos jugar y vivir ». Agregaba que « las leyes suelen quedar atrasadas, si ha de entenderse las

(74) E. MARTINEZ PAZ, *Dalmacio Vélez Sarsfield y el Código civil argentino*, Córdoba, 1916, p. 354.

(75) A. COLMO, « La reforma del código civil » en *Revista Jurídica y de Ciencias Sociales*, XXXIV, Buenos Aires, 1917, p. 705. En igual sentido, vean Ídem, *El código civil en su cincuentenario*, Buenos Aires, 1921, p. 22.

literalmente, pues datan de otros tiempos a veces remotos ». Como además en ellas no podía preverse todo, resultaba indispensable « la función integradora de los tribunales » (76).

Esta idea parecía alentada con la lectura del libro de Perreau sobre la jurisprudencia francesa, ante la cual Colmo quedaba admirado por la manera en que ella había construido los instrumentos indispensables para lograr una adecuada interpretación de las leyes, ya fuese restrictiva o extensiva, con motivaciones ya de moral o equidad, ya de interés práctico o de utilidad social, que había permitido introducir instituciones impuestas por exigencias de la vida, sin tener que recurrir a las creaciones legislativas como en otros lugares.

Colmo se cuidaba de proponer este modelo en el país y menos « de la noche a la mañana », pero le servía de aguijón para formular diversas críticas a principios o criterios adoptados por nuestra jurisprudencia en asuntos concretos que él, poseído de experiencia judicial y capacidad de análisis, estaba en condiciones de establecer. La más grave falla que denunciaba era su tendencia marcadamente individualista con consecuencias que afectaba la misma concepción de la justicia, precisamente en una época de carácter y proyección social. Sus observaciones eran profundas y sutiles dentro de un encuadre demasiado uniforme, que él mismo se encargaba de atenuar sobre el final del escrito cuando aclaraba que estas críticas no resultaban aplicables por igual a los tribunales, ni eran producto de una apreciación personal pesimista. Existen, decía, excepciones alentadoras, como la de la Suprema Corte de Justicia que « siempre ha sido nuestro mejor tribunal, de fallos con autoridad científica, con orientación y tino jurídicos y con eficiencia hasta relativamente creadora ». Al cerrar el escrito decía que « cuando se afirme ese consorcio de ideas y tendencias, entonces nuestra jurisprudencia podrá aspirar al honor tan preclaro de la francesa, de ser la avanzada de la legislación » (77).

Esta exposición del profesor Colmo se destaca por su singularidad, producto al mismo tiempo de un pensar crítico y creativo.

(76) A. COLMO, « La jurisprudencia » en ídem, *La justicia* (obra póstuma), Buenos Aires, 1936, recogido en *Antología*, I, 302-306.

(77) ÍDEM, I, 308-310.

Utilizaba y acaso sobredimensionaba un modelo — el francés — para acentuar los defectos de nuestra jurisprudencia pero al mismo tiempo expresaba su fe para alcanzar en un futuro niveles superiores y ofrecía, como excepción y meta también a la Suprema Corte.

Por último, el aludido fenómeno del « fallo plenario » merece ser comentado brevemente en relación a sus efectos sobre nuestro tema. Si bien en la ley 7,055 — que analizamos páginas atrás — no había una directa referencia a la jurisprudencia, ya en el curso del debate parlamentario se introdujo la cuestión por la intervención de los diputados Montes de Oca y Gonnet. Una vez aprobada, dicha ley actuó como un verdadero ariete en el desenvolvimiento de la jurisprudencia, al punto que algunos civilistas de la época la consideraban como un hito en esa trayectoria. Así Salvat sostenía que el sistema de esa ley implicó elevar la jurisprudencia a « la categoría de una verdadera fuente » (78). En 1918 tuvo relevancia un fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil en pleno, al sostener que una vez fijada la interpretación de la ley o de la doctrina aplicable por el tribunal en pleno, los camaristas, aún los que no estaban conforme con lo resuelto por la mayoría, debían acatar la sentencia para lo sucesivo. En páginas de *Jurisprudencia Argentina* se publicaron comentarios a este fallo, que manifestaron posturas divergentes entre los autores. Los directores de la revista se pronunciaron a favor de la sentencia del tribunal (79).

Aunque las voces críticas no cesaron, los efectos del « fallo plenario » dieron lugar a una situación que se fue consolidando en las décadas siguientes, hasta sostenerse por la Cámara Civil que « la jurisprudencia plenaria » obligaba como si fuera la ley misma a todos los jueces superiores e inferiores, extendiendo su autoridad a la totalidad de las personas y hechos jurídicos. Esta obligatoriedad se fue ampliando a los tribunales nacionales en sus distintos fueros, no solo por decisiones judiciales sino por preceptos establecidos en códigos y leyes orgánicas (80). Sin embargo, este régimen de la jurisprudencia plenaria fue considerado como « un remedio lento e

(78) SALVAT, « La jurisprudencia », cit. 329.

(79) Véase *Antología*, I, pp. 238- 289.

(80) V. A. GUERRERO LECONTE, *Plenarios de la Justicia Nacional*, prólogo. Buenos Aires, 1972.

ineficaz » — según Tobal — y reiterando un antiguo reclamo fueron varias las iniciativas que se hicieron para la creación de una Corte o Tribunal de Casación, que no llegó por entonces a concretarse ⁽⁸¹⁾.

10. *La jurisprudencia como fuente subsidiaria.*

En 1926, un flamante profesor de derecho civil de la Universidad Nacional de La Plata, Luis Mendez Calzada, interesado en los movimientos de renovación jurídica que observaba en esos días y que lo había llevado a ocuparse apenas egresado de las aulas, de las nacientes cuestiones laborales, dio a publicidad en la revista universitaria un sólido estudio sobre nuestra tema, que desafiaba la imperturbable postura de los más rancios exégetas del Código, que aún tenían predicamento en las aulas y veían con recelo las nuevas tendencias que se manifestaban en la doctrina y en la práctica de los tribunales ⁽⁸²⁾.

En uno de los mejores escritos elaborados en la época sobre la jurisprudencia en el país, Mendez Calzada sostenía la tesis de que « la fuente suprema del derecho es la ley », pero que el sistema de la codificación civil requería la existencia de las denominadas « fuentes subsidiarias », entre las cuales la jurisprudencia asumía un lugar principal. Mientras los autores clásicos europeos consideraban que era de la esencia del régimen republicano que los jueces se atuvieran a la letra de la ley, los más renovadores habían venido admitiendo cierta amplitud en la apreciación judicial. Destacaban en este sentido las tendencias europeas más recientes en Italia, Alemania y sobre todo Francia — en donde sobresalían en su estima los nombres de Gèny, Saleilles y Lambert —, y de modo general los progresos de la jurisprudencia que ofrecía « modelos acabados de construcciones jurídicas tan profundas como originales ». Pero, sin

⁽⁸¹⁾ Sobre el desarrollo de esta idea en las décadas siguientes, véase E. ABÁSULO, « Los juristas argentinos y el debate en torno a la Casación (1931-1943) » en *Prudentia Iuris*, n° 54, Buenos Aires, 2001, pp. 269-289.

⁽⁸²⁾ L. MENDEZ CALZADA, « Rol de la jurisprudencia entre las fuentes subsidiarias de derecho en la legislación argentina » en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata*, Buenos Aires, 1926, [t I]. pp. 49- 72. También publicada en *Revista de Jurisprudencia Argentina* t. 20, Doctrina, pp. 120-126. Fragmentos en *Antología* cit. I, 293-301.

duda, el aporte doctrinal notable de principios de siglo que había entrado en los códigos modernos, era el de Eugen Huber quien esbozó el sabio precepto para el código suizo de que la fuente última subsidiaria era el juez, ejerciendo funciones como legislador, pero inspiradas y condicionadas por la doctrina y jurisprudencia. Sin embargo, nuestro autor percibía que aún había ilustres escritores europeos que no se decidían a reconocer poder creador en la jurisprudencia, por no romper con el precepto doctrinario de la división rígida e infranqueable de los poderes. Esto no parecía ocurrir, al menos con tanta intensidad, en « los autores educados en la escuela del liberalismo americano », lo que le llevaba a marcar una diferencia entre el pensamiento europeo y el americano en general ⁽⁸³⁾. En cierto modo, esta distinción parecía aplicable al país, donde coexistían dos tipos de jurisprudencia, la civil de procedencia europea y la constitucional de origen estadounidense.

Sostenía que la labor del codificador no era completa ni perfecta, que había puntos débiles en su construcción y silencios o situaciones no previstas por razón de la evolución social o económica. Como el artículo 16 del Código civil impone al juez la obligación de fallar en todos los casos, aún ante el silencio, la insuficiencia o la oscuridad de la ley, nuestros tribunales han recurrido muchas veces a la analogía o a los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso, elaborando una construcción jurídica sobre el punto de debate.

Afirmaba nuestro autor que « la invocación de la jurisprudencia en forma neta y categórica como fuente subsidiaria ha empezado los últimos años, especialmente después de dictada la ley 7055 ». Dicha ley « tuvo evidentemente en mira dar un carácter uniforme a la jurisprudencia » y el sistema de los fallos plenarios ha constituido un señalado progreso en nuestro medio jurídico, eliminando todo un caos de doctrinas contrarias e interpretaciones antojadizas » ⁽⁸⁴⁾.

Para Mendez Calzada el valor de la jurisprudencia como fuente subsidiaria iba haciendo camino. Si bien la unidad de la misma era una necesidad práctica, no debía caerse en la inflexibilidad, pues en ese caso se paralizaría la actividad renovadora de los

⁽⁸³⁾ *Id.*, 72.

⁽⁸⁴⁾ *Id.*, 64 y 66.

jueces. Insistía en remarcar que cuando se hablaba de jurisprudencia como fuente era siempre en su rol subsidiario, inspirando, condicionando o ponderando las soluciones del magistrado. La homogeneidad se va produciendo — decía — también por la acción espontánea de los diversos tribunales del país, por la selección de los jueces más investigadores para las altas magistraturas, y por la formación de una conciencia jurídica de orden superior que llega a ser patrimonio común de todos los que tienen la delicada misión de administrar justicia » (85).

Uno de los pasajes finales del ensayo sirve para cerrar este breve examen. Es cuando nuestro autor decía: « El juez colabora en la formación del derecho. Es una obra lenta, paulatina: su marcha es paralela a la de la ley, y a veces la excede. El derecho jurisprudencial cuando a él contribuyen jueces ilustrados es un derecho siempre al día, remozado. La ley va quedando vetusta: por cualquiera de sus infinitas fisuras tiene cabida la interpretación que moderniza la norma » (86). Sin duda, para los años veinte este escrito de Mendez Calzada, bien informado y de solidez conceptual, era un buen avance en la materia, sobre todo por la interesante figura introducida de las « fuentes subsidiarias ».

11. *El laboratorio jurisprudencial: revistas y repertorios.*

Si bien las colecciones y las revistas que recogían las sentencias empezaron a publicarse en las últimas décadas del ochocientos, el servicio que prestaban a los profesionales y estudiosos del derecho era escaso, pues faltaba un verdadero « laboratorio jurisprudencial » que clasificase, anotase y elaborase una teoría o doctrina jurisprudencial, conectada con la legislación y doctrina de los autores. Por entonces, circulaban restringidamente en nuestro ámbito forense las principales revistas y otras publicaciones provenientes de Francia, Italia y en menor medida, España. Sobresalía como modelo digno de imitar la revista francesa *Dalloz*.

Sin desdeñar el mérito que tuvo la aparición en 1916 de la *Gaceta del Foro*, dirigida por Ricardo Victorica, el gran cambio se

(85) *Id.*, 69.

(86) *Id.*, 71.

percibió en 1918, cuando empezó a editarse la Revista de *Jurisprudencia Argentina*, fundada y dirigida por dos juristas provenientes de los ámbitos universitarios de Buenos Aires y La Plata: Tomás Jofré y Leónidas Anastasi. El primero, profesor de procedimientos y autor de varias obras sobre la materia, había introducido en la cátedra la moderna doctrina de Chiovenda. El segundo, un joven de 28 años, había ingresado como adjunto en la cátedra de Legislación Industrial y Obrera de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, y también en la de Ciencias Jurídicas de La Plata, donde alcanzó la titularidad en 1924.

Ambos juristas desarrollaron actividades en el Partido Radical, entonces en el gobierno, pero la militancia política ocupó un lugar secundario frente a las inclinaciones científicas. La muerte de Jofré en 1930 dejó solo en esta empresa a su colega y socio, quien desde los primeros tiempos había asumido una función directiva en la elaboración de la revista. Los fundadores tenían el ambicioso objetivo de abarcar la jurisprudencia civil y constitucional en sus diversos tribunales y de integrarla con la legislación y doctrina.

Destinatarios obligados de la revista eran los abogados, magistrados y estudiosos del derecho pero ellos pretendían llegar también a un público más amplio, que permitiera aplicar el ideal republicano del control de los actos judiciales, e informar a otros profesionales, comerciantes y dirigentes de entidades sociales y económicas en materias de su particular interés.

María Rosa Pugliese⁽⁸⁷⁾ ha estudiado la personalidad de estos juristas, destacando la novedad que representó la aparición de la revista y su posterior gestión al frente de la misma. Aunque en su estructura se percibe la influencia de la revista francesa *Dalloz* y de otras europeas, ella no se ajustó estrictamente a ningún modelo, más bien se adaptó a las peculiaridades del ámbito jurídico local. Si el papel desempeñado por Jofré, eximio procesalista, fue relevante⁽⁸⁸⁾

(87) M. R. PUGLIESE, « *La Revista de Jurisprudencia Argentina: los orígenes de una larga empresa editorial* » en GROSSI y otros, *La revista jurídica en la cultura contemporánea*, edición al cuidado de V. Tau Anzoátegui, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, pp. 199-241.

(88) A. LEVAGGI, « *Desarrollo del derecho procesal argentino en la primera mitad del siglo XX* » en *Revista del Instituto de Historia del Derecho R. Levene*, n° 25 Buenos Aires, 1979, pp. 278-282.

para la primera etapa de la empresa dada la juventud de su socio, el empuje y la capacidad de trabajo de Anastasi resultaron a la larga decisivas para llevar adelante la idea fundacional que él se encargó de revitalizar y ampliar continuamente. Anastasi fue el creador del estilo que la distinguió y el forjador de una labor minuciosa que se advierte desde los primeros números. Como afirma Pugliese, se trataba de una revista « artesanal ». Los directores seleccionaban las sentencias que consideraban adecuadas para su publicación, después de lo cual se redactaban los sumarios que debían encabezar los fallos, que siempre componía Anastasi y que se hicieron famosos por su precisión y claridad. Ellos constituyeron la base de los índices y especialmente de los repertorios que con los años se convirtieron en las llaves de oro que daban acceso a la información y mostraban el provecho de este laboratorio jurisprudencial.

Jurisprudencia Argentina fue concebida, como su título lo indica, para ocuparse de esa materia estrictamente y así se presentó en sus inicios. Poco a poco fue abriendo otras secciones, dedicadas a la legislación nacional, la normativa provincial y algo más tarde se agregaron secciones para la doctrina y la bibliografía. Es sugerente en este aspecto que el logo que ostentó la revista fue un círculo, en cuyo interior se podía leer: « Revista de Legislación, Jurisprudencia y Doctrina ». Era un todo inseparable por su acción conjunta. Sin embargo, la sección de Jurisprudencia fue largamente la principal y el número de páginas que la componía superaba ampliamente a todas las demás.

Gran preocupación de los directores fue atender e ir resolviendo los problemas que presentaban la confección de índices y especialmente la estructura de los repertorios, instrumentos que resultaban imprescindibles para aprovechar el enorme material y en suma para hacer viable la consulta de la revista. La deficiencia principal de las colecciones de fallos hasta entonces publicadas eran precisamente las largas búsquedas que exigían, con inciertos resultados. En este sentido la labor de Anastasi, metódica e incansable, a medida que avanzaba la publicación de la revista, alcanzó un resultado satisfactorio con la edición de volúmenes, por fuera de la obra, que permitían un rápido acceso al contenido de los tomos. Así nacieron los *Repertorios*, el más importante de los cuales se editó

entre 1931 y 1934 en cinco volúmenes que comprendió el material de los 36 gruesos tomos publicados hasta entonces.

Anastasi escribió un prólogo para este *Repertorio General*, en el cual dedicaba una parte sustancial a desarrollar su « idea de jurisprudencia ». Pugliese, en el estudio ya citado, afirma que esta pieza es « una notable reflexión que se mantiene vigente pese al tiempo que ha transcurrido » (89). Era, sin duda, el producto de una experiencia vivida intensamente. Anastasi penetraba en el profundo entramado de la vida jurídica, en el sentido y razón de ser de la jurisprudencia, recorriendo la realidad en países europeos, sin olvidar a los autores más críticos. Esto lo llevaba a advertir sobre los peligros que la acechaban, y sobre todo el abuso de la autoridad de los tribunales, como en otro tiempo había ocurrido con los autores. Para combatir ese peligro consideraba que la doctrina podía, mediante el ejercicio de la crítica, actuar como correctivo del fetichismo de la jurisprudencia.

Los fundadores habían estimado que en una revista de jurisprudencia era necesario que la lectura y estudio de los principales fallos se expresaran en notas de carácter analítico, crítico, histórico o político, con remisión a otras jurisprudencias, nacionales o extranjeras. Ellos mismos escribieron al principio muchas de esas notas y se produjo paulatinamente la incorporación de un destacado elenco de juristas de distintas procedencias disciplinarias. Esto le permitió a Anastasi señalar que la revista era el fruto del pensamiento jurídico argentino de la época.

Otro aspecto a destacar es que Anastasi siempre estuvo atento, desde su observatorio, al desarrollo y contenido de la revista especializada, argentina o extranjera, especialmente las publicaciones francesas e italianas, dedicadas a doctrina y jurisprudencia, como lo evidencia la información y los comentarios que ofrece en su propia revista (90).

(89) Véase también M. R. PUGLIESE, « *La idea de jurisprudencia a través de los primeros años de la Revista de Jurisprudencia Argentina* » en *Revista de Historia del Derecho*, núm. 22, Buenos Aires, 1994, pp. 241-277.

(90) M. R. PUGLIESE, « *Juridical Journals in Argentina (20 th Century). Cultural and didactic views of the doyennes still in publication* » en *Juristische Zeitschriften in Europa*. Herausgegeben von Michael Stolleis und Thomas Simón. Frankfurt am Main, 2006, pp. 491-532.

A fines de 1935, Anastasi resolvió retirarse de la dirección de *Jurisprudencia Argentina*, aceptando el ofrecimiento de una empresa que había tomado a su cargo la edición de una nueva revista jurídica, *La Ley* ⁽⁹¹⁾. El retiro de Anastasi llevó a la formación de un Comité Directivo integrado por tres destacados juristas, Clodomiro Zavalía, Héctor Lafaille y Hugo Alsina, dedicados al derecho público, civil y procesal, respectivamente, que continuó la línea trazada por los fundadores.

En tanto, Anastasi, según el mismo lo manifestó, se propuso en la nueva revista continuar la labor desarrollada en las décadas anteriores. Es, decir, *La Ley*, pese a su título, se convirtió en un órgano de estudio de nuestra jurisprudencia. Anastasi destacó entonces que uno de sus propósitos era asegurar la necesaria vinculación entre el foro y la Universidad, y otro buscar una referencia constante a la « evolución jurídica, política y social de los pueblos hermanos de América, así como el derecho europeo ». En suma, quería proporcionar un amplio instrumental de trabajo para los estudiosos, dejando atrás la imagen del juez que se limitaba a aplicar el código.

Como ya había ocurrido con la anterior revista, Anastasi se rodeó de un empinado elenco de colaboradores integrado por profesores y juristas argentinos, americanos y algunos europeos. Otros actuaban más estrechamente en la delicada tarea de la confección de los sucesivos tomos.

En 1938 Anastasi tuvo ocasión de hacer un nuevo balance de la labor desarrollada, y también de exponer algunas iniciativas. Por entonces, su principal objetivo era promover una obra sobre derecho del trabajo, materia a la que desde su juventud le había dedicado particular dedicación en la cátedra y en la revista. Intentaba crear una nueva publicación periódica especializada y recordaba que el repertorio contenía ya 800 sentencias seleccionadas en materia de accidentes de trabajo y cerca de 600 sobre contratos laborales, cuyas pautas jurisprudenciales tenían ya una orientación que se apartaban de las antiguas normas del código civil.

En esta nueva etapa, Anastasi acentuó los contactos con las

⁽⁹¹⁾ Fragmentos del prólogo al primer repertorio de *La Ley*, que ofrecen la información utilizada, se incluyen en *Antología*, cit. II, 61-69.

principales revistas europeas y americanas, lo que se refleja en las páginas de *La Ley*. Uno de los más destacados apoyos que recibió fue el del profesor Eduardo Lambert, director del Instituto de Derecho Comparado de Lyon, quien afirmaba, con referencia a esta revista, que Buenos Aires « era una de las plazas más naturalmente señaladas para convertirse en uno de los centros, con amplio radio, de la difusión del derecho comparado ».

En 1940 falleció Anastasi cuando tenía 50 años y mucho podía esperarse de su talento creador. Su obra principal, la formación de un singular « laboratorio jurisprudencial » encontró dignos continuadores tanto en la antigua *Jurisprudencia Argentina* como en la más reciente *La Ley*. Ambas por décadas, siguieron ocupando lugar principal entre las empresas editoriales del foro argentino.

El papel creativo de Anastasi consistió, sin duda, en la talentosa construcción de una doctrina jurisprudencial, extraída de los fallos con habilidad y técnica artesanal, utilizando a veces modelos extranjeros, captados y desenvueltos dentro de la peculiaridad del derecho argentino.

12. *La jurisprudencia en las aulas.*

Frente a las expresiones favorables a la jurisprudencia como fuente del derecho, se detecta una actitud reticente a su admisión en las aulas, que se extiende durante esta época. Se le concede poco valor y lugar en los planes de estudios y en el mejor de los casos queda relegada a formar parte de « la enseñanza práctica del Derecho ».

En la vida jurídica anterior al siglo XIX, el aprendizaje práctico de los egresados universitarios estaba orientado ya por el modelo más antiguo de las pasantías, ya por el más moderno de las academias teórico-práctico de jurisprudencia. Este último fue el existente en Córdoba y Buenos Aires hasta avanzada la segunda mitad del ochocientos, cuando empezaba a desenvolverse la idea moderna de jurisprudencia.

Aquella Academia se suprimió en la reforma universitaria de 1872 y en su lugar se estableció una cátedra de Procedimientos, desapareciendo todo espacio formal dedicado al aprendizaje de la práctica forense. La enseñanza teórica, mediante códigos y libros,

dominó desde entonces por varias décadas la labor docente, bajo el imperio de la exégesis.

La reacción subsiguiente impulsó el desenvolvimiento del vasto movimiento de las ciencias sociales y la adopción de un método científico que superara la estrechez exegética y el apego a la letra de la ley. Se instaló así un escenario favorable a la introducción de la nueva idea de jurisprudencia, ya que se estaba reclamando la reunión de un material experimental, que fuese representativo de la vida jurídica. Sin embargo, esta posibilidad no fue utilizada ni aprovechada, en toda su dimensión, por estas corrientes renovadoras ni tuvo expresión contundente dentro de los claustros universitarios. Entre los débiles intentos conocidos, cabe mencionar a un curso sobre « Práctica y crítica forense », incluido en el sexto año de la carrera de abogacía en el plan aprobado en 1909 por la Facultad de Derecho de Buenos Aires ⁽⁹²⁾. Fue concebido con « carácter exclusivamente objetivo, experimental y de aplicación » en base a la solución de casos concretos, pero el curso no parece que se haya implementado. Además, en este proyecto la referencia a la jurisprudencia era solo indirecta.

Después de 1910, y seguramente como consecuencia de la mayor atención que suscitaba esta fuente del derecho, en algunos programas de estudio de derecho civil y de otras asignaturas, se incluyó a la jurisprudencia de los tribunales como una exigencia de análisis recomendada por el profesor. De cualquier modo, esta indicación se limitaba a poner de relieve alguna cuestión concreta definida por los jueces, sin entrar a un examen orgánico de ella misma.

Pocas opiniones al respecto he recogido entre los autores de la época. Uno de los más explícitos fue Alfredo Colmo, en un pasaje ocasional de la visión crítica que expuso sobre nuestra jurisprudencia. En comparación con la francesa, la acusaba entonces de falta de principios y por ello contradictoria en sus decisiones. Era el momento en que aludía a los buenos frutos que podrían obtenerse con « cátedras especiales de jurisprudencia en las facultades jurídicas,

⁽⁹²⁾ A. PESTALARDO, *Historia de la enseñanza de las ciencias jurídicas y sociales en la Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1914, p. 162.

que en el país no se conoce» (93). En la misma línea insistía más adelante en que esos males se podían revertir mediante «una adecuada educación de los futuros magistrados» y que con una objetiva selección en los nombramientos de los mismos se podría tener una jurisprudencia que progresivamente invirtiera la situación actual (94).

También Gastón Federico Tobal manifestó su preocupación por la formación de los futuros magistrados en el conocimiento del derecho y en el manejo de los principios elementales para la construcción jurídica. Y en este punto sugería que la Facultad de Derecho hiciera cursos teóricos en que esas disciplinas se analizaran por quienes aspiraban dedicarse a la carrera judicial o se encontrasen ya en ella, para que se estudien los medios que el intérprete debe conocer para ejercer su oficio (95). Se puede suponer que en la mente de Tobal estaba bien presente el tema de la jurisprudencia, pero en el párrafo no se explayaba sobre ello.

Es indudable que donde la jurisprudencia encontró en esa época su mayor incidencia fue en la Facultad a través de la denominada «enseñanza práctica» (96).

El Instituto de Enseñanza Práctica, creado en 1922 por la Facultad de Derecho fue la más importante realización que se llevó a cabo en la primera mitad de la centuria. Quien lo impulsó, y dirigió por muchos años, fue el doctor Héctor Lafaille, catedrático de Derecho civil. En el discurso que pronunció dos años después, al inaugurarse el Instituto, trazó las líneas directivas del mismo (97). Así decía que «nadie confunde ya el derecho con la ley escrita, ni olvida que a la par de la *ciencia pura*, debe aprenderse el arte de traducir el

(93) A. COLMO, «*La jurisprudencia*» en *Antología*, cit. I, 306.

(94) *Id.*, 310.

(95) G. F. TOBAL, *La misión del juez y el aporte de la jurisprudencia*, Buenos Aires, 1941, p. 141.

(96) M. R. POLOTTO, «*Hacia una nueva experiencia del Derecho. El debate en torno a la enseñanza práctica del derecho en la Universidad de Buenos Aires, a comienzos del siglo XX*» en *Revista de Historia del Derecho*, número 34, Buenos Aires, 2006, pp. 213-239.

(97) *Ibidem*, También sobre este jurista, M. U. SALERNO, «*Aporte de Héctor Lafaille a la enseñanza del derecho civil*, *Revista de Historia del Derecho*. n° 2, Buenos Aires, 1974, pp. 210-220, y V. TAU ANZOÁTEGUI, «*Los juristas argentinos*», cit., 254- 262.

precepto » y este arte es por fuerza, experimental y no se adquiere sino con la práctica. Consideraba que había que formar « el taller de ajuste y adaptación, como auxilio indispensable de la cátedra » y reconocía que la mayor parte de los « casos » no tenía dentro de los códigos una solución preestablecida ⁽⁹⁸⁾.

La actividad del Instituto reposaba sobre una conjunción laboriosa del consultorio y el seminario, en donde participaba la jurisprudencia como uno de sus elementos. La iniciativa de la Facultad contó con el apoyo del Colegio de Abogados local y de la Suprema Corte de Justicia, que ofreció espacios para desarrollar sus tareas en el Palacio de Justicia, lo que constituyó una clara expresión de patrocinio corporativo ofrecido por la magistratura y el foro. En esta creación fue también importante la publicación periódica por muchos años del *Boletín* del Instituto.

Las condiciones de trabajo del Instituto mejoraron notablemente con la construcción del nuevo edificio de la Facultad, que se inauguró en 1949. Ya en el diseño, se había previsto destinar el ala izquierda del mismo en su primera planta a las oficinas y aulas del Instituto, manteniendo el local del consultorio en el Palacio de Justicia. Esas aulas estaban preparadas para la labor de seminario, en un amplio espacio físico ocupado en buena parte por una gran mesa de reuniones alrededor de la cual se podían ubicar entre 25 y 30 estudiantes, presidida por el docente. Estas aulas eran similares a las que se encontraban, en los pisos superiores, para uso de los Institutos de Investigación, otra de las actividades que la Facultad aparecía empeñada en estimular.

El primer curso de seminario estaba destinado a trabajar sobre « casos » y allí se operaba con los repertorios jurisprudenciales. Si bien el lugar reservado a un posible análisis científico de la jurisprudencia y sus proyecciones prácticas, constituía solo una pequeña isla en el mar de códigos, leyes y libros teóricos, no pocos estudiantes tuvieron provechoso contacto con el mundo de los repertorios jurídicos en estos nuevos espacios.

⁽⁹⁸⁾ Discurso de Héctor Lafaille de 16 de mayo de 1924 en FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES. *Discursos académicos*, t. III, 2ª parte, p. 324.

13. *Misión del juez y aporte de la jurisprudencia.*

El título de este capítulo reproduce en esencia el que Gastón Federico Tobal eligió para su conferencia de incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales en 1939⁽⁹⁹⁾. Su autor llegó a ocupar el sitial académico tras treinta años dedicados a la magistratura y la cátedra, a lo que cabe agregar la valiosa experiencia adquirida como miembro activo del Comité de Reformas del Código Civil, cuya labor culminó con el Proyecto de 1936. Sus años de magistrado en el fuero civil se repartían en siete años como fiscal, cinco como juez y el resto como vocal de la Cámara de Apelaciones. Desde 1926 era catedrático de derecho romano de la Universidad de La Plata y poco después también lo fue de la de Buenos Aires. La experiencia tribunalicia y el cultivo de la tradición romana formaron un conjunto inescindible que se proyectó sobre su obra y que tiene viva expresión en este Discurso. Tenía entonces 53 años y era ya la época en que el tema de la jurisprudencia alcanzaba su madurez, aunque algunos juristas no resignaban sus posturas contrarias.

De los dos temas que abarca el Discurso, el de la misión del juez era presentado de manera más relevante, acaso porque el autor volcaba en el mismo sus propias convicciones y a partir de ellas generalizaba el perfil ideal de ese artífice de la jurisprudencia.

« En las últimas décadas — apuntaba Tobal —, una tarea común ha vinculado la obra de los más eminentes juristas, sociólogos y filósofos, al proponerse elaborar una teoría fundamental y científica del derecho » que intenta « fijar las cimientos donde deberá asentarse la fábrica segura, para sostén de toda la obra que se construya con arreglo a ideas directrices y ordenadoras ». En contraste con esta posición, Tobal marcaba « el aparente olvido que los [juristas] de Roma tuvieron por todas esas concepciones básicas y condicionantes, buscando en cambio, fundar su derecho positivo de casos y para casos, intentando ante todo, resolver con justicia las

⁽⁹⁹⁾ G. F. TOBAL, *La misión y aporte de nuestra jurisprudencia*, Antología jurídica, Buenos Aires, 1941.

situaciones concretas, para hallarle el remedio adecuado, sin preocuparse de los principios absolutos y universales » ⁽¹⁰⁰⁾.

Este modo de encarar la cuestión le permitía establecer dos criterios bien distintos para entender el derecho. Mientras unos trabajaban en la construcción de esa teoría del derecho científico, otros, los jueces, como los prudentes romanos, siguieron aplicando los textos con el sentido común « que cada hombre de ley lleva dentro de sí, y a la que llega perfeccionando su saber y su experiencia ». La misión de los jueces, puestos a resolver los casos imprevistos que las partes llevan a los estrados de la justicia, es variable en cuanto a su amplitud, según sea la naturaleza del derecho que rija. Así difiere en aquellos pueblos que tuvieron pocas reglas escritas, como los romanos en un principio, de los países modernos que cristalizaron sus derechos en códigos, pero no por ello se habría de cegar la obra de la jurisprudencia, « aún cuando no tenga el juez moderno la amplitud de medios que el viejo derecho acordara al pretor, al permitirle crear normas obligatorias » ⁽¹⁰¹⁾.

Como otros juristas argentinos, Tobal se apoyaba en el pensamiento de Giorgio Del Vecchio, el filósofo-jurista de la Universidad de Roma, para impugnar la aplicación mecánica de la ley y el concepto vulgar de que el derecho estaba contenido en un código, donde todo debía estar previsto y en base a ello resuelto. También se sustentaba en dicho profesor para definir el alcance y límite de la función del juez ⁽¹⁰²⁾. Asimismo, como otros lo hacían, recurría a la doctrina francesa, valiéndose de las opiniones de Gèny, Lambert y E. H. Perreau. La obra de este último sobre la jurisprudencia en el derecho privado contaba con lectores ávidos entre los juristas argentinos. De Gèny recogía la idea de que « la jurisprudencia sirve de substractum y provee de su material al trabajo de la doctrina, al par que ésta la dirige en sus ensayos de fijación del derecho nuevo, de suerte que se fusionan íntimamente y se compenetran en forma efectiva esos dos órganos de la formación del derecho » ⁽¹⁰³⁾. De Perreau escogía la consideración conclusiva que le llevaba a sostener

⁽¹⁰⁰⁾ ID., 10-11.

⁽¹⁰¹⁾ ID., 13-15.

⁽¹⁰²⁾ ID., 15-16.

⁽¹⁰³⁾ ID., 17.

« la obra vasta y a veces aparentemente contradictoria de la jurisprudencia, como un organismo vivo, en el cual trata de encontrar los hilos sutiles que mueve la tarea de los jueces, a los que contempla trabajando pacientemente en adecuar el derecho escrito a la realidad, que tan pocas veces se presta a ser clasificado de antemano en los textos » (104).

Apoyado en la experiencia, Tobal transmitía un mensaje a sus colegas de la magistratura recordando que la ley y la jurisprudencia « constituyen los sólidos cimientos de sus fallos y advirtiéndoles que los jueces de primera instancia se mantenían generalmente un poco tímidos y cautos en innovar. Consideraba tan peligroso al innovador a todo trance como al que « jamás se eleva de la letra de la ley » (105). La palabra de Tobal ampliaba horizontes, fijaba límites, construía la personalidad moral y ética del juez, siempre con una profunda dimensión humana, alejada de estrechos formalismos. Orientaba en fin, su pensamiento para alcanzar una ley « más humana y más justa », como reza el título de otro libro suyo (106). Su propósito último era preparar al juez de la moderna jurisprudencia.

El otro tema desarrollado en el Discurso académico de Tobal era el del aporte realizado por la jurisprudencia argentina en esas décadas. No fue un asunto serenamente elegido por el autor, sino impuesto por las circunstancias y originado en la necesidad que evidentemente sintió de rebatir los « equivocados y excesivos » juicios que en esos años Abel Chañeton — historiador y jurista — había vertido de forma negativa sobre la jurisprudencia civil en el curso de una afamada obra. Decía este autor, con giro despectivo, que no recordaba una sola construcción de nuestra jurisprudencia que hubiese impuesto al código transformaciones de importancia y que, si en cambio, conocía deformaciones de esa misma procedencia (107).

La respuesta de Tobal pretendía mostrar cuán significativa

(104) *Id.*, 19.

(105) *Id.*, 34.

(106) G. F. TOBAL, *Nuestro nuevo derecho. Hacia una nueva ley más humana y más justa*. Buenos Aires, 1939.

(107) A. CHANETON, *Historia de Vélez Sarsfield*, Buenos Aires, 1938. Era ésta la tesis que sostenía Chañeton después de examinar el papel cumplido por la jurisprudencia argentina en las primeras décadas del siglo XX. De la apreciación negativa sólo se

había sido aquella labor jurisprudencial en la elaboración del proyecto de código civil de 1936, que contó con su activa participación. Así ofrecía un detalle de los principios sentados por la jurisprudencia — a veces eran sólo votos de jueces en minoría — que pasaron directamente al proyecto o inspiraron soluciones concordantes en las distintas materias civiles que componían dicho cuerpo legal.

Si bien esta respuesta de Tobal era contundente, quedaron sin formular otras consideraciones que hubiesen enriquecido su postura. Uno de los mejores argumentos estaba escondido dentro de la frase en donde expresaba que « la obra de la jurisprudencia continúa elaborando pacientemente el derecho codificado ». Él enfatizaba que sólo la jurisprudencia del tribunal en su aplicación de las reglas podía « llevar a cabo esa tarea de sustitución lenta de aquellos viejos preceptos considerados como dogmas que imponían una aplicación mecánica, por otras más flexibles, que surgirían cuando, dejando la letra, buscarse la idea inspiradora del sistema, apartándose así del respeto de la regla aislada(...) » (108). Era su profunda convicción.

14. *La jurisprudencia integrada al derecho positivo.*

« Las sentencias son la ley del caso juzgado, son pues el término o remate de la potestad legislativa. Por lo cual el derecho positivo de cada lugar y cada época no es sólo el conjunto de sus leyes, decretos, ordenanzas y reglamentos vigentes, sino ello más la jurisprudencia determinada por las contiendas a que dé lugar su aplicación. Y más precisamente, por la mera posibilidad de su aplicación ».

Este párrafo medular pertenece al jurista Tomás D. Casares, filósofo iusnaturalista de raigambre católica, profesor de las universidades de Buenos Aires y La Plata, magistrado judicial de trayectoria en el fuero civil, que culminó como Ministro de la Corte

salvan algunas publicaciones y entre ellas principalmente *Jurisprudencia Argentina* (Libro II, cap. XIV).

(108) TOBAL, *La misión*, cit., 15 y 18.

Suprema de Justicia de la Nación, entre los años 1944 y 1955 ⁽¹⁰⁹⁾.

De pensamiento profundo y pluma clara y precisa volcó reflexiones sobre nuestro tema en un breve capítulo de su libro *La Justicia y el Derecho* ⁽¹¹⁰⁾. Aunque en este autor sus preocupaciones dominantes pasaban por ordenar y explicar cuestiones que hacían a primeros principios del orden justo, o derecho natural, encontró la necesidad de acoger en su libro, el tema de la jurisprudencia dándole un tratamiento que revela en su desarrollo el enlace entre experiencia judicial y meditación filosófica sobre el significado de la sentencia judicial y la construcción de la jurisprudencia.

Según Abásolo, el pensamiento de Casares sobre la jurisprudencia se sustentaba sobre tres pilares: la subordinación del Derecho a la virtud de la Justicia; el predominio del orden jurídico natural sobre el positivo; y la adaptación del derecho positivo a la realidad social sobre la cual opera ⁽¹¹¹⁾. Nuestro autor afirmaba: «Las decisiones reiteradas y uniformes de los tribunales de última instancia relativas a la interpretación de la ley o a la determinación de la doctrina legal tienen un imperio que trasciende los casos juzgados por las sentencias respectivas y se extiende sobre la generalidad de la vida jurídica, por la razón de que en última instancia la autoridad rectora de esa vida jurídica es la autoridad de los jueces. En definitiva la ley impera por medio de ellos y por eso el orden jurídico no se expresa solo por el conjunto de las leyes vigentes sino también por la actuación de ellas en las sentencias de los jueces» ⁽¹¹²⁾.

Sobre el proceso de formación y transformación de la jurisprudencia tiene también conceptos que conviene recordar. Para él en ese proceso «actúan todos los factores de la actividad judicial y todas las formas de la especulación jurídica: sentencias cuya doctrina no prospera en un momento dado, alegatos y defensas de los

⁽¹⁰⁹⁾ A. D. LEIVA Y E. ABÁSULO, *El juez Casares. Un jurista al servicio del bien común*. Buenos Aires, Educa, 2002.

⁽¹¹⁰⁾ T. D. CASARES, *La Justicia y el Derecho*, 2ª edición, Buenos Aires, 1945, pp. 242-253. Se reproduce íntegramente en *Antología*, I, cit., pp. 336-341.

⁽¹¹¹⁾ E. ABÁSULO. «El papel de la jurisprudencia en la concepción de un jurista católico: Tomás D. Casares» en *Archivum*, XXII, Buenos Aires, 2003, pp. 7-15. En este estudio se desarrolla el tema en base principalmente a dictámenes, sentencias y votos emitidos como magistrado.

⁽¹¹²⁾ ID., 245.

abogados, comentarios teóricos de los pronunciamientos definitivos, la tarea científica en las cátedras y fuera de ellas, etc. », pero solo la que es obra de los jueces constituida en tribunal, halla una autoridad que es como la ley, con una firmeza irrevisible ⁽¹¹³⁾. Agrega el autor que « nuevas circunstancias traen a veces nueva jurisprudencia, no porque los jueces se arroguen subrepticia y abusivamente la facultad de *adaptar* las leyes a las circunstancias, sino porque toda ley se propone una finalidad [...] y la variación de las circunstancias puede traer como consecuencia que la finalidad no se alcance del modo como se alcanzaba antes; por donde la variación de la jurisprudencia no es otra cosa que la forma de mantener efectiva la finalidad esencial de la ley » ⁽¹¹⁴⁾.

Casares encontraba « una integración de la ley por la jurisprudencia, un acabamiento de su virtualidad funcional en el acto de la sentencia judicial » ⁽¹¹⁵⁾. Sostenía que « el acto judicial o jurisdiccional [...] es la actuación última del derecho; mediante él concluye de hacerse efectiva la evaluación que procura como fin esencial. Concebirlo con prescindencia de esta faz de él es producirle una mutilación que lo desconecta de la realidad concreta, lo reduce a una abstracción esquematizada y concluye por hacer lisa y llanamente ininteligible tanto a la ley misma como a la aplicación ejecutiva y judicial de ella » ⁽¹¹⁶⁾.

Así cerraba el autor estas páginas. Más allá de la repercusión pública alcanzada en 1945, año de su publicación, lo cierto es que estas palabras pudieron escribirse sobre la base de la existencia de un sentir jurídico colectivo que, pese a las resistencias que no cesaban en la voz y pluma de los críticos, ya tenía reconocida una función relevante a los jueces en la construcción del ordenamiento jurídico, tanto en el acto de la sentencia individual como en la elaboración de una jurisprudencia reglada. Es, en fin, un testimonio valioso de ese momento por provenir de quien cultivaba un pensamiento metafísico aplicado a una realidad observada cotidianamente desde los estrados de la justicia. El estilo del autor es de una extrema

⁽¹¹³⁾ Id., 246.

⁽¹¹⁴⁾ Id., 244.

⁽¹¹⁵⁾ Id., 250.

⁽¹¹⁶⁾ Id., 252-253.

parquedad en las citas bibliográficas — la gran mayoría son de Tomás de Aquino —, acentuada en este breve capítulo, que carece de toda cita de autores.

IV. EPÍLOGO.

El relato histórico muestra el ritmo constante de desarrollo del instituto, con tiempos de crecimiento y de opacamiento, con debilidades congénitas y con artífices propios. Cabe hacer un breve repaso.

A comienzos del siglo XIX, la jurisprudencia no formaba parte de las aspiraciones de los pueblos americanos que se independizaban de la Monarquía Española. Subsistían las prácticas judiciales dentro de un orden que seguía operando en el campo civil con los antiguos cuerpos legales, la doctrina de los autores y el trasfondo consuetudinario. La codificación apareció entonces como una idea fuerte dentro del proceso de reforma legislativa que maduró lentamente. De manera paulatina asomó el principio de la fundamentación y publicación de las sentencias que tuvo solo algunos intentos de concreción en esas primeras décadas.

Entre 1850 y 1870, junto con el despliegue del proceso de constituciones y códigos modernos, se advierte el brote de las primeras ideas acerca de la jurisprudencia, aún estando vigentes los cuerpos legales del antiguo orden. Algunas opiniones individuales, como la de Miguel Navarro Viola, y otras colectivas, como la de la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, sorprenden por la modernidad de sus concepciones y propuestas.

Este interesante movimiento decreció con los inicios de la codificación, la vigencia del código civil y la consiguiente aparición de los comentaristas. Aunque era la época en que empezaron a abundar las colecciones impresas de fallos, la idea misma de jurisprudencia quedó algo relegada, seguramente por la fuerte presencia de la concepción exegetica.

La noción jurisprudencial cobró nuevo impulso a principios del siglo XX, bajo el influjo de autores como Gèny y de textos legislativos como el código civil suizo. Se acentuó el contrapunto de

opiniones entre nuestros juristas. Las generaciones de 1910 y 1925 desempeñaron un papel decisivo en este momento. La jurisprudencia fue reconocida como una fuente subsidiaria del derecho. La misma crítica interna que se hacía de la jurisprudencia argentina por autorizados juristas, como Colmo y Ernesto Quesada, puede ser mirada como un signo de nueva vida del instituto. En esta etapa aparecieron las nuevas revistas y repertorios jurisprudenciales que permitieron consolidar la idea y dar vida a su ejercicio judicial. Las principales fueron *Jurisprudencia Argentina* y *La Ley* y en ambas sobresale la figura de Leónidas Anastasi. Eran verdaderos laboratorios jurisprudenciales encauzados dentro del moderno derecho argentino que se integraron al ordenamiento positivo. El punto más débil fue la lenta y restringida penetración en las aulas universitarias.

Esta mirada panorámica sobre una trayectoria que se extiende hasta la primera mitad del novecientos, necesita ser completada con otra que atienda al meollo de la relación entre la jurisprudencia y las demás fuentes del derecho, ya dentro de un orden dogmático, pero sin alejarnos de nuestro observatorio histórico propio.

Nuestro relato ha mostrado una constante intervención, bajo diversas formas, de los autores, ya crítica, ya constructiva, a lo largo de más de una centuria, que fue tejiendo una *doctrina judicial*. Fue ésta, al fin, el fruto más sólido y duradero de la voluntad creativa de jueces y tribunales y por cierto de la continúa producción de fallos. Con este enorme material en el laboratorio jurisprudencial se procedía a la clasificación y elección de las piezas más significativas. Allí se elaboraban los sumarios, notas y comentarios que conformaban esa doctrina, convertida luego en letra de molde.

Era, en suma, una operación de abstracción que se nutría de la mentalidad dogmática, lo que resulta explicable dado que la jurisprudencia se incorporaba a un orden positivo de esas características. En su expresión final quedaba resaltado lo estrictamente « doctrinario » del texto de la sentencia, con visible separación y relegamiento del caso y sus circunstancias.

Fue Leónidas Anastasi quien logró en la Argentina, a través de las revistas y repertorios que dirigió, la más alta expresión en la formación de esa doctrina judicial, según hemos visto. En los años previos a su muerte — que ocurrió en 1940 — impulsó en la revista *La Ley* una línea jurisprudencial afinada por su saber y experiencia

en la materia que destacaba la íntima relación que ella tenía con las demás fuentes del derecho para « resolver las cuestiones con un sentido más justo ». Esta interacción entre las fuentes se traducía « en una interpretación más amplia del juez, atendiendo a las circunstancias que fluyen, a la opinión de la doctrina, sea propia o internacional y la de sus colegas y tribunales superiores » ⁽¹¹⁷⁾.

Anastasi, en sus notas a fallos, acudía — según dice María Rosa Pugliese — « para explicar institutos o para encontrar las bases de nuevas soluciones, a un estudio concienzudo tanto de la jurisprudencia que se ha ido formando, como de la doctrina gestada, e incluso recurriendo al derecho comparado para observar los resultados de esa aplicación » ⁽¹¹⁸⁾. Es decir, que el juego entre unas y otras fuentes era de doble recorrido y variable, formando un tejido que ya a esa altura de los tiempos quedaba integrado en la mentalidad jurídica y en el ordenamiento positivo.

La jurisprudencia no era así un simple « dato positivo », como acaso lo veía Chaneton, sino un elemento necesario del « trasfondo socio-jurídico » como lo transmitía Tobal en su Discurso académico de 1939, o lo ratificaba Casares un lustro después, desde un ángulo distinto. El cambio de sentido era resultado de una trayectoria secular: de una fuente de derecho aislada en debate, la jurisprudencia había obtenido, en conjunción con las demás fuentes, un lugar indiscutible en el universo jurídico que se había expandido a otras áreas del derecho, como el comercial, el penal y el laboral. A mi juicio, se cerró entonces un ciclo histórico y se abrió uno nuevo que escapa ya del presente ensayo.

⁽¹¹⁷⁾ M. R. PUGLIESE, « *Catalogación y comentario de las notas de Leónidas Anastasi en la Revista La Ley. 1936-1939* » en INSTITUTO DE INVESTIGACIONES DE HISTORIA DEL DERECHO, *XXII Jornadas de Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, 2008, pp. 52-53 Se trata del resumen del trabajo, ya que aún no está publicado su texto completo.

⁽¹¹⁸⁾ *Ibidem*.

ANTÓNIO MANUEL HESPANHA

THE DISCRETE EMPOWERMENT OF JUDICIARY.
THE PORTUGUESE JUDICIARY IN PORTUGUESE
LIBERAL CONSTITUTIONALISM ⁽¹⁾

Separation of powers and limited monarchy.

Separation of powers was an idea mostly launched by Montesquieu (*De l'Esprit des Loix*, 1748, Book XI, Chapter 6) ⁽²⁾. Here, he didn't seemingly propose a neat separation of powers as it will be understood afterwards; but, instead, the conception of a moderate monarchy, where the judiciary, along with privileged Estates — nobility and clergy — limited the princely power. After all a quite traditional idea, as the conception of moderation of power was nearer to the model of the corporatist monarchies than to that to the model of division of powers, as it prevailed in the contemporary political doctrine.

One should not ignore that Montesquieu was, himself, *président à mortier* of the *parlement* of Bordeaux, quite impressed by the traditional checking role of judiciary towards the royal power. On the other hand, his main source of inspiration being the British Constitution — where, after the *Glorious Revolution*, the parliament was a major check to royal power — a somewhat biased interpretation of Montesquieu's proposals clearly prevailed with the advent of representative regimes in North America and in France, replacing corporatist moderation by parliamentary control.

⁽¹⁾ I am grateful to my Colleague Rui Branco (Departamento de Sociologia, Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Nova de Lisboa) the careful revision of the text, as well as the valuable suggestions he gave me.

⁽²⁾ On the English origin of Montesquieu's ideas, see J. DEDIEU, *Montesquieu et la tradition politique anglaise en France*, Paris, 1902.

However, Montesquieu also believed that a close link existed between any form of government and a peculiar historical or political conjuncture ⁽³⁾. What was valid to a traditional monarchy, wasn't forcibly so to a democratic republican government, so that the controlling function of courts could be replaced by other means of political monitoring and moderating mechanisms; in a Republican government, preventing the people from « debating instead of the senate, executing instead of the magistrate, and deciding instead of the judges » ⁽⁴⁾, could apparently assume a peculiar institutional design. This would to be the case of the French and North American representative regimes. In both cases, albeit by different reasons, popular assemblies, and not bodies of learned jurists, were deemed to be the proper bulwarks of royal moderation. Even if in North America things eventually run otherwise, judges and jurists ought not to be the checking point of liberty.

To render replaceable the paramount function of courts combined quite well with an older concept of sovereignty, such as it had been defined by Jean Bodin ⁽⁵⁾. Although he accorded a role to magistrates, who could, in particular cases, temper the law with justice and equity ⁽⁶⁾, Bodin was very far from subordinating royal power to traditional parliaments or magistrates ⁽⁷⁾, what would

⁽³⁾ *De l'Esprit des Loix*, Book I, Ch. 3.

⁽⁴⁾ *Ibid.*, VIII, 2.

⁽⁵⁾ Jean BODIN, *Les Six livres de la République*, 1576 (used transl. *Six books of the Commonwealth*, Basil Blackwell, Oxford, 1955; original English transl. 1606).

⁽⁶⁾ Cf. J. BODIN, *The six books on Republic*, « But may it not be objected that if the prince forbids a sin, such as homicide, on pain of death, he is in this case bound to keep his own law The answer is that this is not properly the prince's own law, but a law of God and nature, to which he is more strictly bound than any of his subjects. Neither his council, nor the whole body of the people, can exempt him from his perpetual responsibility before the judgment-seat of God », Bk. I, 6 and 7; « [...]One must, in fact, aim at the principle of harmonic justice, which combines harmoniously law, equity, the execution of the law, and the function of the magistrate, both in the administration of justice, and in the governance of the state », Bk. 4, chp.; the king « yielded himself as obedient unto the laws of nature as he desired his subjects to be towards himself, leaving unto every man his natural liberty, and the propriety of his own goods. », II, 3, p. 204.

⁽⁷⁾ « When edicts are ratified by Estates or Parlements, it is for the purpose of securing obedience to them, and not because otherwise a sovereign prince could not validly make law. », *The Six Books* [...], I, 8.

destroy the very concept of sovereignty. Actually, the sovereign should only obey divine or natural law.

The submission to divine — but mostly to natural law — could actually represent a major concession — not really to « nature » — but to its entitled spokesmen, the jurists and the judges. By arguing with natural law, which, according to the doctrine of *ius commune*, often meant traditional law (*iura quesita, ius praescriptum*), jurists could largely prevent the sovereign will to innovate or to endanger the legal and political *status quo*.

The congenial virus of revolutions.

When revolutions erupted, despite all the radical political innovations they were eager to introduce, an almost congenial virus inhabited their womb — the continuity of legal order, noticeable at several levels. First, the continuity of law itself, which was never globally revoked⁽⁸⁾. Second, the continuity of legal knowledge along with its *sacerdotes* and academies. Third, the permanence of the institutional framework. Fourth, the subtle presence of a pre-revolutionary *habitus*, rooted in spontaneous world visions, ways of ordering, ways of organizing, ways of balancing values and arguments, ways of doing. In a word, the kind of things a revolution is all about.

The balance between innovation and continuity in French legal order after the revolution is a good illustration of the original weakness of revolutions. Although a bundle of radical changes were part of the agenda of the most radical wings of the revolutionary leaders, the derogation of the whole old law was never foreseen. At most, the later had to cope with the new *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen* (26 or 27 August 1791). However, the Declaration was rather programmatic, the acknowledge rights appeared as a specified and closed list and, moreover, solely guaranteed at a political level. Some years later, the project of a global renewal of the legal order was seemingly put into practice with the enactment of the Napoleonic Codes, which contained severe re-

⁽⁸⁾ With a few exceptions: v.g., Chinese Cultural Revolution, Mozambique, 1974.

straint of the judicial discretion, and with the creation of the *Cour the Cassation* ⁽⁹⁾. Nothing could be more misleading. The reading of a few paragraphs of the *Discours préliminaire du premier projet du Code Civil* (1801), by J.-E. M. Portalis, is enough to unveil that the new law wasn't but the refinement of the old one, along with a perfunctory accommodation of the former to the revolutionary principles ⁽¹⁰⁾. Likewise, in North America, W. Blackstone's *Commentaries to the Laws of England* (1765-1769) still formed the nerve of American law and the decisive guideline to American lawyers.

Role and range of Constitution.

Anyway, the revolutionary idea of the primacy of the Constitution installed by the Revolution could be a sound instrument for implementing revolutionary novelties mainly because it gained a wider range, since the very concept of constitution — namely in North America — soon begun to include a bit more than the sole text of the written constitution. Nevertheless, the widening of the concept of constitution, far from being an asset to the revolutionaries, soon became instead a factor of dissolution of revolutionary *acquis*. Behind it, a grounding constitutional platform was growing, incorporating the common *brocarda* of the older law, the basic

⁽⁹⁾ As it is well known, the main aim of the *Cour de Cassation* was to control the *legality* of judicial decisions. By opposite, the Portuguese (and also the Brazilian) *Supremo Tribunal de Justiça*, having a broader objective — to prevent that decisions were unlawful (*contra direito expresso*) or clearly unjust (*por injustiça notória*) — allowed the perverse effect of « breaking » a decision legally grounded but generally contrary to law — v.g., pre-revolutionary law, received principles of traditional law — or considered clearly unjust (according to unclear standards of justice). The model of these attributions of Supreme Courts was the *recurso de revista*, established in the old *Ordenações do Reino* as a extraordinary appeal of Grace, according to legal paradigm of the corporatist monarchies. Cf. António M. HESPANHA, « Nas origens do Supremo Tribunal de Justiça em Portugal. Governo da lei ou governo dos juizes? », (to be publish, Facoltà di Giurisprudenza, Macerata).

⁽¹⁰⁾ Furthermore, the so-called *École de l'Éxégèse* interact with the contemporary German doctrinarism: Mikhaïl XIFARAS, « L'Ecole de l'Éxégèse était-elle historique? Le cas de Raymond-Théodore Troplong (1795-1869), lecteur de Friedrich Carl von Savigny », in Jean-François KERVÉGAN and Heinz MOHNHAUPT (ed.), *Influences et réceptions mutuelles du droit et de la philosophie en France et en Allemagne*, Frankfurt, V. Klostermann, 2001 (=http://www.philodroit.be/IMG/pdf/Xifaras-troplongSavigny.pdf).

principles of the *ius publicum universale* — as it had been developed by the jurists of the late political Enlightenment —, and also the newborn maxims of the political liberalism, along with the doctrinal skeleton of the new liberal *Weltanschauung*. On this basis, courts and legal scholars gained a new breath to redress the legal and political situation in line with the long established legal dogmata.

In Portugal, according to this post-revolutionary doctrinarism, since the installment of the *Carta Constitucional* (1826), courts were implicitly entitled to review the constitutionality of laws, as they could control the legality of the acts of any of the powers. Although there wasn't a specific judicial action to demand the derogation of a legislative or administrative act of the executive contrary to the law ⁽¹¹⁾, nor, even less, something like the judicial review of the constitutionality of laws, a judge wasn't prevented — in the course of an individual lawsuit — of declaring a parliamentary law as unconstitutional. On the contrary, this judicial review of laws was regarded as natural ⁽¹²⁾ because — according to Silva Ferrão, who

⁽¹¹⁾ Similar to the old *embargos*, a typical bulwark of the private's rights against the acts of the political power (even princely laws). The control of legislative projects by a parliament — as in France — or by a chancellor — as the Portuguese Chanceler-Mor do Reino — also disappeared with the new constitutions. Therefore, all the legal instruments to control the will of the legislative seemingly disappeared.

⁽¹²⁾ Cf. Francisco António da Silva FERRÃO, *Tractado sobre direitos e encargos da Sereníssima Casa de Bragança*, Lisboa, Imp. de J. J. Andrade e Silva, 1852, 252-253: « os juizes prestaram juramento de observar, e fazer observar, a *Carta Constitucional* da Monarquia, e as Leis do Reino, e não podem abstrair estas daquela, no cumprimento dos seus deveres, estando obrigados a isso, a considerar, não só, se as partes, se os processos, se as ações, têm a qualidade de legítimas, mas, outrossim, se os diplomas, ou determinações, cujas teses devem aplicar à hipótese dos autos, têm ou não o cunho de Lei. Os juizes, quando assim obram, não têm por objeto apreciar as leis, feitas pelo poder legislativo, ou pelas ditaduras, nem se arrogam supremacia sobre os outros poderes do Estado, muito pelo contrário, mantêm-se, única e precisamente dentro da órbita da sua própria independência e juramento, não reconhecendo em cada um dos processos, que têm a julgar, outros poderes, que incompetentemente lhes ditam as normas. O contrário disso importaria o mesmo que subordinar a ação da justiça ao arbítrio desses Poderes; reduzir os Juizes a instrumentos cegos e dóceis, para homologar somente determinações exorbitantes e inconstitucionais; tornar enfim o Poder Judiciário uma coisa muito diversa do que deve ser na realidade, pela firme, constitucional e justa manutenção dos direitos dos cidadãos ». The text is literally quoted because it remains unclear if the author admits the control of both formal and substantial unconstitutionality. Silva Ferrão himself considered as « ineffectual » a dictatorial decree of 18.05.1834, arguing that the

followed the legal French literature of the Chartist period [1830] — the *Carta* was “Law and Queen Mother of all laws”; he also witnessed that it was a common opinion that judges could declare a law not applicable whenever it contradicted the principles of formal constitution. The conclusion was extended to every norm — even formal constitutional norms — which anyway contravene the material constitution, which was deemed to hover above the explicit legal order as, for example, those norms offending the protection due to the sacred right of property.

Since the third decade of the 19th century, there were judicial decisions suggesting a diffuse judicial review of laws, keeping with the idea that the will of the legislator was limited. The doctrinal arguments in favor of this solution were strong. On the one hand, judges, like all public authorities, had sworn “to fulfill, and enforce” the *Carta* and therefore should not implement legislation opposed to the principles enshrined in the constitution, or issued by a State power not entitled to do it ⁽¹³⁾. The question had already been raised regarding some decrees with the force of law issued by the Regency before the meeting of the *Cortes* (in 1834) ⁽¹⁴⁾. And it grew up again with dictatorial (governmental) decrees of Passos Manuel, which claim to have force of law ⁽¹⁵⁾ and furthermore regarded legal or even constitutional matters. Periodically, this issue reappeared, always regarding dictatorial decrees with force of law, which had not (or until they were) been ratified by the parliament ⁽¹⁶⁾.

Later on, we will address a peculiar instance of this general problem: the position of courts regarding unconstitutional decrees, i.e., governmental decrees to which was granted force of law in spite of the separation between legislative and executive; an issue that became crucial by the end of the monarchy. Then, the judge

Cortes should act « in accordance and within the limits, which the Carta Constitutional prescribes [...], without which they could waive or modify some of its articles ».

⁽¹³⁾ Although there was no penalty provided for the violation of this oath (cf. arts. 121, 123, 124).

⁽¹⁴⁾ Dismissal of civil servants, abolishing of feudal duties, nationalization of ecclesiastic property.

⁽¹⁵⁾ V. discussion in *Diário das Cortes*, 1837, p. 200 ss.

⁽¹⁶⁾ Cf. Trindade COELHO, *Manual político do cidadão português*, Lisboa, Parceria A. M. Pereira, 1906, p. 510.

Francisco José Medeiros admitted that « Although the judiciary, by its nature, should be the natural ward of the other powers, [...] this, however, was not clearly established in the *Carta*, being our law therefore different [regarding rational principles]; as well as the executive cannot overrule the decisions of the judges, even when they do not have the due jurisdiction or decided beyond their powers, also the judiciary should not refuse to comply with the decrees of the executive on the ground that the decree went beyond what was allowed. This is what is required by the separation of powers, which was not established to be solely one more fiction of the political regime [...] ».

Some jurists, however, extended this power of revision to the very constitution, based on the idea that, behind the written text, a pristine constitution existed, to which jurists and judges had to comply, as it was enshrined both in nature and in tradition, endorsing an array of mandatory rights, some coming from the past, others springing from the new constitutional order. “It doesn’t belong to the constitution to set out principles that should be learned from science, but only to regulate its implementation, and determine how they will be protected,” writes a famous jurist and publicist Silvestre Pinheiro Ferreira (1769-1846) ⁽¹⁷⁾. And, in fact, the idea that the formal Constitution itself is not a mere product of the will, following, instead, supra-positive laws, was pervasive. As the romanticist writer and MP Almeida Garrett will say in the Chambers: “[...] although a constitution is written on a paper, and even though the largest sums of freedom is warranted in that role, if the written Constitution is not accommodated to the practice, the habits and customs of peoples, the Constitution will not become more than a mere paper » ⁽¹⁸⁾. Therefore, judges and jurists moved discretely but efficiently upon the face of the political conjuncture, mastering that « constancy immobile » which characterized the legal apparatus and jurist’ *habitus*, according to P. Bourdieu, and which would lead to

⁽¹⁷⁾ Silvestre PINHEIRO FERREIRA, *Breves observações sobre a Constituição Política da Monarchia Portuguesa decretada pelas Cortes Geraes Extraordinarias e Constituintes reunidas em Lisboa no anno de 1821*, Paris, Rey E. Gravier, 1837, 5.

⁽¹⁸⁾ Almeida GARRETT, *DCGC. 1837-1838*, II, 13.

what the same Garret once denounced as « *desembargocracia* »⁽¹⁹⁾. According to these opinions, judicial power remained as free and overwhelming as before, in all its fullness and range of action.

Both the legitimacy and range of this last thesis was, however, debatable even amidst jurists and judges. Some strictly defended that “the judicial power should not claim, by any means, to assess the Laws, made by the Legislature or the Executive when acting in a dictatorial period; it couldn’t but to apply them to cases occurring” because “otherwise, the judiciary would claim a supremacy over the other branches of government, which neither the Basic Law, nor the good reason, allows, being such a doctrine repugnant as prejudicial to the good public order”⁽²⁰⁾. In the Cortes of 1837, the radical MP José Estêvão (Coelho de Magalhães) also criticized the judicial review of laws as offensive of the separation of powers and, by opposite, typical of the *Ancien Regime*’s legal order, he also considered as equivalent to the rule of high courts.

The failed proposal of a constitutional reform of 03.14.1900, granting to the courts the power of reviewing the constitutionality of laws, was the only attempt to establish a formal system for monitoring the compliance of laws with the constitution. Eventually, the judicial review was formally received in the Portuguese constitutional law only by the Republican Constitution (1911), although more because of the principle of separation of powers than because that supremacy of the contents of the constitution, as « queen and mother of all the laws ».

Assolutismo delle legge or absolutism of the legal prudence?

The blunt declarations of primacy of the constitution and laws, as well as the proposal of the dismissal of any judicial discretion, although justifying a diagnosis of a harsh legalism (*assolutismo delle legge*, as P. Grossi uses to word it), eventually had not so much of truth as it seems. Actually, if the contemporary ordinary legal

⁽¹⁹⁾ I.e., the rule of High Justices (*desembargadores*), he identified with the Ancien Regime’ s political regime.

⁽²⁰⁾ Text of a judicial decision criticized by the above quoted FERRÃO (*Tractado* [...], p. 252).

doctrine is read, it becomes quite clear that such alleged legalism didn't cause an obvious blistering of the long-lasting legal order, legal apparatus and legal professions. Although the old courts (in Portugal, *Desembargo do Paço*, *Casa da Suplicação* and other *Relações*) were soon abolished during the first liberal constitutions, the judicial personnel went on holding their posts in the first decades of the liberalism, the infra-constitutional legislation was replaced only after the first Codes (in the '50s and '60s) and legal education left the traditional legal standards only at a very slow rhythm (21).

This continuity also explained the pervasive *mauvaise presse* on lawyers and judges throughout the nineteenth century until the end of the '20s of the next century. The disaffection regarding jurists was not a homogenous feeling within the new public sphere. The divide between democrats and liberal was noticeable. While the first stick together with the principle of popular sovereignty, the later kept instead the traditional idea that law (and courts) was the major guarantee of the people against the arbitrariness of the sovereign, be it a monarch or a numeric majority. Therefore — as the lawyers of *Ancien Regime* used to say — the whole of law was seen as the overwhelming constitution, also in the new liberal era, being courts and judges its natural guardians (22). Accordingly, the principle of separation of powers became a cornerstone of conservatist or moderate liberal regimes, to which opposed those (« democrats ») who wanted to preserve untouched the principle of people's sovereignty.

(21) Cf. Antonio M. HESPANHA, « Um poder um pouco mais que simbólico. Juristas e legisladores em luta pelo poder de dizer o direito », in Ricardo Marcelo FONSECA e Airton C. Leite SEELÄNDER (coords.), *História do direito em perspectiva, Do Antigo Regime à modernidade*, Curitiba, Juruá, 2008, 143-202; « Razões de decidir na doutrina portuguesa e brasileira do século XIX. Um ensaio de análise de conteúdo », to be published in *Atas do 4º Congresso do Instituto Brasileiro de História do Direito*, São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 16 a 18/9/2009.

(22) S., stressing the contemporary hope that jurists could play a positive role in the installment of a liberal political system, José Reinaldo L. LOPES, *O Supremo Tribunal de Justiça do Império, 1828-1889*, São Paulo, Saraiva, 2010. However, also in Brazil, the first jurists educated in a Brazilian Law School arrived at the Supreme Court only by 1870; therefore, till then their origin was the traditional (mostly, till the '60s) Faculdade de Direito of Coimbra.

The public appraisal of magistracy.

Despite all the guarantees of independence of the judiciary, its common image was not so flattering. Many people considered magistracy as an extension of the government. The influent writer Trindade Coelho, *v.g.*, was skeptical about the excellence and political independence of the judiciary in the second half of the 19th century:

« The judiciary is independent (*Carta*, Art. 118); [but], indeed, the independence of judiciary has been more nominal than effective. Not only are judges appointed by the executive (*Carta*, art 75.. § 3.º), but also they are also placed in this or that county (better or worse from the economic point of view or geographical location) at the mercy, exclusively, of their minister, or of the executive power [...]. Moreover, judges are constantly forced to comply with unconstitutional decrees of the executive power, to avoid being bothered: their decisions in criminal matters can be revoked by unbound acts of the moderating power; their decisions in civil matters are, often, thwarted by the executive when such decisions condemn the State in favor of the rights of citizens; several categories of criminal prosecution of employees depend on the consent of the government, according to the Administrative Code, art. 431.º (*garantia administrativa*), etc... And, if all this was not enough, the function of judging has been committed, not only to an infinite variety of special courts and offices not belonging to the the judiciary order, but also to administrative officials of the executive [...] of inferior hierarchy and, therefore, without qualifications » (23). The judicial organization was also caught in the vortex of governmentalization and commonly considered as partaking the tyranny of the government upon the citizens. Chosen by electoral local notables (*caciques*), court clerks — if not judges — belonged to the great government apparatus vowed to the exchange of political favors. A judge of a high court, with a broad experience in the justice outside the largest

(23) Manuel Trindade COELHO, *Manual político do cidadão portuguez*, Lisboa, Parceria A. M. Pereira, 1906, p. 529. Nevertheless, the Author also expresses the opinion that the magistracy is one of the most prestigious classes: « [...] e sem embargo das causas legais que conspiram contra a independência do poder judicial, este é, ainda hoje, um dos mais respeitáveis do Estado », *ibid.*

towns, witnessed the level of politicization of justice: « [...] talented people and patriots, who care about their reputation, run away from courts. There are no commercial or civil lawsuits, because the conspicuous and circumspect citizens, after a long apprenticeship on civilian life regression, become convinced that the judiciary is absorbed by another power, and accordingly use a shortcut, speaking directly to the local political chief, when the need of justice is pressing. Regarding the central issues of the dispute, evidences or legal texts don't matter; a well reasoned political account is enough, by which each part of a lawsuit demonstrates a reasonable balance in his favor, in acres of seeding land and in the votes this implied. The antagonist, convinced by the evidence of this kind of justice, prefers to give up » (24).

Essentially, the magistracy suffered from an original sin: his career begun and progressed according to the willingness of the executive. According to the *Carta Constitucional* (art. 75, no. 3), judges' appointment was a prerogative of the king, as chief of the executive, as well as their suspension, as titular of the *Poder Moderador* (art. 74, § 6) (25). As important as the nomination was the progression in the career. Since the first law on the organization of the judiciary (1832, *Reforma judiciária*, art. 15; cf. *Carta constituticional*, art. 130), the promotion from the first instance courts to courts of appeal (*Relações*) was the mere effect of the years of service. However, as the judicial circles (*comarcas*) differed a lot in importance, prestige and revenue, this system left a wide field of discretion to the executive, favoring the rewarding of submission or of political support of each judge. Therefore, a law of 1855 (21.7) ranked the *comarcas* in three classes, according to their importance; thereafter, the appointment or promotion to a given circle had to respect some rules of precedence; furthermore, it was done on a list of magistrates ordered according both to their merits and years of service, although the Ministry of Justice could choose anyone of the list. Due to alleged difficulties in assessing the merits, a law of 1890

(24) F. A. PINTO, *O despotismo*, Lisboa, Liv. Central, 1912.

(25) In this last case, after consulting the *Conselho de Estado*. However, after the constitutional amendment of 1896, this royal act needed the *referenda* of the executive, so that both nomination and removal of judges became a matter of government.

returned to the prior system of 1832, keeping however the hierarchy between judicial circuits ⁽²⁶⁾.

Another key point to assess the independence of the magistracy was the possibility for the judges to accede to political posts. In this point, the law was quite lenient. Actually, it forbade the judges the exercise of any elective office, with the exception of Member of Parliament ⁽²⁷⁾, keeping opened a wide corridor between magistracy and politics, which was actually used in a meaningful number of cases. Pedro Tavares de Almeida presented the following table about the percentage of judges in the lower Chamber, concluding for a noticeable promiscuity between political and judicial power ⁽²⁸⁾.

Socio-professional characterization of the Members of Parliament (*Câmara dos Deputados*).

Main profession	1861	1880	1890	Total
	[...]	[...]	[...]	[...]
Bureaucracy	10,8 %	11,8 %	25 %	16 %
Judges	8,3 %	8,7 %	12,5 %	9,9 %
Univ. professors	8,3 %	12,8 %	6,4 %	8,1 %
Military	10,2 %	10,2 %	15,5 %	12,0 %
Lawyers	7,8 %	13,4 %	11,0 %	10,4 %
Doctors	4,5 %	6,3 %	12,5 %	8,1 %
	[...]	[...]	[...]	[...]

Source: Pedro Tavares de Almeida, *A Construção do Estado*

⁽²⁶⁾ Cf. Manuel Chaves e CASTRO, *Organização judiciária*, Coimbra, F. França Amado, 1910, 304. See also José Alberto dos REIS, *Organização judicial. Lições feitas ao curso do 4º ano jurídico de 1908 a 1909*, 314 ss.; Affonso COSTA, *Lições de organização judiciária*, Coimbra, Typ. França Amado, 1899, 348, 354.

⁽²⁷⁾ Decree no. 3, 29.05.1890; law 7.8.1890, art. 1, § un., modif. 7.

⁽²⁸⁾ Cf. M. C. CASTRO, *Organização judicial*, cit., p. 157; REIS, *Organização judicial*, cit., 340-346, COSTA, *Organização judiciária*, cit, 337; on other key point concerning the independence of judges, the system of inspections, what is generally depict is the image of a holistic and lenient system of supervision of the judges: s. J. A. REIS, *Organização [...]*, 389 ss.; *Novíssima Reforma Judiciária, 1841*, art. 139; A. COSTA, *Organização judiciária*, cit, 372 (« in what concerns the ordinary inspections, it is still worst: they are not done »).

Liberal. Elite política e burocracia na « Regeneração » (1851-1890), PhD diss., Lisboa, FCSH-UNL, 1995, 484 pp. (on line version: <http://dited.bn.pt/30994/1982/3140.pdf>).

From 1910 to 1926, during the I Republic, the presence of judges in the Chambers lessened:

Main occupation of MPs, 1910-1926

Main occupation	No.	%
[...]		
Lawyer/Notary	142	18,9
Judge	26	3,5
Doctor	8	11,7
Military	153	22,7
Univ. Professor	36	4,8
[...]		

Source: Pedro Tavares de ALMEIDA, « Os deputados da 1ª República Portuguesa. Inquérito Prosopográfico », *Revista de História das Ideias*, 27(2006), 25.

The same conclusion is confirmed in the following table regarding the occupational background of Ministers from 1851 to 1926:

Portuguese ministers, 1852-1926

Ministers' occupational background (%) ⁽²⁹⁾

Occupational categories	Constitutional Monarchy	I Republic
[...]		
Military	35,5	44,8
Judge or Public Prosecutor	16,9	7,9
University Professor	19,2	10,9
Lawyer	9,9	15,5
Doctor	2,3	12,1
[...]		

⁽²⁹⁾ Pedro Tavares de ALMEIDA, Antonio Costa PINTO, Nancy BERMEO (Editors), *Who Governs Southern Europe? Regime Change and Ministerial Recruitment, 1850-2000*, London, Frank Cass, 2003.

In the last decades of the 19th century, the independence of courts towards government became a highly aired political theme due to the attitude of courts regarding the legal validity of dictatorial legislative acts, *i.e.*, governmental decrees issued when the Houses were not in function and, notwithstanding, entitled with force of law. Once the Parliament was reopened, the government asked for a *bill of indemnity*, which was commonly granted. However, the question of knowing if the courts and administrative offices had to obey these formally unconstitutional statutes was harshly discussed in the Chambers and in the press. As far as we know, the most common decision of courts was to consider as valid these normative acts. Let us detail a bit more.

Marnoco e Sousa, professor in Coimbra and for a short while also Minister, wrote the most complete and authoritative commentary on the issue, defending the inapplicability of dictatorial decrees ⁽³⁰⁾ (pp. 742 ff., 786), although acknowledging that the prevailing trend in Portuguese judicial practice was to comply with such decrees, notwithstanding the existence of a few isolated decisions in the opposite direction. This also occurred even in cases politically sensitive as “freedom of press, freedom of reunion, judicial and administrative organization” (p. 756); or even when reforms of the *Carta (Actos adicionais)* had been introduced [1895, 1907] by dictatorial decrees.

José Tavares ⁽³¹⁾, another influent professor of Coimbra’s Faculty of Law, follows the same line, though with other arguments. Noting that such decrees had become a common practice, both in Italy and in Germany (*[Not] Ordnungen*). Accordingly, he considered that they had turn in a “law of necessity” (*Carta*, art. 145, § 34), a condition for the governance of increasingly more complex and dynamic societies; and not a symptom of «extreme dictator-

⁽³⁰⁾ José FERREIRA MARNOCO e SOUSA, *Direito político. Poderes do Estado. Sua organização segundo a sciencia política e o direito constitucional português*, Coimbra, França Amado, 1910, pp. 742 ff., 786. Quoted authorities supporting the same opinion: Francisco José de MEDEIROS, *Sentenças: direito e processo civil*, Lisboa, M. Gomes, 1904, 5 ss.; Afonso COSTA, *Organização judiciária*, p. 61 ss.

⁽³¹⁾ José TAVARES, *O poder governamental no direito constitucional português*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1909, 169. ss.

ship » (32). Furthermore, the judicial review of these decrees would not be an ordinary practice of the courts, being dominant, by opposite, the courts' compliance with the decrees with force of law (33). He concludes that both constitutional usages and judicial practice endorsed the principle that the safeguard of the Constitution belonged to the parliament and not the courts (cf. art 15, § 7 and 139). Hence, the compliance of the courts with the dictatorial decrees was not a symptom of lack of independency of the judiciary but a positive acknowledgement that the control of the constitutionality was a political, not a legal, matter.

This submission to legislative in these isolated cases does not necessarily mean that the legal elite had given up the project of positing itself as a supreme arbiter of the legal order. On the one hand, these cases didn't represent but a tiny part of the whole legal order, despite its momentarily political relevance; the core of legal order had not mostly to do with those fiscal or administrative matters regulated by dictatorial decrees. On the other hand, the legal elite had been slowly impregnated by the new paradigm of liberal law, finely worked out by the French, Italian and German dogmatics and already tuned up with the intellectual and political mainstream of the epoch — the theory of governmental acts (*Regierungsakten-theorie*). From now on, jurists, judges and politicians were in a new harmony about the preeminence of « governmental governance », which only a disruption of the established legal and political paradigm by a new political wave could endanger.

In the building of this consensus legislation was not the decisive element. On the contrary, legislation surrendered to legal knowledge fuelled by judicial law. Actually, the parliament had become inefficient in the molding of legal order. All the most important codifications, although ratified by the Parliament, were actually prepared by committees of jurists, being generally approved by the Houses almost without changes. Also in legal doctrine, the legislative production was, before the enactment of the great codes,

(32) *I.e.*, with suspension of political guarantees (cf. pp. 175 ss.).

(33) Cf. The decisions of the Supreme Court of 16.7 e 2.8 de 1907.

far less important than the doctrinal legacy ⁽³⁴⁾. Portuguese law came again, after a brief semi-intermission, to a *Professorenrecht*, extended over a *Richtersrecht* ⁽³⁵⁾.

Only a radical change of legal and political paradigm could jeopardize the renewed hegemony of jurists and judges. This radical change could be the rebirth of the ideal of a people's sovereignty not mediated by jurists.

A drastic dismissal of magistracy — the extraordinary dictatorship.

Democrats were not alone in the effort to weaken or even abolish judges' discretion. Politicians with rather different affiliations had also in mind the concentration of power in a sole ruler. Besides the negligible epigones of the old absolutism, supporters of new kinds of dictatorship were also breeding projects of devaluating law, courts, judges and jurists.

This new kind of dictatorship (*extraordinary dictatorship*) was totally different from the kind of dictatorships so widespread in every parliamentary constitutionalism (*ordinary dictatorship*), which was no more than a provisional and partial suspension of the separation of powers, in which the executive used (abnormally) legislative powers (but not judicial attributions), although admitting the illegitimacy of the situation and, therefore, asking, once conditions returned to normality, for a « bill of indemnity », which erased its irregular (criminal) constitutional action.

Very different was the role allocated to courts (and legal dogmatics) in the case of an extraordinary dictatorship.

The idea of extraordinary dictatorship was inspired by the Roman institution of a *dictator*, commissioned by ordinary political organs to rule the *respublica* in a state of exception. In a milder way, J. J. Rousseau returns to the concept, defending « appointment of a supreme leader to silence all the laws and to suspend temporarily the sovereign authority » whenever « the danger [of the republic] is

⁽³⁴⁾ S. António M. HESPAÑA, « Razões de decidir na doutrina portuguesa e brasileira do século XIX. Um ensaio de análise de conteúdo », cit.

⁽³⁵⁾ The assessment of the impact of doctrine over judicial law isn't yet done. Only a content analysis of court decisions can rule the question out.

such that the legal apparatus hinders the defense against it »⁽³⁶⁾, excluding however from dictatorship the power of making laws⁽³⁷⁾. By the second half of the 19th century, some political thinkers linked dictator and legislator to compose a new political concept — that of *sovereign* or *extraordinary* dictatorship —, which will be fully developed by Carl Schmitt⁽³⁸⁾. From then on, this kind of dictatorship is invoked to legitimate the revolutionary situations, where the acts of the new regime cannot be justified by the former constitution, but instead by a constitution which is still *in fieri*⁽³⁹⁾ or by the original constituent power of the people, represented by the revolutionary leading group⁽⁴⁰⁾. Accordingly, François Noël Babeuf (Gracchus)⁽⁴¹⁾ supported the unlimited extent of a dictatorial regime: « A regenerator must see the whole picture. Has to mow all that hinders that obstructs his passage, which may delay the rapid achievement of the aim which was prefixed »⁽⁴²⁾. One of these obstacles could be to entrust to an unprepared people the exercise of its original power, namely by means of general elections. So that the only available mean would be — as his contemporary F. Buonarroti summed up — a revolutionary dictatorship⁽⁴³⁾.

⁽³⁶⁾ V. J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou Principes du droit politique*, Amsterdam, 1762 I. IV. chap. VI. The situation corresponds to what C. Schmitt will call *Ausnahmestand*.

⁽³⁷⁾ Furthermore, the length of dictatorial power must be fixed "in a very short time frame, that in no case can be extended 'extended beyond the period of the dictatorship would become tyranny.

⁽³⁸⁾ Carl SCHMITT, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, 1921; Italian version, *La dittatura*, tr. it. di B. Liverani, Laterza, Bari, 1975. p. 112.

⁽³⁹⁾ The example could be situation in France, after 10.10.1793, when the recent constitution of 1793 was suspend and therefore also the powers of the Convention.

⁽⁴⁰⁾ C. SCHMITT, *La dittatura* [...], p. 11.

⁽⁴¹⁾ F.-N. BABEUF, *Lettre à Joseph Bodson*, in « *Tribun du peuple ou Le défenseur des droits de l'homme* » (Italian version, *Babeuf, Il tribuno del popolo*, a cura di C. Mazauric, Editori Riuniti, Roma, 1977.

⁽⁴²⁾ S. F. N. BABEUF, *Lettre* [...], cit., pp. 251-253.

⁽⁴³⁾ « A people, so strangely removed from the natural order would certainly not have been able to make a good choice, and needed an extraordinary tool that could replace it in a state where it can effectively and not fictionally exercise its full sovereignty », in Filippo Buonarroti, *Cospirazione per l'eguaglianza detta di Babeuf*,

The idea of a revolutionary dictatorship followed its course amidst the revolutionary political thinkers of the 19th century (v.g., Karl Marx), but also amidst those who mistrusted the willingness of the people to accept spontaneously drastic changes in the social and political constitution. In the '20s, Auguste Comte definitely refused suffrage as a useful instrument for enforcing more scientific views on social issues and policies. In a later work — opening with a quote from Joseph de Maistre —, in which the author supports General Boulanger's Caesarism (a "apostle of mankind"), the Chilean Jorge Lagarrigue (1854-1894, founder of the Chilean Positivistic Church) reasserts the anti-suffragists positions of Comte, denouncing E. Littré, who had departed from them, as having sold his soul to the academy and parliamentarism ⁽⁴⁴⁾.

The theme of a revolutionary dictatorship is therefore linked to two anti-parliamentary streams of thought, quite meaningful by the end of the 19th century.

One of them was the authoritarian anti-parliamentarism, which stressed the importance of a strong government freed from the dissolving constraints of a Parliament dominated by the « law of the numbers or of the majorities » and corrupted by particular/plutocratic interests. In this case, courts were not specially under fire. Their mission only suffered a meaningful shift: judiciary function was no longer to enforce the parliamentary law, but the law dictated by a Leader, who was now presented as the true representative, not of the conjunctural majorities, but instead as the impersonification (*Träger*) of the organic will of the Nation. This doctrinal stream reached, in the early 20th century, the contours of a legitimation of personal charismatic dictatorships, as it happened in Italy, Germany, Austria, Spain, Romania, France and also in Portugal. In this legal-political situation, what was expected from courts was an obedient enforcement of legal standards.

The other version of the idea of a revolutionary dictatorship

1828; new edition, Einaudi, Torino, 1982: Cf. also A. Saitta, *Filippo Buonarroti*, Ist. storico per l'età mod. e contemp., Roma, 1972, vol. II, app. D, II, pp. 206-209 (cit. By Fausto GIANI, "Rivoluzione e dittatura", in <http://lafrusta.homestead.com/riv-rivoluzione-e-dittatura.html#anchor-13059>).

⁽⁴⁴⁾ Cf. *La dictature républicaine d'après Auguste Comte*, Paris, Apostolat positiviste, 1888; Brazilian trad: Typ. Apostolado Positivista do Brasil, 1897).

grew among political and social revolutionary movements which spread in the field of the criticism of the parliamentary system. For them, the failures of the representative regime were so deep, as well as corrupting for social and political mores, that only a lasting reeducation of the people in civic virtues could redress the situation for a return to a sane and sound political conviviality. Moreover, social and political corruption was pervasively enshrined in law and institutions, which would corrode any ephemeral reestablishment of democracy. Revolution should therefore bring with it the replacement of the whole of legal and institutional framework and, at the same time, had to put in motion an awesome movement of reeducation of spirits. This would be the strategy of the Soviet Revolution. However, the same issue and solutions alike grew up in every prospect of a radical political change ⁽⁴⁵⁾.

There was a lot of rationality in such proposals. Actually, revolutionary winds didn't blow up a huge amount of leftovers of the previous regimes. As Alexis de Tocqueville had already shown, the most emblematic revolutions had to accommodate much more than isolated debris of the old order ⁽⁴⁶⁾. Old law remained substantially in force; courts and bureaucratic offices were seldom dissolved; magistrates and officers commonly kept their posts; intellectual and political elites went on leading the public sphere. Most of the revolutions were not so radical as to want to eradicate these transitional elements. Others, by opposite, were self-confident enough to admit a reasonable accommodation with them.

A whole revocation of law was hardly considered. Usually, revolutionary leaders tended to think that the sole change of the constitution and the political leadership, along with the effects of revolutionary *pathos*, would be enough to put the legal world on new rails. However, in a short period of time, they would come angrily to the conclusion that, in spite of all these changes, what courts (and, to a certain extent, bureaucracy) were still producing was the old

⁽⁴⁵⁾ V.g., the Chinese Cultural Revolution or, in a different context, the Islamic fundamentalist States.

⁽⁴⁶⁾ Excellent, for the Spanish revolution of 1810, Carlos GARRIGA and Marta LORENTE, *Cádiz, 1812. La constitución jurisdiccional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

law, corroding and eroding silently the novelties of the revolutionary law. Not necessarily because judges or clerks were supporters of the pre-revolutionary state of affairs, but often merely because their institutional *apparatus* and *habitus* directed them towards the established procedures and outcomes. Therefore, the usual paradox of revolutionary regimes, which didn't want to give up the classical ideas of liberal democracy, was that, for the sake of maintaining the maximum of institutional classicism, they were either buried by the judicial repristination of pre-revolutionary law, or condemned to fight an endless and wearing struggle against ordinary courts.

This paradox became clear after the installment of the Portuguese Republic, in 1910 (47).

Some radical Republicans anticipated the tension that would characterize the relations between the new republican program of civic and political reforms, on the one hand, and the pre-revolutionary law and ordinary courts, on the other. According to Basílio Telles' (48) proposals, the Republican revolution should inevitably lead to a permanent Republican dictatorship, freed from the "annoying encumbrance" of parliamentarism (p. 26), and committed to a spirit (a « brain », in his positivistic phraseology) endowed with "a solid scientific education, particularly on social issues, with a methodic conceptive, inventive and ideational capacity [...] If, among us, the parliament isn't but a ridiculous parody, wouldn't be better to dismiss it when it exists a serious plan of government to be promptly and fully implemented?" (49). The dismissal of the Parliament would naturally lead to a weakening of pre-revolutionary law and either a subalternization or governmentalization of the

(47) More than half a century after, the Carnations' Revolution (1974) faced a similar situation, even after the constitutionalization of the regime in 1976, as some jurists and courts considered the very constitution as unconstitutional. Cf. António M. HESPANA, "Discours juridique et changement politique: l'exemple de la révolution portugaise de 1974", em E.-V. Heyen (ed.), *Historische Soziologie der Rechtswissenschaft*, Frankfurt/Main, Vitt. Klostermann, 1986, 107-131.

(48) Basílio TELLES, *As ditaduras. O regime revolucionário*, 1906, 1912; newly republished by Fernando Catroga and Vital Moreira, *As ditaduras. O regime revolucionário*, Coimbra, Atlântida, 1975. 19-31. S. Maria do Rosário MACHADO, *O pensamento político e social de Basílio Teles*, Lisboa, INCM, 2008.

(49) Basílio TELLES, *As ditaduras. O regime revolucionário*, [...] cit., 32.

courts, deemed to enforce it; a deep and fast judicial reform would be the necessary complement. This was not an easy political pathway to a regime which fought the late Monarchy with the argument of disrespecting the law and of domesticating the judiciary, by multiplying courts of exception. Therefore, some more cautious Republicans preferred more discrete strategies, like the « re-population » of courts with republican jurists or the installment of extraordinary courts for extraordinary circumstances (like the monarchist revolts, uprisings or riots). Nevertheless, also these less dramatic measures caused a loud criticism by the tenants of « legality ». A history that has just been told with high proficiency by Luis Bigotte Chorão ⁽⁵⁰⁾, being therefore useless to repeat it here.

It is worth noting that conservative revolutionary regimes didn't experiment this kind of troubles. Here, purges in the democratic judiciary weren't but a supplementary caution ⁽⁵¹⁾, seemingly because there was a fundamental sympathy between the spontaneous *habitus* of magistrates, the institutional apparatus of courts and the new legal order. Furthermore, conservative revolutions' motto was not to change the law and order, but just the opposite — the restoration of the former legal and institutional establishment. In Portugal, one of the meaningful elements of the diverging attitude of jurists and judges towards the two kinds of revolutionary events was surely the legal positivism prevailing in legal doctrine, which had already explained the passivity regarding the dictatorial legislation during the monarchical constitutionalism. Another element was the idea of a long lasting legal order, averse to sudden and dramatic changes, which explained the disaffection of courts against the most polemic Republican legislation. The third element was the principle that the primacy of ordinary jurisdiction or of the « natural judge » ⁽⁵²⁾ were guarantees of the core civic liberties, be they those of *Ancien Regime* ⁽⁵³⁾ or those of liberalism. Nevertheless, once estab-

⁽⁵⁰⁾ Cf. Luis Bigotte CHORÃO, *Política e Justiça na I República*, I. 1910-1915, Lisboa, Letra Livre, 2011.

⁽⁵¹⁾ Although enforced.

⁽⁵²⁾ Opposed to extraordinary or exception courts.

⁽⁵³⁾ About the centrality of common jurisdiction and of the *naturalis iudex* in Ancient Regime' s legal doctrine, v. António Pedro Barbas HOMEN, *Função Jurisdicional e Estatuto Judicial em Portugal 1640-1820*, Coimbra, Almedina, 2003.

lished in power, the Estado Novo soon implemented a new judiciary organization stressing the subordination of judges to the new order, reinforcing the hierarchy within the judicial world, establishing disciplinary guidelines to the judicial interpretation of law.

A milder solution: the theory of governmental acts.

At the end of the 19th century, the German and Italian legal dogmatics developed a new arrangement of political powers whose origins can be traced back till the enlightened despotism: granting the government the main task of directing and ordering society, providing its ordinary regulation and, moreover, replacing Parliament whenever its intervention was demanded by urgency and necessity (*Notstand*). This drastic rearrangement of the balance of powers, favored the upgrading of the former subordinated « executive power » to a governmental power basically on the same level as that of the legislative and therefore entitled to enact decrees with force of law (in Portuguese, *decretos-leis*). The main target of the new understanding of the balance of powers was the Parliament; by opposite, courts were deemed to guarantee the rule of law (*Rechtsstaat*), now conceived as the law enacted by the State; although their range of control of the acts of the government was tellingly restrained. The government had an almost absolute discretion in political matters (*political acts*); administrative courts had a special regime, the appointment and career of the judges depending from administration, and final court decisions needed the confirmation of the ministry. Also military judicial matters were handled by special courts, formed by military officers, occasionally advised by ordinary judges (*assessores*) and ruled by special laws (disciplinary or even criminal military codes). Therefore, the so-called « theory of governmental acts » (*Regierungsaktentheorie*) didn't exclude the guarantee of the rule of law by courts, although according to a milder regime which subordinated them to the government enacted positive law and, in politically decisive matters, curtailed their neutrality and independence ⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵⁴⁾ On the theme, for Portugal (with reference to foreign doctrinal influences),

Reading the Portuguese constitutionalists of the period between the two centuries, specially José Frederico Laranjo, Marnoco e Sousa, José Alberto dos Reis and José Tavares, one would find a clear appreciation of Government, which departs from the *Carta*, both as they devalue the liberal inorganic suffrage, diminish the role of the king — and, therefore, of his *moderating* power (*poder moderador*) — (55), as well as the role of courts. At the heart of constitutional theory is, now, this complex institutional compound that organizes social activities, ruling it, forcing it to comply with public needs, in various fields — the Government. The central constitutional problem ceases to be the way of binding the State activity to its traditional sources of legitimation (king, the people, the rule of law) to become the building of an institutional model that would mould the State action — which would make it predictable and controllable — without hampering its dynamism or subdue it to particular or private interests — besides incrementing governance. In essence, a way of resolving, at the institutional level, what some authors considered, at the logical level, a fallacy (*petitio principia*) — a State whose legitimation is solely the law enacted by itself.

Conclusion.

Summing up. One may say that the transitional period between the 19th and the 20th century accommodated two major models concerning the relation between legislature and magistracy.

The first one was typical of the legal construction of the *Rechtstaat*, in which courts were deemed to enforce neutrally the law of the State, be it the parliamentary law or the decrees of the government, even when abusively promulgated out of the Houses and without its *a posteriori* ratification (*bill of indemnity*). The irrelevance of magistracy as a socially dignified or well paid career made easier for the government the political control of the judiciary, unbalancing their political relationship (56). By opposite, at the legal

cf. Antonio M. HESPANHA, *Guiando a Mão Invisível - Direitos, Estado e Lei no Liberalismo Monárquico Português*, Coimbra, Almedina, 2004, cap. 13.

(55) Cf. MARNOCO e SOUSA, *Direito político* [...], cit., 27.

(56) Although, at local level, magistrates could still play a social and political non negligible role.

level, courts represented a fraction of the hegemonic elite of jurists, which, in fact, went on framing sustainably social life. In the *paramount level* of politics, the presence of some judges in the Houses or amidst the political elite could assert the political *entente* between jurists, judges and politicians amidst the ruling classes.

The second model was typical of the radical revolutionary movements which aimed to change the 19th century parliamentarism into a democratic direction, as it happened in Portugal with the advent of the Republic in 1910. Limited by their previous criticism against the subordination of courts to law, against laws of exception (*leis de exceção*), against the installment of special courts, against the disrespect for the judicial guarantees of detainees and defendants, the Republican authorities managed the relations with magistracy with a obvious discomfort, often erupting in an open hostility. As before, in the *Cortes* of 1820, courts were under the fire of most of the republicans, although the official strategy was usually to channel the expression of this disaffection to the press or to popular meetings and riots⁽⁵⁷⁾. However, the need to deurate or reeducate the magistrates was often voiced in the Houses. After all, magistrates were not an exception to the common citizen; they must stick together with the reforms approved the representatives of the Republican People. By opposite, magistracy, as a whole, became a hostile element towards political change, whenever it jeopardized the established law courts were deemed to enforce. Therefore established rights often prevailed against the republican efforts to change legality; or counter-revolutionary acts were considered legitimate exercise of freedom of opinion, freedom of manifestation, self-defense, etc., being absolved by the courts⁽⁵⁸⁾.

(57) Cf. Luis Bigotte CHORÃO, *Política e Justiça na I República*, cit.

(58) An example is leniency of the military court which judged, in 1925, the implicated in the so-called « Revolução de 18 de Abril », where the public prosecutor (General Óscar F. Carmona, later on, President of the Republic, during the Estado Novo) stated: « The sick Motherland accuses and judges in this court its dearest children » (Raul Esteves, Filomeno da Câmara and Sinel de Cordes, known representatives of anti-republican wings).

MARTA LORENTE SARIÑENA (*)

LA DOCTRINA LEGAL Y EL SILENCIAMIENTO DE LOS JURISTAS EN UNA ESPAÑA SIN CÓDIGO (1808-1889)

1. A modo de introducción: las dificultades del historiador. — 2. Los orígenes del Tribunal Supremo: el estado de la historia. — 3. Revolución/reforma de la justicia tras la pérdida del Imperio: el estado de la doctrina. — 4. La doctrina legal: el estado de la legislación. — 5. Motivación y casación: el estado de la jurisprudencia.

1. *A modo de introducción: las dificultades del historiador.*

« Si bien es título todo negocio jurídico obligacional que sirva de base para la transferencia de un derecho real, se destaca entre ellos la compraventa, que es un contrato consensual, oneroso y bilateral, cuyo propósito es servir de transferencia del dominio sobre bienes inmuebles. Véase: [...] L. Díez-Picazo y A. Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, 6ta. ed., Madrid, Ed. Tecnos, 1989, vol. II, p. 280 [...] ».

Este párrafo procede de una sentencia dictada por un alto Tribunal de Justicia, los autores mencionados en él son dos reconocidos civilistas españoles y la obra referenciada un famoso *Manual* que ha venido siendo utilizado en las últimas décadas por miles de estudiantes de Derecho repartidos por toda la geografía peninsular. Armado con los anteriores datos, cualquier observador identificaría como español el tribunal que en su momento dictó el párrafo transcrito, mientras que, por el contrario, cualquier conocedor de la práctica judicial peninsular localizaría de inmediato en él la existencia de un elemento extraño, o cuando menos, poco habitual. Y es que la remisión a la doctrina jurídica en las sentencias de jueces y

(*) DER2010-21728-C02-02. Agradezco a J.M^a Miquel, A.M. Morales y A. Macía sus informaciones, sugerencias y comentarios.

tribunales brilla por su ausencia, por lo que es el Tribunal Supremo de Puerto Rico, y no ningún colegio de magistrados español, el autor del párrafo que he traído aquí a colación ⁽¹⁾.

Las presentes páginas no se detendrán el peculiar caso puertorriqueño, sino que por el contrario se centrarán en esa, digámoslo así, también peculiar actitud de la judicatura española que la ha llevado a obviar a la doctrina abierta y conscientemente en sus sentencias. A pesar de que no vincularé el análisis de dicha actitud a los problemas de la judicatura española en general, o al más concreto que atañe a la formación/selección de sus miembros ⁽²⁾, conviene no obstante recordar el hecho de que la ignorancia de algunos jueces puede llegar a adquirir proporciones desmesuradas. El lector podrá apreciar lo que de cierto hay en esta afirmación en el siguiente « considerando » de una sentencia proferida por cierto Juez municipal sustituto: « Que el demandante trata de apoyar su tesis en las manifestaciones de un tal Kelsen que, no siendo parte en los autos ni habiendo sido propuesto como testigo a su tiempo, carece de todo valor para este Juzgado a la hora de fallar el asunto, sobre todo si se tiene en cuenta, además, que tales manifestaciones no han sido tampoco traídas a estos autos mediante testimonio notarial o judicial suficiente » ⁽³⁾.

Bromas aparte, hasta donde se me alcanza no existe un estudio que explique en profundidad las razones del ruidoso desencuentro entre jurisprudencias, el cual, como no podría ser de otra manera, no sólo tiene más de apariencia que de realidad ⁽⁴⁾, sino que además no

⁽¹⁾ La sentencia que he utilizado como ejemplo lleva fecha del año 2006 y puede encontrarse en: <http://www.ramajudicial.pr/ts/2006/2006TSPR100.pdf>

⁽²⁾ Una crítica respecto de la situación de la magistratura española en A. NIETO, *El desgobierno judicial*, Madrid, Trotta, 2004. Ya en concreto, sobre la problemática formación de los jueces se extienden F. MALEM SEÑA, F. J. EZQUIAGA GANUZAS, P. ANDRÉS IBAÑEZ, *El error judicial. La formación de los jueces*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

⁽³⁾ Recogido en la Sección « Visto y oído » del *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 4, 1969, p. 632.

⁽⁴⁾ Resulta oportuno traer aquí un ejemplo significativo. Un relevante grupo de profesores de derecho civil elaboraron una serie de documentos puramente doctrinales con apariencia legal (sobre su proceso de elaboración y traducción, véase, M. MARTÍN, *Reflexiones sobre la elaboración de unos principios europeos de responsabilidad civil*, 2002, <http://www.asociacionabogadosrcs.org/ponencias/pon2-7.pdf>) que vienen siendo citados

puede generalizarse en la medida en que aun cuando siga siendo limitada, la cita de autores tiene hoy un lugar en la jurisprudencia de jueces y magistrados españoles. En todo caso, el pertinaz silenciamiento de la jurisprudencia doctrinal en la estrictamente judicial responde a una tan vieja como potente tradición española que ha sobrevivido a los más radicales cambios políticos. Ni siguiera la entrada en vigor de la actual primera norma ha cambiado esencialmente este particular estado de cosas, a pesar de la Constitución de 1978 estableció un Tribunal Constitucional que al recibir de la primera norma todos los atributos fundamentales ⁽⁵⁾, no tuvo que responder o sujetarse a tradición autóctona alguna ⁽⁶⁾, y que sus primeros integrantes, conscientes de ello, adoptaron varias decisiones en orden a marcar las distancias entre el nuevo Tribunal y el aparato de justicia heredado que la propia Constitución había convertido en poder judicial ⁽⁷⁾. Una de ellas afectó a la forma de sus futuras sentencias; nos la describe uno de los protagonistas de aquel tiempo, Francisco Tomás y Valiente:

« Nos enfrascamos también a discutir la sintaxis de nuestras futuras sentencias y decidimos, no por unanimidad, arrumbar esos gerundios iniciales de ‘resultando’ y ‘considerando’. Yo confieso que hubiera sido incapaz de escribir una sentencia con un párrafo necesariamente encabezado por un gerundio u otro » ⁽⁸⁾.

Más allá de lo que con dificultad puede considerarse una anécdota ⁽⁹⁾, lo cierto es que el Tribunal fue también muy consciente de la relación existente entre la fuerza vinculante de la jurispruden-

con profusión por el Tribunal Supremo y varias Audiencias españolas. Esta precisa cuestión ha sido tratada por F. Cortese en una reciente intervención: « Principios europeos de la responsabilidad civil en la jurisprudencia » (Seminario Prof. E. García de Enterría, Facultad de Derecho, Universidad Complutense Madrid, 2 marzo 2011).

⁽⁵⁾ M. GARCÍA-PELAYO, *El ‘status’ del Tribunal Constitucional*, en « Revista Española de Derecho Constitucional », 1, 1981, pp. 13-14.

⁽⁶⁾ P. CRUZ VILLALÓN, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, CEC, 1987.

⁽⁷⁾ P. ANDRÉS IBAÑEZ, C. MOVILLA ALVAREZ, *El poder judicial*, Madrid, Tecnos, 1986.

⁽⁸⁾ F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Tribunal Constitucional*, en Id., *Obras Completas*, Madrid, CEPC, 1997, t. V, p. 4149.

⁽⁹⁾ Los gerundios que tanto molestaban a Tomás y Valiente habían sido ya valorados muy negativamente por otro miembro del primer Tribunal: L. Díez-Picazo,

cia y la manera de escribir las sentencias, por lo que puso especial énfasis en la cultura de la motivación judicial tratando de dar ejemplo con una mayor claridad expositiva en sus razonamientos y con un tratamiento más riguroso de sus propios precedentes ⁽¹⁰⁾. Aunque no fue precisamente poco, hasta aquí se extienden las novedades, ya que el nuevo Tribunal no consideró conveniente, y mucho menos necesario, la cita de autores y obras en orden a apuntalar y/o explicar sus argumentaciones, como bien puede comprobarse en la jurisprudencia constitucional producida en los últimos treinta años ⁽¹¹⁾. Y no sólo: el más ligero análisis de la reflexión académica más solvente sobre el « sistema de fuentes » del actual orden constitucional español, novedosa por lo demás en la cultura jurídica española ⁽¹²⁾, muestra que la ausencia de remisiones a obras jurídicas ni siquiera ha sido considerada una temática digna de ser tomada en cuenta ⁽¹³⁾.

El largo silencio judicial español constituye un escollo insalvable para el historiador. La ya casi bicentenaria ausencia de remisiones expresas a la doctrina en las sentencias de jueces y tribunales no sólo impide documentar la relación existente entre ambas producciones jurisprudenciales, sino sobre todo dar cuenta de las preferencias, tendencias o transformaciones en la jurisprudencia de los tribunales entendidas como ecos o rechazos de la « otra » jurisprudencia. Soy consciente, no obstante, de que vengo utilizando confusamente este último término, puesto que con independencia de

Reflexiones sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo. (La jurisprudencia en broma y en serio), en « Revista de Derecho Privado », XLVIII, 1964, pp. 925-936.

⁽¹⁰⁾ V. FERRERES, *Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia*, en V. FERRERES, J.A. XIOL, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 43-79.

⁽¹¹⁾ No obstante, algunos miembros del Tribunal utilizan la cita de autores en los votos particulares, como por ejemplo en suscrito por el Magistrado Rodríguez-Zapata en la STC 47/2010, de 8 de septiembre de 2010 (BOE núm. 246, de 11 de octubre de 2010).

⁽¹²⁾ Para un análisis de la situación del « derecho político » en España antes de la entrada en vigor de la Constitución siguen siendo clarificadoras las palabras de F. RUBIO LLORENTE, *Nota preliminar a la edición española a la obra de F. STEIN, Derecho político*, Aguilar, Madrid, 1973, pp. XI y ss.

⁽¹³⁾ I. DE OTTO Y PARDO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, en Id., *Obras Completas*, Oviedo, Universidad de Oviedo/CEPC, 2010, pp. 681-1109.

que sea un lugar común entre especialistas hacer reparar en la degradación de su significado original ⁽¹⁴⁾, lo cierto es que pocos son los no iniciados que admiten hoy en España otra inteligencia del término jurisprudencia que no sea la que lo identifica en exclusiva con la actividad de la judicatura ⁽¹⁵⁾. Es más, significativos miembros de esta última han fundamentado en términos constitucionales la reducción de su campo semántico: así, por ejemplo, según el Magistrado del Tribunal Supremo y Presidente de su Sala Primera, Juan Antonio Xiol, el significado de la voz ha cambiado hoy por completo « dado que en el Estado de Derecho éste acaba siendo definido de manera irrevocable por los tribunales, hoy, en una aceptación amplia, la jurisprudencia ha pasado a ser la doctrina o criterios de interpretación del Derecho establecida por los tribunales de cualquier clase y categoría, al decidir las cuestiones que se les someten [...] » ⁽¹⁶⁾. Tengo para mí, sin embargo, que la mutación semántica no explica por sí mismo las razones que han llevado a la judicatura española a silenciar parcialmente la procedencia de los textos utilizados en orden a la realización de la tarea que les ha sido encomendada. Porque, si tal y como afirma el mismo Presidente Xiol apoyándose en la opinión de Nabal Recio, « la jurisprudencia no es una creación del Tribunal Supremo. Es una reelaboración que el Tribunal hace con materiales de muy diferente procedencia, con los estudios doctrinales, con sus propias resoluciones y las de los tribunales de instancia, con las alegaciones de profesionales y litigantes [...] » ⁽¹⁷⁾, no se entiende muy bien que sean los *estudios*

⁽¹⁴⁾ J.L. HALPÉRIN, *Orígenes de la noción moderna de jurisprudencia. Una obra jurídica del Tribunal de Casación bajo la Revolución Francesa*, en *Derecho privado y Revolución burguesa*, coord. Por C. Petit, Madrid, Marcial Pons, 1990, pp. 133- 156.

⁽¹⁵⁾ Si bien el *Diccionario de Autoridades*, que fue publicado entre 1726 y 1739, por jurisprudencia entendió en exclusiva la « Ciencia del derecho. Es voz puramente latina » (<http://buscon.rae.es/nille/SrvltGUIMenuNille?cmd=Lema&sec=1.0.0.0.0>), en la última versión del *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*, 22ª ed., 2001, se hace hincapié en otros significados: « Jurisprudencia: 1. Ciencia del derecho. 2. Conjunto de las sentencias de los tribunales. 3. Criterio sobre un problema jurídico establecido por una pluralidad de sentencias concordadas (<http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPOBUS=3&LEMA=jurisprudencia>) ».

⁽¹⁶⁾ *Notas sobre la jurisprudencia*, en V. FERRERES, J.A. XIOL, *El carácter*, cit., p. 81.

⁽¹⁷⁾ Ivi, p. 102.

doctrinales los únicos privados de identificación de autoría en las sentencias, lo que desde luego no ocurre con el resto de los *materiales reelaborados* (18).

Dadas las condiciones, el historiador de las relaciones entre « *dottrina e giudici* » contemporáneos se ve obligado a acudir a otras estrategias más complejas que la basada en el simple seguimiento de la suerte de la primera en las sentencias de los segundos. Unas estrategias que, sin embargo, le conducen a terrenos muy diversos que si algo tienen en común es su difícil delimitación: así, por ejemplo, cabría hablar de la reforma de las enseñanzas de derecho y su incidencia en la selección y labor de jueces y magistrados, de la compleja sociología de la clase jurídico-política española y de su dinámica ascendente a lo largo del XIX español o, incluso, de la historia de sus diferentes medios de expresión en la cual brilla con luz propia la irrupción de la prensa jurídica en la década de los treinta del Ochocientos. Mas, en todo caso, creo que tanto las anteriores como otras similares o posibles estrategias se toparían siempre con un dato que sirve para fechar lo que bien puede calificarse como « *silenciamiento de la doctrina en la jurisprudencia de los tribunales* », el cual, por lo que a España se refiere, coincidió con el nacimiento de una expresión, la « *doctrina legal* » (19), cuya inteligencia, como dirían algunos muchos años después, resultaba y resulta de difícil definición « *en medio de la incertidumbre de su concepto* » (20). Así pues, identificar los sin duda problemáticos orígenes de la doctrina legal, enumerar sus características principales y valorar su significado y función en la cultura jurídica de un Ochocientos de transición, serán los objetivos perseguidos por las presentes páginas, incapaces como son por su brevedad de responder de otra manera a la interrogante que se plantea la existencia o inexistencia de vasos comunicantes entre ambas jurisprudencias. Así planteada, esta reflexión se sitúa a grandes rasgos entre dos fechas

(18) J.A. XIOL, *El precedente judicial y otros estudios sobre el proceso administrativo*, Madrid, Colegio Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, 2005.

(19) A. SERRANO, *Dogmática jurídica y análisis sociológico: el derecho histórico de la doctrina legal*, en « *Doxa* », 10, 1991, pp. 173-200.

(20) F. CLEMENTE DE DIEGO, *La jurisprudencia como fuente de Derecho*, Madrid, Reus, 1925, p. 144.

que marcaron un antes y un después en el estado de las cosas: de un lado, 1808, esto es, el momento que asistió a la crisis de la Monarquía Católica, de otro, 1889, año en que se promulgó en España el primer Código Civil en 1889, cuyo título preliminar (« De las Leyes, de sus efectos y de las reglas generales para su aplicación ») determinó por primera vez lo que con posterioridad se definirían como « fuentes del derecho » (21), entre las cuales, por cierto, no incluyó expresamente ninguna de las dos jurisprudencias.

2. *Los orígenes del Tribunal Supremo: el estado de la historia.*

La expresión « doctrina legal » apareció por primera vez del Real Decreto de 4 de Noviembre de 1838 sobre recursos de nulidad, en cuyo en el artículo 7 se dispuso que « el recurso de nulidad puede interponerse en el Tribunal superior *a quo* [...] por escrito firmado de letrado, en que se citen la ley o doctrina legal infringida ». A pesar de que ya nadie (22), o, mejor, casi nadie (23), se esfuerza en equiparar los españoles recursos de nulidad con la casación francesa (24), de lo que tampoco cabe duda es de que la norma de 1838 transformó una institución cuyos orígenes no se perdían en una medieval noche de los tiempos (25). A diferencia de lo acontecido con la voz *audiencia* (26), el término Tribunal Supremo referido a una concreta institución apareció por primera vez en el cuerpo de la Constitución de 1812, no obstante lo cual el Tribunal doceañista distó mucho del que será responsable de gestionar el significado de

(21) La expresión fue incorporada muy tardíamente a la doctrina española. Un ejemplo en F. CLEMENTE DE DIEGO, *Fuentes del Derecho Civil español*, Madrid, Ed. Publicaciones de la Residencia de Estudiantes, 1922.

(22) Es afirmación de M. COCA, *La doctrina legal*, Barcelona, Bosch, 1980, p. 3.

(23) A. SÁNCHEZ ARANDA, *Del arbitrio judicial a la doctrina legal en materia civil: la recepción « imperfecta » de la casación francesa en el constitucionalismo gaditano*, en « Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche », 5, Julio 2009, pp. 113-128.

(24) J.F. LASSO GAITE, *Evolución histórica de la casación civil en España*, en « Revista de Derecho Procesal Iberoamericano », 1, Enero-Marzo 1971, pp. 127-183.

(25) L. MORENO PASTOR, *Los orígenes del Tribunal Supremo, 1812-1838*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989.

(26) C. GARRIGA, *La Audiencia y las Chancillerías castellanas (1371-1525). Historia política, régimen jurídico y práctica institucional*, Madrid, CEC, 1994.

la expresión doctrina legal a partir de 1838. Sin embargo, este último colegio de magistrados debió mucho a la reposición en la década de los treinta de la Constitución de 1812 en todo o en parte, lo que obligó a (re)formular los recursos de nulidad doceañistas en 1838. A su vez, estos recursos eran el resultado de una serie de discusiones en el curso de las cuales se identificaron los principales elementos de una problemática que marcará decisivamente la cultura jurídica y las prácticas institucionales de un Ochocientos sin Código. Dicha problemática, sin embargo, provenía del complejo universo jurisdiccional previo, que arrastró hasta 1808 dos capítulos vinculados directamente con el tema que nos ocupa y estrechamente relacionados entre sí. Veámoslo con cierto detenimiento.

El primero se corresponde con la por entonces indiscutida vigencia de la famosa proscripción de la motivación de las sentencias, que si bien tenía origen castellano, se extendió a otros territorios de la Monarquía a lo largo del Setecientos (27). El segundo, más complejo, se refiere a lo que por abreviar podemos definir como supuesto ahogamiento de la « legislación patria », identificada a su vez con su propia historia (28), por obra de las doctrinas de los autores del *ius commune* tardío (29). No interesa aquí referirnos ni a las ficciones creadas en el curso de la operación (30), ni menos todavía a la inabarcable problemática de la reforma de las enseñanzas universitarias (31), sino simplemente subrayar que a la alturas de 1808 jueces mudos convivían con fiscales y abogados parlanchines

(27) C. GARRIGA, M. LORENTE, *El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489- España, 1855)*, en Id., *Cádiz 1812. La Constitución jurisdiccional*, Madrid, CEPC, 2007, pp. 261-312.

(28) J. VALLEJO, *De sagrado arcano a Constitución esencial. Identificación histórica del derecho patrio*, en *Los Borbones. Dinastía y memoria de nación en la España del siglo XVIII*, con una presentación de P. Fernández Albaladejo, Madrid, Marcial Pons/Casa de Velázquez, 2002, pp. 423- 484.

(29) P. ALONSO, *Derecho patrio y Derecho común en la Castilla moderna*, en *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI.XIX). Atti del Convegno internazionale, Alghero, 4-6 novembre 2004*, a cura di I. Birocchi e A. Mattone, Roma, Viella, 2006, pp. 101-126.

(30) B. CLAVERO, 'Leyes de China': *orígenes y ficciones de una historia del derecho español*, en « Anuario de Historia del Derecho Español », 52, 1982, pp. 193-221.

(31) M. PESET, *Derecho romano y derecho real en las universidades del siglo XVIII*, en « Anuario de Historia del Derecho Español », 45, 1975, pp. 273-339.

en todos los territorios de la Monarquía ⁽³²⁾, siendo así que tanto para los primeros como para los segundos las opiniones de los jurisconsultos no sólo gozaban de una indiscutible autoridad sino que constituían los instrumentos básicos de la comprensión y lectura de aquel orden jurídico premoderno ⁽³³⁾. Ciertamente es que a lo largo del Setecientos hispánico significativos juristas se empeñaron en imprimir un giro en la política del derecho de la Monarquía incidiendo en la necesidad de priorizar la legislación patria sobre las opiniones de los jurisconsultos, pero la existencia de inteligentes críticos ⁽³⁴⁾, o de esforzados componedores ⁽³⁵⁾, ni quebró los fundamentos del orden de la muy católica Monarquía ⁽³⁶⁾, ni mucho menos alteró sus lógicas internas. Conviene detenerse en una de ellas debido a que le aguardará un esplendoroso futuro a lo largo de un Ochocientos ya exclusivamente español; en palabras de uno de sus más feroces críticos:

«Porque en llegando a las leyes reales que derogan expresamente alguna máxima de derecho civil, de tal modo se las comenta y tales tornillos

⁽³²⁾ De extraordinario valor para documentar este punto: *La Nueva Galicia en el ocaso del Imperio español. Los papeles de derecho de la Audiencia de la Nueva Galicia del Licenciado Juan José Ruíz Moscoso, su agente fiscal y regidor del Ayuntamiento de Guadalajara, 1780-1810*, estudio y edición a cargo de R. Diego-Fernández y M. Mantilla, 4 tt., Zamora, Mich., El Colegio de Michoacán, 2003. Dos reflexiones sobre el mismo en A. MAYAGOITIA, *Notas sobre los alegatos impresos mexicanos*, en *Memoria del X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, México, UNAM-ELD, 1995 (utilizo la versión digital de esta publicación: <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/819/4.pdf>), y C. Tormo, *El abogado en el proceso y la información en los informes jurídicos del XVIII*, en «Ius Fugit. Revista de estudios histórico-jurídicos de la Corona de Aragón», 10-11, 2001-2003, pp. 887-939. Una aproximación a las más conocidas alegaciones de los fiscales del Consejo en S. CORONAS, *Ilustración y Derecho. Los fiscales del Consejo de Castilla en el siglo XVIII*, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991.

⁽³³⁾ C. GARRIGA, *Orden jurídico y poder político: la tradición jurisdiccional*, en C. GARRIGA, M. LORENTE, *Cádiz 1812*, cit., pp. 43-72.

⁽³⁴⁾ J. FR. DE CASTRO, *Discursos críticos sobre las Leyes y sus intérpretes, en que se demuestra la incertidumbre de éstos, y la necesidad de un nuevo y metódico cuerpo de Derecho para la recta administración de Justicia*, Madrid, Joachim Ibarra, 1765, 2 tt.

⁽³⁵⁾ T. M. FERNÁNDEZ DE MESA, *Arte histórica y legal de conocer la fuerza y uso de los Derechos Nacional y Romano en España*, Valencia, Vda. Gerónimo Conejos, 1747.

⁽³⁶⁾ B. CLAVERO, *La disputa del método en las postrimerías de una sociedad: 1789-1808*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», XLVIII, 1978, pp. 307-334; *La idea de código en la Ilustración jurídica*, en «Historia. Instituciones. Documentos», V, 1979, pp. 49-88.

las dà para conciliarlas con el Derecho común con que vienen à estar acordes, y como si no tuviesen alguna nueva decisión: Fundados el Gómez y los demás en el axioma, de que la derogación de las leyes es odiosa, y debe evitarse hasta impropriad las voces y clausulas de la ley, a fin de conciliarla, en cuyo supuesto representando como verdaderas leyes à las romanas, no hay ficción, ni sentido extravagante, que no se les de para dexar inútiles nuestras leyes »⁽³⁷⁾.

Ahora bien, debe recordarse que « el Gómez y los demás » no eran los únicos culpables de lo que con dificultad se puede denominar simplemente acumulación normativa, sino que, como dijera Martínez Marina, la incoherente situación de los Códigos españoles debía mucho a la interiorización del famoso axioma que identificaba la derogación con una operación diabólica ya que según nuestro ilustrado — y aquí un tanto imaginativo — canónigo, mientras que « D. Alonso X los derogó todos, Don Alonso XI los autorizó todos »⁽³⁸⁾. En definitiva, cuando se derrumbó la Monarquía las obras de los juristas más conocidos reproducían esencialmente las categorías básicas de la cultura jurisdiccional⁽³⁹⁾, siendo así que éstas determinaban no sólo la estructura corporativa de las sociedades hispánicas sino también el diseño y el funcionamiento de sus correspondientes dispositivos institucionales⁽⁴⁰⁾.

Sin duda, todas y cada una de las cuestiones relacionadas hasta aquí son bien conocidas, pero lo que me interesa subrayar es que las críticas a la situación de la justicia, más o menos ilustradas⁽⁴¹⁾,

⁽³⁷⁾ P. DE MORA Y JARABA, *Tratado crítico. Los errores del derecho civil y los abusos de los jurisperitos*, Madrid, [s.e.], 1748, p. 218.

⁽³⁸⁾ F. MARTÍNEZ MARINA, *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*, en Id., *Obras escogidas*, estudio preliminar y edición de J. Martínez Cardos, BAE, t. CXCIV, Madrid, Atlas, 1965, p. 379.

⁽³⁹⁾ A. AGÜERO, *Las categorías básicas de la cultura jurisdiccional*, en *De la justicia de jueces a la justicia de leyes. Hacia la España de 1870*, coord. por M. Lorente, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp. 21-58.

⁽⁴⁰⁾ A. LEMPÉRIÈRE, *Entre Dieu et le Roi, la République. Mexico, XVIe-XIXe siècles*, París, Les Belles Lettres, 2004; A. AGÜERO, *Castigar y perdonar cuando conviene a la República. La justicia penal de Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

⁽⁴¹⁾ J.M. SCHOLZ, *De camino hacia el templo de la verdad. La crítica de la justicia en el siglo XVIII español*, en AA.VV. *Mayans y la Ilustración. Simposio Internacional en el Bicentenario de la muerte de Gregorio Mayans*, Valencia, Ayuntamiento de Oliva, 1981, t. II, pp. 573-609.

tuvieron una escasa incidencia en la práctica un foro que si por algo se caracterizó fue por su tan inmanejable como imparabile fraccionamiento. Lejos de adoptar una lógica tendencialmente unificadora, la política de la Monarquía se identificó con la multiplicación de corporaciones dotadas de fuero privilegiado, esto es, con el aumento hasta el infinito de las esferas jurisdiccionales y de sus correspondientes conflictos ⁽⁴²⁾, lo que sin duda constituirá uno de los más pesados legados a ambas orillas del Atlántico ⁽⁴³⁾. Una vez quebrada la Monarquía ⁽⁴⁴⁾, se abordaron las que por aquel entonces se identificaron como disfunciones de la justicia, plasmándose las soluciones imaginadas en el principal cuerpo normativo de un particular experimento constitucional ⁽⁴⁵⁾, que lo fue entre otras cosas por desbordar tanto la geografía cuanto la cronología estrictamente peninsulares ⁽⁴⁶⁾. Pues bien, y como ya se ha sugerido, las decisiones tomadas en el seno de esta particular experiencia constitucional bihemisférica delimitaron posteriormente las especiales naturaleza y estructura de los recursos de nulidad que con posterioridad dieron origen a la doctrina legal española.

La primera compete a la reforma de la justicia heredada, tanto en lo que respecta a su planta como a sus procedimientos ⁽⁴⁷⁾. De ella destacaré simplemente la ya anunciada creación de un Tribunal Supremo (art. 259), cuya instalación conllevaba implícitamente la supresión de todo Consejo o Junta patrimonial que en el pasado

⁽⁴²⁾ F. MARTÍNEZ, *Estrépito de Tribunales. Competencias de jurisdicción en la España de Carlos IV*, en «La América de Carlos IV. Cuadernos de Investigaciones y Documentos», III, 2007, pp. 11-96.

⁽⁴³⁾ P. ALONSO, *Orden procesal y garantías entre Antiguo régimen y constitucionalismo gaditano*, Madrid, CEPC, 2008.

⁽⁴⁴⁾ J.M. PORTILLO, *Crisis e Independencias. España y su Monarquía*, en «Historia mexicana», LVIII, 1, Julio-Septiembre 2008, pp. 99-134.

⁽⁴⁵⁾ Sobre sus particularidades como modelo véanse: C. GARRIGA, M. LORENTE, *Cádiz 1812*, cit.; M. LORENTE, *La Nación y las Españas. Territorio y representación en el constitucionalismo gaditano*, Madrid, UAM, 2010.

⁽⁴⁶⁾ J.M. PORTILLO, *La Constitución en el atlántico hispano*, en «Fundamentos», 6, 2010, pp. 123-178.

⁽⁴⁷⁾ F. MARTÍNEZ, *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español (1810-1823)*, Madrid, CEPC, 1999; P. ALONSO, *Orden procesal*, cit.

hubiera administrado justicia ⁽⁴⁸⁾. A pesar de que la sola existencia del Tribunal proyectaba una cierta imagen unitaria ¿de qué Tribunal se trataba? ¿comenzó aquí, como sucediera *grosso modo* en Francia, la mutación semántica del término jurisprudencia? La lectura de dos artículos constitucionales bastará para responder a las anteriores cuestiones. La Constitución afirmó que *tocaba* al Tribunal « conocer de los recursos de nulidad con el preciso efecto de reponer el proceso, devolviéndolo, y hacer efectiva la responsabilidad de que trata el artículo 254 » ⁽⁴⁹⁾, siendo así que este último dejó bien claro que « Toda falta de observancia de las leyes que arreglan el proceso en lo civil y en lo criminal hacen responsables personalmente a los jueces que la cometieran ». Los recursos de nulidad fueron desarrollados en una normativa posterior que incidió en la estrecha vinculación entre infracción de cualesquiera normas procesales y responsabilidad personal de jueces y magistrados ⁽⁵⁰⁾, debiéndose recordar no sólo que la depuración de esta última se convirtió en una autentica obsesión durante los dos primeros periodos constitucionales, sino que además intranquilizó profundamente a los jueces ⁽⁵¹⁾. En todo caso, objetivo del recurso de nulidad, que por lo demás reestructuraba en términos constitucionales un remedio procesal conocido ⁽⁵²⁾, respondió más al establecimiento de mecanismos jerarquizados de control de la responsabilidad personal de los miembros del aparato que a pretensión nomofiláctica alguna ⁽⁵³⁾, por lo que no debe extrañar que las causas criminales quedaron

⁽⁴⁸⁾ F. BARRIOS, *España 1808. El gobierno de la Monarquía*, Madrid, Real Academia de la Historia, 2009.

⁽⁴⁹⁾ Art. 261, noveno.

⁽⁵⁰⁾ Así, por ejemplo, P. Lezcano y Cortés e I. Jusue y Barreda fueron separados de sus cargos de justicia como consecuencia de sendos recursos de nulidad. Sus expedientes personales en Archivo Histórico Nacional (=AHN), Jueces y Magistrados (=JM), 4547/4708 y 4516/4112 respectivamente.

⁽⁵¹⁾ Hasta el punto de que la Audiencia de Extremadura llegó a consultar al Tribunal Supremo sobre si debía o no procesar a « quienes no daban cuenta al tercer día de las causas que se formen en su territorio ». Archivo del Congreso de los Diputados (=ACD), Serie General (=SG), leg. 72, exp. 20.

⁽⁵²⁾ P. ALONSO, *Orden procesal*, cit., p. 76.

⁽⁵³⁾ M. LORENTE, *División de poderes e interpretación de la ley*, en *Materiales*, cit., pp. 401-420.

privadas de él ⁽⁵⁴⁾. En resumidas cuentas, aun cuando el constitucionalismo gaditano dejó como herencia la existencia misma de un Tribunal, éste se asimiló en parte a los antiguos Consejos, sobre todo si se recuerda la decidida apuesta doceañista por que « todas las causas civiles y criminales » fenecieran el territorio de las Audiencias (art. 262) ⁽⁵⁵⁾.

Ahora bien, y la siguiente es la segunda de las decisiones gaditanas, ¿en qué términos debían expresarse las mencionadas Audiencias en sus sentencias? Las Cortes Generales y Extraordinarias ni siguiera se molestaron en discutir un proyecto presentado por el Diputado Cea en el que propuso « precisar a los magistrados a fundar sus sentencias » ⁽⁵⁶⁾. Cea pensaba así cortar con una práctica que decía conocer bien: « La inteligencia arbitraria pende de las glosas, que parece fue el más antiguo modo de interpretar la ley; otros la toman de los tratadistas especiales, ya por las resoluciones ó decisiones varias de controversias de cosas practicables, ya por las respuestas de escritores públicos, cuál por los adicionadores, el qué por sus autores extranjeros; y de aquí las varias encontradas doctrinas, sin buscar para el caso la ley justa, razonable y precisa » ⁽⁵⁷⁾. Aun cuando resulte obvio, la práctica descrita por este Diputado se refería a los famosos « abusos de los jurisperitos » que habían llegado indemnes al Cádiz de las Cortes ⁽⁵⁸⁾. Sin embargo, en este último lugar no se introdujo novedad alguna puesto que los jueces y magistrados imaginados por el primer constitucionalismo hispánico

⁽⁵⁴⁾ El recurso de nulidad fue desarrollado entre otros en un Decreto de las Cortes de 24 de Marzo de 1813, que lo hizo extensivo a todas las instancias estructurando así un mecanismo jerarquizado que desembocaba en el Tribunal Supremo comprendido como garante de la suprema inspección. No obstante, el propio Tribunal consultó en el mismo año de 1813 a las Cortes si debía entenderse que el citado recurso era extensivo a las causas penales siendo así que las Cortes decidieron que no. ACD/SG, leg. 12, exp. 10.

⁽⁵⁵⁾ M. LORENTE, *Reflexiones sobre la casación en una época revolucionaria*, en VV.AA., *El poder judicial en el Bicentenario de la Revolución francesa*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989, pp. 205-219.

⁽⁵⁶⁾ *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias, dieron principio el 24 de setiembre de 1810 y terminaron el 20 de setiembre de 1813 (=DD.SS.)*, Madrid, Imprenta de J.A. García, 1870-1874, s. 31-3-1811.

⁽⁵⁷⁾ *Ibidem*.

⁽⁵⁸⁾ P. DE MORA Y JARABA, *Tratado crítico*, cit.

siguieron siendo mudos en un doble y redundante sentido, a saber: ni debieron argumentar sus decisiones ⁽⁵⁹⁾, ni consecuentemente darlas a la imprenta, por lo que cabe suponer que las prácticas del foro permanecieron prácticamente intocadas en todos los territorios de la Monarquía en los que estuvo vigente la primera norma doceañista. Con todo, cabe preguntarse por las razones que llevaron a las Cortes a negarse a introducir novedad alguna en esta trascendental cuestión, puesto argumentar exclusivamente en clave de continuidad de las ideas que veían en la motivación bien un incentivo a la litigiosidad, bien una afrenta a la autoridad del juez, resulta, creo, insuficiente.

Por ello, la tercera y última de las cuestiones anunciadas no puede ser otra que la que se pregunta finalmente por la naturaleza y estado de esa *historia* de la legislación que supuestamente debía informar la práctica diaria de jueces y magistrados. Pues bien, las palabras del Diputado Cea (« y de aquí las varias encontradas doctrinas, sin buscar para el caso la ley justa, razonable y precisa ») pueden servir para centrar la cuestión: en *buscar*, que no en *interpretar*, consistía la tarea del juez. Ahora bien, ¿en dónde se suponía que debía buscar el *nuevo* juez constitucional? Martínez Marina ya había advertido sobre una preocupante dificultad, a saber, « ¿Los magistrados, jurisconsultos y curiosos investigadores de la historia de la legislación española, pueden estar seguros y contar con la exactitud y fidelidad del texto de las leyes sin recurrir a los originales? » ⁽⁶⁰⁾. Al juez, pues, le tocaba no sólo consultar el voluminoso y disperso « derecho patrio » así como la nueva normativa de origen constitucional, sino también rebuscar en los archivos para asegurarse de la fidelidad del primero para poder conjugarlo con la segunda. Pero incluso aunque salvara la dificultad, ¿en qué términos debía formalizar esta última operación? Paz Alonso nos proporciona una excelente respuesta a esta última cuestión al ilustrarnos respecto de cómo leyó la Universidad de Salamanca el artículo 368 de la Constitución de 1812, en virtud del cual se obligaba a explicar la primera norma en « todas las universidades y establecimientos literarios, donde se enseñen las ciencias eclesiásticas y políticas ». Y es

⁽⁵⁹⁾ Excepto en lo que se refería a los autos de prisión: art. 293.

⁽⁶⁰⁾ *Juicio crítico*, cit., p. 417.

que a falta de ulteriores precisiones, el claustro salmantino decidió incorporar su enseñanza a la primera de las cátedras de derecho patrio dedicada al estudio de la Recopilación, siendo así que el « método » seguido en orden a alcanzar tal objeto fue el tradicional de las concordancias, por lo que « como antaño se hiciera para integrar el *ius proprium* en el *ius commune*, partiendo del texto de la Constitución se fuera señalando a los alumnos las leyes de la Novísima Recopilación correspondientes a cada uno de sus artículos » (61).

A pesar de que Alonso valora negativamente la estrategia docente adoptada por la Universidad de Salamanca, tengo para mí, en primer lugar, que respondía a una lógica no sólo tolerada sino constitucionalizada por las mismas Cortes; en segundo, que marcó un camino el que jueces y juristas, tanto en España como en América, deambularan a lo largo de un Ochocientos caracterizado por la debilidad del constitucionalismo y las dificultades de la codificación, y, finalmente, tercero, que constituye el fermento de donde se extrajo la posterior « doctrina legal » procedente de la resolución por el Tribunal Supremo de los recursos de nulidad a partir de 1838. Y es que este particular constitucionalismo, que se legitimó aquí y allá en una supuesta « recuperación » de las leyes de la Monarquía (62), entendió que todas ellas — del Rey, de los Reinos, de las corporaciones locales, de las diversas jurisdicciones ... — seguían viviendo bajo el nuevo orden constitucional mientras que no lo contradijeran (63), como bien pudo comprobar un crítico Goro-sabel muchos años después: « no se puede menos de reprender amargamente ese sistema de dejar en vigor las leyes existentes al

(61) P. ALONSO, *La formación de los juristas*, en *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, coord. por C. Garriga, México, Instituto de Investigaciones Dr. José María Mora, 2010, p. 313.

(62) Uno de los ejemplos más significativos fue la reivindicación de la antigua Constitución americana realizada por FRAY TERESA DE MIER, *Historia de la Revolución de Nueva España de Nueva España antiguamente Anáhuac o Verdadero origen y causas de ella con la relación de sus progresos hasta el presente año de 1813*, Publications de la Sorbonne, París, 1990.

(63) Art. 211 de la « insurgente » Constitución de Apatzingán: « (...) mientras que la Soberanía de la Nación forma el cuerpo de leyes, que han de sustituir a las antiguas, *permanecerán éstas en todo su rigor*, a excepción de las que por el presente, y otros decretos se hayan derogado, y de las que en adelante se deroguen ».

tiempo de formación de cada Código » (64). Así las cosas, no debe extrañar, por ejemplo, que cuando el Ayuntamiento de Puebla en la Nueva España juró la Constitución sus miembros se comprometieron a la vez a guardar « los fueros, privilegios y órdenes de esta nuestra ciudad » (65), los cuales, como difícilmente podría haber sido de otra manera, contradecían de plano tanto la letra como el espíritu de la nueva Constitución.

El constitucionalismo doceañista y los americanos con los que forma familia no sólo convivieron tanto con los antiguos cuerpos normativos como con las tradicionales prácticas del foro, sino que elevaron a rango constitucional muchas de sus antiguas lógicas entre las que destacan la prohibición de la fundamentación de los fallos y la de la no derogación. No resulta extraño, por tanto, que el nuevo derecho, supuestamente identificado en exclusiva con las normas aprobadas por los cuerpos legislativos, pudiera seguir leyéndose desde la doctrina durante muchos años aun cuando en último extremo dicha doctrina debiera *concordarse* no sólo con la legislación histórica sino también con la Constitución y la nueva normativa que se supone formaba parte y desarrollaba sus principales « puntos » [de Constitución]. No obstante, el primer constitucionalismo hispano hizo algo más, ya que al despreciar la creación de cualesquiera instrumentos nomofilácticos al optar exclusivamente por el establecimiento de depuración de la responsabilidad personal de los cargos públicos (66), desplazó a quienes estaban encargados *actuar el derecho* la decisión sobre su correcta inteligencia (67), siendo así que,

(64) P. GOROSABEL, *Redacción del Código Civil de España, esparcido en los diferentes cuerpos del Derecho y leyes sueltas de esta nación*, Tolosa, Imp. de la Vda. de la Lama, 1832, p. VIII.

(65) A. Tecuanhuey, « Puebla, 1812-1825 », en Juan ORTIZ ESCAMILLA, José Antonio SERRANO ORTEGA (eds.), *Ayuntamientos y liberalismo gaditano en México*, Zamora Mich., El Colegio de Michoacán, Universidad Veracruzana, 2007, p. 342.

(66) M. LORENTE, *Las infracciones a la Constitución de 1812. Un mecanismo de defensa de la Constitución*, Madrid, CEC, 1988.

(67) Esta cuestión se planteó al hilo de la discusión sobre el « caso Castelar » en las Cortes. El marqués de Castelar arrestó sin censura previa a un cadete por un escrito amparándose en la vigencia de la Ordenanza de Carlos III; denunciado ante las Cortes, éstas decidieron que debía prevalecer la Constitución sobre la Ordenanza, por lo que abrieron causa al mencionado Marqués (del informe de la comisión de infracciones recogido en los *DD.SS.*, s. de 6 de Noviembre de 1822).

como ya se indicó, dicho derecho *seguía identificándose con su propia historia* (68). Más allá de su decidida su vocación codificadora, el constitucionalismo gaditano, como muchos de los hispanos que le sucederán (69), tuvo que lidiar con la problemática disyuntiva de qué hacer con el derecho nuevo apostando por no salirse de las lógicas que habían gestionado el derecho viejo, por lo que, como señala C. Garriga, « el orden constitucional doceañista fue historicista porque quiso ser legalista... con las únicas leyes a la sazón disponibles, que eran las viejas leyes de la Monarquía » (70), a lo que debería añadirse « leídas por sus conocidos y bien dispuestos intérpretes » (71).

3. *Revolución/reforma de la justicia tras la pérdida del Imperio: el estado de la doctrina.*

Después de la muerte del inconstitucional Fernando VII, su poco desconsolada viuda y Regente se vio obligada a ampliar en cantidad y en calidad el número de apoyos políticos a la causa de su hija, la cual, en esencia, se limitaba a la defensa de su derecho al trono frente a las pretensiones carlistas (72). Hacia 1833/34 comenzó una complicada fase de la historia política española que estuvo marcada por una sangrienta guerra civil, la cual aportaría un toque de excepcionalidad a un periodo que asistió al nacimiento y derrumbe del régimen del Estatuto Real (1834), a la recuperación en 1836 de la Constitución de 1812 y a su reforma consolidada en el texto de 1837, el cual, finalmente, se mantuvo en vigor hasta su mal denominada « reforma » en 1845. Los vaivenes políticos, empero,

(68) Así, por ejemplo, las Cortes de 1822 terminaron abriendo causa al vicario eclesiástico de Barcelona por infracción de la *Novísima Recopilación*. ACD/SG, leg. 41, exp. 94.

(69) M^a del R. GONZÁLEZ, *El derecho civil en México (Apuntes para su estudio)*, México, UNAM, 1988.

(70) *Constitución política y orden jurídico. El efecto derogatorio de la Constitución de Cádiz*, en C. GARRIGA, M. LORENTE, *Cádiz 1812*, cit. p. 167.

(71) Baste citar aquí un conocido ejemplo: J. BERNI Y CATALÁ, *Instituta civil y real, en donde con la mayor brevedad se explican los SS. De Justiniano, y en seguida los casos prácticos, según leyes reales de España, muy útil y provechoso á los que desean el bien común*, 3 imp., Valencia, Joseph Estevan y Cervera, 1775.

(72) I. BURDIÉL, *Isabel II. Una biografía (1830-1904)*, Madrid, Tecnos, 2010.

no impidieron abordar a lo largo de todo este periodo lo que bien puede calificarse como auténtica *revolución en la justicia*, siempre y cuando la identifiquemos con una reforma gubernamental ya que ni siquiera la más importante de las disposiciones promulgadas en este periodo, el Reglamento Provisional de 1835, se llegó a discutir en el limitado contexto parlamentario fijado por el Estatuto Real. La prolongada vigencia de esta tan poco provisional norma, convertida materialmente en la única ley orgánica con la que contaría el aparato de justicia hasta 1870, pone de manifiesto que los famosos vaivenes constitucionales afectaron poco a la reforma de la justicia ⁽⁷³⁾. En todo caso, el Decreto de 4 de Noviembre de 1838 sobre recursos de nulidad solo puede comprenderse como una pieza, y no la más importante, de esta reforma tendencialmente jerarquizadora de la justicia que fue abordada en las décadas centrales del siglo.

La reforma arrancó con una nueva división del territorio ajustada a la previa provincial ⁽⁷⁴⁾, siendo así que tanto una como otra sólo fueron posibles *gracias* a la pérdida del imperio ultramarino. En principio, la nueva división judicial arrastraba la uniformización de las instituciones de justicia, pero los integrantes de estas últimas se resistieron hasta el punto de que se llegó a poner en duda si el Reglamento Provisional de 1835 regía o no en Navarra ⁽⁷⁵⁾. Y es que a nadie se le ocultaba el hecho de que la diversidad era la regla y no la excepción, como bien advirtió la Audiencia de Zaragoza cuando recomendó « que los jueces tengan conocimiento del país, sobre todo en Aragón [...] que lo lleva a usos y prácticas diferentes de las que se observan en otras provincias de la Monarquía puesto

⁽⁷³⁾ M. LORENTE, *Reglamento provisional y Administración de Justicia (1833-1838). Reflexiones para la historia de la justicia decimonónica*, en *El Tercer poder. Hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*, ed. por J.M. Scholz, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1992, pp. 215-295.

⁽⁷⁴⁾ Real Decreto de 26 de Enero de 1834. La división se concretó posteriormente: Real Decreto de 21 de Abril de 1834, sobre subdivisión de las provincias en partidos judiciales.

⁽⁷⁵⁾ « Consulta a SM y resolución adoptada de conformidad con el dictamen del Supremo Tribunal de España e Indias acerca de la observancia del Reglamento en Navarra ». M. LORENTE, *De la Revista al Diccionario: Martínez Alcobilla y el orden de prelación de fuentes en la España decimonónica*, en *La Revista jurídica en la cultura contemporánea*, ed. al cuidado de V. Tau, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1977, p. 263.

que hay una legislación particular y unos juicios forales muy delicados y vidriosos » (76). A la división le siguieron o superpusieron una serie de textos normativos de determinaron la nueva estructura judicial hasta 1870: así, en primer lugar, seis Reales Decretos disolvieron definitivamente los antiguos Consejos de la Monarquía y crearon un Consejo de España e Indias exclusivamente consultivo a la par que una serie de Tribunales Supremos que, con posterioridad, fueron desapareciendo, excepción hecha del Supremo (77); en segundo, el ya citado *Reglamento Provisional para la Administración de Justicia en lo respectivo a la jurisdicción ordinaria* (78), el cual, junto con sus disposiciones complementarias, diseñó normativamente las bases institucionales y procedimentales del aparato de justicia decimonónico (79). Sin embargo, la (re)organización del mismo no implicó la unidad de fueros, sino más bien todo lo contrario: ausente todavía el de la Administración, que en puridad debería denominarse de Gobernación (80) una miríada de jurisdicciones siguieron disfrutando de una envidiable salud (81).

La sombra de la antigua concepción corporativa de la justicia seguía siendo muy alargada debido, entre otras cosas, a que el

(76) Informe de la Audiencia de 17 de Julio de 1835. Archivo Histórico Provincial de Zaragoza (=AHPZ), Regencia, caja 4. Un tratamiento doctrinal coetáneo de las « particularidades » aragonesas en L. FRANCO Y LÓPEZ, F. GUILLÉN Y CARABANTES, *Instituciones del Derecho Civil Aragonés*, Zaragoza, Imp. de M. Peiró, 1841.

(77) Reales Decretos de 24 de Marzo de 1834. Sobre los mismos, véase, M. LORENTE, *La supresión de los Consejos y la creación del Real de España e Indias*, en *Actas del XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, Córdoba, Universidad de Córdoba, 2005, t. II, pp. 1099-1144.

(78) Real Decreto de 26 de Septiembre de 1835.

(79) Reglamento del Tribunal supremo de España é Indias: Real Decreto de 17 de Octubre de 1835; Ordenanzas para todas las Audiencias de la Península é Islas adyacentes: Real Decreto de 19 de Diciembre de 1835; Reglamento de los Juzgados de primera instancia del Reino: Real Decreto de Mayo de 1844.

(80) F. MARTÍNEZ, *De la pluralidad de fueros al fuero de la Administración (1834-1945)*, en *La jurisdicción contencioso-administrativa en España. Una historia de sus orígenes*, dir. por M. Lorente, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2010, pp. 223-266.

(81) Algunas, no obstante, desaparecieron: Real Decreto de 15 de Julio de 1834, por el que se abole el Tribunal de la Inquisición; Real Decreto de 16 de Mayo de 1836, por el que se suprime el juzgado de mostrencos.

modelo de juez fue el del « juez de calidades »⁽⁸²⁾, una figura que a las alturas que ahora nos ocupan puede describirse como la reformulación politizada del viejo *iudex perfectus*, la cual ya había sido ensayada en los periodos gaditanos⁽⁸³⁾. En la medida en que para la nueva la normativa probidad, pureza, fidelidad, buena fama, inteligencia y aplicación, así como conocimiento de los negocios forenses, aseguraban la recta administración de justicia⁽⁸⁴⁾, el binomio postulación/cooptación se mantuvo como único mecanismo destinado a la selección de sus miembros⁽⁸⁵⁾. Así las cosas, no nos debe extrañar que la reforma de la justicia tuviera más de política de reorganización de los oficios que de verdadera profesionalización del juez, la cual llevaba aparejada en este concreto proyecto reformador la firme decisión de conseguir una verdadera jerarquización del aparato de justicia. Resumiendo mucho, puede afirmarse que a cuestiones tales como quiénes y porqué debían conservar, recuperar o perder sus cargos, o, en otro orden de cosas, trasladarse, ascender, o presidir salas o tribunales, se respondió acudiendo a la valoración de las « calidades » que se seguía suponiendo debían ser los naturales atributos del juez⁽⁸⁶⁾, siendo así que entre ellos no se encontraba precisamente el que afectaba a la calidad de sus sentencias debido a que jueces y magistrados se mantenían firmes su ya plurisecular mutismo.

Esta vez, sin embargo, la lectura en el Estamento de Procuradores de una petición sobre « que se obligue á fundar los fallos, así

(82) A.M. HESPANHA, *L'étude prosopographique des juristes: entre les « pratiques » et leurs « représentations »*, en *El Tercer poder*, cit., pp. 93-101.

(83) F. MARTÍNEZ, *Entre confianza*, cit.

(84) Real Decreto de 6 de Octubre de 1835, sobre circunstancias que deben tener los sujetos propuestos para plazas de Jueces y Magistrados togados.

(85) La década que nos ocupa asistió a una situación explosiva. La reconciliación de la Corona con los liberales animó a cientos de « empleados públicos », exiliados o privados de sus antiguos puestos, a solicitar/reclamar un puesto en la judicatura alegando méritos de diversa índole: a los políticos — conductas constitucionales, apoyo a la Reina niña, comportamientos heroicos en las contiendas bélicas... —, se sumaron los profesionales — estudios, práctica de la abogacía, ocupación previa de cargos... — y los estrictamente morales y religiosos. Sobre todo ello, M. LORENTE, *Reglamento provisional*, cit.

(86) A. SERRANO, *Gordura y magistratura: la desgracia del juez de Jabalquinto*, en « Anuario de Historia del Derecho Español », LXVII, 1997, pp. 1465-1495.

interlocutorios como definitivos, civiles o comisiones judiciales, de cualquier clase ó fuero, por privilegiado que sea, con expresión de la ley, práctica ó doctrina en que se apoyen, y explanación del hecho en lo que convenga », desencadenó una importante discusión en una Cámara que se dividió en torno a una trascendental cuestión, a saber: ¿a qué o a quién servía la fundamentación de los fallos? ⁽⁸⁷⁾ Si bien algunos entendieron la motivación como una garantía de derechos ⁽⁸⁸⁾, la mayoría apostó por seguir identificándola con un instrumento de control de estado de salud de las « calidades » de los jueces inferiores por sus superiores jerárquicos ⁽⁸⁹⁾: así, como dijera en su momento el Secretario de Justicia, la forma de *sujetar* a los jueces no pasaba por la implantación de la obligación de motivar las sentencias, sino por la « residencia » (o responsabilidad) de los mismos ⁽⁹⁰⁾. El fantasma gaditano de la responsabilidad siguió amenazando la fundamentación de los fallos, cuya oportunidad se ligó a la realización de la codificación: si ésta no se perfeccionaba, aquéllas no cabían. La coartada inmovilista se perfeccionó añadiendo una vieja cantinela: « Desde luego [...] mientras no haya buenos códigos es ociosa la petición. Dice esta que podrán citarse las leyes, y al parecer en su defecto las prácticas o doctrinas en apoyo de los fallos. Pero yo preguntaré: el que tomara en su mano la obra de Ceballos titulada *Comunes contra Comunes*, ¿no hallaría doctrinas para todos? ¿Y quién le podría hacer una reconvencción? » ⁽⁹¹⁾.

Inhabilitada como garantía, la obligación de motivar se encuadró entre dos realidades que se revelarán como potenciales enemigos: de un lado, la imposible reforma de la legislación, de otro, la impracticable exigencia de responsabilidad a la magistratura. Sin embargo, no parece que fueran muchos los que entendieron así las cosas, puesto que al final quien sufrió las consecuencias de tanta incapacidad política fue la jurisprudencia doctrinal, fuera ésta la que fuera, la cual comenzó no tanto a desaparecer cuanto simplemente a esconderse en los diferentes discursos sobre política del derecho.

⁽⁸⁷⁾ DD.SS. Estamento de Procuradores, s. de 9 de Enero de 1835.

⁽⁸⁸⁾ Ivi, s. de 12 de Septiembre de 1835. Intervención del Diputado González

⁽⁸⁹⁾ La votación sobre la petición fue la siguiente: votos a favor, 34; votos en contra, 83. *Ibidem*.

⁽⁹⁰⁾ Ivi, s. de 9 de Enero de 1935. Intervención del Secretario de Justicia.

⁽⁹¹⁾ *Ibidem*.

La imposibilidad de implantar la obligación de motivar las sentencias no estaba ligada sólo a la confusión, incoherencia y contradicciones de leyes y doctrinas, sino fundamentalmente al rechazo a la entrada de la publicidad en el foro siendo así que los primeros interesados en el mantenimiento de la opacidad fueron sin duda los integrantes del aparato de justicia ⁽⁹²⁾. Con unos jueces que se negaban a hablar mientras que les pudieran exigir cuentas de lo afirmado en sus sentencias, a los litigantes sólo les quedaba « seguir las prácticas más autorizadas de los Tribunales » ⁽⁹³⁾, a pesar de que lo cual estas últimas no estaban contenidas en publicación oficial alguna, sino que por el contrario sólo se encontraban concebidas, justificadas, interpretadas y descritas en las obras de los juristas. Como ya lo hiciera la Universidad de Salamanca en el periodo gaditano, dichas obras siguieron comprimiendo en formularios procesales las concordancias entre la doctrina del *ius commune* y un derecho patrio cada vez más abundante y contradictorio, puesto que a la historia de este último se le fue sumando la normativa decimonónica, que bajo la forma de leyes, decretos u órdenes ministeriales aprobados en las diferentes épocas constitucionales, aparecía y desaparecía dependiendo de la voluntad de los diferentes Gobiernos y mayorías parlamentarias ⁽⁹⁴⁾.

Expresado sintética y un tanto burdamente: quizás ya no se llevaba mencionar a Bártolo ⁽⁹⁵⁾, pero sí ajustarse a los consejos de

⁽⁹²⁾ « Nuestras leyes sobrecargadas de un preámbulo que muchas veces no está en conformidad con lo que disponen, la antinomia de otras y la confusión de los Comentaristas forman del todo un cúmulo de desorden que á ser forzoso el fundar una sentencia será indispensable que la precediese un alegato en derecho, y por ello se prohibió el hacer tales fundamentos ». Informe de la Audiencia de Burgos de 23 de Noviembre de 1838. Citado en M^a J. SOLLA, *La discreta práctica de la disciplina. La construcción de las categorías de la responsabilidad judicial en España, 1834-1870*, (tesis doctoral inédita), Madrid, Facultad de Derecho de la UAM, 2010, p. 27.

⁽⁹³⁾ M. ORTÍZ DE ZÚNIGA, *Elementos de la práctica forense*, 2^a ed., Madrid, Imprenta de la Viuda de Jordán e Hijos, 1843, t. I, p. 291

⁽⁹⁴⁾ Un ejemplo en F. DE PAULA MIGUEL SÁNCHEZ, *El foro español, ó sea nuevo tratado teórico-práctico del orden, modo y forma de proceder en los tribunales de España*, Madrid, Imp. de Tomás Jordán, 1834, 2 tt.

⁽⁹⁵⁾ C. TORMO CAMALLONGA, *El fin del Ius commune: las alegaciones jurídicas en el juicio civil de la primera mitad del XIX*, en « Anuario de Historia del Derecho Español », LXXI, 2001, pp. 473-500.

Gómez y Negro, cuyos *Elementos de práctica forense*, publicados originariamente en 1806, se reeditaron en numerosas ocasiones con sus correspondientes formularios ⁽⁹⁶⁾, los cuales, por cierto, daban forma y vehiculaban una determinada apuesta respecto de lo concebido como derecho: así, mientras que si bien el primero de los mencionados formularios daba cuenta de la práctica forense, precedido, eso sí, por un « discurso sobre el arte de litigar », el segundo se pronunciaba sobre « la autoridad que en su opinión — la de Gómez y Negro — tienen los Códigos con los títulos de Fuero Real, las Siete Partidas, Leyes de Estilo, Ordenamiento de Alcalá y las Ordenanzas Reales de Castilla », es decir, ayudaban a *buscar* la norma en el depósito de la historia del derecho patrio justificando su vigencia. El continuismo se impuso en un mercado editorial que estuvo dominado casi por completo por la presencia de una serie de obras que habiendo sido escritas antes de 1808 en su mayoría, fueron criticadas en su ordenación, corregidas, aumentadas, con adiciones... por una sucesión de autores a lo largo de un interminable Ochocientos ⁽⁹⁷⁾, al mismo tiempo que estas últimas eran reproducidas casi literalmente en otras obras presuntamente nuevas ⁽⁹⁸⁾. De entre todos los posibles ejemplos que ponen de relieve el éxito de esta particular técnica es sin duda la historia de la famosa *Librería de escribanos* de Joseph Febrero, obra publicada en 1769, que fue reutilizada, o mejor, (re)ordenada, comentada, anotada... no sólo por diferentes autores españoles ⁽⁹⁹⁾, sino también por algunos

⁽⁹⁶⁾ L. GÓMEZ Y NEGRO, *Elementos de práctica forense*, 4ª ed., Valladolid, Imprenta de Don Julián Pastor, 1838.

⁽⁹⁷⁾ Un panorama en M. TORRES CAMPOS, *Bibliografía española contemporánea del Derecho y de la política, con tres apéndices relativos a la bibliografía extranjera sobre el derecho español, a la hispano-americana y a la portuguesa brasileña*, Madrid, Librería de Fernando Fe, 1897.

⁽⁹⁸⁾ J.M. RODRÍGUEZ, *Instituciones practicas ò curso elemental completo de práctica forense*, Sevilla, Imprenta del Sevillano, 1843, 2 tt, en los que se reproduce el *Febrero* de Goyena citado en la n. 100.

⁽⁹⁹⁾ *Reseña crítica de las varias ediciones y reformas del Febrero*, en *Febrero o Librería de jueces, abogados y escribanos comprensiva de los Códigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo a la legislación hoy vigente*, por F. García Goyena y J. Aguirre, corregida y aumentada por J. Aguirre y J.M. Montalbán, 4a ed. ref. y considerablemente aumentada por D. José de Vicente y Caravantes, Madrid, Imprenta y Librería de Gaspar y Roig, 1852, t. I, pp. XIII-XVI.

significativos americanos ⁽¹⁰⁰⁾, que durante años reprodujeron la misma técnica al otro lado del Atlántico ⁽¹⁰¹⁾.

L. Beck ha puesto de relieve que la « maldición » contra la literatura institutista proferida por Savigny, necesaria a su vez en el proceso de formación del canon de la historia de la literatura jurídica que realizó la Escuela Histórica, ha creado un auténtico abismo entre la historiografía y sus propias fuentes, impidiéndonos calibrar, por lo que a España en concreto se refiere, el valor constitutivo que para el pensamiento jurídico decimonónico tuvo el mantenimiento de la mencionada literatura institutista ⁽¹⁰²⁾, la cual gozó de un extraordinario estado de salud gracias a los sucesivos planes de estudio que se destinaron a una Universidad abducida por los diferentes gobiernos lo largo del Ochocientos ⁽¹⁰³⁾. Y es que, como afirma Beck, « mientras iban y venían reyes y reinas, caían ministros y gobiernos, Vinnius, Heineccius y Sala asistían del todo impasibles desde la escribanía del jurista decimonónico » ⁽¹⁰⁴⁾, un jurista que no tuvo apenas que participar en la famosa polémica europea sobre la Codificación debido a que todas las Constituciones decimonónicas apostaron por ella. Sin embargo, la clase político-jurídica decimonónica que ni apuró los tiempos de la codificación ⁽¹⁰⁵⁾, ni estableció instrumentos suficientes para obrar la responsabilidad de los jueces ⁽¹⁰⁶⁾, cultivó un culto a la legalidad absolutamente hipócrita. En

⁽¹⁰⁰⁾ A. DE LA PASCUA, *Febrero mexicano o sea la Librería de jueces, abogados y escribanos que refundida, ordenada bajo un nuevo método, adicionada con varios tratados y con el título de Febrero Novísimo, dio a luz Eugenio Tapia. Nuevamente adicionada con las disposiciones del Derecho de Indias y del patrio*, México, Imprenta de Galván, 1834-1835.

⁽¹⁰¹⁾ M^º DEL R. GONZÁLEZ, *La presencia del derecho indiano en México a través de las fuentes legales del Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia de Escribe, anotadas por Juan N. Rodríguez de San Miguel* (utilizo la versión electrónica de este artículo: <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/133/13.pdf>).

⁽¹⁰²⁾ L. BECK VARELA, *Vinnius en España. Lecturas católicas de un jurista protestante*, tesis doctoral inédita, Universidad de Sevilla, 2008.

⁽¹⁰³⁾ B. CLAVERO, *Arqueología constitucional: empleo de Universidad y desempleo de derecho*, en « Quaderni Fiorentini », 21, 1992, pp. 37-87.

⁽¹⁰⁴⁾ *Vinnius en España*, cit., p. 193.

⁽¹⁰⁵⁾ B. SÁEZ DE SANTAMARÍA, *Las comisiones de Códigos durante el reinado de Isabel II (1843-1869)*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2010.

⁽¹⁰⁶⁾ M^º J. SOLLA, *La discreta práctica de la disciplina*, cit.

la España decimonónica no sólo se ausentó el Código sino también su cultura ⁽¹⁰⁷⁾, la cual, a su vez, presuponía reformular e interiorizar una nueva concepción del principio de legalidad diseñando en consecuencia instrumentos institucionales que lo hicieran posible ⁽¹⁰⁸⁾. En resumidas cuentas, la inexistencia de todo ello permitió que la literatura de las famosas concordancias entre el derecho romano y los ahora español, mexicano o chileno, siguieran determinando las categorías mentales de los juristas e informando la práctica de los jueces.

Ahora bien, esta literatura que servía no sólo para seleccionar e interpretar lo concebido como verdadero derecho, sino también para circularlo a falta de instrumentos oficiales, entró a partir de la década de los treinta del XIX en competencia con las revistas jurídicas: así, por ejemplo, se presentó un periódico diario aparecido en 1834, que afirmó tener como objetivo «Hacer públicos con la debida autorización y a la faz de la Nación Española los actos judiciales hasta ahora sumidos en el silencio o adulterados o truncados [...]» ⁽¹⁰⁹⁾. Como bien señaló F. Pacheco en el prospecto de una importante revista que vio la luz en 1836, «no pidáis libros a la generación presenta: el periodismo los ha matado, como la imprenta mató a la escritura de los siglos anteriores» ⁽¹¹⁰⁾. Según sus editores, esta revista estaba dedicada *en exclusiva* al derecho concibiéndolo como el resultado de sumar «el derecho positivo, su historia, su crítica, su explicación, la teoría del Derecho, sus principios filosóficos, sus aplicaciones; lo que es, y lo que debe ser» ⁽¹¹¹⁾. Sin embargo, un análisis exhaustivo de los pocos números de esta revista arroja la siguiente consideración: por «legislación», el *Boletín*

⁽¹⁰⁷⁾ C. PETIT, *Il 'codice' inesistente. Per una storia concettuale della cultura giuridica nella Spagna del XIX secolo*, en *Saperi della borghesia e storia dei concetti fra Otto e Novecento*, a cura di R. Gherardi, G. Gozzi, Il Mulino, Bologna, 1995, pp. 179-224; del mismo autor, *El Código inesistente (ii). Por una arqueología de la Civilística española*, en «Anuario de Derecho Civil», 49, 1996, pp. 1416-1450.

⁽¹⁰⁸⁾ M. LORENTE, *La voz del Estado. La publicación de las normas (1810-1812)*, Madrid, CEPC, 2001.

⁽¹⁰⁹⁾ *Prospecto*, en «Gaceta de los Tribunales y Redactor Universal», n° 1 (jueves, 1 de Mayo de 1834), Madrid, Imprenta de Palacios, p. 1.

⁽¹¹⁰⁾ J.F. PACHECO, *Prospecto*, en «Boletín de Jurisprudencia y Legislación», Madrid, Imprenta de D. Tomás Jordán, 1836, t. I, p. 5.

⁽¹¹¹⁾ *Ivi*, p. 3.

entendió indistintamente la historia de la legislación española y nuevas disposiciones sin distinción alguna entre rangos normativos, a la par que reservó la voz « jurisprudencia » a la sección denominada « crónica judicial » que se ocupó de dar noticias sobre diferentes causas seguidas en las Audiencias ⁽¹¹²⁾. No resulta extraño, por tanto, que algunos denunciaran lo imposible que resultaba encontrar « nuestra jurisprudencia » nacional bien en los polvorientos archivos de los tribunales españoles, bien en unas compilaciones mínimamente fiables, recomendando en consecuencia « buscar una jurisprudencia sancionada universalmente » mediante la traducción, y, por supuesto, corrección, alteración, anotación...del *Digestum Romano Hispanicum* de Juan Sala, obra publicada en el lejano año de 1794 ⁽¹¹³⁾. En definitiva, las raíces de la « frustración » de una nueva ciencia del derecho superadora de la doctrina de los autores del *ius commune* estaban bien asentadas en la España de las primeras décadas del Ochocientos ⁽¹¹⁴⁾.

4. *La doctrina legal: el estado de la legislación.*

Constituye un lugar común afirmar que el Real Decreto de de 4 de Noviembre de 1838 sobre recursos de nulidad introdujo en España dos importantes novedades ⁽¹¹⁵⁾: de un lado, la obligación de motivar las sentencias, de otro, el recurso de casación, importado en buena medida del originario francés por cuanto que después de fallar devolvía los autos al Tribunal inferior ⁽¹¹⁶⁾. No obstante, las

⁽¹¹²⁾ J. VALLEJO, *Justicia en casos. Garantía, Código y prueba en el procedimiento penal decimonónico*, en M. LORENTE (coord.), *De la justicia de jueces a la justicia de leyes. Hacia la España de 1870*, Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, VI, 2006, pp. 327-360.

⁽¹¹³⁾ J. SALA BAÑULS, *Digesto romano- español*, vertieronlo al castellano y adicionaron con las ultimas variantes del derecho nacional, los licenciados Pedro López Clarós y Francisco Fábregas del Pilar, Madrid, Imprenta Nacional de sordomudos, 1844, pp. II-III.

⁽¹¹⁴⁾ B. CLAVERO, *La gran dificultad. Frustración de una Ciencia del Derecho en la España del siglo XIX*, en « *Ius Commune* », XII, pp. 91-115.

⁽¹¹⁵⁾ En puridad, el título de este Real Decreto fue « sobre recursos de segunda suplicación é injusticia notoria », derivado de su primer artículo en el que se contemplaba el procedimiento para tramitar esos recursos pendientes.

⁽¹¹⁶⁾ L. DE ARRIETA, *Observaciones acerca de la esposicion de motivos en las*

anteriores afirmaciones son solo verdades a medias debido, entre otras cosas, a que la obsesión de los juristas decimonónicos por asimilar la historia de la casación francesa a la muy particular española ha creado una importante confusión en aquellas fuentes que pueden identificarse con sus propias obras ⁽¹¹⁷⁾.

La motivación de sentencias se estableció por primera vez en la Ley de Enjuiciamiento mercantil de 1830, que obligó a los tribunales de comercio que expusiesen en sus sentencias los fundamentos de hecho y de derecho que las apoyase. Esta innovación, sin embargo, fue muy limitada no sólo porque se ceñía a un determinado fuero, sino sobre todo porque incurrió en la anomalía que mientras que los tribunales de instancia razonaban sus fallos, raramente ejecutorios, los tribunales superiores que decidían los recursos — de alzada y de injusticia notoria — « tenían precisión de abstenerse en toda motivación » ⁽¹¹⁸⁾. Según los contemporáneos, el recurso extraordinario de nulidad de 1838, concebido como una reformulación del gaditano ⁽¹¹⁹⁾, sirvió no tanto para resolver los litigios entre las partes interesadas cuanto para « fijar al mismo tiempo el sentido de la ley, explicar su espíritu, uniformando su observancia en todos los Tribunales y formar la verdadera jurisprudencia » ⁽¹²⁰⁾. A las alturas de la década de los sesenta, Manuel Ortíz de Zúñiga, autor de los anteriores entrecomillados, estaba más interesado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que en explicar la historia de la norma de 1838, para la cual lograr la « uniformidad de la jurisprudencia » a la que se refirió nuestro jurista fue, en todo caso, la menor de sus causas ⁽¹²¹⁾. Sin duda, la principal fue tratar de resolver el enorme atasco judicial producido por las

sentencias judiciales y sobre otras cuestiones con ellas relacionadas, en « Revista General de Legislación y Jurisprudencia », XXXI, 1867, p. 110.

⁽¹¹⁷⁾ Un ejemplo en J.M. PANTOJA, *Del recurso de casación: su origen, su importancia y consecuencias*, en « Revista General de Legislación y Jurisprudencia », XXXI, 1867, pp. 348-385.

⁽¹¹⁸⁾ M. ORTÍZ DE ZÚÑIGA, *Fundamentación de las sentencias*, en « Revista General de Legislación y Jurisprudencia », XXIX, 1866, p. 114.

⁽¹¹⁹⁾ *Ibidem*.

⁽¹²⁰⁾ *Ibidem*. La cursiva es mía.

⁽¹²¹⁾ M. ORTÍZ DE ZÚÑIGA, *Jurisprudencia civil de España conforme a las doctrinas consignadas en los fallos del Tribunal Supremo de Justicia*, Madrid, Imprenta de José Rodríguez, 1869.

reformas emprendidas en la década de los treinta, ya que a la reiterada creación y disolución de Tribunales y Consejos que se arrastraba desde 1812 se le sumó la « reposición » del título V de la Constitución gaditana en 1837, regulador de « los tribunales y de la administración de justicia en lo civil y criminal », y, por tanto, de los recursos de nulidad, sin que ello quiera decir que se « repusiera » la correspondiente normativa complementaria que los desarrollaba (122). Así las cosas, un elevado número de pleitos quedaron *pendientes* por carecer de vía procesal, a lo que debe sumarse que entre ellos se encontraban algunos muy significados tanto por su valor patrimonial cuanto por la relevancia social de los litigantes (123).

Las Cortes, pues, al afrontar la reforma de los recursos de nulidad gaditanos aproximándolos supuestamente al de casación francés, no discutieron sobre dónde emplazar al Supremo, qué hacer con las contravenciones expresas de la ley realizadas por los jueces, o si la jurisprudencia podía considerarse o no una « horrible palabra », sino que se movieron por apremiante necesidad de « proveer de alguna manera a la multitud de recursos de nulidad tanto tiempo paralizados por no tener aun ninguna tramitación conocida » (124). El Real Decreto de 1838 protegió unos determinados intereses, como bien puede comprobarse valorando las restricciones y requisitos impuestos en la misma norma respecto de la admisión de los recursos de nulidad: así, no sólo quedaron privados de este remedio procesal los pleitos entablados en las jurisdicciones especiales y todas las causas penales, sino que la obligación de depositar 10.000 reales que precedía a la interposición del recurso limitó extraordinariamente el número de recursos haciéndolos depender de las posibilidades de los litigantes (125). Mención aparte merece la pri-

(122) Expediente sobre recursos de nulidad: ACD/ SG, leg. 72, exp. 52.

(123) Sobre el sonado conflicto patrimonial que enfrentó al Duque de Berwick y los herederos de la Casa de Alba vinculado al Real Decreto de 1838 se extiende J. Solla, *La discreta práctica*, cit., p. 100, n. 264.

(124) Base cuarta de la autorización de las Cortes para que el Gobierno reforme la instrucción provisional. ACD/SG. leg. 72, exp. 50.

(125) J. F. PACHECO, *Comentario al Decreto de 4 de Noviembre de 1838 sobre recursos de nulidad*, 2ª ed., Madrid, Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, 1845, p. 52.

vación del recurso en los «pleitos posesorios», que en aquel momento afectaban a la determinación de la titularidad y régimen de propiedad de la tierra: así, la abolición del mayorazgo y del señorío jurisdiccional quedaron en manos no tanto del legislador cuanto de unos jueces silenciosos, ya que sabido era de todos por aquel entonces que en estas cuestiones «la posesión plenaria era casi equivalente a la propiedad» (126). El análisis archivístico de los procedimientos demuestra la verdad encerrada en la anterior afirmación (127), a lo que debe añadirse que la jurisprudencia posterior ratificó en términos de propiedad la dinámica posesoria previa (128).

Con todo, el Real Decreto señaló en su artículo que había lugar al recurso de nulidad «contra las sentencias de revista de las Reales Audiencias y del Tribunal especial de Guerra y Marina [...] si fueran contrarias á la ley clara y terminante», no obstante lo cual la norma amplió el margen afirmando la necesidad de citar en el recurso «la ley ó doctrina legal infringida» (art. 7), obligando además al Supremo que en sus sentencias hiciera «expresa declaración de si há ó no lugar al recurso, exponiendo los fundamentos legales del fallo» (art. 17). Las sentencias, además, debieron publicarse en la «Gaceta del Gobierno» (art. 23). No interesa aquí analizar los complicados aspectos procedimentales recogidos en esta disposición, sino clarificar cómo se entendieron las expresiones «ley ó doctrina legal» recogidas en su texto. Para ello volveré a servirme de la opinión de Joaquín Francisco Pacheco, un relevante jurista que llegaría a presidir el Consejo de Ministros, quien después de aclarar que los fallos contrarios a la ley no eran aquellos dictados con injusticia, y que la misma ley carecía de resolución explícita para muchos fallos, añadió:

«El hecho es que existen ciertas doctrinas recibidas universalmente como principios, ciertos dogmas de jurisprudencia consignados en todos los escritores, ciertas prácticas observadas por todos los tribunales; por cuyos medios, como si fueran leyes, y aún á veces mas que siendo leyes, se deciden gran cantidad de negocios. Estos negocios puede decirse que de derecho son; y sin embargo, también se puede afirmar que respecto de ellos no cabe

(126) Ivi, p. 44.

(127) M. LORENTE, R. LÓPEZ, F. MARTÍNEZ, *Amparos posesorios y presentación de títulos. La abolición del señorío jurisdiccional, Casa Aranda-Hijar (1811-1854)*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», 65, 1997, pp. 1447-1464.

(128) R. GARCÍA ORMAECHEA, *Supervivencias feudales. Estudio de legislación y jurisprudencia sobre señoríos*, edición de P. Ruíz Torres, Madrid, Ugoiti, 2002.

infracción de ley, porque verdaderamente no hay ley, ley escrita en los códigos, ley verdaderamente tal, que los decida [...]. Veamos pues, sin ningún género de duda, que el decreto reconoce dos casos, y que para ambos concede el medio en cuestión. La ley y la doctrina legal no son una misma cosa: aquella está en los códigos, y la segunda en los comentadores y en la práctica. Una y otra reasumen lo que se llama el derecho » (129).

Pacheco nos confirma que a las alturas de la década de los cuarenta del XIX español los puntos disputados en el foro no se decidían por leyes expresas sino por doctrinas de derecho que o bien podían ser consecuencia remota de las leyes, o bien principios derivados de la ley romana o de una práctica constante (130). Según nuestro comentarista, la fijación y uniformidad de la jurisprudencia requería que el Tribunal expresara con claridad « cuál es esa ley ó esa doctrina legal infringida » (131), sobre todo para que « jamás pueda verse en sus resoluciones la apariencia de la arbitrariedad ó del capricho » (132). Repárese en que de seguir exactamente los consejos de Pacheco, las sentencias del Tribunal debieran haber identificado un elenco de las tan famosas como extendidas *concordancias*, incorporando por tanto la cita de la obra utilizada a los *considerandos* de sus fallos; sin embargo, nada de esto ocurrió, puesto que desde entonces en adelante la voz « doctrina legal » tendió a confundirse con los propios fallos del Tribunal Supremo (133), el cual comenzó a ocultar a partir de entonces los materiales utilizados en orden a la construcción de tal doctrina.

Mas una vez hecha la afirmación cabe preguntarse sobre las causas que pudieron concurrir para que tal asimilación (doctrina legal=jurisprudencia del Tribunal Supremo) no sólo se produjera, sino que se entendiera necesaria. Convertir la doctrina legal, esto es, la literatura jurídica disponible, en un motivo de nulidad reabría la polémica sobre « los abusos de los jurisperitos » o « la confusión de las doctrinas » poniendo al Tribunal Supremo en una muy difícil posición respecto a los que desde la Baja Edad Media hasta entonces

(129) J. F. PACHECO, *Comentario*, cit., pp. 28-29.

(130) Ivi, p. 29.

(131) Ivi, p. 71.

(132) *Ibidem*.

(133) Este es el argumento principal que recorre la obra de M. COCA, *La doctrina legal*, cit.

habían sido los verdaderos tribunales superiores, las Audiencias, a las cuales no podía dar argumentos para poner en duda su autoridad. Como intuyó en su momento el propio Pacheco, la « devolución de los autos al Tribunal à quo » (art. 18), situaba al Tribunal ante la posibilidad de verse « desairado » por unos tribunales de provincia que bien podía volver « a fallar lo mismo que el anterior » ⁽¹³⁴⁾, siendo así que dicho temor podía llevar al Tribunal Supremo a « abstenerse de declarar aún nulidades notorias, considerando que después de él han de volver como desde luego venían fallados » ⁽¹³⁵⁾, sobre todo si se tenía en cuenta que no había lugar a una segunda o tercera reclamación de nulidad. La apuesta gaditana por que todas las causas fenecieran en el territorio de las Audiencias seguía boicoteando cualquier proyecto tendencialmente jerarquizador del aparato, de la misma manera que la problemática de la responsabilidad doceañista seguía estando muy presente debido a que la norma de 1838 tuvo que mantener que contra el fallo del tribunal « à quo, ó del inmediato en procesos devueltos ó remitidos por consecuencia de la declaración de nulidad, no habrá lugar á recurso alguno, salvo el de responsabilidad contra los ministros que lo dictaren » (art. 21). La falta de autoridad del Tribunal Supremo y la amenaza de exigencias de responsabilidad a los magistrados de las Audiencias llevó a diseñar un remedio procesal muy débil, que lo era hasta el punto de que dejó en manos de los supremos provinciales la evacuación de los recursos de nulidad ⁽¹³⁶⁾.

La pirámide judicial española rediseñada por el Real Decreto de 1838 bien puede asemejarse a un extraño *iceberg*, cuya punta, ocupada por el Tribunal Supremo motivando y resolviendo los novísimos recursos de nulidad en base a su autoridad jerárquica y no a la oportunidad o calidad de su argumentación, resultaba en parte indicativa del volumen de tradiciones oculto bajo el agua. La implantación de la motivación de sentencias, en las que se suponía debían citarse las doctrinas de los autores, se extendió muy débil-

⁽¹³⁴⁾ J. F. PACHECO, *Comentario*, cit., p. 73.

⁽¹³⁵⁾ *Ibí*, p. 77.

⁽¹³⁶⁾ F. MARTÍNEZ, R. LÓPEZ, *Los magistrados del Tribunal Supremo (1838-1848): una aproximación prosopográfica a la « Justicia moderada »*, en « Jueces para la Democracia », 15/1, 1992, p. 36.

mente a las Audiencias, a las que se obligó en exclusiva a remitir al Tribunal Supremo « un informe en que el Tribunal manifieste los fundamentos de hecho y de derecho que tuvo presentes para dictar su fallo » (art. 9). Con ser limitada, esta disposición obligaba por lo menos a que en un determinado número de casos los magistrados superiores « antes de dictar sus fallos piensen en los motivos con que los han de poder justificar. No es ésta desde luego tanta garantía como lo fuera el fundar las sentencias en sí propias; pero alguna es ya que sobre lo que teníamos antes, y no debemos despreciar ese ligero progreso » (137). Fue sin embargo la cultura nacida de la prohibición de fundamentar los fallos la que marcó a fuego no sólo las tradicionales actividades de las Audiencias, sino incluso también la nueva encomendada al Supremo, como bien han demostrado F. Martínez y R. López después de analizar exhaustivamente su jurisprudencia entre los años de 1838 y 1848: así, en las escasas 49 sentencias dictadas en el curso de esta década el Tribunal se refirió en numerosos casos a las doctrinas de autores, sin que ello supusiera justificar las primeras o identificar a los segundos (138), a lo que debe añadirse que acudió indistintamente a la Novísima Recopilación, Leyes de Toro, Siete Partidas, Constitución de 1912, Código de Comercio, Derecho canónico, Derecho foral, leyes desvinculadoras... esto es, a ese inmenso depósito histórico de textos de los que extraía, sin explicar demasiado su oportunidad, las normas supuestamente aplicables al caso (139).

Y es que, como dijeron algunos mucho más adelante, la legislación general y foral « abraza desde las Doce Tablas hasta la última disposición publicada en la Gaceta » (140), por lo que puede aventurarse que las doctrinas de los autores, genéricamente citadas por el Supremo, siguieran siendo absolutamente necesarias en la práctica de un foro presidido y gestionado por una suerte *ius commune* crepuscular (141): « ¿Qué doctrina admitida por la juris-

(137) J. F. PACHECO, *Comentario*, cit., p. 59.

(138) F. MARTÍNEZ, R. LÓPEZ, *Los magistrados*, cit., p. 39.

(139) *Ivi*, p. 38.

(140) M. ORTÍZ DE ZÚÑIGA, *Fundamentación*, cit., pp. 123-124.

(141) *Sala Novísimo ó Nueva Ilustración del Derecho Real de España, reducida à mejor método, corregida en muchas de sus partes, considerablemente aumentada y adicionada con un tratado nuevo de adición y partición de herencia, y con los decretos publicados*

prudencia de los tribunales de una manera uniforme é inconcusa, es la que hay en nuestra España, donde los tribunales han seguido generalmente la opinión de los intérpretes [...]?» se preguntaba nada menos que el Marqués de Gerona en 1858 ⁽¹⁴²⁾. A pesar del Real Decreto de 1838, de nuevo el continuismo se impuso en un doble, y territorial, sentido, puesto que tanto la « legislación general » como « la foral » requerían de instrumentos que permitieran tanto el propio acceso a la misma cuanto a su necesaria ordenación ⁽¹⁴³⁾. Que las diferencias resultaban significativas en el punto que nos ocupa nos lo demuestra una conocida sentencia del Tribunal Supremo, que en 1845 afirmó la vigencia de las « constituciones que antes había en Cataluña [...] según las cuales, en lo que no estuviera prevenido en ellas, debe regir el derecho canónico, y en defecto de éste el civil [...] », permitiendo con posterioridad la remisión a la específica doctrina de los doctores ⁽¹⁴⁴⁾. En todo caso, el Tribunal Supremo se aplicó a « ordenar » la legislación general armado en exclusiva con el Ordenamiento de Alcalá de 1348, en el cual se había establecido un medieval orden de prelación de jurisdicciones ⁽¹⁴⁵⁾. Al Tribunal, como a casi todos los juristas de la época ⁽¹⁴⁶⁾, no le importó transformar las prescripciones contenidas en dicho Orde-

desde la Novísima Recopilacion hasta el día, à que se han arreglado todos los tratados, por D. Joaquín Romero y Ginzo, 2ª ed., *aumentada con la parte de Derecho Penal y de Procedimientos que se hallaba falta la primera*, por un profesor de Jurisprudencia, Madrid, Imprenta de Barbom, 1845.

⁽¹⁴²⁾ J. DE CASTRO Y OROZCO, *Examen del recurso de casación en España*, en « Revista General de Legislación y Jurisprudencia », XIII, 1858, p. 46.

⁽¹⁴³⁾ A. BLAS, *Derecho civil aragonés ilustrado con la doctrina de los autores forales con el derecho común, y con la jurisprudencia aragonesa del Tribunal Supremo de Justicia*, Madrid, Imprenta de Santos Lauxé, 1873.

⁽¹⁴⁴⁾ J.M. GAY, *Notas sobre el derecho supletorio en Cataluña desde el Decreto de Nueva Planta (1715) hasta la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1845)*, en *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales. Atti dell'incontro di studio Firenze-Lucca 25, 26, 27 maggio 1989*, a cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomás y Valiente, Milano, Giuffrè, 1990, t. II, p. 864.

⁽¹⁴⁵⁾ J. VALLEJO, *Leyes y jurisdicciones en el Ordenamiento de Alcalá*, en F. Waltman, P. Martínez de la Vega (eds.), *Textos y Concordancias del Ordenamiento de Alcalá*, Madison, The Hispanic Seminary of Medieval Studies, 1994, pp. 19-46.

⁽¹⁴⁶⁾ A título de ejemplo: P. GÓMEZ DE LA SERNA, J.M. MONTALBÁN, *Elementos de Derecho civil y penal de España, precedidos por una reseña histórica*, 7ª ed. corregida y aumentada, Madrid, Sánchez, 1865, t. I, pp. 252-258.

namiento en un orden de prelación de fuentes=textos, desconociendo además las críticas de quienes, como Sempere, lo habían calificado de inútil años atrás: « Como quiera que fuera, y aunque la citada graduación ó escala de los Códigos parecía a primera vista muy racional, bien reflexionada no servía sino para aumentar la confusión del derecho, y los desórdenes del foro » (147).

Todo parece indicar que no había nada nuevo bajo el sol. Sin embargo, en 1838 comenzó a echar raíces una operación que bien podría titularse la *gran inversión*: así, la literatura jurídica centrada en la determinación de la « fuerza obligatoria » de las normas y dominada por la obsesión por sus concordancias con el *ius commune*, sirvió tanto para justificar la admisión de recursos por infracción de doctrina legal cuanto para inspirar su en parte motivada resolución, no obstante lo cual se entendió que dicha doctrina sólo podía considerarse como tal de ser adoptada por el Tribunal Supremo, cuyas sentencias, a su vez, fueron incluidas en las sucesivas ediciones corregidas, aumentadas, anotadas... de las más importantes obras doctrinales reeditados o publicados por primera vez a lo largo del siglo XIX (148). Como quiera que desde las *Doce Tablas* hasta aquella fecha había transcurrido mucha historia, la simple y desnuda *selección* de la norma aplicable al supuesto concreto realizada por los componentes del Tribunal Supremo no sólo tuvo mucho de *judge-make-law*, sino que además se siguió inscribiendo en la cultura de la no motivación a la que antes hice referencia por cuanto que la decisión sobre el pleito se basó en la previa decisión destinada a seleccionar la norma aplicable al mismo. A través de esta operación, además, lo que antes de 1808 pudo considerarse un orden jurídico se metamorfoseó en un orden supuestamente normativo, que devino inmanejable por ser indefinido sus límites y plano en su configuración dado que a todos los textos se les atribuyó, en

(147) J. SEMPERE Y GUARINOS, *Historia del Derecho Español*, 2ª ed., Madrid, Imprenta de la Sociedad literaria y tipográfica, 1844, p. 350.

(148) También a título de ejemplo: M. NAVARRO AMANDI, *Código civil de España. Compilación metódica de la doctrina contenida en nuestras leyes civiles vigentes, con expresión de sus orígenes, jurisprudencia del Tribunal Supremo, concordancias con los principales Códigos de otros pueblos y comentarios*, con un prólogo de D. Eugenio Montero Ríos, Madrid, Imp. de Enrique Rubiños, 1880, 2 tt.

principio, un igual o similar valor ⁽¹⁴⁹⁾. Consecuentemente, y como advirtiera el gran compilador del siglo, M. Martínez Alcubilla, no sabía muy bien qué significado atribuirle a la voz *ley* en uno de sus famosos *Diccionarios*:

« [...] nuestro objeto en este artículo es solamente indicar, porque otra cosa no es posible, el orden de prelación en la aplicación de las leyes y de las diversas compilaciones legales. Estas son muchas, y con arreglo á lo que establece [...] del Ordenamiento de Alcalá explicada y ampliada por la primera de Toro o [...] la Novísima Recopilación, el orden con que debe ser aplicada es como sigue: Primero. Las leyes no recopiladas ó posteriores á la Novísima Recopilación [...]. Segundo. La Novísima Recopilación [...] con el suplemento que aparece en la misma [...]. Tercero. El Fuero Juzgo, el Fuero Real y los Fueros municipales en cuanto sean usados y guardados. Cuarta. Las Partidas, teniendo presente que cuando el texto de las leyes de este Código de las ediciones de Gregorio López y de la Academia de la Historia haya divergencia debe prevalecer el primero [...] » ⁽¹⁵⁰⁾.

5. *Motivación y casación: el estado de la jurisprudencia.*

La ausencia de Código permitió al Tribunal Supremo tratar por todos los medios de ocupar su espacio; tal como se observará con posterioridad, el Tribunal pronto « recabó para sí la privativa, reclamando que solo sus fallos podían constituir doctrina legal » ⁽¹⁵¹⁾, lo que traducido significa que « la jurisprudencia ha venido á ser [...] la fuente principal, sino la única, del derecho civil español » ⁽¹⁵²⁾. A la par que esto sucedía, se operaron una serie de importantes cambios que, en resumen, pueden identificarse con la generalización de la obligación de motivar las sentencias a todos los jueces y en todas las causas ⁽¹⁵³⁾, así como a la regulación de los

⁽¹⁴⁹⁾ M. LORENTE, *La voz*, cit.

⁽¹⁵⁰⁾ M. MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Biblioteca municipal de los Juzgados de Paz, y diccionario manual de Legislación y Jurisprudencia*, 4ª ed., Madrid, Imp. el Consultor de los Ayuntamientos, 1865-1867, t. I, p. 260.

⁽¹⁵¹⁾ F. CLEMENTE DE DIEGO, *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Madrid, Reus, 1925, p. 144.

⁽¹⁵²⁾ M. FALCÓN, *Código civil español, ilustrado con notas, referencias y comentarios*, con un estudio crítico del Código por D. Vicente Romero Girón, Madrid, Centro Editorial de Góngora, 1888, p. 18.

⁽¹⁵³⁾ B. DÍAZ SAMPEDEDO, *La motivación de las sentencias: una doble equivalencia de garantía jurídica*, en « Foro. Nueva Época », 5, 2007, pp. 59-85.

recursos de casación, que después de incluirse en varias disposiciones, finalmente se plasmó en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 ⁽¹⁵⁴⁾. Esta norma atribuyó a la Sala que declaraba la casación la potestad de fallar en el fondo del negocio, reformulando como motivo de casación el quebrantamiento de « doctrina legal ó de derecho » ⁽¹⁵⁵⁾, siendo esta particularidad una de las principales diferencias entre la casación, francesa de la española ⁽¹⁵⁶⁾. Sabido es que la conversión de los Tribunales Supremos en cortes de casación no fue precisamente una tarea sencilla ⁽¹⁵⁷⁾, pero la problemática española desborda con mucho la vertiente meramente organizativa/procedimental del aparato de justicia. Así, inmediatamente después de aprobarse la Ley de 1855, hubo quien recordó que « un sistema de casación sin códigos es un edificio levantado al aire [...]. La jurisprudencia se crea sobre la legislación, no sobre la jurisprudencia misma. A pesar de la evidencia de esta máxima, nosotros tenemos casación sin Código civil; es decir, poseemos un carro sin ruedas, que solo puede recibir otra impulsión que la de un arrastre lento y ocasionado á mil accidentes » ⁽¹⁵⁸⁾.

A la casación civil sin Código se le debe añadir el Código sin casación, el penal, que deberá esperar hasta 1872, y, sobre todo, la inexistente unidad de fueros que se mantuvo hasta 1868, lo que permitió la coexistencia durante años de diversas « casaciones »; de su compleja y por fuerza caótica existencia nos da cuenta un contemporáneo:

« Como se vé por el anterior cuadro, que no es otra cosa que el exactísimo retrato de la organización de nuestros Tribunales, todos los métodos, todos los sistemas de casación, ó revisión suprema, funcionan de

⁽¹⁵⁴⁾ E. ÁLVAREZ CORA, *La arquitectura de la justicia burguesa. Una introducción al enjuiciamiento civil en el siglo XIX*, Madrid, CEPC, 2002.

⁽¹⁵⁵⁾ Que se mantendrá en la Ley de Enjuiciamiento civil que sustituyó a la anterior en 1881. Un análisis pormenorizado de todo ello en M. COCA, *La doctrina legal*, cit.

⁽¹⁵⁶⁾ L. DE ARRIETA, *Observaciones acerca de la esposicion de motivos en las sentencias judiciales y sobre otras cuestiones con ella relacionadas*, en « Revista General de Legislación y Jurisprudencia, XXX, 1867, pp. 13-115.

⁽¹⁵⁷⁾ M. MECCARELLI, *Le Corti di cassazione nell'Italia unita. Profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata (1865-1923)*, Milán, Giuffrè, 2005.

⁽¹⁵⁸⁾ J. DE CASTRO Y OROZCO, *Examen*, cit., p. 361.

consuno entre nosotros. Aquí conoce solo una sala, allí dos, más allá tres: hay casación con fallo en el fondo, sin fallo en el fondo, sobre hechos, con exclusión de los hechos: casación peninsular, casación ultramarina, casación civil, casación de fueros privilegiados, injusticia notoria, publicidad, no publicidad de las sentencias, fundamentación y no fundamentación de las mismas » (159).

Con todo, la Ley de Enjuiciamiento de 1855 marcó un antes y un después en el tema que nos ocupa. A pesar de que esta norma diferenció « la doctrina legal » respecto de la « admitida por la jurisprudencia de los Tribunales », el propio Tribunal supremo se encargó de limitar el ámbito de la doctrina legal en un doble sentido: en primer lugar, el Tribunal entendió que no bastaba citar como doctrina « la consignada en una obra, aunque sea de texto, cualquiera que fuese el mérito científico de ella, ni las opiniones de autores que han escrito sobre cuestiones de derecho » (160), y, en segundo, consideró que sólo su jurisprudencia, y no la de los demás cuerpos judiciales, podía portar el título de doctrina legal (161). En resumidas cuentas, la jurisprudencia del Tribunal Supremo consiguió absorber cualesquiera otras, puesto que sólo si eran sus decisiones recogidas en las sentencias del Supremo podían aspirar a incluirse dentro del cuerpo de la doctrina legal, sin que esto quiera decir que el Supremo se sintiera obligado a reconocer su procedencia.

A la jurisprudencia del Tribunal sólo le restaba asimilar su valor al de la propia ley, fuera ésta la que fuera, siendo así que algunos juristas se emplearon a fondo con objeto de justificar la asimilación: « Si la violación de la doctrina de derecho es motivo legal para la anulación de los fallos de las Audiencias, y si no hay otra potestad más que la de dicho Tribunal que declare cuál es el verdadero dogma admitido y autorizado por la jurisprudencia, forzoso es convenir en que las decisiones dictadas en igual sentido,

(159) Ivi, pp. 266-267.

(160) M. ORTÍZ DE ZÚÑIGA, *Del recurso de casación*, en « Revista General de Legislación y Jurisprudencia », XVII, 1860, p. 394.

(161) M. ORTÍZ DE ZÚÑIGA, *Jurisprudencia civil de España conforme a las doctrinas consignadas en los fallos del Tribunal Supremo de Justicia*, Madrid, Imprenta de José Rodríguez, 1869, t. II, p. 459.

no pueden dejar de tener tanta fuerza como la ley misma » (162). Sin embargo, no todos convinieron en aceptar este tipo de opiniones, por lo que bien puede afirmarse que comenzó a abrirse un nuevo frente en el que los antiguos « abusos de los jurisperitos » se transformaron en « errores jurídicos modernos ». Según los críticos, tanto los primeros como los segundos incurrían en un si no idéntico, sí similar defecto, a saber: situar la (s) jurisprudencia (s) por encima de la ley. « Entre los errores jurídicos mas trascendentales que oímos todos los días, uno es el de atribuir á los fallos que el Tribunal Supremo de Justicia pronuncia en los recursos de casación una fuerza igual á las de las leyes », afirmó un tanto indignado P. Gómez de la Serna (163), a lo que otros añadieron una descentralizadora coletilla: « no creemos en manera alguna que la autoridad de las sentencias del Tribunal Supremo, que la jurisprudencia que por ellos se fije, tengan el mismo valor, tangan la misma fuerza que las leyes: ó lo que es lo mismo, que sus fallos hayan de ser respetados como doctrina legal » (164). Repárese en que el autor de las anteriores palabras fue uno de los más conocidos compiladores de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Consejo Real o de Estado, por lo que pocas dudas caben sobre que ni el Tribunal ni los defensores de su jurisprudencia dominaron por completo el panorama de la época.

Y es que, también sin duda, había razones para ello. Lo que vengo denominando « cultura de la no motivación » seguía haciendo estragos en todos y cada uno de los órdenes judiciales, inclusive en el más alto ocupado por el Supremo. Los más reconocidos juristas del tiempo se esforzaron una y otra vez por afinar qué debía entenderse por « resultandos » y « considerandos », conscientes de que no sólo se solían mezclar los hechos con el derecho sino que además la redacción de ambos dejaba mucho que desear, hasta el punto de que incluso Ortíz de Zúñiga se sintió en la necesidad de recordar que por ser los fallos del Supremo « verdadero complemento de la legislación del país, indudable es que su redacción debe

(162) M. ORTÍZ DE ZÚÑIGA, *Fundamentación de las sentencias*, cit., p. 125.

(163) P. GÓMEZ DE LA SERNA, *Errores jurídicos modernos*, en « Revista General de Legislación y Jurisprudencia », XXXIII, 1868, p. 259.

(164) J.M. PANTOJA, *Del recurso de casación: su origen, su importancia y sus consecuencias*, en « Revista General de Legislación y Jurisprudencia », XXXI, 1867, p. 347.

llenar condiciones especiales, que no son precisas en las decisiones de las Audiencias » (165). Dicha cultura, además, arrojó otras consecuencias en el ámbito de las prácticas judiciales españolas, entre las que sin duda destaca la incapacidad de obligar a deliberar a los órganos de justicia colegiados: así, es el propio José de Castro y Orozco quien criticando la Ley de Enjuiciamiento de 1855, vinculó la antigua « legislación que condenaba la fundamentación de sentencias » a los hábitos de los tribunales, en los que cuales, según nuestro Marqués, se « reputaba la deliberación como cosa de menos valer y á veces hay que iniciarla y concluirla como á hurtadillas de la ley » (166).

Resulta prácticamente imposible dar cuenta aquí de los por aquel entonces denominados « progresos en la legislación » desde que estalló la revolución Gloriosa en 1868 hasta la fecha que asistió a la aprobación del Código Civil (167). En todo caso, ya cercanos a la promulgación del este último un nuevo caos se sumaba a los ya conocidos: el creado por la jurisprudencia. Así, por ejemplo, lo valoraba M. Falcón en 1888: « La confusión ha crecido en proporciones aterradoras, desde que, establecido el recurso de casación, fue investido el Tribunal Supremo de Justicia de declarar el sentido verdadero de las leyes, formando jurisprudencia [...] » (168). Según este jurista, la misma ley se había hecho cómplice de la perturbación al otorgar « carácter de doctrina legal a la jurisprudencia, y colocándola á la misma altura y nivel que el precepto legislativo » (169). Ahora bien, ¿estaba Falcón reclamando la antigua identificación realizada por Pacheco entre doctrina legal y principios formulados por los juristas? Creo sinceramente que no. Lo que molestaba a Falcón era la elevación a rango normativo de la doctrina legal identificada con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no obstante lo cual podría recordársele en términos retrospectivos que si algo brilló por su ausencia en la España decimonónica fue el principio de legalidad en todos y cada uno de los diferentes órdenes

(165) M. ORTÍZ DE ZÚÑIGA, *Fundamentación*, cit., p. 124.

(166) J. DE CASTRO Y OROZCO, *Examen*, cit., pp. 374-375.

(167) Que pueden seguirse en J.M. ANTEQUERA, *La Codificación moderna en España*, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1886.

(168) M. FALCÓN, *Código civil español*, cit., p. 18.

(169) Ivi, p. 19.

jurisdiccionales, la cual, a su vez, resultaba ser una consecuencia del rechazo a la asimilación de un concepto formal de ley identificada con voluntad del órgano competente para declararla⁽¹⁷⁰⁾. Tampoco resulta posible ni hacer un seguimiento pormenorizado de las consecuencias de esta incapacidad⁽¹⁷¹⁾, ni menos todavía tratar de explicar sus causas, no obstante lo cual sí puedo remitir a una historiografía que viene poniendo de manifiesto la naturaleza anti-voluntarista y antidemocrática de los diferentes paradigmas que estuvieron vigentes en el campo de la ciencia jurídica desde el último tercio del siglo XIX hasta la génesis del régimen franquista⁽¹⁷²⁾.

Así las cosas, resta exclusivamente a estas páginas recordar una última contradicción que siendo motivo de discusión entre los juristas de la época, ilumina en cierto modo la suerte de la doctrina legal más allá de la entrada en vigor del Código Civil. La Ley de Enjuiciamiento Civil vigente en 1889 mantenía como motivo de casación la infracción de la doctrina legal; sin embargo, el nuevo Código sólo entendió como derecho el contenido en las leyes, las costumbres y los principios generales. Muchos juristas dieron por sentado que el nuevo Código había hecho desaparecer la famosa «doctrina legal», pero pocas dudas caben respecto de que esta última se hizo un lugar dentro de los llamados principios generales del derecho. Con independencia de que, según algunos, dichos principios ni eran obra de la «sociedad misma, ni del poder legislativo del Estado, sino de la ciencia, del jurista»⁽¹⁷³⁾, siendo así que eran formulados por la «técnica de los jueces en función de los jurisprudenciosos»⁽¹⁷⁴⁾, lo cierto es que las cosas no habían sido de otra manera bajo el reinado de la doctrina legal. Algo, sin embargo, había cambiado por completo a finales del siglo XIX: la autoridad del Supremo se había consolidado definitivamente por lo que no necesitaba reforzarse recurriendo a la autoridad de los jurisprudenciosos,

(170) M. LORENTE, *La voz*, cit.

(171) S. MARTÍN, *Penalística y Penalistas Españoles a la Luz del Principio de Legalidad (1874-1944)*, en «Quaderni Fiorentini», 36, 2007, pp. 503-610.

(172) S. MARTÍN, *Funciones del Jurista y Transformaciones del Pensamiento Jurídico-Político Español (1870-1945)* (I), en «Historia Constitucional», 11, 2010, pp. 89-125.

(173) F. CLEMENTE DE DIEGO, *La jurisprudencia*, cit., p. 152.

(174) Ivi, p. 146.

muchos de los cuales, además, llegaron a ser miembros del Tribunal Supremo ⁽¹⁷⁵⁾. El interminable debate sobre el imperio de la ley, expresado ya en términos modernos, quedó definitivamente abierto en España ⁽¹⁷⁶⁾.

⁽¹⁷⁵⁾ A. SERRANO, *Un día en la vida de José Castán Tobeñas*, Valencia, Librería Tirant lo Blanch, 2001.

⁽¹⁷⁶⁾ F. LAPORTA, *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007.

HANS-PETER HAFERKAMP

PANDEKTISTIK UND RICHTSPRAXIS

I. Einführung. — II. Pandektisten als Richter. — III. Der wissenschaftliche Richter als verfassungspolitische Zentralgestalt bei Savigny und Puchta. — IV. Verwissenschaftlichung der Praxis. — 1. Ausbildung an den Universitäten. — 2. Aktenversendung. — 3. Pandektenbücher. — V. Praxisnähe der Rechtswissenschaft? — VI. Stimmungswandel nach 1850. — VII. Der Blick in die „Praxis“. — 1. Gerichtspraxis als Anreger der Pandektendogmatik. — 2. Gerichtspraxis in der juristischen Ausbildung: Die Fallübungen. — VIII. Stabübergabe an die Justiz.

I. *Einführung.*

Lange galt die Pandektistik als weltfremd, politisch quietistisch, wissenschaftlich begriffsjuristisch. Dazu passt, dass spätestens seit Ernst Landsberg Einigkeit darüber bestand, dass die Pandektisten „nicht eben geneigt“ gewesen seien ⁽¹⁾, die Praxis, also die Gerichte, zu beachten ⁽²⁾.

Erst die Habilitation von Regina Ogorek aus dem Jahr 1986 hat die Tür zu der lange hinter diesen Pauschalien verschütteten Frage aufgestoßen, wie das Verhältnis der Privatrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts zur Gerichtspraxis aussah ⁽³⁾. Mit Blick auf die

⁽¹⁾ E. LANDSBERG, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, München, Oldenbourg, 1910, Vol. III.II., p. 445.

⁽²⁾ Die These von der Nichtbeachtung der Praxis durch die, zumeist pauschal, historische Schule war bis zur Arbeit von R. OGOREK, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat?*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1986, p. 200 ohne Widerspruch. Bis 1972 eine genaue Auswertung der Vorwürfe bei R. SCHEUERMANN, *Einflüsse der historischen Rechtsschule auf die oberstrichterliche gemeinrechtliche Zivilrechtspraxis bis zum Jahre 1861*, Berlin, de Gruyter, 1972, pp. 3 ss., später etwa J. Q. WHITMANN, *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era*, Princeton, Princeton University Press, 1990, pp. 120 ss., 125 s., 128.

⁽³⁾ R. OGOREK, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat?*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1986.

Pandektistik liegen inzwischen vor allem zu Savigny ⁽⁴⁾, Puchta ⁽⁵⁾ und Windscheid ⁽⁶⁾ genauere Untersuchungen über ihren Umgang mit der gerichtlichen Praxis vor. Ein Überblick fehlt, viele Aspekte sind bis heute kaum beleuchtet. Nachfolgend sollen einige Vertiefungen versucht werden.

II. *Pandektisten als Richter.*

Nähert man sich dem Verhältnis zwischen Pandektistik und Gerichtspraxis, so fällt zunächst auf, dass viele Pandektisten selbst an der gerichtlichen Praxis teilhatten.

Berühmte Pandektisten waren Richter. Savigny war Richter am Rheinischen Revisions- und Kassationsgerichtshof in Berlin, 1830 gar Vizepräsident des Gerichts ⁽⁷⁾. Nur mit Blick auf veröffentlichte Entscheidungen findet sich Savignys Name immerhin 70 Mal unter Urteilen dieses Gerichts ⁽⁸⁾. Sein Berliner Nachfolger Georg Friedrich Puchta war Richter am Berliner Obertribunal und erwarb sich dort „die Anerkennung als eines ausgezeichneten Mitglieds“ ⁽⁹⁾. Der Gerichtspräsident, zu dessen Senat Puchta gehörte, berichtete über ihn: „Ist doch nur ein Professor, und hat eben ins Landrecht hineinge-

(4) Früh bereits H. MOHNHAUPT, *Richter und Rechtsprechung im Werk Savignys*, in W. WILHELM (ed.), *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1972, p. 252.; präzisierend mit Blick auf Theorie vs. Praxis J. RÜCKERT, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl v. Savigny*, Ebelsbach, Verlag Rolf Gremer, 1984, p. 152.

(5) H. P. HAFERKAMP, *Georg Friedrich Puchta und die Begriffsjurisprudenz*, Frankfurt a. M., Klostermann, 2004, pp. 141 ss., 434 ss.

(6) U. FALK, *Ein Gelehrter wie Windscheid. Erkundungen auf den Feldern der sogenannten Begriffsjurisprudenz*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1989.

(7) G. SEYNSCHE, *Der Rheinische Revisions- und Kassationshof in Berlin (1819-1852). Ein rheinisches Gericht auf fremdem Boden*, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, pp. 106 ss., 312 ss.

(8) Auswertung von L. VOLKMAR, *Die Jurisprudenz des Rheinischen Cassationshofes zu Berlin 1819-1846*, Berlin, Veid und Comp., 1848 durch F. EBEL, *Savigny officialis*, Berlin, de Gruyter, 1986, pp. 16 ss.; zu Savignys schwankender Bewertung dieser Tätigkeit vgl. J. RÜCKERT, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl v. Savigny*, Ebelsbach, Verlag Rolf Gremer, 1984, p. 156.

(9) F. J. STAHL, *Nachruf auf Georg Friedrich Puchta*, in A. A. F. RUDORFF (ed.), *Georg Friedrich Puchta's kleine civilistische Schriften*, Leipzig, Breitkopf und Hartel, 1851, p. IX.

rochen, beherrscht aber den ganzen Senat, tanzen alle nach seiner Pfeife“ (10). Der berühmteste Pandektist als Richter war aber sicher Georg Arnold Heise, der enge Freund Savignys und Mittler des Pandektensystems, unter dessen Präsidentschaft zwischen 1820 und 1850 das Oberappellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands zum wohl anerkanntesten deutschen Gericht vor Gründung des Reichsoberhandelsgerichts im Jahr 1869 wurde (11). Als Präsident dieses Gerichts folgten ihm mit Carl Georg von Wächter (1851-1852) und Johann Friedrich Kierulff (1853-1879) zwei weitere berühmte Pandektisten nach (12). Mit Friedrich Blu(h)me war ein weiterer Pandektist der ersten Garde zwischen 1833 und 1843 an diesem Gericht tätig (13). Anton Friedrich Justus Thibaut war seit 1802 in Jena Assessor am Hofgericht und am Jenaer Schöppenstuhl tätig (14). Johann Christian Hasse war seit 1811 Richter am Oberappellationsgericht Jena (15). Eduard Schrader war 1813-1817 Richter am Obertribunal in Tübingen (16). Friedrich Ludwig Keller war nach 1820 in Zürich Richter am Amtsgericht (17), August Wilhelm Heffter war seit 1820 Richter am Rheinischen Appellationsgerichtshof in Köln (18) und nach

(10) E. I. BEKKER, *Puchta und Wächter. Schattenrisse*, in O. LIEBMANN (ed.), *Festgabe der Deutschen Juristen-Zeitung zum 500-jährigen Jubiläum der Universität Leipzig*, Berlin, Liebmann, 1909, p. 97.

(11) K. POLGAR, *Das Oberappellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands (1820-1879) und seine Richterpersönlichkeiten*, Frankfurt a. M., Lang, 2007, pp. 166 ss.

(12) K. POLGAR, *Das Oberappellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands (1820-1879) und seine Richterpersönlichkeiten*, Frankfurt a. M., Lang, 2007, p. 179 ss., 189 ss.

(13) K. POLGAR, *Das Oberappellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands (1820-1879) und seine Richterpersönlichkeiten*, Frankfurt a. M., Lang, 2007, p. 234 ss.

(14) R. POLLEY, *Anton Friedrich Justus Thibaut (AD 1772-1840) in seinen Selbstzeugnissen und Briefen, Teil 1: Abhandlung*, Frankfurt a. M., Lang, 1982, p. 34.

(15) A. TEICHMANN, *Hasse, Johann Christian*, in *Allgemeine Deutsche Biographie*, X, 1879, p. 759.

(16) E. LANDSBERG, *Schrader, Heinrich Eduard Siegfried von*, in *Allgemeine Deutsche Biographie*, XXXII, 1891, pp. 428 s.

(17) J. K. BLUNTSCHLI, *Keller, Friedrich Ludwig*, in *Allgemeine Deutsche Biographie*, XV, 1882, p. 572.

(18) W. OGRIS, *Heffter, August Wilhelm*, in *Neue Deutsche Biographie*, VIII, 1969, p. 202 sowie G. SEYNSCHE, *Der Rheinische Revisions- und Kassationshof in Berlin (1819-1852). Ein rheinisches Gericht auf fremdem Boden*, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, pp. 176 ss., 181 s.

1833 Richter am Rheinischen Appellations- und Kassationsgerichtshof in Berlin. Theodor Marezoll wurde 1826 Oberlandesgerichtsrat in Gießen⁽¹⁹⁾. Karl Friedrich Ferdinand Sintenis war nach 1847 Richter am Oberlandesgericht Dessau⁽²⁰⁾. Ernst Immanuel Bekker war zur gleichen Zeit Richter zunächst am Berliner Stadtgericht, dann am Kammergericht⁽²¹⁾. Rudolph von Jhering und Johannes Christiansen waren 1850 Richter am Oberappellationsgericht Kiel⁽²²⁾. Lothar Anton Alfred Pernice sammelte nach 1863 in Greifswald Erfahrung als Richter⁽²³⁾.

Nicht nur als Richter hatten Pandektisten unmittelbar Anteil an der Rechtspraxis, sondern auch in den im 19. Jahrhundert noch oftmals fortdauernden⁽²⁴⁾ Spruchkollegien der Fakultät kamen sie mit der Rechtspraxis in Kontakt. Hierzu gehörten Christian Friedrich Mühlenbruch, der das stark beschäftigte Spruchkollegium in Halle leitete⁽²⁵⁾, und Rudolf von Jhering⁽²⁶⁾. Auch Carl Adolph von Vangerow, der wohl erfolgreichste Pandektenlehrer des 19. Jahrhunderts, sammelte im Heidelberger Spruchkollegium seine praktischen Erfahrungen⁽²⁷⁾. In Berlin saßen etwa Savigny, Puchta und Dernburg im Spruchkollegium der Fakultät⁽²⁸⁾.

⁽¹⁹⁾ A. TEICHMANN, *Marezoll, Gustav Ludwig Theodor*, in *Allgemeine Deutsche Biographie*, XX, 1884, pp. 315 s.

⁽²⁰⁾ W. HOSAÜS, *Sintenis, Karl Friedrich Ferdinand*, in *Allgemeine Deutsche Biographie*, XXXIV, 1892, p. 404.

⁽²¹⁾ M. KRIECHBAUM, *Dogmatik und Rechtsgeschichte bei Ernst Immanuel Bekker*, Ebelsbach, Gremer, 1984, p. 11.

⁽²²⁾ R. EGGERS, *Leben und Werk des Juristen Johannes Christiansen (1809-1854)*, Dissertation Leipzig, 1990, p. 42.

⁽²³⁾ E. I. BEKKER, *Alfred Pernice (1841 — 1901)*, « SZ RA », XXII, 1901, pp. 17 s.

⁽²⁴⁾ Die zeitgenössische Diskussion um die Aktenversendung erschließt sich über J. B. SARTORIUS, *Revision der Lehre von der Aktenversendung*, « Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß », XIV, 1840, p. 219 ss.

⁽²⁵⁾ O. MEJER, *Mühlenbruch, Christian Friedrich*, in *Allgemeine Deutsche Biographie* XXII, 1885, pp. 463 s.

⁽²⁶⁾ Zur Spruchkammertätigkeit Jherings M. KUNZE, *Rudolf von Jhering - ein Lebensbild*, in O. BEHREND (ed.), *Rudolf von Jhering. Beiträge und Zeugnisse*, Göttingen, Wallstein, 1993, pp. 16 s.

⁽²⁷⁾ Vgl. K. A. v. VANGEROW, *Zur Lehre von der bonorum possessio furiosi nomine*, « AcP », XXX, 1847, p. 1; hierzu H. P. HAFERKAMP, *Karl Adolph von Vangerow (1808-1870) - Pandektenrecht und 'Mumiencultus'*, « ZEuP », 2008, 4, pp. 813 ss.

⁽²⁸⁾ E. SECKEL, *Geschichte der Berliner juristischen Fakultät als Spruchkollegium*,

Pandektistik und Gerichtspraxis haben mehr Berührungspunkte, als es auf den ersten Blick scheint.

III. *Der wissenschaftliche Richter als verfassungspolitische Zentralgestalt bei Savigny und Puchta.*

„Sein Interesse und seine Energie für ständische oder constitutionelle Einrichtungen mag verhältnißmäßig untergeordnet gewesen sein. Damit war er aber keineswegs gleichgültig gegen Garantien der staatsbürgerlichen Rechte, er suchte diese nur mehr anderwärts, namentlich in der Unabhängigkeit der Rechtspflege und ihrer weitem Ausdehnung, durch welche sie nach alter Weise auch gegen Bedrückungen der Staatsgewalt schützen sollte“. Es „bestimmte ihn seine vorherrschend civilistische Natur daß er auch die öffentliche Freiheit lieber auf dem Wege der Rechtspflege als auf dem der ständischen Vertretung geschützt sah. Die Justiz war ihm zum Theil auch Surrogat der Verfassung, sie war überhaupt vorherrschend der Gegenstand seiner Liebe, seiner Begeisterung, der Bestrebungen seines Lebens“ (29).

Die „civilistische Natur“, die Friedrich Julius Stahl hier beschrieb, war die von Georg Friedrich Puchta, Nachfolger Savignys in Berlin und später lange ganz einhellig der „typische Vertreter der einseitigsten, verstiegenen, welt- und lebensfremden, praktisch unanwendbaren, dialektisch haarspaltenden Begriffsjurisprudenz“ (30).

Stahl kannte Puchta sehr gut (31) und beschrieb dessen Überzeugung treffend. In einem Brief an Hugo berichtete Puchta 1839 von einem Disput mit Wilhelm Eduard Albrecht „über das Zurückdrängen des rechtlichen Weges durch die modernen Constitutionen“ (32):

„Unter uns gesagt, ich finde eine Art Nemesis darin, daß sich an

in M. LENZ (ed.), *Geschichte der königlichen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin*, Halle, 1910, Vol. III, p. 463.

(29) F. J. STAHL, *Nachruf auf Georg Friedrich Puchta*, in A. A. F. RUDORFF (ed.), *Georg Friedrich Puchta's kleine civilistische Schriften*, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1851, p. XI.

(30) E. LANDSBERG, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, München, Oldenbourg, 1910, Vol. 3.2., p. 458.

(31) Hierzu H. P. HAFERKAMP, *Georg Friedrich Puchta und die 'Begriffsjurisprudenz'*, Frankfurt a. M., Klostermann, 2004, pp. 311 ss.

(32) G. F. PUCHTA, *Brief vom 14. 2. 1839*, in H. H. JAKOBS (ed.), *Georg Friedrich Puchta. Briefe an Gustav Hugo*, Frankfurt a. M., Klostermann, 2009, pp. 197 s.

Dahlmann seine Constitution rächt, bey der er auch von der Abneigung der neueren Politiker gegen die Juristen und die juristische Behandlung der Sache geleitet worden zu seyn scheint. Nun sieht man, was dabey heraus kommt, wenn man alles auf solche in die Luft gebauten Stände baut;... Es ist merkwürdig, daß in dem ersten Band der Politik von Dahlmann, der doch schon die Grundlage der Staatsverfassung enthält, die Gerichte nicht vorkommen.“

Puchta Verbündeter gegen absolutistische Tendenzen der Fürsten, wie sie Albrecht und Dahlmann als Teil der „Göttinger Sieben“ hatten erdulden müssen, war die Justiz⁽³³⁾. Als Sohn des bekannten Richters Wolfgang Heinrich Puchta⁽³⁴⁾ war Georg Friedrich Puchta bereits in der Jugend mit der Gerichtspraxis in Kontakt gekommen. 1827 begann Puchta, sich mit der Bedeutung der Justiz für das Zivilrecht seiner Zeit auseinander zu setzen.

Ausgangspunkt der Überlegungen Puchtas waren Äußerungen Savignys in der Berufsschrift von 1814. Savigny hatte hier betont, die „Annäherung der Theorie und Praxis ist es, wovon die eigentliche Besserung der Rechtspflege ausgehen muß, und worin wir vorzüglich von den Römern zu lernen haben: auch unsere Theorie muss praktischer und unsere Praxis wissenschaftlicher werden, als sie bisher war“⁽³⁵⁾. Gegenüber Wilhelm von Gerlach präziserte er brieflich, „daß aller Erfolg davon abhängt, den Richterstand in eine Lage zu bringen, in welcher er mit lebendigem Denken und nicht auf mechanische Weise sein Geschäft vollbringe, also ihn zu erziehen“⁽³⁶⁾. Savigny thematisierte dies vor allem in seiner Auslegungslehre⁽³⁷⁾. Indem er dabei das Gesetz als Ausdruck des Rechtsbe-

⁽³³⁾ H. P. HAFERKAMP, *Georg Friedrich Puchta und die 'Begriffsjurisprudenz'*, Frankfurt a. M., Klostermann, 2004, pp. 438 ss.

⁽³⁴⁾ Zu Wolfgang Heinrich Puchta: U. FALK, *Von Dienern des Staates und von anderen Richtern. Zum Selbstverständnis der deutschen Richterschaft im 19. Jahrhundert*, in A. GOURON (ed.), *Europäische und amerikanische Richterbilder*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1996, pp. 251 ss.

⁽³⁵⁾ F. C. v. SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, a cura di H. HATTENHAUER, München, Vahlen, 1973, pp. 126 s.

⁽³⁶⁾ F. C. v. SAVIGNY, *Brief an Wilhelm von Gerlach vom 1. 3. 1934*, in H. LIERMANN/H. J. SCHOEPS (ed.), *Materialien zur preußischen Eherechtsreform im Vormärz*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1961, p. 490.

⁽³⁷⁾ Hierzu J. RÜCKERT, *Juristische Methode und Zivilrecht beim Klassiker Savigny (1779-1861)*, in J. RÜCKERT (ed.), *Fälle und Fallen in der neueren Methodik seit Savigny*, Baden-Baden, Nomos, 1997, pp. 25 ss., 52 ss.

wusstseins des rechtsbildenden Volkes interpretierte, konnte Gesetzesauslegung nie ein technisch-mechanisches Geschäft sein. Der Richter wurde in freier Geistestätigkeit zum zentralen Mittler zwischen den Rechtsverhältnissen und dem Gesetz. Auslegung bedeutete Verschmelzung zwischen Text und Wirklichkeit anhand des zu entscheidenden Falles. Dies durfte keine „Willkür“ sein, forderte richterliche Loyalität. Der Richter konnte aber nie ein Subsumtionsautomat sein. Er blieb auch für Savigny eine zentrale Figur für die verfassungspolitische Umsetzung der individuellen Freiheit. Für die unscharfen Grenzen wollte Savigny der Justiz selbst die Rechtssicherheit anvertrauen. Da „im Einzelnen die Grenze zwischen reiner Auslegung und eigentlicher Fortbildung des Rechts oft zweifelhaft seyn kann“, empfahl er einen Gerichtshof einzurichten, der

„eine ähnliche Stellung wie der Französische Cassationsgerichtshof einnähme. Dieser würde dann einen ähnlichen Einfluß ausüben, und für die Rechtspflege ähnliche Vortheile darbieten, wie im alten Rom der Prätor und die Juristen, so dass ihm diejenige ausdehnende und einschränkende Auslegung besonders verliehen wäre, welche oben als ein dem reinen Richteramt nicht zukommendes Verfahren aus dem Gebiet wahrer Auslegung verwiesen werden musste“⁽³⁸⁾.

Auch Puchta machte deutlich, dass er einen Richter als Anwendungsmechaniker des Gesetzes ablehnte:

„Das juristische Denken des Gesetzgebers soll dem Richter nicht etwa das Denken ersparen; Richter, die nicht im Stande wären, die Gedanken des Gesetzgebers zu reproducieren, wären dieses Namens nicht werth“⁽³⁹⁾.

Puchtas Blick richtete sich aber weniger auf die Auslegungslehre als auf die Rechtsquellenlehre. Ausgangspunkt war für ihn „Savigny’s Vermischung von Gewohnheits- und Juristenrecht“⁽⁴⁰⁾. Savigny hatte 1814 „alles Recht“ dem zweistufigen Entwicklungs-

⁽³⁸⁾ F. C. v. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, Veit, 1840, pp. 329, 330.

⁽³⁹⁾ G. F. PUCHTA, *Vorlesungen über das heutige römische Recht*, Vol. I, a cura di A. A. F. RUDORFF, Leipzig, Tauchnitz, 1847, p. 17.

⁽⁴⁰⁾ G. F. PUCHTA, *Brief an Hugo vom 2. 8. 1828*, in H. H. JAKOBS (ed.), *Georg Friedrich Puchta. Briefe an Gustav Hugo*, Frankfurt a. M., Klostermann, 2009, p. 86.

gang („erst durch Sitte und Volksglaube, dann durch Jurisprudenz“ (41)) unterworfen und auch das gemeine römische Recht, obwohl es „ein doppeltes Leben hat“, war für ihn wesentliche „Wissenschaft in den Händen der Juristen“ (42). Auch dieses von den Juristen geschaffene Recht nannte Savigny 1814 jedoch missverständlich, in Abgrenzung zur Gesetzgebung, Gewohnheitsrecht (43). Puchta stellte hiergegen heraus, dass Gemeines Recht nicht Gewohnheits-, sondern „Juristenrecht“ sei (44). Wie Savigny machte Puchta eine vorstaatliche, nationale „dunkle Werkstätte“ (45) zum Ausgangspunkt der Rechtsentstehung, die er, in Uminterpretation eines Kernbegriffs hegelscher Philosophie, seit 1826 (46) „Volksgeist“ nannte. Recht emanierete aus dem Volksgeist, dessen Struktur menschlicher Erkenntnis unzugänglich war: „Sichtbar ist nur das Entstandene selbst“ (47). Aus primären Erkenntnisquellen wurden damit bloße Indizien. Für das Puchta vor allem interessierende staatsfrei gebildete Gemeine Recht bedeutete die Betonung von Juristen-, nicht Gewohnheitsrecht, dass nicht

(41) F. C. v. SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, a cura di H. HATTENHAUER, München, Vahlen, 1973, p. 14.

(42) F. C. v. SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, a cura di H. HATTENHAUER, München, Vahlen, 1973, p. 12.

(43) „Die Summe dieser Ansicht also ist, dass alles Recht auf die Weise entsteht, welche der herrschende, nicht ganz passende Sprachgebrauch als Gewohnheitsrecht bezeichnet, d. h. dass es erst durch Sitte und Volksglaube, dann durch Jurisprudenz erzeugt wird, überall also durch innere, stillwirkende Kräfte, nicht durch die Willkür eines Gesetzgebers“, F. C. v. SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, a cura di H. HATTENHAUER, München, Vahlen, 1973, pp. 13 s.

(44) Die wenigen Seiten im Gewohnheitsrecht (in Band 1 vor allem die Seiten: 78-81, 146 f., 161-167), auf denen G. F. PUCHTA das Juristenrecht zum Gewohnheitsrecht abgrenzte, dürfen über die zentrale Bedeutung dieser Passagen im ganzen Werk nicht hinwegtäuschen.

(45) G. F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1841, Vol. I, p. 30; ebenso bezeichnete Schelling den Entstehungsgrund der Mythologie, vgl. F. W. J. SCHELLING, *Historisch-kritische Einleitung in die Philosophie der Mythologie*, 1842, in K. F. A. SCHELLING (ed.), *Sämtliche Werke*, Vol. 1, Stuttgart, Cotta, 1856 (1842), p. 18.

(46) Erstmals in G. F. PUCHTA, *Rezension Eduard Gans: Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung, Teil 1, Berlin 1824, Teil 2, Berlin 1825*, « Erlanger Jahrbücher der gesamten deutschen juristischen Literatur », I, Erlangen, 1826, p. 14.

(47) G. F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1841, Vol. I, p. 30.

‚äußere‘ Kriterien wie Übung, Gerichtsgebrauch oder *communis opinio doctorum* entscheidendes Geltungsindiz sein konnten, sondern einerseits die Teilhabe des Juristen an den ‚praktischen Bedürfnissen‘ der nationalen Rechtswirklichkeit und andererseits das ‚innere Kriterium‘ der ‚wissenschaftlichen Wahrheit‘ entscheidend waren⁽⁴⁸⁾. Richterliche Rechtsanwendung war so mit erheblichen Spielräumen ausgestattet. Ein Juristenrecht galt nur infolge seiner „Wahrheit“⁽⁴⁹⁾. Sicher konnte eine solche ‚Wahrheit‘ nie sein, ihr Zeugnis blieb „immer ein unvollkommenes“⁽⁵⁰⁾. „Abweichung von diesen Konsequenzen“ waren nicht ausgeschlossen⁽⁵¹⁾. Die dadurch gewährte Flexibilität sah Puchta offenbar als so gefährlich weit an, dass er sich vor dem Missverständnis, hier der richterlichen Freiheit ungebührlichen Raum eingeräumt zu haben, schützen zu müssen meinte. Er betonte, durch sein Recht der Wissenschaft werde die „wünschenswerthe Stabilität unserer Justiz“ nicht gefährdet⁽⁵²⁾. Halt durch Indizien gäbe die Anerkennung durch die „angesehensten“ Rechtsgelehrten und Gerichte. Angesichts der Tatsache, dass die „neuen Entdeckungen wirklicher Wahrheiten nicht so häufig

⁽⁴⁸⁾ Hierzu im Einzelnen H. P. HAFERKAMP, *Georg Friedrich Puchta und die Begriffsjurisprudenz*, Frankfurt a. M., Klostermann, 2004, p. 141 ss., 196 ss.

⁽⁴⁹⁾ Vgl. die Nennungen oben I 4; daneben G. F. PUCHTA, *Rezension Beseler: Volksrecht und Juristenrecht*, Leipzig, 1843, «Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik», I, 1844, p. 18; G. F. PUCHTA, *Pandekten*, Leipzig, Barth, 1845, p. 26; G. F. PUCHTA, *Vorlesungen*, Leipzig, Tauchnitz, 1846, Vol. I, p. 44.

⁽⁵⁰⁾ G. F. PUCHTA, *Vorlesungen*, Leipzig, Tauchnitz, 1846, Vol. I, p. 44; insofern irreführend die Feststellung R. OGOREK, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat?*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1986, p. 203, die Wissenschaft solle nach Puchta „wissenschaftlich exakte und damit unangreifbare Schlüsse“ ziehen („kritikfeste Methode“) — die politische Abschirmung durch Wissenschaft trat hier jedenfalls ohne Wahrheitsanspruch auf.

⁽⁵¹⁾ G. F. PUCHTA, *Vorlesungen*, Leipzig, Tauchnitz, 1846, Vol. I, p. 25; hierzu bereits R. OGOREK, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat?*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1986 p. 208 Anm. 38 mit berechtigter Kritik an W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1958, p. 78 Anm. 37. Das von Puchta hier genannte „Bedürfnis“ der Abweichung war nicht das herausgefühlte praktische Bedürfnis, welches er dem Juristenrecht als Entstehungsvoraussetzung vorgeschrieben hatte, sondern die im *ius singulare* nun thematisierte Regel-Ausnahme-Problematik.

⁽⁵²⁾ G. F. PUCHTA, *Rezension Beseler: Volksrecht und Juristenrecht*, Leipzig, 1843, «Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik», I, 1844, p. 22.

seien“, bedeute dies also nicht, den Richter zu einer „Wetterfahne“ zu machen, „die sich nach jedem Wind einer neuen Lehre richtet“⁽⁵³⁾. Puchtas Rechtsquellenlehre sollte die legitimatorische Basis sein für eine wissenschaftlich arbeitende Justiz, indem er wertende und rational-wissenschaftliche Kriterien in eine Balance zu bringen suchte⁽⁵⁴⁾.

IV. *Verwissenschaftlichung der Praxis.*

Auf welchen Wegen sollte die Verwissenschaftlichung der Praxis erreicht werden?

1. *Ausbildung an den Universitäten.*

Um die Verwissenschaftlichung der Rechtspraxis zu erreichen, mussten die Richter befähigt werden, die methodischen Forderungen auch umzusetzen. Hieraus resultierten die Anstrengungen, die Savigny⁽⁵⁵⁾ und andere⁽⁵⁶⁾ der Modernisierung der Juristenausbildung schenkten. Ausbildung war und blieb im 19. Jahrhundert das zentrale Medium einer Verwissenschaftlichung der Justiz.

Diese Verwissenschaftlichung in der Ausbildung setzte nun nicht am Rechtsstoff an, sondern an der Methode. Savigny hatte 1814 hervorgehoben, dass es ihm nicht um eine Verherrlichung des

⁽⁵³⁾ G. F. PUCHTA, *Rezension Beseler: Volksrecht und Juristenrecht*, Leipzig, 1843, «Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik», I, 1844, p. 22.

⁽⁵⁴⁾ Vgl. H. P. HAFERKAMP, *The Science of Private Law and the State in Nineteenth Century Germany*, in N. JANSEN/ R. MICHAELS (ed.), *Beyond the State. Rethinking Private Law*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, p. 245 ss.

⁽⁵⁵⁾ F. C. v. SAVIGNY, *Rezension von Schleiermachers Wesen und Wert der Universitäten*, in F. C. v. SAVIGNY, *Vermischte Schriften IV*, Berlin, Veit, 1850, p. 262 ss.; F. C. v. SAVIGNY, *Juristischer Unterricht in Italien*, erstmals erschienen 1828, Wiederabdruck in F. C. v. SAVIGNY, *Vermischte Schriften IV*, Berlin, Veit, 1850, pp. 318 ss.

⁽⁵⁶⁾ Vgl. etwa G. HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlin, Mylius, 1820, § 42 (pp. 56 s.); zu Vangerow: H. P. HAFERKAMP, *Karl Adolph von Vangerow (1808-1870) — Pandektenrecht und 'Mumiencultus'*, «ZEuP», 2008, pp. 813 ss.; zu Jhering: C. JÄDE, *Rudolf von Jhering. Pandektenvorlesung nach Puchta*, Göttingen, Wallstein, 2008, pp. 13 ss.; zu Wächter: B. WINDSCHEID, *Carl Georg von Waechter*, in B. WINDSCHEID, *Kleine Schriften, Reden und Rezensionen*, Teil II, Leipzig, Zentralantiquariat der DDR, 1984, pp. 335 ss.

antiken Rechts gehe⁽⁵⁷⁾. Das Römische Recht interessierte ihn „als Muster juristischer Methode“⁽⁵⁸⁾. Hier fand er sein Ideal: „So ist ihnen Theorie und Praxis eigentlich gar nicht verschieden, ihre Theorie ist bis zur unmittelbarsten Anwendung durchgebildet, und ihre Praxis wird durch die wissenschaftliche Behandlung geädelt“⁽⁵⁹⁾.

Dies erklärt das eigenartige Phänomen, dass viele Pandektisten zwar vorhaben, das „heutige“ Römische Recht zu lehren, bei dem es seit Hugo eigentlich um eine „Scheidung des ganzen alten Römischen Rechts von dem heut zu Tage anwendbaren Römischen Privatrechte“⁽⁶⁰⁾ ging, gleichwohl in den Lehrbüchern der Pandektistik übermäßig häufig offenbar antiquiertes Recht auftauchen. So finden sich etwa bei Mühlenbruch, Puchta, Göschen, Vangerow, Savigny und Wening-Ingenheim breite Ausführungen zur *capitis deminutio* und zur Infamie⁽⁶¹⁾, also zu Rechtsinstituten, die der

(57) „Die Verteidiger des Römischen Rechts haben nicht selten den Werth desselben darin gesetzt, dass es die ewigen Regeln der Gerechtigkeit in vorzüglicher Reinheit enthalte, und so gleichsam selbst als ein sanctionirtes Naturrecht zu betrachten sey [...]. Allein gerade dieses übrig bleibende materielle des Römischen Rechts, was man so für seine wahre Vortrefflichkeit ausgiebt, ist so allgemeiner Natur, dass es meist schon durch gesunden Verstand ohne alle juristische Bildung gefunden werden könnte und um so einen leichten Gewinn lohnt es sich nicht, Gesetze und Juristen von zweytausend Jahren her zu unserer Hülfe zu bemühen.“, F. C. v. SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, a cura di H. HATTENHAUER, München, Vahlen, 1973, p. 27.

(58) F. C. v. SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, a cura di H. HATTENHAUER, München, Vahlen, 1973, p. 39.

(59) F. C. v. SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, a cura di H. HATTENHAUER, München, Vahlen, 1973, p. 30.

(60) Erstmals G. HUGO, *Institutionen des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, Mylius, 1789, hier Vorrede p. 8, mit dem Ziel in einer Vorlesung das „was der juristische Geschäftsmann durchaus nie vergessen darf“, zusammenzustellen; später dann (in vielen Auflagen) G. HUGO, *Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts*.

(61) So etwa F. C. v. SAVIGNY, *Pandektenvorlesung 1824/25*, a cura di H. HAMMEN, Frankfurt a. M., Klostermann, 1993, pp. 41 s.; J. N. v. WENING-INGENHEIM, *Lehrbuch des gemeinen Civilrechts nach Heises Grundriß eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behufe von Pandekten-Vorlesungen*, a cura di J. A. FRITZ, München, Fleischmann, 1837, Vol. I, §§ 64 ss.; J. F. L. GÖSCHEN, *Vorlesungen über das gemeine Civilrecht*, Göttingen, Vandenhoeck u. Ruprecht, 1838, Vol. I, §§ 44 ss.; A. F. J. THIBAUT, *System des Pandektenrechts*, Jena, Mauke, 1823, § 213; F. C. MÜHLENBRUCH, *Lehrbuch des*

Rechtswirklichkeit des 19. Jahrhunderts fremd waren ⁽⁶²⁾. Das Bild verschiebt sich jedoch, wenn man im Blick behält, dass man Pandektenhandbücher nicht als praktische Nachschlagewerke missverstehen darf, sondern in ihrer didaktischen Aufgabe, als Hilfsmittel der Pandektenvorlesung, verstehen muss. Didaktisch hatten diese alten Rechtsinstitute offenbar einen ganz anderen Wert. Ludwig Pernice betonte 1824: „Es muß die Hauptaufgabe der Pandekten bleiben, auf fortlaufende Exegese gestützt, in den innern systematischen Zusammenhang des römischen Rechts einzuführen“ ⁽⁶³⁾. Savigny, der in seiner Pandektenvorlesung ebenfalls das „Gemeine Civilrecht“ lehren wollte, meinte zugleich, Zweck der Pandektenvorlesung sei es, „das Rechtssystem in der Gestalt, die es zuletzt unter Justinian angenommen, in größerer Vollständigkeit auseinanderzusetzen, in Verbindung mit der Interpretation der Quellen“ ⁽⁶⁴⁾. Deutlicher noch trennte Friedrich Christian Mühlenbruch 1839 diese beiden Aspekte: „Die Auswahl der in dem Pandektenrecht vorzutragenden besonderen Lehren sollte eigentlich weniger durch die Rücksicht auf unmittelbare Anwendbarkeit, als vielmehr dadurch bestimmt werden: ob das Studium eines Gegenstandes besonders geeignet sei, die juristische Urtheilskraft zu bilden ... Den Mittelpunkt und hauptsächlichlichen Inhalt des gesammten praktischen Civilrechts müssen die wirklichen Pandekten bilden“ ⁽⁶⁵⁾. Levin Goldschmidt, Vangerows Hörer und Fakultätskollege ⁽⁶⁶⁾,

Pandektenrechts, Halle, C. A. Schwetschke & Sohn, 1839, Vol. I, § 184; G. F. PUCHTA, *Pandekten*, Leipzig, Barth, 1845, § 116.

⁽⁶²⁾ Insofern zutreffend R. SCHRÖDER, *Über das unpraktische Rechtsstudium — Ein nicht unpolemischer historischer Streifzug*, in C. ARMBRÜSTER (ed.), *Liber amicorum für Klaus Mock zum 70. Geburtstag*, Köln, Heymanns, 2009, pp. 263 ss.

⁽⁶³⁾ L. PERNICE, *Geschichte, Alterthümer und Institutionen des Römischen Rechts im Grundrisse*, Halle, Gebauer, 1824, p. 8.

⁽⁶⁴⁾ F. C. v. SAVIGNY, *Pandektenvorlesung 1824/25*, a cura di H. HAMMEN, Frankfurt a. M., Klostermann, 1993, pp. 5 s.

⁽⁶⁵⁾ C. F. MÜHLENBRUCH, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Halle, C. A. Schwetschke & Sohn, 1839, Vol. I, III, p. VI.

⁽⁶⁶⁾ Goldschmidt war seit 1855 PD, seit 1860 a. o. Prof. und von 1866 bis 1870 ord. Prof. in Heidelberg, vgl. R. DIETZ, *Goldschmidt*, in *Neue Deutsche Biographie* VI, Berlin, Duncker & Humblot, 1964, pp. 617 s.; L. WEYHE, *Levin Goldschmidt: Ein Gelehrtenleben in Deutschland*, Berlin, Duncker und Humblot, 1996, pp. 73 ss.

verteidigte noch 1887 diese Position und gerade mit Blick auf Vangerow:

„Nun ist es gewiß sehr wünschenswerth, wenn der Lehrer der Institutionen und der Pandekten an geeigneter Stelle darauf hinweist, ob der betreffende Rechtssatz oder Komplex von Rechtssätzen noch in Geltung ist, auch gelegentlich durch den Gegensatz heutiger Rechtssätze die fremdartigen antiken illustriert Aber es hat mit Maß zu geschehen. Verstehen lässt sich ein jedes positives Rechtssystem nur dann vollkommen, wenn man es wesentlich rein darstellt ... die unkritische Vermischung aller möglichen historisch, wie nach ihrem wirtschaftlichen oder geistigen Gehalt ganz verschiedenen Rechtssysteme ist einer der schwersten pädagogischen Fehler und kann nur dem der Lehrmethode völlig unkundigen Laien zweckmäßig erscheinen. Ja ich ziehe eine sich auf das reine römische Recht beschränkende Darstellung sogar ohne jede Hindeutung auf Abweichungen im geltenden Recht ... einer derartigen unkritischen Vermengung vor“ (67).

Man belehrte also die Gegenwart durch die Betonung der Vergangenheit. Es ging in den Pandektenvorlesungen um allgemeine juristische Grundlagen, nicht Anwendungswissen (68). Friedrich Ludwig von Keller meinte in seinen Pandektenvorlesungen:

„Wir ... wollen studieren lernen und den römischen Juristen etwas von ihrer Kunst abzugewinnen suchen. Dann dürfen wir uns in der Praxis sehen lassen“. Mit diesem didaktischen Ziel rückte die Frage, ob das römische Recht noch galt oder nicht, in den Hintergrund, denn, so Keller: „Mag von den materiellen Sätzen des römischen Rechts viel oder wenig für unsere heutigen Verhältnisse Gesetzeskraft haben, das Studium derselben soll unseren Sinn bilden und uns befähigen, unseren heutigen Rechtsstoff theoretisch und praktisch ebenso tüchtig zu verarbeiten und zu bemeistern, wie es den römischen Juristen mit dem ihrigen gelungen ist!“ (69).

Man darf vom Lehrstoff der Pandektenlehrbücher also nicht vorschnell auf das geltende Recht schließen.

2. Aktenversendung.

Daneben stand die Möglichkeit, direkten Einfluss auf die

(67) L. GOLDSCHMIDT, *Rechtsstudium und Prüfungsordnung. Ein Beitrag zur Preußischen und Deutschen Rechtsgeschichte*, Stuttgart, Enke, 1887, pp. 86 s.

(68) Hierzu auch die Kritiker bei H. SIEGRIST, *Advokat, Bürger und Staat*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1996, Vol. II, p. 558 ss.

(69) F. L. v. KELLER, *Pandekten*, Leipzig, Tauchnitz, 1866, Vol. I, Einleitung, p. XVI.

Rechtspraxis durch das Institut der Aktenversendung zu nehmen. Wie oben gezeigt ⁽⁷⁰⁾ waren viele Pandektisten in den universitären Spruchkörpern tätig. Wie Pandektisten über das Aktenversendungsverfahren dachten, ist bisher fast nicht untersucht ⁽⁷¹⁾. Savignys Haltung war ambivalent. Er bezeichnete 1814 Spruchkollegien als ein „treffliches Mittel“ zu einer „Annäherung der Theorie und Praxis“ und sah in der hier möglichen „Verknüpfung der Praxis mit einer lebendigen, sich stets fortbildenden Theorie das einzige Mittel, geistreiche Menschen für den Richterberuf zu gewinnen“. Der aktuelle Zustand der Aktenversendung stieß ihn aber ab. Er klagte darüber, dass gerade die Spruchkollegien „zu allgemeinen Urtheilsfabriken geworden“ seien, deren Arbeit „meist handwerksmäßiger“ ausfalle „als die der bessern Gerichte“. Zudem sah er die Gefahr, „dass durch die nothwendige Uebung dieses unersprißlichen Handwerks der gelehrten Jurisprudenz die besten Kräfte entzogen“ würden ⁽⁷²⁾. Savigny hatte 1811 dafür plädiert, in Berlin ein Spruchkollegium einzurichten, für das er bis 1826 auch 138 Relationen fertigte ⁽⁷³⁾; dennoch trat er nicht dafür ein, die Justiz großflächig einer direkten Steuerung durch Aktenversendungsverfahren zu unterwerfen. Auch Puchta fürchtete vor allem den großen Zeitaufwand, den die Spruchkollegien mit sich brachten. Er teilte Savigny für Leipzig mit: „In Beziehung auf die Actenarbeiten habe ich mir freie Hand stipuliert“ ⁽⁷⁴⁾. Insgesamt spielte die Aktenversendung in den Reformüberlegungen der Pandektisten, soweit ersichtlich, eine geringe Rolle. Sie war eine wichtige Einkunftsquelle; zudem war die Mitarbeit innerfakultärer Loyalität geschuldet. Ein Lieblingskind

⁽⁷⁰⁾ Vgl. Überschrift I.

⁽⁷¹⁾ Hierzu demnächst die Dissertation von M. SIMONS, dem ich für weiterführende Hinweise danke.

⁽⁷²⁾ F. C. v. SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, a cura di H. HATTENHAUER, München, Vahlen, 1973, pp. 128; Kritik am „fabrikartigen Gang“ auch in F. C. v. SAVIGNY, *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*, Berlin, Decker, 1850, Vol. VI, p. 470.

⁽⁷³⁾ A. STOLL, *Friedrich Karl von Savigny. Ein Bild seines Lebens mit einer Sammlung seiner Briefe*, Berlin, Heymann, 1929, Vol. II, p. 9.

⁽⁷⁴⁾ G. F. PUCHTA, *Brief an Savigny vom 28. April 1837*, Universitätsbibliothek Marburg: MS 838/51.

der Pandektistik war sie nicht. Ihre Zeit war politisch auch vorüber und sie wurde im Verlaufe der Prozessreformen des 19. Jahrhunderts als Verstoß gegen die Unmittelbarkeit und Mündlichkeit sukzessiv in den Territorien abgeschafft und fiel ab 1879 endgültig unter das Verbot der Ausnahmegerichte (§ 16 GVG) ⁽⁷⁵⁾.

3. *Pandektenbücher.*

Stärker ist wohl der Anspruch einzustufen, die Rechtspraxis durch Pandektenhandbücher zu steuern. Puchta meinte: „Kein Richter wird in Verlegenheit sein, wo er irgend ein Pandektenlehrbuch als Entscheidungsnorm gebraucht, ein solches wird ihn nirgends im Stiche lassen“ ⁽⁷⁶⁾. Dies betraf freilich nur einen Teil der Lehrbücher. Im 19. Jahrhundert konkurrierten verschiedene Lehrbuchkonzepte ⁽⁷⁷⁾. Die auf Georg Arnold Heise zurückgehenden sog. Grundrisse ⁽⁷⁸⁾ waren kaum für die Praxis geeignet, da sie üblicherweise nur die Gliederung als System und die Römischen Quellen beinhalteten. Auch war die aufgezeigte Tendenz, antike Stoffe aus didaktischen Gründen in den Vordergrund zu heben, der Praxistauglichkeit mancher Lehrbücher abträglich ⁽⁷⁹⁾. In verschiedenen Arten des Zusammenspiels war es zudem üblich, nur einen Teil des Stoffes in Lehrbüchern zu veröffentlichen und den Rest auf den mündlichen Vortrag zu verlagern ⁽⁸⁰⁾.

⁽⁷⁵⁾ P. OESTMANN, *Art. Aktenversendung*, in HRG, 2004, Vol. I, Sp. 131 f. Zur zeitgenössischen Diskussion vgl. J. B. SARTORIUS, *Revision der Lehre von der Aktenversendung*, « Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß », XIV, 1840, pp. 219 ss.; O. BÜLOW, *Das Ende des Aktenversendungsrechts*, Freiburg i. B. und Tübingen, Mohr, 1881; zur älteren Praxis: U. FALK, *Consilia. Studien zur Praxis der Rechtsgutachten in der frühen Neuzeit*, Frankfurt a. M., Klostermann, 2006; U. FALK, *Der ganze Wald von Konsilien*, « Rechtshistorisches Journal », XX, 2001, pp. 290 ss.

⁽⁷⁶⁾ G. F. PUCHTA, *Vorlesungen*, Leipzig, Tauchnitz, 1846, Vol. I, p. 15.

⁽⁷⁷⁾ Vertiefend H. P. HAFERKAMP, *Pandektisten am Katheder*, in C. PETERSON (ed.), *Rechtswissenschaft als juristische Doktrin*, erscheint Stockholm 2011.

⁽⁷⁸⁾ Vgl. zu dieser Entwicklung L. BJÖRNE, *Deutsche Rechtssysteme im 18. und 19. Jahrhundert*, Ebelsbach, Gremer, 1984, pp. 131 ss.

⁽⁷⁹⁾ Vgl. oben.

⁽⁸⁰⁾ Einerseits A. F. J. THIBAUT, *System des Pandektenrechts*, Jena, Mauke, 1823: Grundlagen im Lehrbuch, Vertiefungen mündlich; andererseits C. A. v. VANGEROW,

Deutlich auf die Praxis ausgerichtet waren demgegenüber die traditionellen Handbücher ⁽⁸¹⁾. Auch Savignys System richtete sich an den Kundigen, bei dem Savigny „den Besitz der Wissenschaft in ihrer gegenwärtigen Gestalt“ voraussetzte ⁽⁸²⁾. Wie stark die Gerichte auf diese Pandektenbücher für ihre Begründungen zurückgriffen, wird man nach Zeitabschnitten, Gerichten und Territorien unterscheiden müssen. Unter territorialen Kodifikationen wurde die Bedeutung der Pandektenbücher als Auslegungshilfe in der Vergangenheit wohl eher überschätzt ⁽⁸³⁾. Vor dem Reichsgericht scheinen sie eine größere Rolle gespielt zu haben ⁽⁸⁴⁾.

Ein romantischer Sonderfall ist wohl Adolf Stölzel, der noch 1913 berichtete: „Das Pandektenheft Vangerows steht gegenwärtig noch neben meinem Schreibtische. Alles, was in dem Hefte seinen Platz gefunden hat, ist für mich mein ganzes Leben hindurch im römischen Recht das Regal gewesen, in das ich einordne, was meinem Kopfe irgendwo zum Einordnen geboten wird, und wenn ich mich einmal ohne äußern Anhalt nicht rasch zurecht zu finden weiß, dann greife ich rasch nach jenem Hefte und helfe mir damit nach“ ⁽⁸⁵⁾.

Leitfaden für Pandecten-Vorlesungen, Marburg, Elwert, 1838: Grundriss mit Vertiefungen im Lehrbuch, Grundlagen mündlich.

⁽⁸¹⁾ Etwa: A. SCHWEPPE, *Das Römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1828; zur gewandelten Konzeption vgl. Vol. 1, Vorrede pp. III ss.; R. FRHR. v. HOLZSCHUHER, *Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts*, Leipzig, Baumgärtner, 1863; in dieser Tradition auch C. F. MÜHLENBRUCH, *Lehrbuch des Pandekten-Rechts*, Halle, C. A. Schwetschke und Sohn, 1839, Vol. I.

⁽⁸²⁾ F. C. v. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, Veit und Comp, 1840, Vol. I, p. XLVIII.

⁽⁸³⁾ Für den CC: H. SCHULTE-NÖLKE, *Rheinische Judikatur im frühen 19. Jahrhundert — Justizforschung mit Hilfe einer Datenbank*, «Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte», XX, 1998, pp. 108 s.; für die Frühzeit des ALR (bis 1803): J. STEINBECK, *Die Anwendung des Allgemeinen Landrechts in der richterlichen Praxis*, Teil 1, Frankfurt a. M., Lang, 2004, pp. 74 s.

⁽⁸⁴⁾ Vgl. H. G. MERTENS, *Untersuchungen zur zivilrechtlichen Judikatur des Reichsgerichts vor dem Inkrafttreten des BGB*, «AcP» CLXXIV, 1974, pp. 333 ss. sowie die Beiträge in U. FALK, H. MOHNHAUPT (ed.), *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter*, Frankfurt a. M., Klostermann, 2000.

⁽⁸⁵⁾ A. STÖLZEL, *Schulung für die zivilistische Praxis*, Berlin, Vahlen, 1913, Vol. I, p. 34.

V. *Praxisnähe der Rechtswissenschaft?*

Im Gegenzug hatte Savigny hatte, wie gezeigt, 1814 gefordert, die Theorie müsse praktischer werden. Was war damit gemeint? Der Forderung von Leibniz, die Rechtswissenschaft durch „Beobachtung neuer Fälle“ zu bereichern, und dem Vorschlag Möasers, neue Pandekten durch die „planmäßige Sammlung wirklicher Rechtsfälle eines Landes“ anzulegen, hielt Savigny 1814 entgegen:

„Beides sehr schön; nur ist eine nothwendige Bedingung nicht mit in Rechnung gebracht, die Fähigkeit nämlich wahre Erfahrung zu machen. Denn man muß das klare, lebendige Bewußtseyn des Ganzen stets gegenwärtig haben, um von dem individuellen Fall wirklich lernen zu können, und es ist also wieder nur der theoretische, wissenschaftliche Sinn, wodurch auch die Praxis erst fruchtbar und lehrreich erscheint. Allerdings ist in dem Mannichfaltigen die Einheit enthalten, aber wir sehen sie darin nicht, wenn wir nicht den ausgebildeten Sinn für dieselbe mit hinzubringen: ja wir werden ohne diesen Sinn die individuelle Gestalt des Mannichfaltigen selbst nicht mit Sicherheit unterscheiden“⁽⁸⁶⁾.

Die Bedeutung der Praxis erscheint hier derjenigen der Theorie klar untergeordnet⁽⁸⁷⁾, ohne jedoch bedeutungslos zu sein. Die Beachtung der Praxis blieb wichtiges Anschauungsmaterial, denn, so Savigny 1814:

„Gewiß haben Viele, die mit Ernst und Liebe der Rechtswissenschaft zugethan sind, die Erfahrung gemacht, dass irgend ein einzelner Rechtsfall ihnen ein Rechtsinstitut zu so lebendiger Anschauung gebracht hat, wie es ihnen durch Bücherstudium und eigenes Nachdenken nie gelungen war“⁽⁸⁸⁾.

Damit ergab sich freilich das Problem, wie man einen Gerichtsgebrauch eigentlich erkennen könne. Mühlenbruch hatte 1828

⁽⁸⁶⁾ F. C. v. SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, a cura di H. HATTENHAUER, München, Vahlen, 1973, pp. 127 s.

⁽⁸⁷⁾ So im Ergebnis auch J. RÜCKERT, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl v. Savigny*, Ebelsbach, Verlag Rolf Gremer, 1984, p. 157.

⁽⁸⁸⁾ F. C. v. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, Veit und Comp, 1840, Vol. I, p. XXI; hierzu S. GAGNER, *Zielsetzung und Werkgestaltung in Paul Roths Wissenschaft*, 1975, Wiederabdruck in S. GAGNER, *Abhandlungen zur europäischen Rechtsgeschichte*, Goldbach, Keip, 2004, pp. 496 ss.

die gerichtliche Praxis eine „unsichtbare Rechtsquelle“ genannt ⁽⁸⁹⁾. Göschen präziserte in seinen Vorlesungen:

„Uebrigens wird wohl manches Mal etwas für gemeine Praxis ausgegeben, was nicht dahin gehört. Und überhaupt dürfte es bei dem Meisten, was als Resultat der gemeinen Praxis bezeichnet wird, schwer fallen, einen strengen Beweis zu führen, daß es in That in allen Gerichten angenommen sei. Daher bleibt denn in der Verweisung auf die gemeinrechtliche Praxis mehrentheils etwas Unsicheres; und es wäre wohl zu wünschen, dass darüber einmal eine sorgfältige und erschöpfende Untersuchung angestellt würde“ ⁽⁹⁰⁾.

In vielen Landesgesetzen war erst seit 1816 die Pflicht eingeführt worden, die Urteilsgründe zu veröffentlichen ⁽⁹¹⁾. Zuvor war dies etwa beim Reichskammergericht wohl auch deshalb abgelehnt worden, weil man fürchtete, mit den Urteilsbegründungen der weiteren Prozessierlust der Parteien die notwendigen Argumente zu liefern ⁽⁹²⁾. Die Folge war nicht, dass in der Literatur die Praxis unthematisiert blieb, sondern eine häufig nicht nachprüfbar behauptung eines Gerichtsgebrauchs, also einer bestehenden Praxis. 1846 klagte auch Savigny über häufig widersprüchliche „Behauptungen über den Stand neuerer Praxis der Gerichte“ ⁽⁹³⁾. Savigny selbst war für Informationen über die Rechtspraxis häufig auf briefliche Nachfragen bei befreundeten Richtern angewiesen ⁽⁹⁴⁾. Seit den zwanziger Jahren begann vereinzelt die autorisierte Veröf-

⁽⁸⁹⁾ C. F. MÜHLENBRUCH, *Rechtliche Beurteilung des Städelschen Beerbungsfalles*, Halle, Anton, 1828, p. 10.

⁽⁹⁰⁾ J. F. L. GÖSCHEN, *Vorlesungen über das gemeine Civilrecht*, a cura di A. ERKLEBEN, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1838, Vol. I, p. 99.

⁽⁹¹⁾ Nachweise bei H. MOHNHAUPT, *Rechtseinheit durch Rechtsprechung? Zu Theorie und Praxis gerichtlicher Regelbildung im 19. Jahrhundert in Deutschland*, in C. PETERSON (ed.), *Juristische Theoriebildung und Rechtliche Einheit*, Stockholm, Nerenius & Santérus, 1993, Rättshistorisk Studier, Vol. XIX, p. 134.

⁽⁹²⁾ S. HOCKS, *Gerichtsgeheimnis und Begründungszwang. Zur Publizität der Entscheidungsgründe im Ancien Régime und im frühen 19. Jahrhundert*, Frankfurt a. M., Klostermann, 2002, p. 24 ss.

⁽⁹³⁾ F. C. v. SAVIGNY, *Brief vom 5. 9. 1846*, in D. STRAUCH (ed.), *Friedrich Carl von Savigny. Briefwechsel mit Friedrich Bluhme 1820-1860*, Bonn, Bouvier, 1962, p. 311.

⁽⁹⁴⁾ Etwa bei F. BLU(H)ME, vgl. die Nachweise bei H. MOHNHAUPT, *Richter und Rechtsprechung im Werk Savignys*, in WALTER WILHELM (ed.), *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1972, pp. 262 s.

fentlichung von begründeten Urteilen einzelner Gerichte ⁽⁹⁵⁾. Erst seit 1847 stand mit Seufferts Archiv eine systematische Sammlung territorialer Rechtsprechung bereit, die künftig Grundlage der rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung der Universitäten mit der Gerichtspraxis wurde ⁽⁹⁶⁾. Dass in den Pandektenlehrbüchern vor 1848 die gerichtliche Praxis kaum thematisiert wurde, folgte also nicht aus einem generellen Desinteresse, sondern daraus, dass diese Praxis oft nur zufällig, etwa durch die Tätigkeit in einem Spruchkollegium, den Autoren bekannt war.

Dafür, dass man die Praxis nicht zu sehr in den Vordergrund der Argumentation schob, sprach auch die Sorge, die von Savigny und seinen Anhängern forcierte Verwissenschaftlichung durch eine Präjudizienbindung zu konterkarieren. Dies führt erneut in die Rechtsquellenlehre. Kennzeichnend für das Konzept von Puchta und Savigny war, dass die „innere Wahrheit“, nicht die „äußere Wahrheit“, also die Übung, der Gebrauch, über die Geltung entschieden. Damit bezogen beide Stellung gegen eine Präjudizienbindung ⁽⁹⁷⁾, wie sie seit den 1830er Jahren in einer Reihe von Terri-

⁽⁹⁵⁾ Oberhofgericht Mannheim: Jahrbücher des Großherzoglichen Badischen Ober- Hofgerichts zu Mannheim, I-VII. Gesammelt und mit Genehmigung des Großherzoglichen obersten Justizdepartements herausgegeben vom Staatsrath von Hohnhorst, Kanzler des Oberhofgerichts, Mannheim 1824-1832; Oberappellationsgericht Wiesbaden: Sammlung der merkwürdigeren Entscheidungen des Herzöglich Nassauischen Oberappellations-Gerichts zu Wiesbaden. Herausgegeben von Wilhelm von der Nahmer (Advokat und Procurator bei dem Herzöglich Oberappellations-Gerichte, so wie bei dem Herzöglich Hof- und Appellations-Gerichte in Wiesbaden), I-II, Frankfurt a. M., 1824-1825; Oberappellationsgericht Lübeck: Juristische Abhandlungen mit Entscheidungen des Oberappellationsgerichts der vier freien Städte Deutschlands. Von A. Heise (Präsidenten) und F. Cropp (Rath bei dem Oberappellationsgerichte) I-II, Hamburg 1827-1830; Obertribunal in Berlin: Entscheidungen des Königlich Geheimen Ober-Tribunals, herausgegeben im amtlichen Auftrage von August Heinrich Simon (geheimer Ober-Justiz- und Revisions-Rathe), und Heinrich Leopold von Strampff (Kammergerichts-Rathe), (später Seligo, Ulrich, Rintelen u.a.), I-LIII, Berlin, 1837-1879.

⁽⁹⁶⁾ J. A. SEUFFERT (ed.), *Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten*, 1847-1943.

⁽⁹⁷⁾ Zum Folgenden H. MOHNHAUPT, *Rechtseinheit durch Rechtsprechung? Zu Theorie und Praxis gerichtlicher Regelbildung im 19. Jahrhundert in Deutschland*, in C. PETERSON (ed.), *Juristische Theoriebildung und Rechtliche Einbeit*, Stockholm, Nerenius & Santérus, 1993, Rättshistorisk Studier, Vol. XIX, pp. 133 ss.; R. OGOREK, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat?*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1986, pp. 170 ss.

torien, allen voran Preußen, aus Gründen der Rechtssicherheit gesetzlich eingeführt wurde⁽⁹⁸⁾. Auch Richter sprachen sich oft für eine Präjudizienbindung aus⁽⁹⁹⁾ und formulierten dabei offensiv auch ihren Anspruch auf Vorrang gegenüber der universitären Rechtswissenschaft. Johann Adam Seuffert, Appellationsgerichtsrat in Ansbach⁽¹⁰⁰⁾, erhoffte sich durch die Veröffentlichung von Urteilen in seinem Archiv 1847 „Bereicherung, Erfrischung und Veranschaulichung der Theorie durch umfassende Beachtung der Ergebnisse der Rechtsanwendung“⁽¹⁰¹⁾. Schärfer hatte der sächsische Ober-Appellationsrat Paul Ludolph Kritz Savignys Anspruch, die Justiz zu „erziehen“, 1843 entgegengehalten, „nicht bei der Theorie soll und muß die Praxis in die Schule gehen, sondern die Theorie bei der Praxis“⁽¹⁰²⁾. Auf Seiten der Pandektisten waren es vor allem Thibaut⁽¹⁰³⁾ und Kierulff⁽¹⁰⁴⁾, die sich im Gemeinen Recht für eine „*vim legis*“ von Präjudizien einsetzten. Sie beriefen sich dabei auf das Römische Recht⁽¹⁰⁵⁾.

Savigny verneinte demgegenüber „schon nach allgemeinen Grundsätzen“⁽¹⁰⁶⁾ die Anwendbarkeit des Römischen Staatsrechts

⁽⁹⁸⁾ Vgl. H. WELLER, *Die Bedeutung der Präjudizien im Verständnis der deutschen Rechtswissenschaft*, Berlin, Duncker & Humblot 1979, pp. 82 ss.; R. OGOREK, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat?*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1986, pp. 192 ss.

⁽⁹⁹⁾ Hierzu H. MOHNHAUPT, *Rechtseinheit durch Rechtsprechung? Zu Theorie und Praxis gerichtlicher Regelbildung im 19. Jahrhundert in Deutschland*, in C. PETERSON (ed.), *Juristische Theoriebildung und Rechtliche Einheit*, Stockholm, Nerenius & Santérus, 1993, Rättshistorisk Studier, Vol. XIX, pp. 137 s.

⁽¹⁰⁰⁾ Zu ihm E. LANDSBERG, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, Noten*, Aalen, Scientia, Vol. III,II, pp. 261 s.

⁽¹⁰¹⁾ J. A. SEUFFERT, *Vorwort zum ersten Heft des ersten Bandes*, «Seufferts Archiv», I, München, 1847.

⁽¹⁰²⁾ P. L. KRITZ, *Ueber Gerichtsgebrauch und ueber Literatur des römischen Privatrechts in Beziehung auf neuere Behauptungen der sogenannten historischen Schule*, Leipzig, J. A. Barth, 1843, p. 149.

⁽¹⁰³⁾ A. F. J. THIBAUT, *System des Pandekten-Rechts*, Jena, Mauke, 1803, Vol. I, p. 31; A. F. J. THIBAUT, *Verteidigung gegen manche neuen Theorien*, «AcP», V, 1822, p. 316.

⁽¹⁰⁴⁾ J. F. M. KIERULFF, *Theorie des Gemeinen Civilrechts*, Altona, Johann Friedrich Hammerich, 1839, p. 39.

⁽¹⁰⁵⁾ D. 1.3.37 und 38.

⁽¹⁰⁶⁾ F. C. v. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, Veit, 1840, p. 316.

auf die Gegenwart, demzufolge auch die Theorie der Rechtsquellen nicht dem Römischen Recht entlehnt werden dürfe⁽¹⁰⁷⁾. Mit der so abgesicherten Freiheit wandten sich die meisten Pandektisten gegen eine Präjudizienbindung, die den beweglichen Einfluss der Rechtswissenschaft auf die Gerichtspraxis behindert hätte⁽¹⁰⁸⁾. Mühlenbruch formulierte: „Blindlings soll man ihnen freilich nicht folgen, auch ist man überhaupt nicht verpflichtet, sie zu beachten; nicht leicht aber wird der verständige und vorsichtige Richter in schwierigen Fällen die über ähnliche Verhältnisse erfolgten Entscheidungen der Gerichtshöfe und Spruchkollegien unberücksichtigt lassen“⁽¹⁰⁹⁾. Puchta formulierte deutlicher: Für Präjudizien gelte, es „würde jeder Richter, der die feste, wohlgegründete Ueberzeugung von ihrer Unrichtigkeit, ihrem Widerspruch mit den von dem richterlichen Amt und seinen Aufgaben geltenden Principien gewonnen hat, pflichtwidrig handeln, wenn er sie noch ferner anwenden wollte“⁽¹¹⁰⁾ — und, so fügte er in seinen Vorlesungen hinzu, „hätte man sie Jahrhunderte lang für wahr gehalten, und seit Menschengedenken in den Gerichten befolgt“⁽¹¹¹⁾.

Deutlich wurde damit, worum es im Umfeld Savignys ging. Verwissenschaftlichung der Praxis bedeutete zuvörderst die Vermittlung einer Methode, nicht die Setzung von Normen. Für die Richtigkeit eines Ergebnisses blieb letztlich der Volksgeist entscheidend, an dem einführend Anteil zu haben den Juristen erst zum Repräsentanten des Volksgeistes machte und den man eben erst am konkreten Fall finden konnte. Dies bedeutete zugleich, dass eine Bindung an irgendwelche inhaltlichen Vorentscheidungen ausgeschlossen war. Die Gerichtspraxis konnte Inspirationsquelle sein, sie

(107) F. C. v. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, Veit, 1840, p. 165 f.; hierzu J. RÜCKERT, *Juristische Methode und Zivilrecht beim Klassiker Savigny (1779-1861)*, in J. RÜCKERT (ed.), *Fälle und Fallen in der neueren Methodik seit Savigny*, Baden-Baden, Nomos, 1997.

(108) So C. G. v. WÄCHTER, *Beitrag zu der Lehre vom Gerichtsgebrauche*, « AcP », XXIII, 1840, pp. 434 ss.

(109) C. F. MÜHLENBRUCH, *Lehrbuch des Pandekten-Rechts*, Halle, C. A. Schwetschke und Sohn, 1839, Vol. I, p. 108.

(110) G. F. PUCHTA, *Rezension Beseler: Volksrecht und Juristenrecht*, Leipzig, 1843, « Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik », I, 1844, p. 22.

(111) G. F. PUCHTA, *Vorlesungen*, Leipzig, Tauchnitz, 1846, Vol. I, p. 44.

bot Anschauungsmaterial, aber sie blieb vor 1848 letztlich untergeordnet. Das Recht war in dieser Perspektive ein dynamisches Wertungsgefüge, für das eine Kenntnis der Gerichtspraxis nicht zwingend erforderlich war. Letztlich entscheidend blieb das Rechtsgefühl.

VI. *Stimmungswandel nach 1850.*

Die Stimmung verschob sich in den 1850er Jahren ⁽¹¹²⁾. In den Debatten der Jahre 1848/49 war die Kritik am unverständlichen und veralteten Römischen Recht und der Ruf nach einer „volksthümlichen“ Gesetzgebung immer lauter geworden ⁽¹¹³⁾. Unter dem Einfluss der aufsteigenden Naturwissenschaften rückte zudem die Empirie, also ein anderer Wirklichkeitsbegriff, immer stärker in den Blick ⁽¹¹⁴⁾. Wenn das römische Recht eine Forderungsabtretung nicht anerkenne, so Windscheid ⁽¹¹⁵⁾, müsse man bereit sein „unser Rechtsbewusstsein selbst gegen das römische Recht zur Geltung zu bringen“ ⁽¹¹⁶⁾. Obwohl diese Begriffe ganz nach Savigny klangen, fand sich Windscheid mit diesen Überlegungen doch an einem „Wendepunkt“ ⁽¹¹⁷⁾ der Rechtswissenschaft. Unter dem gleichen Titel fasste 1856 Johannes Emil Kuntze bereits eine ganze Reformliteratur zusammen. Er sah überall „Symptome einer Krisis“ ⁽¹¹⁸⁾, die die nun antretende junge Pandektistengeneration vereinte.

⁽¹¹²⁾ Hierzu S. GAGNÈR, *Zielsetzungen und Werkgestaltung in Paul Roths Wissenschaft*, 1975, Wiederabdruck in S. GAGNÈR, *Abhandlungen zur europäischen Rechtsgeschichte*, Goldbach, Keip, 2004, pp. 347 ss.

⁽¹¹³⁾ Hierzu C. SCHÖLER, *Deutsche Rechtseinheit*, Köln, Böhlau, 2004, pp. 260 ss.

⁽¹¹⁴⁾ Hierzu H. P. HAFERKAMP, *Darwinrezeptionen in der Rechtsgeschichtswissenschaft*, erscheint in L. SIEP, (ed.), *Evolution und Kultur*.

⁽¹¹⁵⁾ Hierzu auch J. OBER, *Bernhard Windscheid und die Reinigung des römischen Rechts*, Dissertation Köln 1989.

⁽¹¹⁶⁾ B. WINDSCHEID, *Die Singularsuccession in Obligationen*, « Kritische Übersicht », I, 1853, pp. 40, 42.

⁽¹¹⁷⁾ B. WINDSCHEID, *Die Singularsuccession in Obligationen*, « Kritische Übersicht », I, 1853, p. 27.

⁽¹¹⁸⁾ J. E. KUNTZE, *Der Wendepunkt der Rechtswissenschaft*, Leipzig, Hinrich, 1856, p. 4; Vorläufer J. E. KUNTZE, *Das römische Recht in der Gegenwart und die Aufgabe der modernen Rechtswissenschaft in der Zukunft (Besprechung von Jhering, Schmidt, Lenz und Esmarch)*, « Kritische Übersicht » II, 1855.

Kuntze fasste die Tendenzen zusammen: Stärkerer Praxisbezug, Emanzipierung der Rechtsgeschichte von der Rechtsdogmatik, Streben der Rechtsdogmatik nach Verfeinerung, stärkere nationale Perspektive. Gemeinsam war diesen Vorschlägen ein Spannungsverhältnis. Man wollte weg von der Herrschaft der antiken Texte. Der daraus resultierende Blick in die Gegenwart sollte aber nicht zu Rationalitätsdefiziten führen. Eine nun frei mit ihrem Rechtsgefühl argumentierende Rechtswissenschaft wurde durchweg perhorresziert. Man blieb einerseits dabei, dass man weiter mit den antiken Rechtstexten irgendwie den Modernisierungsdruck der Gegenwart befriedigen wollte. Das Kind lasse, so Leist, „nicht eher die leitende Hand der Mutter los, als es sich auf eigenen Füßen sicher fühlt“⁽¹¹⁹⁾. Andererseits suchte man jenseits der Texte Wege zu einer wissenschaftlich kontrollierten Wirklichkeitsanpassung des Rechts.

Der Volksgeist wurde zunehmend als „Mystik“ kritisiert⁽¹²⁰⁾. Aus dem Volk als metaphysisch-kultureller Einheit wurde ein Geflecht von realen Interessen. 1865 ging Wilhelm Arnold daran⁽¹²¹⁾, den Volksgeist in seine realen Faktoren aufzuspalten, als die er nannte: Sprache, Kunst, Wissenschaft, Sitte, Wirtschaft, Recht und Staat. Die Berufung auf das Rechtsgefühl erweckte nun bei vielen Autoren Unbehagen. Man versuchte, die Struktur des Rechts, die man zuvor unter dem Terminus „Organismus“ einer autonomen, ungesteuerten Entwicklung überlassen hatte, zu verstehen⁽¹²²⁾.

⁽¹¹⁹⁾ B. W. LEIST, *Zivilistische Studien auf dem Gebiete der dogmatischen Analyse. Erstes Heft: Über die dogmatische Analyse Römischer Rechtsinstitute*, Jena, Frommann, 1854, p. 10.

⁽¹²⁰⁾ R. STAMMLER, *Über die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie*, in R. STAMMLER/T. KIPP (ed.), *Festgabe zu Bernhard Windscheids fünfzigjährigem Doktorjubilaum*, Halle, Niemeyer, 1888, p. 6 zu E. ZITELMANN, *Gewohnheitsrecht und Irrthum*, « AcP » LXVI, 1883, pp. 323-469.

⁽¹²¹⁾ W. ARNOLD, *Cultur und Rechtsleben*, Berlin, Dümmler, 1865; später dann: W. ARNOLD, *Cultur und Recht der Römer*, Berlin, Dümmler, 1868.

⁽¹²²⁾ „Wir müssen es aufgeben, mit den Schlagwörtern Volksgeist und Organismus noch etwas ausrichten zu wollen. Es sind leere Worte, mit denen wir die Probleme statt sie zu lösen bei Seite schieben“, W. ARNOLD, *Cultur und Rechtsleben*, Berlin, Dümmler, 1865, p. 9; A. MERKEL meinte 1876, die „Auffassung des Volksganzen als eines Organismus“ solle „künftig einer besonderen Betrachtung und Prüfung unterzogen werden“, A. MERKEL, *Über den Begriff der Entwicklung in seiner Anwendung auf Recht und Gesellschaft*, « Grünhuts Zeitschrift », 1876, hier nach Wiederabdruck in A.

Jhering meinte 1865: „Die Wissenschaft des Rechts statuiert keine Organismen, so wenig wie die organische Chemie — sie löst dieselben auf“⁽¹²³⁾. 1854 forderte Burkard Wilhelm Leist zu einer selbstständigen „Analyse der bei uns bestehenden Rechtsinstitute“ auf⁽¹²⁴⁾. Analyse sollte Gefühl verdrängen. Reinhold Schmid schuf 1848 seine Rechtstheorie, um nicht „ganz an ein unbestimmtes Rechtsgefühl verwiesen“⁽¹²⁵⁾ zu sein. Jhering entwickelte 1858 seine naturhistorische Methode um „der Herrschaft des Rechtsgefühls ein Ende zu machen“⁽¹²⁶⁾.

Die Berufungen auf das Rechtsgefühl wurden nun als unwissenschaftlich wahrgenommen. Jhering versuchte seit 1872 in seinem Vortrag *Kampf ums Recht*, das Rechtsgefühl wissenschaftlich zu durchschauen. Dies mündete in Überlegungen zum Zweck im Recht und in einen Vortrag von 1884 über die Entstehung des Rechtsgefühls, in dem Jhering versuchte, die zeitgenössische Psychologie zu nutzen⁽¹²⁷⁾.

Durch den Anspruch, die „praktischen Bedürfnisse“ oder die „Bedürfnisse des Lebens“ in ihrer Dogmatik zu thematisieren, rückte immer stärker auch die Gerichtspraxis in den Blick⁽¹²⁸⁾. Schon 1843 hatte Georg Beseler vorgeschlagen, den Bedürfnissen des Lebens durch Beobachtung „nach Art eines Naturfor-

MERKEL, *Hinterlassene Fragmente und Gesammelte Abhandlungen*, Straßburg, Trübner, 1898, p. 59.

⁽¹²³⁾ R. v. JHERING, *Geist des römischen Rechts*, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1884, Vol. III 2, § 39.

⁽¹²⁴⁾ B. LEIST, *Ueber die dogmatische Analyse Römischer Rechtsinstitute*, Jena, Frommann, 1854, p. 5.

⁽¹²⁵⁾ R. SCHMID, *Theorie und Methodik des bürgerlichen Rechts*, Jena, Frommann, 1848, p. 251.

⁽¹²⁶⁾ R. v. JHERING, *Geist des römischen Rechts*, Leipzig, Breitkopf und Härtel, Vol. II 2, p. 332.

⁽¹²⁷⁾ R. v. JHERING, *Ueber die Entstehung des Rechtsgefühles*, a cura di O. BEHREND, Napoli, Jovene, 1986, pp. 209 ss., 212 s.; hierzu K. LUIG, *Zur Bedeutung der Psychologie in Jherings Lehre vom Rechtsgefühl*, in M. SCHMOECKEL (ed.), *Psychologie als Argument in der juristischen Literatur des Kaiserreichs*, Baden-Baden, Nomos, 2009, p. 209-213.

⁽¹²⁸⁾ Hierzu H. P. HAFERKAMP, *Lebensbezüge in der Zivilrechtsdogmatik des 19. und 20. Jahrhunderts*, erscheint in *Gedächtnisschrift für Valtazar Bogisic*, Belgrad, 2011.

schers“ (129) auf die Spur zu kommen. Eine Gruppe von jungen Rechtswissenschaftlern, zu denen Rudolf von Jhering, Bernhard Windscheid, Alois von Brinz, Johannes Emil Kuntze und Ernst Immanuel Bekker gehörten, trat nun an, um „durch das Römische Recht über das Römische Recht hinaus“ (130) ein praxistaugliches nationales Zivilrecht zu konstruieren (131). Die Beschäftigung mit obsoleten Materien des antiken Rechts geißelte Rudolf von Jhering 1856 als „civilistischen Mumien-Cultus“ (132).

Die Wege zu einem solchen neuen Pandektenrecht waren unterschiedlich.

Einen radikalen Sonderweg ging 1856 Rudolf von Jhering mit seiner naturhistorischen Methode. Jhering meinte durchaus, aus seiner „eigenen kleinen Erfahrung“ wisse er, „daß nicht selten ein Rechtsfall, indem er uns eine bisher nicht aufgeworfene Frage vorführt, uns neue Seiten des Verhältnisses erschließt und dadurch die Theorie wesentlich fördert“ (133). Um nun freilich der Rechtswissenschaft „das demüthige Loos“ zu ersparen, „sich lediglich durch die Praxis zu neuen Entdeckungen anregen zu lassen, und so zu sagen hinter ihr her zu hinken“ (134), plädierte Jhering für eine „höhere Jurisprudenz“, eine Welt von „Rechts-Körpern“ (135), die Ergebnisse juristischer Konstruktion waren. Diese Welt sei, formulierte Jhering, „rein auf sich selbst angewiesen“ (136), also ohne von Wirklichkeitsanforderungen getrieben zu sein. Ein so produzierter Rechtssatz existiere, „weil er nicht nicht existieren kann“, und zwar auch dann, wenn dieser Rechtssatz „nie auf eine [...] praktische

(129) G. BESELER, *Volksrecht und Juristenrecht*, Leipzig, Weidmann, 1843, pp. 58, 109.

(130) R. v. JHERING, *Unsere Aufgabe*, « Jherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts (JhJb) » I, 1857, p. 52 (Heft 1 bereits 1856 erschienen).

(131) Hierzu näher H. P. HAFERKAMP, *Dogmatisierungsprozesse im ‚heutigen Römischen Recht‘ des 19. Jahrhunderts*, in G. ESSEN/N. JANSEN (ed.), *Dogmatisierungsprozesse in Recht und Religion*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, pp. 259 ss.

(132) R. v. JHERING, *Unsere Aufgabe*, « JhJb » I, 1857, p. 31.

(133) R. v. JHERING, *Unsere Aufgabe*, « JhJb » I, 1857, p. 18.

(134) R. v. JHERING, *Unsere Aufgabe*, « JhJb » I, 1857, p. 18.

(135) R. v. JHERING, *Der Geist des römischen Rechts*, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1858, Vol. II 2, § 41, p. 343.

(136) R. v. JHERING, *Unsere Aufgabe*, « JhJb » I, 1857, p. 19.

Verwertung hoffen“ könne⁽¹³⁷⁾. Jherings naturhistorische Methode verstand sich damit als „die Emancipation der Jurisprudenz von dem Zufall des unmittelbaren Bedürfnisses“⁽¹³⁸⁾. Jherings Leitbild blieb daher „praktisch“ zu sein, er wollte dies aber durch eine autonome „Konstruktion“ erreichen. Die Jurisprudenz konstruierte Recht, die Rechtspraxis entschied, ob für den so geschaffenen Satz ein praktisches Bedürfnis bestand.

Überwiegend drehte man die Reihenfolge demgegenüber um. Die (insbesondere gerichtliche) Praxis zeigte die Bedürfnisse auf, die Rechtsdogmatik reagierte und schuf Lösungen. Gegenwartsbezug bestimmte nun die Perspektive. Johann Caspar Bluntschli meinte 1853, die Rechtswissenschaft müsse „mit dem wirklichen Leben der Menschen in Übereinstimmung sich versetzen und seinen Bedürfnissen dienen“. Für sein Pandektenlehrbuch betonte Aloys von Brinz 1857: „Entschiedenheit vor allem in der Feststellung des geltenden Rechts scheint mir eine Lebensbedingung der Jurisprudenz wie des Rechts, und eine Pflicht des Juristen; sie zu erfüllen war ich nach Kräften beflissen“⁽¹³⁹⁾. Problem war freilich, dass noch große Schwierigkeiten darin bestanden, eine Gerichtspraxis überhaupt festzustellen. Sintenis begann 1860 den „neueren Sammlungen von Entscheidungen höchster deutscher Gerichtshöfe ... die gebührende Beachtung“⁽¹⁴⁰⁾ zu widmen⁽¹⁴¹⁾. Zwar schimpfte Windscheid noch 1862 ob „dieser so viel genannten, und doch, wie oft, unauffindbaren Praxis“⁽¹⁴²⁾, gleichwohl begann mit seinem Lehrbuch in diesem Jahr die konsequente Berücksichtigung der gerichtlichen Praxis durch die Pandektistik.

Die Hinwendung zur Rechtspraxis wurde flankiert durch eine Ausbildungsdiskussion. 1859 begann in Preußen eine intensive De-

⁽¹³⁷⁾ R. v. JHERING, *Unsere Aufgabe*, « JhJb » I, 1857, p. 18.

⁽¹³⁸⁾ R. v. JHERING, *Der Geist des römischen Rechts*, Leipzig, Breitkopf und Härtel, Vol. II 2, p. 369.

⁽¹³⁹⁾ A. V. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten, Erste Abteilung*, Erlangen, Verlag von Andreas Reichert, 1857, p. VIII.

⁽¹⁴⁰⁾ C. F. F. SENTENIS, *Das practische gemeine Civilrecht*, Leipzig, Tauchnitz, 1868, Vol. I, p. XIV.

⁽¹⁴¹⁾ Vgl. eben Fn. 96.

⁽¹⁴²⁾ B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Düsseldorf, Buddeus, 1862, Vorwort.

batte um die Juristenausbildung ⁽¹⁴³⁾, an der seitens der Romanisten etwa teilnahmen Levin Goldschmidt ⁽¹⁴⁴⁾, Theodor Muther ⁽¹⁴⁵⁾, Moritz August von Bethmann-Hollweg ⁽¹⁴⁶⁾, Lorenz von Stein ⁽¹⁴⁷⁾, Heinrich Dernburg ⁽¹⁴⁸⁾ und Rudolf Gneist ⁽¹⁴⁹⁾. 1878 beschäftigte die Frage auch den 14. Deutschen Juristentag ⁽¹⁵⁰⁾. Der Rheinische Rechtsanwalt Hagen formulierte dabei 1859 eine bei Praktikern weit verbreitete Kritik. Die Pandektisten würden am zu „7/8 antiquieren“ römischen Recht festhalten, dagegen aber das geltende Recht völlig vernachlässigen und so die Praxis bei der rechtlichen Erfassung der Probleme der beginnenden Industrialisierung sowie der völlig veränderten Lebens- und Verkehrsverhältnisse alleine lassen ⁽¹⁵¹⁾. Auch Jherings Schlussabschnitt in seiner berühmten Abrechnung mit der Pandektistik in *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz* von 1884 zur Frage „Wie soll es besser werden?“ kreiste um eine Ausbildungsreform, die vor allem stärkeren Praxisbezug der Ausbildung im Römischen Recht sicherstellen sollte ⁽¹⁵²⁾. Zunehmend klagten Professoren nun über das Fernbleiben der Studenten, die nur zwecks Ausfüllung der Hörerscheine erschienen, ansonsten das Universitätsstudium aber gering schätzten und sich bei Repetitorien auf das Staatsexamen vorbereiteten ⁽¹⁵³⁾. Die Pandektisten

⁽¹⁴³⁾ Hierzu der Beitrag von J. SCHRÖDER in diesem Band.

⁽¹⁴⁴⁾ L. GOLDSCHMIDT, *Das preußische Recht und das Rechtsstudium*, « Preußische Jahrbücher », III, 1859, pp. 29 ss.; L. GOLDSCHMIDT, *Das dreijährige Studium der Rechts- und Staatswissenschaften*, Berlin, Reimer, 1878.

⁽¹⁴⁵⁾ T. MUTHER, *Die Reform des juristischen Unterrichts*, Weimar, Böhlau, 1873.

⁽¹⁴⁶⁾ M. A. V. BETHMANN-HOLLWEG, *Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft als Aufgabe unserer Zeit*, Bonn, Marcus, 1876.

⁽¹⁴⁷⁾ L. V. STEIN, *Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschlands*, Stuttgart, Cotta, 1876.

⁽¹⁴⁸⁾ H. DERNBURG, *Die Reform der juristischen Studienordnung*, Berlin, Müller, 1886.

⁽¹⁴⁹⁾ R. GNEIST, *Aphorismen zur Reform des Rechtsstudiums in Preußen*, Berlin, Springer, 1887.

⁽¹⁵⁰⁾ *Verhandlungen des 14. deutschen Juristentages*, Jena, Guttentag, 1878, Vol. I. pp. 119 ss.

⁽¹⁵¹⁾ L. HAGEN, *Das juristische Studium*, Köln, Langen, 1859, pp. 11, 14 ss.

⁽¹⁵²⁾ R. V. JHERING, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1904, pp. 365 ss.

⁽¹⁵³⁾ Nennungen bei A. PEHLE, *Die akademische Lehre 1870-1914*, in R. SCHRÖDER/A. KLOBSCH/K. KLEIBERT (ed.), *Die Berliner Juristische Fakultät und ihre Wissen-*

des letzten Jahrhundertdrittels gingen vor diesem Hintergrund dazu über, den Gegenwartsbezug der Pandektenvorlesung zu betonen. Als Ernst Immanuel Bekker 1886 sein Pandektenlehrbuch herausgab, fragte er bereits zweifelnd: „Pandekten in dieser Gegenwart?“⁽¹⁵⁴⁾. Er versprach „gerade das ‚heutige‘ Recht zur Darstellung“⁽¹⁵⁵⁾ zu bringen und legte Wert darauf, die Gerichtspraxis hierbei eingehend berücksichtigt zu haben. In den nun noch erscheinenden Pandektenwerken wurde die gerichtliche Praxis durchweg mit einbezogen. Dernburg meinte 1888, gerade in der „Praxis des Reichsgerichts“ trete „die Bedeutung der theoretischen Sätze besonders lebhaft hervor“⁽¹⁵⁶⁾. Ferdinand Regelsberger betonte 1893, jeder Lehrsatz müsse „an der konkreten Erscheinung des Lebens angeschaut“ werden, weil darin „zugleich der beste Prüfstein für seine Tauglichkeit liegt“⁽¹⁵⁷⁾.

VII. *Der Blick in die „Praxis“.*

1. *Gerichtspraxis als Anreger der Pandektendogmatik.*

Folge dieser Hinwendung zur Gerichtspraxis war, dass in der zweiten Jahrhunderthälfte immer stärker konkrete Rechtsfälle den Anlass zu dogmatischen Grundsatzdebatten gaben. Seltener waren dies Gerichtsurteile. Ein berühmtes Beispiel hierfür bietet Jherings Aufgreifen⁽¹⁵⁸⁾ eines Urteils des Landgerichts Köln aus dem Jahr 1856⁽¹⁵⁹⁾, bei dem ein Telegrafbeamter irrtümlich statt „kaufen“

schaftsgeschichte von 1810 bis 2010, Berlin, Beiner Wissenschaftsverlag, 2010, pp. 262 ss.

⁽¹⁵⁴⁾ E. I. BEKKER, *System des Heutigen Pandektenrechts*, Weimar, Böhlau, 1886, Vol. I, p. V.

⁽¹⁵⁵⁾ E. I. BEKKER, *System des Heutigen Pandektenrechts*, Weimar, Böhlau, 1886, Vol. I, p. VI.

⁽¹⁵⁶⁾ H. DERNBURG, *Pandekten. Erster Band*, Berlin, H. W. Müller, 1888, p. VI.

⁽¹⁵⁷⁾ F. REGELSBERGER, *Pandekten. Erster Band*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1893, p. VIII.

⁽¹⁵⁸⁾ R. v. JHERING, *Culpa in contrabendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, «JherJb» IV, 1861, pp. 1 ss., 6; in einem Nachtrag besprach er die Kölner Entscheidung gesondert, pp. 106 ss.

⁽¹⁵⁹⁾ *Urtheil des Landgerichts zu Köln vom 29. Juli 1856, die Haftpflicht bei*

„verkaufen“ übermittelt hatte. Da das Telegrafenamnt die Haftung ausgeschlossen hatte, entstand die interessante Frage, inwieweit zwei gleichermaßen scheinbar schuldlose Vertragspartner den Schaden unter sich aufteilen sollten. Während das Kölner Gericht die Frage nach dem weiten französischen Deliktsrecht entschied und für die Inanspruchnahme des Telegrafen haften ließ, bot das Deliktsrecht des Römischen Rechts das Problem, dass dieser Vermögensschaden nicht erfasst wurde. Jhering konstruierte daher seine vertragsnahe Haftung aus culpa in contrahendo und startete die für die Rechtsgeschäftslehre zentrale Debatte zwischen Willens- und Erklärungstheorie, an der bis 1900 viele Größen der Pandektistik teilnahmen, etwa Friedrich Ferdinand Sintenis, Karl Adolf von Vangerow, Friedrich Mommsen, Ernst Immanuel Bekker, Bernhard Windscheid, Ernst Zitelmann, Ferdinand Regelsberger, Josef Unger, Gustav Hartmann und Heinrich Dernburg⁽¹⁶⁰⁾.

Häufiger als Gerichtsurteile waren Fälle Ausgangspunkt dogmatischer Kontroversen, denen die Pandektisten im Rahmen der universitären Spruchkollegien oder als selbständige Gutachter begegneten. Oft wurden diese Gutachten gedruckt und damit zum Ausgangspunkt breiterer Debatten. Ein sehr frühes Beispiel ist der Städelsche Erbfall⁽¹⁶¹⁾. Die Frage, ob das Testament des Frankfurter Kaufmanns Städel, der sein Vermögen der Städelstiftung und damit der Öffentlichkeit überlassen wollte, wirksam war, löste in den 1820er Jahren eine „wahre Gutachtenschlacht“⁽¹⁶²⁾ unter Beteiligung von neun deutschen Fakultäten aus. In der Folge wurde die um testamentarische Formfragen kreisende Thematik während des ganzen Jahrhunderts weiter diskutiert, u. a. von Arndts, Brinz,

telegraphischen Briefen betreffend, mit Anm. Reyscher, « Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft », XIX, 1859, pp. 456 ss.

⁽¹⁶⁰⁾ Hierzu H. P. HAFERKAMP, *Der Kölner/Frankfurter Telegraphenfall*, in U. FALK (ed.), *Michele Luminati und Mathias Schmoeckel, Fälle aus der Rechtsgeschichte*, München, Beck, 2008, pp. 254 ss.

⁽¹⁶¹⁾ U. FALK, *Ein Gelehrter wie Windscheid*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1989, pp. 77 ss.; H. KIEFNER, *Das städelsche Kunstinstitut. Zugleich zu C. F. Mühlens Bruch Beurteilung eines berühmten Rechtsfalles*, « Quaderni Fiorentini », XI/XII, 1982, 83, pp. 339 ss.

⁽¹⁶²⁾ U. FALK, *Ein Gelehrter wie Windscheid*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1989, p. 52.

Demelius, Dernburg, Kierulff, Puchta, Randa, Sintenis und Unger⁽¹⁶³⁾.

Berühmt wurde auch das für Jherings Selbststilisierung zum Bekehrten zentrale Gutachten für die Giessener Spruchfakultät im sog. Kohlefall 1859⁽¹⁶⁴⁾, mit dem er seine frühen Äußerungen zum Problem des doppelten Kaufpreisanspruchs des arglistigen Doppelverkäufers widerrief⁽¹⁶⁵⁾. Ein weiteres Beispiel bildet schließlich der scharfe Disput über den Begriff der „öffentlichen Sache“ zwischen Dernburg⁽¹⁶⁶⁾, Bluntschli⁽¹⁶⁷⁾ und Jhering⁽¹⁶⁸⁾ im Baseler Festungsstreit von 1862⁽¹⁶⁹⁾.

⁽¹⁶³⁾ Vgl. H. KIEFNER, *Das städelsche Kunstinstitut. Zugleich zu C. F. Mühlens Beurteilung eines berühmten Rechtsfalles*, « Quaderni Fiorentini », XI/XII, 1982, 83, pp. 356 ss.

⁽¹⁶⁴⁾ Schöne und knappe Zusammenfassung dieser oft geschilderten Entwicklung durch M. KUNZE, *Die doppelt verkaufte Ladung Koks. Erleuchtungen: Das Krisenerlebnis des Rechtswissenschaftlers Rudolf von Jhering*, « Frankfurter Allgemeine Zeitung », 17. 2. 2010, p. N3; knapp auch M. KUNZE, *Rudolf von Jhering — ein Lebensbild*, in O. BEHRENDTS (ed.), *Rudolf von Jhering. Beiträge und Zeugnisse*, Göttingen, Wallstein, 1993, p. 16 s.; Nachweis der einzelnen Aussagen Jherings bei O. BEHRENDTS, *Rudolph von Jhering - Der Durchbruch zum Zweck des Rechts*, in F. LOSS (ed.), *Rechtswissenschaft in Göttingen*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1987, pp. 252 ss.; zum nur scheinbaren Bruch im Werk Jherings: *Ein Gelehrter wie Windscheid. Erkundungen auf den Feldern der sogenannten Begriffsjurisprudenz*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1989, pp. 52 ss.; J. RÜCKERT, *Der Geist des Rechts in Jherings „Geist“ und Jherings „Zweck“*, Teil 1, « Rechtsgeschichte », V, 2004, pp. 133 ss., Teil 2 in « Rechtsgeschichte » VI, 2005, pp. 122 ss.

⁽¹⁶⁵⁾ Einerseits: R. v. JHERING, *In wie weit muß der, welcher eine Sache zu leisten hat, den mit ihr gemachten Gewinn herausgeben?*, in R. v. JHERING, *Abhandlungen aus dem Römischen Recht*, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1844, pp. 1 ss.; andererseits: R. v. JHERING, *Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufcontract*, « JherJb », III, 1859, pp. 449 ss.

⁽¹⁶⁶⁾ H. DERNBURG, *Rechtsgutachten über den zwischen den Kantonen Basel-Landschaft und Basel-Stadt obwaltenden Streit bezüglich der Festungswerke bei der Stadt Basel mit Rücksicht auf die Lehre von den öffentlichen Sachen*, Halle, Pfeffer, 1862.

⁽¹⁶⁷⁾ Das Gutachten wurde, soweit ersichtlich, nicht gedruckt.

⁽¹⁶⁸⁾ R. v. JHERING, *Der Streit zwischen Basel-Land und Basel-Stadt über die Festungswerke der Stadt Basel, ein Rechtsgutachten*, Leipzig, 1862, in R. v. JHERING, *Vermischte Schriften juristischen Inhalts*, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1879, pp. 103 ss.

⁽¹⁶⁹⁾ Überblick bei W. SÜSS, *Heinrich Dernburg - Ein Spätpädantist im Kaiserreich*, Ebelsbach, Gremer, 1991, pp. 88 s.

2. *Gerichtspraxis in der juristischen Ausbildung: Die Fallübungen.*

Diese Hinwendung der Pandektistik zur Gerichtspraxis hatte auch Auswirkungen auf die Juristenausbildung. Bereits kurz nach 1800 war die Übung der Lösung von praktischen Rechtsfällen nach dem Pandektenrecht verknüpft mit der Vorlesung⁽¹⁷⁰⁾ oder auch als gesonderte Veranstaltung⁽¹⁷¹⁾ aufgetaucht. Dies erfolgte zunächst als Reflex auf die von Kant als Ergänzung zur systembildenden reinen Vernunft benannte einübende Urteilskraft⁽¹⁷²⁾. Mit dem Rückgang des Kantianismus in den 1830er Jahren⁽¹⁷³⁾ trat diese Begründung in den Hintergrund. Seit 1833 veranstaltete Heinrich Thöl in Göttingen und später in Rostock sein berühmtes „Pandektenpracticum“⁽¹⁷⁴⁾. Sein begeisterter Hörer Rudolf von Jhering⁽¹⁷⁵⁾ bot seit seiner Privatdozentenzeit 1843/44 in Berlin ein eigenes Pandektenpracticum an, welches zu den berühmtesten Vorlesungen des 19. Jahrhunderts gehörte⁽¹⁷⁶⁾. Bekannt wurden auch die Fall-

⁽¹⁷⁰⁾ Etwa C. F. MÜHLENBRUCH, *Pandektenexaminatorium mit Übungen in schriftlichen Arbeiten in Halle 1820 und vor allem die seit 1837 in verschiedenen Benennungen von G. F. PUCHTA angebotenen „Pandekten mit einem Conversatorium über mitzuteilende Rechtsfragen“*, später dann als „Übungen im Entscheidungen von Civil-Rechts-Fragen und Fällen“, hierzu J. SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der „praktischen Jurisprudenz“ auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1979, p. 202.

⁽¹⁷¹⁾ Etwa PFOTENHAUER in Halle 1827 eine „Anleitung zur Anwendung der Grundsätze des Civil- und Criminalrechts auf einzelnen Fälle“ oder F. OTTO in Leipzig eine „Casuistik des Civilrechts“, beides nach J. SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der „praktischen Jurisprudenz“ auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1979, p. 202.

⁽¹⁷²⁾ Zu dieser Entwicklung grundlegend J. SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie* (Fn. 171), pp. 193 ss.

⁽¹⁷³⁾ J. RÜCKERT, *Kant-Rezeption in juristischer und politischer Theorie (Naturrecht, Rechtsphilosophie, Staatslehre, Politik) des 19. Jahrhunderts*, in MARTYN P. THOMPSON (ed.), *John Locke und Immanuel Kant. Historische Rezeption und gegenwärtige Relevanz*, Berlin, Dunckher und Humblot, 1991, pp. 144 ss.

⁽¹⁷⁴⁾ Hierzu J. SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der „praktischen Jurisprudenz“ auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1979, p. 205.

⁽¹⁷⁵⁾ Vgl. R. V. JHERING, *Widmung für Thöl*, in: ders., *Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen*, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1847 sowie ebda., p. XIII s.

⁽¹⁷⁶⁾ Vgl. M. RÜMELIN, *Rudolf v. Jhering*, Tübingen, Mohr, 1922, S. 30.

übungen, die Wilhelm Girtanner in den 1850er Jahren in Kiel anbot. Nach Jherings Vorbild begründete später in Bonn Ernst Zitelmann viel besuchte sog. „Rechtsfallübungen“⁽¹⁷⁷⁾. 1893 startete in Halle Rudolf Stammler mit seinen „Praktischen Pandektenübungen für Anfänger“⁽¹⁷⁸⁾. Es entstanden berühmte Fallsammlungen für die Ausbildung, allen voran die aus der zweiten Auflage von Jherings „Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen“ (1847/1870)⁽¹⁷⁹⁾ ausgekoppelten Fälle zur „Jurisprudenz des täglichen Lebens“, die zuletzt in 15. Auflage 1927 von Paul Oertmann herausgegeben wurden.

Typisch für diese Fallübungen war seit den 1850er Jahren, dass sie oft Fälle aus der Gerichtspraxis zum Ausgangspunkt nahmen⁽¹⁸⁰⁾. Jhering betonte, dass seine Fallauswahl „durch den Verkehr mit bedeutenden Praktikern, insbesondere den Mitgliedern der Oberappellationsgerichte in Rostock und Kiel und des Hofgerichts in Gießen stete Anregung und Förderung“ erhalten habe⁽¹⁸¹⁾. Girtanner, der eine ebenfalls sehr erfolgreiche Sammlung vorlegte⁽¹⁸²⁾, wertete eine ganze Reihe von Entscheidungssammlungen⁽¹⁸³⁾ aus und verwendete zudem mehrere Fälle aus der Praxis des Schöffentuhles in Jena, dem er angehörte. Hintergrund war auch hier, dass sich die Pandektenwissenschaft der Gerichtspraxis stärker zuwandte und dort Anregung erhoffte. Jhering forderte 1870 „eine Theorie, die [...] unausgesetzt aus der Quelle praktischer

(177) Vgl. E. ZITELMANN, *Rechtsfälle für bürgerlich-rechtliche kurze Übungen*, Müncher und Leipzig, Duncker und Humblot, 1974, S. 202.

(178) 1. Aufl. Leipzig, Veit, 1893.

(179) 1. Aufl. Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1847, 2. Aufl. Jena, Dufft, 1870.

(180) J. KUNTZE sah 1856 zutreffend gerade im Aufkommen der Fallübungen in der Lehre und den dazugehörigen Fallsammlungen ein Zeichen der neuen Zeit, die immer stärker die Praxis in den Blick nehme, so J. E. KUNTZE, *Der Wendepunkt der Rechtswissenschaft* Leipzig, Hiurich, 1896, p. 12 s.; Zum praktischen Ablauf einer solchen Übung siehe H. ORTLOFF, *Methodologie oder Lehre des Studiums der Rechts- und Staatswissenschaft nebst deutschen Studien- und Examensordnungen*, Braunschweig, Vieweg, 1863, pp. 84 ss.

(181) R.v. JHERING, *Civilrechtsfälle*, Vorwort 1870, p. IV.

(182) W. GIRTANNER, *Rechtsfälle zu Puchtas Pandecten*, 1. Aufl. Jena, Mantra, 1852, Vorwort.

(183) Zusammengestellung der verwendeten Quellen in: GIRTANNER, *Rechtsfälle*, pp. 3, pp. 646 s.

Anregungen schöpft“ (184). Girtanner meinte, „damit unsere Praxis inneren Gehalt bekomme, bedarf unsre Wissenschaft des erfrischenden Hauchs, den nur das Leben gewähren kann“ (185); Übungen von Rechtsfällen seien der „einzige Weg... zu einer lebendigen und praktischen Rechtswissenschaft“ (186).

Didaktisch hielt Jhering es für unerlässlich, „daß man dem Anfänger das Abstrakte anfänglich nicht in seiner reinen, nackten Form vorführt, sondern in seiner Verkörperung im Rechtsfall“ (187). Auch der Lehrer sollte profitieren. Die „unausgesetzte Exemplifizierung der vorgetragenen Rechtssätze an praktischen Fällen und Beispielen“ zeige auch dem Dozenten, so meinte er 1884 — nun freilich bereits im Zeichen seiner Kritik an der „Begriffsjurisprudenz“ — „daß es ein anderes Ding ist, die Verantwortung für die logische Korrektheit, und ein anderes, die für die praktische Angemessenheit des Resultates zu übernehmen“. Die Beschäftigung mit Rechtsfällen zielte daher darauf ab, „das abstrakte Denken durch das kasuistische zu kontrollieren“ (188).

VIII. *Stabübergabe an die Justiz.*

Nicht zu verkennen war, dass sich nach 1871 die Kräfteverhältnisse verschoben. Ernst Immanuel Bekker stellte 1885 nüchtern fest: „Keine Wissenschaft ist so wenig populär wie die unsre“ (189). Das Bedürfnis nach einer Rechtswissenschaft, die ein nationales Zivilrecht ohne Staat substituierte, war erloschen. Auch Zivilrecht wurde nun offen als Politik, nicht mehr unter der Tarnung der wissenschaftlichen Autonomie diskutiert. Den seit 1874 laufenden Vorarbeiten zum BGB trat, bezeichnend genug, mit Windscheid der führende Pandektist seiner Zeit als Mitarbeiter bei (190). Nicht nur

(184) R. v. JHERING, *Civilrechtsfälle*, Vorwort 1870, p. V.

(185) W. GIRTANNER, *Rechtsfälle*, p. IV.

(186) W. GIRTANNER, *Rechtsfälle*, p. VI.

(187) R. v. JHERING, *Civilrechtsfälle*, Vorwort 1847, p. X.

(188) R. v. JHERING, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, hier nach 9. Aufl.

Leipzig, Britkops und Härtel 1904, pp. 366 s.

(189) E. I. BEKKER, *Aus den Grenzmarken der geschichtlichen Rechtswissenschaft*, « ZRG RA » VI, 1885, p. 84.

(190) Vgl. W. SCHUBERT, *Die Anträge von Bernhard Windscheid in der 1. BGB-*

der Gesetzgeber übernahm nun die rechtspolitische Leitfunktion, sondern auch die immer selbstbewusster auftretende Justiz, die seit der Gründung des Reichsoberhandelsgerichts im Jahr 1869 ⁽¹⁹¹⁾ die Rolle der Rechtsvereinheitlichung übernahm ⁽¹⁹²⁾. Deutlich wurde das gewachsene Selbstbewusstsein 1880 in einer Kontroverse zwischen Windscheid und dem Richter am Reichsgericht Otto Bähr. In einer hier nicht interessierenden Rechtsfrage beriefen sich eine Reihe von Pandektisten für ihre Lösung auf Verkehrsbedürfnisse. Darunter war auch Otto Bähr. Bernhard Windscheid widersprach diesen Ansichten. Er stimmte im Ausgangspunkt mit Bähr überein, das Recht sei nicht um seiner selbst Willen da, sondern solle „menschliche Bedürfnisse“ befriedigen, aber: „Das Bedürfnis des Verkehrs ist keine Rechtsquelle“ ⁽¹⁹³⁾. Otto Bähr entgegnete, das „praktische Bedürfnis“ sei keine direkte Rechtsquelle, aber doch „Quelle unserer Rechtsquellen“ und daher „für deren Verständnis

Kommission und sein Lehrbuch des Pandektenrechts nebst zwei Äußerungen nebst zwei Äußerungen Windscheids zum 1. BGB-Entwurf, in H. ALTMEPPEL (ed.), *Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2009, pp.1 ss.

⁽¹⁹¹⁾ Zur Vorgeschichte W. SCHUBERT, *Die deutsche Gerichtsverfassung (1869-1877) - Entstehung und Quellen*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1981, pp. 140 ss., 266 ss.

⁽¹⁹²⁾ Dies wurde in einer Reihe neuerer Studien untersucht: T. DUVE/H. P. HAFERKAMP, § 242, in *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB (HKK)*, Rn. 31 ss.; U. FALK/H. MOHNHAUPT (ed.), *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter*, Frankfurt a. M., Klostermann, 2000; T. HENNE, *Richterliche Rechtsharmonisierung — Startbedingungen, Methoden und Erfolge in Zeiten beginnender staatlicher Zentralisierung analysiert am Beispiel des Oberhandelsgerichts*, in A. THIER et. al. (ed.), *Kontinuitäten und Zäsuren in der Europäischen Rechtsgeschichte*, Frankfurt a. M., Lang, 1999, pp. 335 ss.; K. LUIG, *Rechtsvereinheitlichung durch Rechtsprechung in den Urteilen des Reichsgerichts von 1879 bis 1900 auf dem Gebiete des Deutschen Privatrechts*, « ZEuP », 1997, pp. 762 ss.; H. MOHNHAUPT, *Rechtseinheit durch Rechtsprechung? Zu Theorie und Praxis gerichtlicher Regelbildung im 19. Jahrhundert in Deutschland*, in C. PETERSON (ed.), *Juristische Theoriebildung und Rechtliche Einheit*, Stockholm, Nerenius & Santérus, 1993, Rätts-historisk Studier, Vol. XIX; R. OGOREK, *Privatautonomie unter Justizkontrolle. Zur Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts (1870-1879)*, « ZHR » CL, 1986, pp. 89 ss.; J. M. RAINER, *Zur Rechtsprechung des Reichsgerichts bis zum Inkrafttreten des BGB: Ein Modellfall für den Europäischen Gerichtshof?*, « ZEuP », 1997, pp. 7151 ss.; J. RÜCKERT, *Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive*, Hannover, Juristische Studiengesellschaft, 1988, pp. 43 ss.; L. WEYHE, *Levin Goldschmidt: Ein Gelehrtenleben in Deutschland*, Berlin, Duncker und Humblot, 1996, pp. 185 ss.

⁽¹⁹³⁾ B. WINDSCHEID, *Wille und Willenserklärung*, « AcP » LXIII, 1880, pp. 78, 81.

und Gebrauch unentbehrlich“ (194). Konkret wies er dieses praktische Bedürfnis durch ein Urteil des Reichsgerichts nach, das ihm gefolgt war: Diese Entscheidung enthalte „die Antwort der Praxis“ und damit die „Widerlegung“ der Ansicht Windscheids (195). Wenn man die Bedürfnisse des Lebens aus gerichtlichen Urteilen folgerte, lief dies freilich auf eine faktische Präjudizienbindung der Rechtswissenschaft hinaus, die dem Richter Otto Bähr weniger Probleme machte als dem Rechtslehrer Bernhard Windscheid. Er hielt Bähr daher 1887 auch entgegen: Was „dem Bedürfnis des Verkehrs entspreche, darüber kann man verschiedener Ansicht sein; es kommt nicht darauf an, was wir darüber denken, sondern was der Gesetzgeber darüber gedacht hat“ (196). Der Ruf nach dem Gesetzgeber, der im hier diskutierten Gemeinen Recht ja gar nicht existierte, zeigte, dass die Pandektistik gegenüber der Gerichtspraxis eine eigene Autorität nicht mehr zu behaupten vermochte. Um 1900 bestimmte die Richterrechtsdiskussion die Debatte (197). Oskar Bülow hatte diese Machtverschiebungen reflektiert, als er 1885 die volitiven Elemente der richterlichen Entscheidung betonte und damit konsequent das eben auf Rechtskraft abzielende richterliche Urteil zur „Rechtswillenserklärung des Staates“ erklärte (198). Die Herrschaft der Pandektistik war zu Ende.

(194) O. BÄHR, *Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen*, München und Leipzig, Oldenbourg, 1883, p. 14.

(195) O. BÄHR, *Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen*, München und Leipzig, Oldenbourg, 1883, pp. 5, 8.

(196) B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt a. M., Rütten & Loenig, 1887, Vol. I, § 22 Fn. 8; zum Ganzen U. FALK, *Ein Gelehrter wie Windscheid. Erkundungen auf den Feldern der sogenannten Begriffsjurisprudenz*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1989, p. 34.

(197) Hierzu R. SCHRÖDER, *Die deutsche Methodendiskussion um die Jahrhundertwende: wissenschaftstheoretische Präzisierungsversuche oder Antworten auf den Funktionswandel von Recht und Justiz*, « Rechtstheorie », 1988, pp. 323 ss.; R. SCHRÖDER, *Die Richterschaft am Ende des zweiten Kaiserreichs unter dem Druck polarer sozialer und politischer Anforderungen*, in A. BUSCHMANN (ed.), *Festschrift für Rudolf Gmür*, Bielefeld, Gieseking, 1983, pp. 201 ss.

(198) Vgl. T. HENNE/C. KRETSCHMANN, *Ein Mythos der Richterrechtsdiskussion: Oskar Bülow, Gesetz und Richteramt, (1885)*, « Ius Commune », XXVI, 1999, pp. 211 ss., p. 214; R. OGOREK, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat?*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1986, pp. 257 ss.

STEFAN GEYER

VON DER STILLEN KRAFT DER
BEGRIFFE. RECHTSDISKURS, GESETZESBINDUNG
UND NORMBILDUNG IN DER RECHTSPRECHUNG DES
REICHSGERICHTS AM BEISPIEL DER IMPLEMENTIERUNG
DER LEBENSVERSICHERUNG IN DAS
ALLGEMEINE VERMÖGENSRECHT (1879-1914)

I. Zur Einführung. — II. Die rechtliche Problemstellung. — III. Die Ausbildung eines « reichsgerichtlichen Rechtssatzes » im ausgehenden 19. Jahrhundert. — A. Die Formulierung des Rechtssatzes im Kontext der Rechtsprechung zum Vertrag zu Gunsten Dritter. — 1. Die Ausformulierung eines Rechtssatzes. — 2. Ein Rückgriff auf eine mehr allgemeine Rechtsprechung? — B. Die Techniken der Verdichtung und ihre normative Bedeutung. — 1. Die Bildung von Rechtsprechungslinien als normative Verselbständigung? — 2. Die Beachtung der Rechtsprechung als « Norm » bei den Instanzgerichten? — IV. Zu den Kontexten des « reichsgerichtlichen Rechtssatzes ». — A. Das Verhältnis zu den gesetzlichen Vorgaben. — 1. Behandlung der Lebensversicherung als Anwendung von Gesetzen vor dem BGB? — 2. Die « Anerkennung » der Rechtsprechung durch das BGB. — B. Das Verhältnis zur Diskussion in der Rechtslehre. — 1. Konstruktionen der Rechtslehre. — 2. Rechtspolitik. — V. Schlussbemerkung.

I. *Zur Einführung.*

Mit Entscheidung vom 23.10.2003 sprach der Bundesgerichtshof ⁽¹⁾ dem Verwalter eines insolventen Nachlasses die Summe einer Lebensversicherung im Rahmen einer Schenkungsanfechtung ⁽²⁾ zu. Das Urteil wurde im Schrifttum als « Jahrhundertentscheidung » ⁽³⁾ begrüßt, denn es beendete eine in der Tat etwa ein Jahrhundert alte,

⁽¹⁾ BGH, IX. Zivilsenat v. 23.10.2003, in: « Neue juristische Wochenschrift (NJW) », 2004, pp. 214-217.

⁽²⁾ § 134 Abs. 1, Insolvenzordnung v. 05.10.1994, BGBl I, S. 2866, zuletzt geändert durch Art. 3, Haushaltsbegleitgesetz 2011 v. 09. 12. 2010 (BGBl. I, S. 1885).

⁽³⁾ C. ELFRING, *Das System der drittbezogenen Ansprüche bei der Lebensversicherung*, « NJW... op. cit. », 2004, pp. 483-485.

vom Reichsgericht begründete Praxis ⁽⁴⁾. Danach hätte der Begünstigte einer Lebensversicherung die in einer kritischen Frist gezahlten Prämien geschuldet, unabhängig davon, wann er begünstigt worden war. Nun aber sollte die gesamte Summe der Anfechtung unterliegen, jedenfalls dann, wenn die Drittbegünstigung innerhalb der Frist erfolgte.

Der geschilderte Vorgang soll zum Anlass genommen werden, der Frage der Entstehungs- und Entwicklungsbedingungen von Richterrecht in der Rechtsprechung des Reichsgerichts nachzugehen. Unter Richterrecht sollen solche Rechtsbildungen verstanden werden, die nicht aus dem Gesetz allein ermittelt werden können, sondern sich erst in der richterlichen Entscheidung manifestieren ⁽⁵⁾.

Das Phänomen der richterrechtlichen Rechtsbildung ist für das 19. Jahrhundert nur wenig untersucht. Bis vor kurzem wurde davon ausgegangen, die Rechtsprechung des ausgehenden 19. Jahrhunderts sei in Deutschland « positivistisch » gewesen ⁽⁶⁾. Argumentiert wurde dies ausgehend von einem methodischen Wandel, in dem sich die Richter im Laufe der Weimarer Republik zugunsten einer « freien Rechtsschöpfung » von der älteren, streng formalistischen Methode emanzipiert hätten ⁽⁷⁾. Problematisch an dieser

⁽⁴⁾ Vgl. BGH, a.a.O., S. 214f., zur Bedeutung dieser Rechtsprechung auch: RAINER JAGMANN, § 328, in: M. LÖWISCH (RED.), « Staudinger BGB: §§ 328-345. Vertrag zugunsten Dritter, Draufgabe, Vertragsstrafe », Berlin, Sellier-de Gruyter, Neubearbeitung 2009, Rn. 245, m.w.N.; W. BAYER, *Der Vertrag zu Gunsten Dritter*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1995, S. 2.

⁽⁵⁾ B. RÜTHERS, *Rechtstheorie*, München, Beck, 1999, Rn. 325.

⁽⁶⁾ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, S. 530 und 580; vgl. auch für eine entsprechende Untersuchung: T. GIARO, *Culpa in contrabando: eine Geschichte der Wiederentdeckungen*, in: U. FALK ET AL. (HG.), « Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter », Frankfurt a.M., Klostermann, 2000, S. 113-154, insbesondere S. 131 (« ...Der Gesetzespositivismus erzeugt auch Krücken und Hilfskonstruktionen zur Neutralisierung seiner eigenen Auswüchse... ») mit Verweis auf Ernst Fuchs und S. 152 mit Verweis auf Wieacker.

⁽⁷⁾ Überblick bei: M. BOHRER, *Der morsche Baum. Verkehrssicherheit und Fabrlässigkeit in der Rechtsprechung des Reichsgerichts*, Frankfurt a. M., Klostermann, 2010, S. 140-156, insbesondere S. 151ff.; M. KLEMMER, *Gesetzesbindung und Richterfreiheit. Die Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen während der Weimarer Republik und im späten Kaiserreich*, Baden-Baden, Nomos, 1996, S. 31-35; J. RÜCKERT,

Sichtweise ist vor allem, dass überhaupt nicht geklärt ist, wie die ältere deutsche Rechtsprechung charakterisiert werden kann ⁽⁸⁾. In der neueren Forschung ist das Bild auch korrigiert worden. Dabei hat sich insgesamt gezeigt, dass die Selbstbeschreibung des frühen Reichsgerichts in der Tat eine legizentrische Grundhaltung aufweist ⁽⁹⁾. Die Richter haben aber zugleich stets Mechanismen zur Verfügung gestellt, um auf Situationen reagieren zu können, für die das Gesetz keine Hilfestellung bot ⁽¹⁰⁾.

Vorliegend soll ergänzend versucht werden, sich dem Phänomen des reichsgerichtlichen Richterrechts aus einer anderen Perspektive zu nähern. Dazu soll anhand eines einzelnen Beispiels die Reaktion der reichsgerichtlichen Rechtsprechung auf eine gesetzlich nicht oder nur unzureichend geregelte Problemstellung nachgezeichnet und das dabei entstehende Recht in einen normtheoretischen Kontext eingeordnet werden. Dieser normtheoretische Kontext setzt sich in erster Linie aus den beiden gängigen Rechtsquellen Gesetz und Gewohnheitsrecht zusammen ⁽¹¹⁾. Es liegt nahe, für richterrechtliche Normbildungen eine Spielart von Gewohnheitsrecht zu vermuten. Es stellt sich aber die Frage inwieweit dieses Richterrecht von den Gerichten, hier den Senaten des Reichsgerichts, als Gewohnheitsrecht (in Form eines Gerichtsgebrauchs) ausgestaltet worden ist. Um diese Frage zu beantworten, soll das fragliche Richterrecht nicht in erster Linie mit Blick auf die gesetzliche Bindung untersucht werden ⁽¹²⁾. Auszugehen ist vielmehr von

Richtertum als Organ des Rechtsgeistes, in: K. W. NÖRR ET AL. (HG.), « Geisteswissenschaften zwischen Kaiserreich und Republik », Stuttgart, Steiner, 1994, S. 269ff.

⁽⁸⁾ M. KLEMMER, op. cit., S. 33.

⁽⁹⁾ So für den II. Zivilsenat: S. GEYER, *Den Code civil richtiger auslegen. Der zweite Zivilsenat des Reichsgerichts und das französische Zivilrecht*, Frankfurt a. M., Klostermann, 2009, S. 25 ff. und *passim*.

⁽¹⁰⁾ M. KLEMMER, op. cit., S. 429 und S. GEYER, op. cit., S. 144ff. und *passim*.

⁽¹¹⁾ B. RÜTHERS, op. cit., S. 123ff., insbesondere S. 133ff. zur Normqualität von Richterrecht; für den Masstab einer zeitgenössischen Sichtweise vgl. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. 1, 4. Aufl., Düsseldorf, Buddeus, 1875, S. 38-50, insbesondere S. 45f. zum Gerichtsgebrauch und zum Juristenrecht und H. DERNBURG, *Pandekten*, Bd. 1, 2. Aufl., Berlin, Müller, 1888, S. 42-73, insbesondere 62ff. zum Gerichtsgebrauch.

⁽¹²⁾ Ähnlich bereits: M. BORS, *Politik und Recht - Recht und Politik*, in: « forum historiae iuris », 2001, <http://www.rewi.hu-berlin.de/FHI/zitat/0110bors.htm>, Rn. 14.

dem Phänomen der gerichtlichen Normbildung. Die Normqualität von Richterrecht kann anhand der Beschreibung seiner Bestandteile und Verknüpfungen bestimmt werden. Das Verhältnis zu anderen Rechtserkenntnisquellen gibt auch Aufschluss darüber, welche Bindungen *unterschwellig*, d.h. unterhalb des regelgerechten Normenkanons entstehen können. Damit eröffnet sich eine Perspektive auf die stille Kraft der juristischen Begriffe und Konzepte, die für die Gerichte bei der Rechtsschöpfung maßgeblich gewesen sind. In Betracht zu ziehen ist dabei zunächst die Art der Formulierung und die Methode der selbstreferentiellen Verfestigung des richterrechtlichen Konzepts. Zu fragen ist dann nach dem Anteil, den gesetzliche Vorschriften an seiner Ausbildung haben. Weiter wäre auch das Verhältnis zur rechtswissenschaftlichen Literatur zu klären, wobei sich möglicherweise auch ein Blick auf rechtspolitische Aspekte eröffnet und die Frage geklärt werden kann, inwieweit deren Berücksichtigung offen gelegt wird. Diese im Grunde gängige Methode soll vorliegend um eine wesentliche Beobachtungsperspektive erweitert werden, indem die jeweilige rechtliche Information in Abhängigkeit derjenigen Kanäle betrachtet wird, in denen sie produziert und über die sie im rechtlichen Zusammenhang aufgenommen wird. Erst diese Perspektive ermöglicht es, sich der aufgeworfenen Frage nach der normtheoretischen Einordnung von Richterrecht zu nähern, da erst hier die normative Zuordnung eines neu auftretenden Konzepts sichtbar wird.

Die eingangs anhand eines Urteils des Bundesgerichtshofes geschilderte Problematik der Implementierung der Lebensversicherung in das Vermögensrecht eignet sich aus verschiedenen Gründen für die vorliegende Untersuchung. Die Lebensversicherung, die — aus England und Frankreich importiert — im zweiten Drittel des 19. Jahrhunderts vermehrt in Erscheinung trat⁽¹³⁾, war zum Zeitpunkt der Einrichtung des Reichsgerichts ein verhältnismäßig junges Rechtsinstitut, das eine ganze Reihe von äußerst umstrittenen Rechtsfragen aufwarf. Diese Rechtsfragen waren im geschriebenen Recht nicht geregelt, so dass konstruktive Neuschöpfungen zu ihrer Bewältigung notwendig wurden. Diese Rechtsschöpfungen gelten

(13) Siehe: R. NEUGEBAUER, *Versicherungsrecht vor dem Versicherungsvertragsgesetz*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1990, S. 19 und *passim*.

als Reaktion auf eine Forderung der Praxis, auf die auch in erster Linie die praktisch orientierte Rechtsprechung reagierte⁽¹⁴⁾. Dabei wird wirkungsgeschichtlich gerade der Rechtsprechung des Reichsgerichts eine maßgebliche Prägung der hier in Rede stehenden Rechtsinstitute zugeschrieben, die bis heute fortwirke, jedoch nur eine scheinbar stabile Rechtslage erzeugt habe⁽¹⁵⁾.

Mit Blick auf diese Feststellung soll die Untersuchung auf die relevanten veröffentlichten Entscheidungen des Reichsgerichts zwischen 1879 und 1914 beschränkt bleiben. Das dadurch zur Verfügung stehende Material bietet eine ausreichende Grundlage für die Beobachtung einer richterrechtlichen Rechtsschöpfung zunächst mit Bezug auf die naturrechtlichen Kodifikationen und das gemeine Recht. Auch kann weiter geklärt werden, welche Auswirkung die Normierung im BGB auf den Fortbestand des hier interessierenden Richterrechts gehabt hat. Vorläufer der reichsgerichtlichen Rechtsprechung können, soweit erforderlich, über die Untersuchungen von *Bayer*⁽¹⁶⁾ und *Vogenaue*⁽¹⁷⁾ erschlossen werden.

Bei der Durchsicht der in der offiziellen Sammlung veröffentlichten Entscheidungen des Reichsgerichts⁽¹⁸⁾ finden sich im gegebenen Zeitraum ca. 20 relevante Urteile. Ein deutliches Übergewicht kommt dabei für die Zeit vor dem Erlass des BGB der Rechtsprechung zum rheinischen Recht zu⁽¹⁹⁾, daneben finden sich drei Entscheidungen zum preußischen⁽²⁰⁾ und zwei zum gemeinen

(14) S. VOGENAUE, §§ 328-335, in: M. SCHMOECKEL et. al. (Hg.), « Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB », Bd. II/2, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, Rn. 49-51; W. BAYER, *Der Vertrag zu Gunsten Dritter*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1995, S. 2 und 103.

(15) W. BAYER, op. cit., S. 1f.

(16) W. BAYER, op. cit.

(17) S. VOGENAUE, op. cit.

(18) *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, hrsg. von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft*, Leipzig, De Gruyter, 1880-1945, (RGZ).

(19) In den linksrheinischen Gebieten galt der Code civil bis 1900 fort. Zuständig war der II. Zivilsenat (ZS): Urt. v. 22.02.1883, Rep. II. 480/82, RGZ 9, 314; Urt. v. 20.05.1884, Rep. II 504/83, RGZ 11, 173; Urt. v. 01.07.1884, Rep. II 139/84, RGZ 12, 317; Urt. v. 12.06.1885, Rep. II. 131/85, RGZ 14, 21; Urt. v. 18.10.1889, Rep. II 177/89, RGZ 24, 337; Urt. v. 22.04.1892, Rep. II. 55/92, RGZ 29, 321; Urt. 26.11.1901, Rep. II. 339/01, RGZ 50, 325; diese Entscheidungen werden in der Folge nur mit der Fundstelle zitiert.

(20) V. ZS, Urt. v. 25.02.1880, Rep. 41/80, RGZ 1, 188; Urt. v. 03.03.1880, Rep.

Recht ⁽²¹⁾. Nach dem Inkrafttreten des BGB gehören die Revisionen zu den hier interessierenden Fragen zur Zuständigkeit des VII. Zivilsenats, jedenfalls stammen die nach 1902 ermittelten Entscheidungen überwiegend von diesem Senat ⁽²²⁾.

II. *Die rechtliche Problemstellung.*

In den zu besprechenden Entscheidungen geht es um die folgende Grundkonstellation, die auch der eingangs zitierten Entscheidung des IX. Zivilsenates des BGH zugrunde lag: in aller Regel hat ein Versicherungsnehmer bei einer Versicherungsgesellschaft eine Lebensversicherung abgeschlossen und dabei vereinbart, dass die Versicherungssumme nach seinem Ableben einer bestimmten Person — sagen wir: seiner Ehefrau — ausgezahlt werden soll. Während der Laufzeit der Versicherung zahlt der Versicherungsnehmer an die Versicherung Prämien, die zur Anhäufung eines Kapitals führen, aus dem später die Versicherungssumme gezahlt wird. Bei Eintritt des Versicherungsfalles, der zugleich Erbfall ist, kann der Drittbegünstigte in einen Konflikt geraten entweder mit pflichtteilsberechtigten Erben oder mit den Gesamtgläubigern einer Nachlassinsolvenz. In diesem Fall versuchen Erben oder Gläubiger auf die Versicherungssumme Zugriff zu nehmen, es stellt sich infolgedessen auf einer ersten Ebene die Frage, ob die Versicherungssumme zum Vermögen des Erblassers gehört oder vielmehr dem Drittbegünstigten zugeordnet werden muss. Diese Grundkonstellation mag sich in einzelnen konkreten Fällen komplizierter

92/80, RGZ 1, 378; VI. ZS, Urt. v. 12.04.1888, Rep. VI. 37/88, RGZ 21, 221, diese Entscheidungen werden in der Folge nur mit der Fundstelle zitiert.

⁽²¹⁾ III. ZS, Urt. v. 04.06.1886, Rep. III 428/85, RGZ 16, 126; Urt. v. 26.01.1894, Rep. III. 235/93, RGZ 32, 162, diese Entscheidungen werden in der Folge nur mit der Fundstelle zitiert.

⁽²²⁾ Urteile des VII. Senats nach 1902: Urt. v. 03.06.1902, Rep. VII 127/02, RGZ 51, 403; Urt. v. 06.03.1903, Rep. VII. 483/02, RGZ 54, 94; Urt. v. 10.02.1905, Rep. VII 316/04, RGZ 60, 141; Urt. v. 08.07.1904, Rep. VII. 68/04, RGZ 61, 217; Urt. v. 10.11.1905, Rep. VII. 418/05, RGZ 62, 46; Urt. v. 05.01.1906, Rep. VII 491/05, RGZ 62, 259; Urt. v. 24.05.1907, Rep. VII 412/06, RGZ 66, 158; Urt. v. 04.06.1909, Rep. VII. 482/08, RGZ 71, 325; abweichend von der Regel durch den 2. Zivilsenat entschieden: Urt. v. 20.06.1902, Rep. II. 114/02, RGZ 52, 49, diese Entscheidungen werden in der Folge nur mit der Fundstelle zitiert.

darstellen, etwa weil die Begünstigung widerrufen oder ein Begünstigter erst später nach Wegfall der ersten Begünstigung benannt wurde; vielleicht hatte der Versicherungsnehmer auch die Versicherungssumme für eigene Zwecke verpfändet — diese zusätzlichen Problemkonstellationen sollen im folgenden nur dann berücksichtigt werden, wenn sie für die hier interessierende Frage der richterrechtlichen Normbildung von Bedeutung gewesen sind.

Der moderne deutsche Jurist ist mit einer Antwort auf die aufgeworfene Grundfrage schnell bei der Hand: Die Versicherungssumme gehört zum Vermögen des Begünstigten, weil es sich um den typischen Fall eines echten Vertrages zu Gunsten eines Dritten handelt ⁽²³⁾. Die sekundäre Frage einer Rückgewähr der Versicherungssumme zum Nachlass ist dann eine Frage erb- oder konkursrechtlicher Verfügungsbeschränkungen und ihrer spezifischen Regelungen ⁽²⁴⁾. Diese Antwort setzt natürlich voraus, dass man mit dem Verweis auf das Rechtsinstitut « Vertrag zu Gunsten Dritter » sicheren Boden betritt. Dies ist im 19. Jahrhundert jedoch nicht der Fall. Das römische Recht stand dem mit seinem *nemo alteri stipulari potest* Grundsatz entgegen ⁽²⁵⁾, die deutschen Gesetzgeber haben sich für die angesprochene Frage nicht interessiert und auch das BGB hat — wie zu zeigen sein wird — nur unzureichend reagiert.

Die auch heute noch überwiegend gültige Antwort wurde in der Rechtsprechung des Reichsgerichts bereits in einer sehr frühen Phase kurz nach 1879 für die Praxis des gesamten deutschen Rechts festgeschrieben. Die Richter sind seither konstant von einem unmittelbaren Erwerb der Versicherungssumme durch den Drittbegünstigten ausgegangen, sofern diese Begünstigung von Anfang an in den Vertragsbedingungen vorgesehen war. Im Kern der reichsgerichtlichen Argumentation stand dabei auf einer ersten Ebene die Überlegung, dass die Versicherungssumme bei Lebensversicherungen nicht Bestandteil des Vermögens des Versicherungsnehmers wird, weil er nach der Vereinbarung mit dem Versicherer und im Sinne

⁽²³⁾ O. PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 67. Aufl., München, Beck, 2008, § 330, Rn. 1f.

⁽²⁴⁾ Vgl. die eingangs zitierte Entscheidung des BGH.

⁽²⁵⁾ D. 45, 1, 38, 17, dazu: S. VOGENAUER, op. cit., Rn. 5 ff. und *passim*.

einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise selbst niemals die Versicherungssumme erlangen kann ⁽²⁶⁾. Dies hat zunächst zur Folge, dass weder der Nachlass (Erbengemeinschaft) noch ein Konkursverwalter die Versicherungssumme beanspruchen können. Das Recht des Dritten, so der zweite Teil der Konstruktion, ist bis zu einer Annahmeerklärung widerruflich, mit der Folge, dass der Versicherungsnehmer eine nicht angenommene Begünstigung für sich selbst oder aber einen anderen Dritten (etwa für die Mobilisierung eines Kredits) einsetzen kann ⁽²⁷⁾.

Auf einer zweiten Ebene war dann die Frage der konkurs- bzw. anfechtungsrechtlichen Beurteilung der Zuwendung der Versicherungssumme an den Dritten zu klären, eine Frage, die auch im Zusammenhang mit Pflichtteilergänzungsansprüchen auftreten kann. Problematisch ist hier, dass das Vermögen des Versicherungsnehmers durch die unentgeltliche Zuwendung einer Drittbegünstigung vermindert wird, und dass vor dem Hintergrund sichernder (und zwingender) Vorschriften etwa des Konkurs- oder auch des Erbrechts solche Zuwendungen nur begrenzt möglich sind. Im Wege einer ökonomischen Analyse kamen die Richter des Reichsgerichts zu dem Ergebnis, dass zwar grundsätzlich eine unentgeltliche Verfügung vorliege, das Vermögen des Versicherungsnehmers aber lediglich um die für die Versicherung aufgewendeten Prämien vermindert werde ⁽²⁸⁾. Dies hatte die Konsequenz, dass die Versicherungssumme dem Drittbegünstigten zustand, er aber die in der kritischen Frist vor dem Eintritt des Erbfalls oder des Konkurses gezahlten Prämien an das Vermögen des Versicherungsnehmers zurückerstatten musste. Nach der damals geltenden Konkursordnung handelte es sich um die Prämien der letzten zwei Jahre vor Eröffnung des Konkurses ⁽²⁹⁾.

Die Ergebnisse dieser Rechtsprechung sollen im Folgenden als « reichsgerichtlicher Rechtssatz » bezeichnet werden.

⁽²⁶⁾ RGZ 29, 321 und 71, 325.

⁽²⁷⁾ So in RGZ 24, 337.

⁽²⁸⁾ RGZ 61, 217.

⁽²⁹⁾ § 32 Nr. 2, Konkursordnung v. 10.02.1877, in der Fassung der Bekanntmachung vom 20.05.1898, RGBl. 1877, S. 351ff.

III. *Die Ausbildung eines « reichsgerichtlichen Rechtssatzes » im ausgehenden 19. Jahrhundert.*

Ausgangspunkt der Untersuchung bildet die Formulierung des skizzierten « reichsgerichtlichen Rechtssatzes » in der Rechtsprechung. Dabei werden zunächst die möglichen und auch vorhandenen Bezüge zu anderen Rechtserkenntnisquellen nur im Hintergrund berücksichtigt. Dies ist einer auf die Rechtsprechung konzentrierten Perspektive geschuldet, in der nicht allein der Inhalt des Konzepts Gegenstand der Betrachtung ist, sondern dieser Inhalt im Zusammenhang mit den transportierenden Organen und ihren Äußerungen, also der Gerichte, gedacht wird. Gezeigt wird dadurch nicht eine dogmengeschichtliche Entwicklung⁽³⁰⁾ sondern eben der Umgang der Gerichte mit dem von ihnen umgesetzten Regelungskonzept. Zu der Betrachtung gehört weiter, die Kanäle offen zu legen, in denen dieses Konzept zu einem Rechtssatz verdichtet worden ist.

A. *Die Formulierung des Rechtssatzes im Kontext der Rechtsprechung zum Vertrag zu Gunsten Dritter.*

Die Frage, wann und wo der « reichsgerichtliche Rechtssatz » zur Implementierung der Lebensversicherung in das allgemeine Vermögensrecht entstanden ist, wird sich mit letztgültiger Genauigkeit nicht beantworten lassen. Möglich ist aber, seine Konturen für den Untersuchungszeitraum (1879-1914) zu bestimmen und nach Vorläufern zu fahnden.

1. *Die Ausformulierung eines Rechtssatzes.*

Was berechtigt nun, die eingangs zitierte Rechtsprechung als « reichsgerichtlichen Rechtssatz » zu qualifizieren? Die gewählten Formulierungen sind aufschlussreich; es geht dabei weniger um ihre Inhalte als um ihre große, nahezu zeitlose Übereinstimmung. Der

⁽³⁰⁾ So etwa für den hier gegebenen Problemkomplex: W. BAYER, op. cit., S. 64-107, bei dem die Entwicklung von Gesetzgebung, Rechtslehre und -praxis ineinanderfließen.

IX. Zivilsenat des BGH fasste 2003 die Teile des reichsgerichtlichen Konzepts, die er übernehmen wollte, wie folgt zusammen:

« Wird in einem Lebensversicherungsvertrag die Leistung an einen Dritten nach dem Tode desjenigen vereinbart, welchem sie versprochen ist, so erwirbt der Dritte gem. §§ 328, 330, 331 I BGB grundsätzlich unmittelbar das Recht, die Leistung nach Eintritt des Versicherungsfalls vom Versicherer zu fordern. War das Bezugsrecht nur widerruflich erteilt worden, so ist es mit dem Tod des Versicherungsnehmers unwiderruflich geworden. Die Versicherungssumme gehört daher nicht zum Nachlass, fällt also bei dessen Insolvenz nicht in die Masse. Sie steht dem Begünstigten direkt aus dem Vermögen des Versicherers zu (BGHZ 32, 44 [47] = NJW 1960, 912; BGHZ 130, 377 [380] = NJW 1995, 3113) » ⁽³¹⁾.

Dies entspricht im wesentlichen dem, was von den Richtern des Reichsgerichts auch vertreten wurde und zwar über die räumlichen und zeitlichen Grenzen gesetzlicher Geltung hinaus, d.h. unabhängig davon, ob der jeweilige Senat den Code civil, das preußische ALR, das BGB oder das gemeine Recht anzuwenden hatte. Besonders deutlich wird das bei der Gegenüberstellung einer Entscheidung des II. Zivilsenats von 1892 mit einer Entscheidung des VII. Zivilsenats von 1909, die aufgrund der zugrunde liegenden Gesetze — Code civil und BGB — zunächst nichts miteinander zu tun haben. Die Richter des II. Zivilsenats schrieben 1892:

« Hiernach (scil.: Art. 1121 Code civil) erwirbt mit dem Abschlusse eines solchen Vertrages der Dritte ein unmittelbares persönliches Recht auf die Versicherungssumme gegenüber der Versicherungsgesellschaft. Die genannte Summe, welche nicht als ein Bestandteil des Vermögens des Versicherungsnehmers erscheint, wird mit dem Tode desselben fällig und ist von der Gesellschaft dem Dritten zu zahlen. Eines Beitrittes des letzteren zu dem Verträge bedarf es gesetzlich nicht; hat dieser aber von der zu seinen Gunsten erfolgten Stipulation Gebrauch machen zu wollen erklärt, — eine Erklärung für die das Gesetz keine besondere Form vorschreibt — so ist ein Widerruf seitens des Versicherungsnehmers ferner unzulässig » ⁽³²⁾.

Dieselben Grundsätze wurden 1909 vom VII. Zivilsenat in ganz ähnlicher Weise auch für die Geltung des BGB formuliert:

« Durch die Bestimmung in § 328 Abs. 1 BGB. ist, in Abschluss einer schon lange vorher in Fluss gekommenen Rechtsentwicklung, der Grundsatz klargestellt, dass durch Vertrag ein Teil sich von dem anderen eine

⁽³¹⁾ BGH in: « NJW...op. cit. », 2004, S. 214.

⁽³²⁾ RGZ 29, 321 [323].

Leistung an einen Dritten mit der Wirkung versprechen lassen kann, dass der Dritte den Anspruch auf die Leistung selbständig und unmittelbar aus dem Vertrage erwirbt, ohne dass es seines Beitritts zu dem Vertrage bedarf » ⁽³³⁾.

Interessant ist diese Gegenüberstellung deshalb, weil eine legitimierende Verbindung zwischen Entscheidungen des II. Zivilsenats zum rheinischen Recht und der Rechtsprechung des VII. Zivilsenats fehlt und sich doch die Formulierungen weitgehend entsprechen. Ähnliches gilt auch für die Entscheidungen zum preußischen und gemeinen Recht, auch wenn sich die Verwandtschaft als weniger deutlich erweist. In diesem Sinn heißt es in der gemeinrechtlichen Formulierung durch den III. Zivilsenat von 1886 zu einem vom Vater für seine Kinder geschlossenen Vertrag, es

« ...läge ein zu Gunsten Dritter beziehungsweise der Beklagten abgeschlossener Vertrag vor, aus welchem den letzteren zunächst ein sachlich und zeitlich bedingtes, nach dem Tode des Versicherungsnehmers aber vollwirksames Recht auf die Versicherungssumme, soweit über eine solche nicht durch Verpfändung der Police anderweitig disponiert worden, erwachsen sein würde » ⁽³⁴⁾.

In indirekter Bezugnahme auf diese Ausführungen stellten die Richter des V. Zivilsenats 1880 die folgende, im Wesentlichen gleich lautende Erwägung an:

« Für das gemeine Recht besteht in Theorie und Praxis wesentlich Übereinstimmung darüber, daß bei der Lebensversicherung derjenige, zu dessen Gunsten sie genommen ist, aus dem Vertrage des Versicherungsnehmers ein selbständiges Klagerecht erwirbt, soweit dies nach dem Vertrage geschehen soll (...). Es muß (...) angenommen werden, daß auch nach A.L.R. derjenige, zu dessen Gunsten eine Lebensversicherung genommen ist, wenn der Vertrag bis zum Tode der Person, deren Leben versichert ist, fortbestanden hat, unmittelbar ein Klagerecht aus dem Vertrage hat » ⁽³⁵⁾.

Diese Rechtsprechung als « reichsgerichtlichen Rechtssatz » zu bezeichnen wird dadurch in Frage gestellt, dass es in den süddeutschen Partikularrechten eine recht solide Rechtsprechung gegeben hat, deren Formulierung mit den reichsgerichtlichen Äußerungen

⁽³³⁾ RGZ 71, 325 f.

⁽³⁴⁾ RGZ 16, 126.

⁽³⁵⁾ RGZ 1, 378.

übereinstimmt ⁽³⁶⁾. In diesem Sinn ging das OAG München in einer Entscheidung von 1868 davon aus, dass bei einer drittbegünstigten Lebensversicherung die Versicherungssumme « niemals einen Bestandtheil des Activvermögens des J. S. (des Versicherungsnehmers), sohin auch keinen Bestandtheil der Nachlaßmasse desselben gebildet habe, sondern durch die Versicherungsgesellschaft in Gemäßheit der von derselben übernommenen Verbindlichkeit unmittelbar an die Wittve » komme ⁽³⁷⁾. In ganz ähnlicher Weise hatte zwei Jahre zuvor das OAG Dresden in einem ähnlich gelagerten Fall unter Bezugnahme auf die Statuten der Versicherung und die Versicherungspolice geurteilt, dass

« die Organe der Versicherungs-Gesellschaft bei der Annahme der vorliegenden Versicherung sich wohl bewußt und des Willens gewesen seien, eine unmittelbare Verpflichtung gegen die als Forderungsberechtigte bezeichneten dritten Personen zu übernehmen. (...) Nach dem sonach ohne Widerruf der Bestimmung erfolgten Ableben des Promissars waren die Frau und die Kinder vollständig befugt, die streitige Vers.-summe als Objekt einer ihnen zustehenden Forderung von der Gesellschaft zu verlangen; ihr Recht stand nunmehr fest, da der Promissar einen Widerruf nicht mehr erwirken konnte, seine Gläubiger aber nicht berechtigt sind, den (...) Willen des Promissars durch den ihrigen zu ersetzen » ⁽³⁸⁾.

Ähnliche Formulierungen finden sich auch in Urteilen des Obertribunals Stuttgart ⁽³⁹⁾ oder des rheinischen Appelationsgerichtshofes ⁽⁴⁰⁾. Die Rechtsprechung ist damit über den Untersuchungszeitraum hinaus konstant, sie wird vom Reichsgericht fortgeführt und wirkt bis ins 21. Jahrhundert nach.

Dennoch von einem reichsgerichtlichen Konstrukt zu sprechen rechtfertigt sich zunächst deshalb, weil es nicht flächendeckend in der Rechtsprechung der deutschen Partikularstaaten zu finden ist. So hat das preußische Obertribunal einen anderen kon-

⁽³⁶⁾ W. BAYER, op. cit., S. 104f. bezeichnet diese Rechtsprechung als « herrschende Meinung ».

⁽³⁷⁾ OAG München, v. 11.02.1868, in: « J.A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (SeuffA) », 26, Nr. 176.

⁽³⁸⁾ OAG Dresden, v. 18.12.1866, in: « Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (ZHR) », 12 (1868), 558 [560].

⁽³⁹⁾ Obertribunal Stuttgart v. 07.05.1870, in: « SeuffA...op. cit. », 24, Nr. 155.

⁽⁴⁰⁾ Appelationsgerichtshof Köln v. 20.05.1879, in: « Archiv für das Civil- und Criminalrecht der Königlich Preussischen Rheinprovinzen (RA) », 70 I 139.

struktiven Weg gewählt, der vielleicht von der Ausgestaltung des ALR diktiert war ⁽⁴¹⁾. Noch 1873 hatte dieses Gericht die Lebensversicherung als Verfügung von Todes wegen qualifiziert und als solche dem Nachlass zugeordnet ⁽⁴²⁾, war dann aber ein halbes Jahr später zum gegenteiligen Ergebnis gelangt ⁽⁴³⁾. Die relative Kürze der zeitlichen Geltung (1868-1879) und die Zuordnung zu unterschiedlichen staatlichen Entitäten und Rechtsmassen scheint ebenfalls eine Bewertung als einheitliche Rechtsauffassung zu behindern, so dass man geneigt ist, jedenfalls die Verfestigung des Konzepts als richterrechtlichen Rechtssatz für das gesamte deutsche Recht der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zuzuschreiben.

Als Befund lässt sich festhalten, dass die Verfestigung der Rechtsregel in der Rechtsprechung sich aus der im Wesentlichen gleichlautenden Wiederholung des anzuwendenden Grundsatzes ergibt. Dieses Vorgehen rückt das kontinentale Richterrecht jedenfalls in der Form, wie es von den Richtern des Reichsgerichts praktiziert wurde, in die Nähe eines Gewohnheitsrechts, zu dessen Kriterien die regelmäßige Übung gehört. Die normative Verdichtung, also die Ausbildung eines Rechtssatzes mit subsumtionsfähigen Inhalten, beruht auf der Wiederholung des immer Gleichen.

2. *Ein Rückgriff auf eine mehr allgemeine Rechtsprechung?*

Es stellt sich die Frage, ob sich der hier in den Blick genommene Rechtssatz konstruktiv mit anderen Rechtsprechungslinien in Beziehung setzen lässt. Handelt es sich bei dem Regelungskonzept um eine Ausnahmegestaltung, die nur für die Lebensversicherung gelten sollte oder lässt sich eine Anlehnung an allgemeine Grundsätze nachweisen? Hierüber kann die Rechtsprechung vor Gründung des Reichsgerichts zum Vertrag zu Gunsten Dritter Aufschluss geben. Eine Antwort auf diese Frage lässt eine Aussage darüber zu, welchen Weg die Rechtsschöpfung gegangen ist, ob man es mit der Herleitung aus einem bereits einigermaßen gefestigten Rechtsinsti-

⁽⁴¹⁾ Dazu weiter unten: IV. A. 1.

⁽⁴²⁾ Preußisches Obertribunal v. 27.11.1873, in: « Entscheidungen des Königlichen Geheimen Ober-Tribunals », Bd. 71, S. 1.

⁽⁴³⁾ Preußisches Obertribunal v. 26.03.1874 in: « Entscheidungen... op. cit. », Bd. 72, S. 90.

tut zu tun hat, oder ob es sich um einen mehr induktiven, aus der Konfrontation mit einem unbekanntem Phänomen resultierenden Vorgang handelt. Es ist nicht ganz einfach, sich hierzu einen einigermaßen zutreffenden Eindruck zu verschaffen, denn bezüglich der Behandlung des Vertrages zu Gunsten Dritter herrschte im neunzehnten Jahrhundert insgesamt Verwirrung⁽⁴⁴⁾.

Die ältere Praxis der Gerichte⁽⁴⁵⁾ unterscheidet sich in einer konstruktiven Hinsicht von dem reichsgerichtlichen Rechtssatz dadurch, dass sie einen unmittelbaren Rechtserwerb des Dritten nicht oder nur ganz vereinzelt zuließ. Gängig war zunächst eine *Zessions-theorie*. Unter Zugrundelegung dieser Theorie durchbrach ein Teil der Gerichte⁽⁴⁶⁾ den römisch-rechtlichen Grundsatz des *alteri stipulari nemo potest*⁽⁴⁷⁾, indem er das Erfordernis des pekuniären Eigeninteresse des Promissars abschwächte und die dann entstehenden Ansprüche im Wege der *actio utilis* auf den Dritten übertrug. Auf diese Weise konnte der Vertrag trotz der Drittbegünstigung als wirksam angesehen und zugleich dem Dritten ein eigenes, freilich derivatives Klagerecht zuerkannt werden. Demgegenüber folgten andere einer Art *Vertragsübernahmetheorie*⁽⁴⁸⁾, die aus dem *usus modernus* übernommen worden war⁽⁴⁹⁾. Diese Strömung leugnete

⁽⁴⁴⁾ W. BAYER, op. cit., S. 102 mit Anm. 515.

⁽⁴⁵⁾ Sofern sie ihn überhaupt für zulässig hält, im Grundsatz dagegen, wenn auch unter Anerkennung von Ausnahmen, OAG Celle v. 09.06.1865, in: «SeuffA...op. cit.», 21, Nr. 40.

⁽⁴⁶⁾ Obertribunal Stuttgart (1823) zitiert nach W. BAYER, op. cit., S. 72 mit Anm. 362; OAG Cassel v. 25.01.1837, in: F.B. BUSCH, *Doctrin und Praxis über die Gültigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter*, Heidelberg, J.C.B. Mohr, 1866 (Beiheft zum «Archiv für die civilistische Praxis (AcP)», 43), S. 91, Nr. XIII; OAG Kiel v. 26.01.1842, in: F.B. BUSCH, op. cit., S. 136, Nr. XLIV; OAG Wolfenbüttel v. 28.04.1843, zitiert nach W. BAYER, op. cit., S. 72 mit Anm. 363

⁽⁴⁷⁾ D. 45, 1, 38, 17.

⁽⁴⁸⁾ Fakultät Rostock v. 26.11.1840, in: «SeuffA...op. cit.», 19, Nr. 33; OAG Dresden v. 26.04.1844, belegt bei: F.B. BUSCH, op. cit., S. 99, Nr. XVII; Fakultät Würzburg, 1845, F.B. BUSCH, op. cit., S. 112, Nr. XXVIII; OAG Darmstadt 18.10.1845, in: «SeuffA...op. cit.», 8, Nr. 64; OAG Wolfenbüttel aus 1849, F.B. BUSCH, op. cit., S. 128, Nr. XL; OAG Wolfenbüttel v. 29.01.1850, in: «SeuffA...op. cit.», 11, Nr. 133; OAG München v. 03.06.1853, «Seufferth Blätter für Rechtsanwendung in Bayern», 23, 268; Cassationshof Wolfenbüttel v. 04.03.1858, in: «SeuffA...op. cit.», 12, Nr. 142; Cassationshof Wolfenbüttel, 30.11.1860, in: «SeuffA...op. cit.», 16, Nr. 182.

⁽⁴⁹⁾ W. BAYER, op. cit., S. 74.

eine Rezeption des römisch-rechtlichen Grundsatzes und konnte daher davon ausgehen, dass eine Drittbegünstigung den Vertrag jedenfalls nicht unwirksam machte⁽⁵⁰⁾. Aber auch diese Anerkennung bedeutete nicht, dass der Dritte seine Ansprüche unmittelbar erwarb. Vielmehr musste der Dritte den Vertrag akzeptieren oder ihm beitreten. Auch wenn an einen solchen Beitritt nur geringe Anforderungen gestellt wurden, waren die rechtlichen Folgen in konstruktiver Hinsicht bedeutend: nach dem OAG München führte der Beitritt zu einem « selbständigen Vertrag », der « den Dritten zum Gläubiger und den Promittenten zu dessen Schuldner macht »⁽⁵¹⁾. Dabei liegt dem Ganzen die Erwägung zu Grunde, dass der Promittent mit dem Vertragsschluss zugleich erkläre auch Schuldner des Dritten werden zu wollen.

Daneben entwickelte das preußische Obertribunal in Reaktion auf die Praxis des Gutsübernahmevertrages vor dem Hintergrund der besonderen Regelung des ALR⁽⁵²⁾ eine *Repräsentationstheorie*. Problematisch war hier, dass der Dritte von den Parteien gewissermaßen in den Vertrag aufgenommen werden musste⁽⁵³⁾, was in der Praxis gerade bei Gutsübernahmeverträgen nie vorkam. Um dem Abhilfe zu schaffen fingierte das Obertribunal eine Stellvertretung des Promissars zugunsten des Drittbegünstigten, so dass dieser selbst am Hauptvertrag beteiligt wurde⁽⁵⁴⁾. Auch diese nur in Ausnahmefällen verwendete Konstruktion lässt sich nur schwer mit dem oben aufgezeigten Rechtssatz in Verbindung bringen. Ein unmittelbarer Rechtserwerb, wie er in der Rechtsprechung im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts für die Lebensversicherung nachweisbar ist, findet sich in dieser Allgemeinheit soweit ersichtlich nur in der Rechtsprechung des OAG Dresden⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵⁰⁾ W. BAYER, op. cit., S. 74 unter Berufung auf einen Spruch der Fakultät Würzburg.

⁽⁵¹⁾ OAG München v. 30.11.1866, in: « SeuffA...op. cit. », 21, Nr. 41.

⁽⁵²⁾ Vgl. dazu näher unten IV. A. 2.

⁽⁵³⁾ Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten v. 05.02.1794, I. Buch, Titel 5: §. 75. Der Dritte selbst aber erlangt aus einem solchen Verträge, an dessen Schließung er weder mittelbar noch unmittelbar Theil genommen hat, erst alsdann ein Recht, wenn er demselben mit Bewilligung der Hauptparteyen beygetreten ist.

⁽⁵⁴⁾ Im einzelnen W. BAYER, op. cit., S. 76-79.

⁽⁵⁵⁾ OAG Dresden v. 15.05.1862, in: « Seuff A...op. cit. », 16, Nr. 38.

Die ältere Rechtsprechung zum Vertrag zu Gunsten Dritter bot damit keinen stabilen Anknüpfungspunkt für den reichsgerichtlichen Rechtssatz. Ganz überwiegend wurde eine Mitwirkungshandlung für erforderlich gehalten. Durchbrochen wurde diese Praxis nur bei Verträgen auf den Todesfall und damit bei der Lebensversicherung mit Drittbegünstigung⁽⁵⁶⁾. Eine Übertragung von Grundsätzen vom Allgemeinen auf das Besondere fand also nicht statt, wenn man die preußische Rechtsprechung außer Acht lässt, die ihre Repräsentationstheorie nach anfänglichem Zögern auch auf die Lebensversicherung angewandt hat. Die Rechtspraxis scheint damit eher induktiv, ausgehend vom Phänomen der Lebensversicherung vorgegangen zu sein und die dabei entwickelten Erkenntnisse auf den Vertrag zu Gunsten Dritter übertragen zu haben⁽⁵⁷⁾.

B. *Die Techniken der Verdichtung und ihre normative Bedeutung.*

In der Rechtsprechung manifestiert sich also ein wiederkehrend formulierter Rechtssatz, der durch die Wiederholung eine gewisse Nähe zu einem Gewohnheitsrecht aufweist und offenbar als Regelung eines besonderen Falles eher in Abweichung zu allgemeinen Regeln entwickelt wurde. Welchen normativen Wert hat die stete Wiederholung des Rechtssatzes? Das von den Richtern erstellte Verweis- und Bezugssystem gibt zu erkennen, wie die Einfügung in das Normsystem gedacht war. Es stellt sich demnach die Frage, wie die Rechtsprechung sich selbst mit Blick auf die Fortschreibung ihres Konzeptes organisiert hat und welcher Wert dem Konzept in der gerichtlichen Praxis beigemessen wurde.

1. *Die Bildung von Rechtsprechungslinien als normative Verselbständigung?*

Für das preußische Recht finden sich zunächst zu wenige Entscheidungen um eine regelrechte Rechtsprechungslinie ausma-

⁽⁵⁶⁾ W. BAYER, op. cit., S. 102.

⁽⁵⁷⁾ Vgl. W. BAYER, op. cit., S. 103: die Lebensversicherung ist wichtigster Anwendungsfall und « Katalysator » für den Vertrag zu Gunsten Dritter.

chen zu können. Sie stammen zudem aus einer sehr frühen Phase, so dass die Ausbildung einer solchen Linie auch nur schlecht möglich gewesen ist. Immerhin zitierten die Richter Entscheidungen des preußischen Obertribunals⁽⁵⁸⁾, dessen Rechtsprechung sie in institutioneller Hinsicht fortsetzen. In sachlicher Hinsicht zeigt sich hier die nur vorsichtige Abkehr von der vom Obertribunal vertretenen *Repräsentationstheorie*, die in der früheren Entscheidung noch Erwähnung findet⁽⁵⁹⁾.

Etwas ergiebiger ist das Vorgehen des III. Zivilsenats in Fällen zum gemeinen Recht; hier zeigt sich eine Durchlässigkeit im Verhältnis zwischen preußischem und gemeinen Recht, denn die zum preußischen Recht ergangenen Entscheidungen konnten auch bei Anwendung des gemeinen Rechts berücksichtigt werden. In diesem Sinn zitierte der III. Zivilsenat in einer Entscheidung von 1886 ein Urteil des V. Senats von 1880 (RGZ 1, 378), hielt aber auch — für eine erbrechtliche Teilfrage — die Rechtsprechung des rheinischen Senats (RGZ 1, 346) für relevant. Zitiert wurden weiter Entscheidungen aus Seufferts Archiv, und zwar zunächst ein Urteil des OAG München⁽⁶⁰⁾, das sich jedoch weniger auf das gesamte Konzept, als vielmehr auf eine Detailfrage der Auslegung einer begünstigenden Vertragsbestimmung (Klausel « zu Gunsten der Erben ») bezog. In einer anderen Entscheidung zogen die Richter ein Urteil des OAG Celle aus dem Jahr 1869 heran⁽⁶¹⁾, bei dem aber eine Drittbegünstigung aus tatsächlichen Gründen verneint worden war. In einem Urteil von 1894 beriefen sich die Richter des III. Zivilsenats dann auf Rechtsprechung des preußischen Obertribunals und des Oberappellationsgerichts München, weil sich das « Reichsgericht (...) über die Frage noch nicht bestimmt ausgesprochen » habe und das « Urteil des II. Zivilsenats (...) auf den eigentümlichen Bestimmungen des französischen Rechts » beruhe⁽⁶²⁾. Die Richter des III.

⁽⁵⁸⁾ RGZ 1, 188 [190]: « Entscheid. des Obertribunals Bd. 71 S. 22 fg. »; RGZ 1, 378 [380], zitiert werden: « Entscheidungen des preußischen Obertribunals Bd. 51 S. 43 » und « Entsch. Bd. 71 S. 1 ».

⁽⁵⁹⁾ Vgl. ausführlicher unten, IV. A. 2.

⁽⁶⁰⁾ OAG München v. 29.01.1869, in: « SeuffA...op. cit. », 26, Nr. 275.

⁽⁶¹⁾ OAG Celle v. 29.01.1869, in: « SeuffA...op. cit. », 36, Nr. 231; zitiert in: RGZ 16, 126.

⁽⁶²⁾ RGZ 32, 162 [165], zitierte Rechtsprechung: « Preuß. Obertribunal in

Zivilsenats stellten damit also eine gewisse Kontinuität zur älteren Rechtsprechung her, auch konnte die Rechtsprechung anderer Senate herangezogen werden. Voraussetzung scheint aber gewesen zu sein, dass die zugrunde liegende Rechtsmasse der Verwendung dieser Präjudizien nicht entgegenstand. Dies zeigt sich deutlich daran, dass etwa wiederum die rheinische Rechtsprechung nur dann Beachtung finden kann, wenn nicht dem Code civil « eigentümliche » Rechtsnormen in Frage stehen.

Die Rechtsprechung des zweiten Zivilsenats, mit der Anwendung des in Deutschland weiter geltenden Code civil befasst, erweist sich im Verhältnis zur älteren deutschen Rechtsprechung und der anderer Senate des Reichsgerichts als eher abgeschlossen, wohingegen sie sich der französischen öffnet, jedenfalls soweit noch keine eigene Rechtsprechung zu der gegebenen Rechtsfrage vorliegt⁽⁶³⁾. In diesem Sinn stellen die Richter in einem Urteil von 1884 ihren Erwägungen eine Zusammenfassung des Standes der Rechtsprechung der *Cour de cassation* voran⁽⁶⁴⁾. Dies beschränkte sich jedoch auf Anwendungsfragen des Code civil. Soweit die Konkursordnung zur Anwendung kam, rekurrirten die Richter lieber auf reichsgerichtliche Entscheidungen⁽⁶⁵⁾. In einer Entscheidung von 1884 beriefen sich die Richter auf ein eigenes Präjudiz, aber auch auf die Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts, und verwiesen, abgrenzend formuliert, auf die Rechtsprechung des V. Zivilsenats (ALR)⁽⁶⁶⁾. 1892 erfolgte dann in einem Urteil erneut eine Bezugnahme auf französische Rechtsprechung, unter anderem auf eine Gruppe von Entscheidungen aus dem Jahr 1888⁽⁶⁷⁾, die neben eigene Präjudizien gestellt wurden⁽⁶⁸⁾. In der letzten Entscheidung des zweiten Zivilsenats zur Lebensversicherung nach rheinisch-

Striethorst, Archiv Bd. 62 S. 337; Oberappellationsger. München in Seuffert, Archiv Bd. 26 Nr. 178 » und « Urteil des 2. Zivilsenates vom 26. Mai 1884, vgl. Entsch. des RG's in Civils. Bd. 11 S. 173 ».

⁽⁶³⁾ Zu den Gründen hierfür vgl. S. GEYER, op. cit., S. 139ff.

⁽⁶⁴⁾ RGZ 11, 173 [174], zitiert werden die Urteile mit Datum und ohne Fundstelle.

⁽⁶⁵⁾ RGZ 11, 173 [175], mit Bezug auf RGZ 9, 75.

⁽⁶⁶⁾ RGZ 12, 317.

⁽⁶⁷⁾ Vgl. hierzu: S. VOGENAUER, op. cit., Rn. 56 und W. BAYER, op. cit., S. 98f.

⁽⁶⁸⁾ RGZ 29, 321.

französischem Recht wiesen die Richter auf die französische Rechtsprechung nur noch pauschal hin, zitierten aber ihr eigenes Präjudiz nach RGZ 29, 321.

Nach dem Erlass des BGB erfolgt ein Rückbezug auf ältere Entscheidungen im Sinne eines Kontinuitätshinweises noch in einem Urteil von 1902 (RGZ 51, 403) ⁽⁶⁹⁾. Zitiert wurde hier eine « Rechtsprechung des Reichsgerichts » aus « Seuffert, Archiv » ⁽⁷⁰⁾. In einer späteren Entscheidung von 1905 erfolgte ein Rückgriff auf die Rechtsprechung von vor 1900 nicht mehr, soweit es um die Konturierung des Vertrages zu Gunsten Dritter ging. Jetzt zitierten die Richter sich selbst nach RGZ 51, 403 ⁽⁷¹⁾. Etwas anderes gilt in derselben Entscheidung jedoch, soweit das Anfechtungsgesetz bzw. die Konkursordnung als vermögensrechtliche Rahmengesetze Anwendung fanden. Da es keine reichsgerichtliche Rechtsprechung gab, wurde stattdessen die instanzgerichtliche herangezogen ⁽⁷²⁾.

Der Rückbezug auf RGZ 51, 403 wiederholt sich in einer weiteren Entscheidung von 1905 ⁽⁷³⁾. In dieser Entscheidung wird der bislang vermutete Zusammenhang zwischen gesetzlicher Grundlage und der zugehörigen Rechtsprechung jedoch durchbrochen. Die Richter berufen sich zur Stützung der Behauptung, ihre Ansicht sei « in Rechtsprechung und Rechtslehre anerkannt » ⁽⁷⁴⁾, auf zwei bereits oben genannte Urteile des dritten Zivilsenats aus den Jahren 1886 und 1894 ⁽⁷⁵⁾. Hier steht also der *leading case* RGZ 51, 403 neben älteren Entscheidungen, die noch auf der Grundlage des gemeinen Rechts ergangen sind. Zwei Jahre später nimmt der VII. Zivilsenat dann nur noch auf das vorherige Urteil von 1905 Bezug. Die gewählte Formulierung lässt deutlich eine normative Verdichtung der Entscheidungsinhalte *durch Rechtsprechung* erkennen. Es heißt:

⁽⁶⁹⁾ RGZ 51, 403 [405].

⁽⁷⁰⁾ RGZ 51, 403 [405].

⁽⁷¹⁾ RGZ 61, 217.

⁽⁷²⁾ RGZ 61, 217 [218f].

⁽⁷³⁾ RGZ 62, 46 [47].

⁽⁷⁴⁾ RGZ 62, 46 [47].

⁽⁷⁵⁾ Zitiert werden: « Entsch. des RG's in Zivils. Bd. 16 S. 129, Bd. 32 S. 162 », RGZ 62, 46 [47].

« Der erkennende Senat hat sich in diesem Sinne auch schon früher ausgesprochen — Urteil vom 10.11.1905, Entsch. in Zivils. Bd. 62 S. 46 — und findet keine Veranlassung, hiervon abzugehen » ⁽⁷⁶⁾.

Die letzte relevante Entscheidung enthält dann wiederum keine Bezugnahmen auf ältere Rechtsprechung sondern beschränkt sich vielmehr darauf, im Rahmen einer ansonsten eigenständigen Argumentation auf den Abschluss einer « schon lange vorher in Fluß gekommenen Rechtsentwicklung » ⁽⁷⁷⁾ in § 328 BGB hinzuweisen.

Bezüglich des normativen Werts der Wiederholung des Rechtssatzes lässt sich damit mit einer gewissen Vorsicht ein Zusammenhang zwischen der zitierten Rechtsprechung und dem grundsätzlichen gesetzlichen Rahmen festhalten. Dies ist insoweit erstaunlich, als es den untersuchten Rechtssatz in den Partikularrechten in dieser Formulierung nicht gibt und auch das BGB einiges offen lässt. Die Kontinuitätslinie zur älteren Rechtsprechung scheint ebenfalls dieser Regel zu folgen, so dass sich die im wesentlichen relevante Rechtsprechung aus den 60er und 70er Jahren des 19. Jahrhunderts vor allem in den Entscheidungen des III. Zivilsenats findet, der als gemeinrechtlicher Senat die dort entwickelte Praxis aufgreifen konnte. In ähnlicher Weise beeilt sich der VII. Zivilsenat, nach Inkrafttreten des BGB möglichst bald nur noch auf die eigene, *zum BGB* ergangene Rechtsprechung zurückzugreifen. Man wird daraus den Schluss ziehen müssen, dass eine normative Verselbständigung des Rechtssatzes *als übergeordneter Gerichtsgebrauch* nicht beabsichtigt war, auch wenn sich aus der ständigen Wiederholung natürlich die Kontinuität einer regelmäßigen Übung ergibt.

2. Die Beachtung der Rechtsprechung als « Norm » bei den Instanzgerichten?

Der normativen Verdichtung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zu verbindlichen Rechtsprechungslinien entspricht der Versuch der Instanzgerichte, diese Rechtsprechung *wie eine Norm* anzuwenden und sich auf diese Weise der eigenen argumentativen

⁽⁷⁶⁾ RGZ 66, 158.

⁽⁷⁷⁾ RGZ 66, 158.

Rückbindung an die gesetzlichen Vorschriften zu entledigen. Dabei mag im gegebenen Rahmen als Beleg die Reaktion der höchstrichterlichen Entscheidungen auf die Urteilsbegründungen der Vorinstanzen genügen. Interessant ist vor allem, dass diese Technik nicht als solche gerügt wurde — etwa als Verweigerung der Gesetzesanwendung —, sondern dass die Richter des Reichsgerichts in diesen Fällen vor allem das *richtige Verständnis der eigenen Präjudizien* absicherten. Es heißt etwa:

« Der Berufungsrichter beruft sich für seine Ansicht auf die beiden reichsgerichtlichen Entscheidungen in Bd. 1 S. 188 und 378, welche Entscheidungen jedoch Fälle betreffen, in denen dritte Personen, zu deren Gunsten die Versicherung geschehen sollte, in der Police ... bezeichnet waren. Diese Entscheidungen können also für einen Fall der vorliegenden Art *nicht maßgeblich sein* » (78).

« Diese Ansicht, auf welcher das Urteil beruht, kann nicht gebilligt werden. In dem Urteile des VI. Civilsenates des Reichsgerichts (...) auf welches allein sie ohne weitere Begründung gestützt wird, findet sie keinen Anhalt (...) » (79).

« Rechtlich verfehlt sind dagegen die Ausführungen des Berufungsgerichts, die sich auf die Bedeutung der hier fraglichen Zuwendung beziehen, und die zum großen Teile einem Urteile des bayerischen obersten Landesgerichts — Seuffert's Archiv Bd. 41 Nr. 138 —, zum Teil aber auch hier nicht passenden oder vom Berufungsgerichte mißverstandenen Entscheidungen entnommen sind » (80).

Umgekehrt wurde die *richtige* Lektüre der reichsgerichtlichen Präjudizien gelobt:

« Das Oberlandesgericht hat zutreffend und in Übereinstimmung mit der in dieser Beziehung feststehenden Rechtsprechung angenommen ... » (81).

Es zeigt sich also, dass die zur Rechtsprechungslinie verdichteten höchstrichterlichen Entscheidungen bereits eine ausreichende Autorität entwickelt haben, um eine entscheidungsleitende Funktion zu übernehmen. Dabei geht diese Autorität über das einfache Argument hinaus; sie ist in dem Maß normbildend, in dem sie einer Interpretationskontrolle zugänglich ist. Man kann die Rechtspre-

(78) RGZ 1, 126 [129], Hervorhebungen vom Verfasser.

(79) RGZ 1, 162 [163].

(80) RGZ 66, 158.

(81) RGZ 50, 325 [326].

chung richtig oder falsch *auslegen*, so wie man es auch bei einem Gesetz könnte ⁽⁸²⁾. Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat damit durch das Rechtsmittel der Revision ein Instrument an der Hand, dem sich der Gesetzgeber durch Abschaffung des *référé législatif* begeben hat. Es ist möglich, die Entwicklung der richterrechtlichen Normbildung zu steuern.

Bis hierher bietet sich ein eigentümliches Bild von der Implementierung der Lebensversicherung in das allgemeine Vermögensrecht. Normative Verdichtungen weisen auf eine Anerkennung durch und in der Rechtsprechung hin, durchaus in Formen, die mit einer auf Erzeugung regelmäßiger Übung gerichteten Praxis in Verbindung gebracht werden können. Zugleich erscheint der Nachweis dieser Übung zuweilen recht schwach, indem sie nämlich nicht immer nachgewiesen, sondern als « Rechtsentwicklung » behauptet wird. Mit dem Verweis auf die « Rechtsentwicklung » und der grundsätzlichen Abhängigkeit der zitierfähigen Entscheidungen von den gesetzlichen Entscheidungsgrundlagen (kein Zitat « preußischer » Rechtsprechung bei Anwendung « rheinischen » Rechts) scheint die eigenständige Bedeutung dieser Rechtsprechung in Frage zu stehen. Der jurisprudentiellen Konstruktion fehlt damit der Charakter eines echten *case law* im Sinne eines gerichtlichen Gewohnheitsrechts. Insgesamt zeigt sich das etwas paradoxe Bild eines Richterrechts, das in der Lage ist, über die Grenzen einer gesetzgeberischen Kompetenz hinaus einheitliche Zustände für ähnliche Sachverhalte zu erzeugen und in langen Kontinuitätslinien — wiederum unabhängig von gesetzgeberischen Eingriffen — zu bewahren. Eine eigenständige Autorität als Rechtsquelle nimmt es dabei nicht in Anspruch. Es tritt vielmehr hinter dem Verweis auf die « Rechtsentwicklung » zurück, zu der neben der Rechtsprechung jedenfalls Gesetz und wissenschaftliche Produktion zu gehören scheinen.

IV. *Zu den Kontexten des « reichsgerichtlichen Rechtssatzes ».*

Wenn also der « reichsgerichtliche Rechtssatz » sich nicht

⁽⁸²⁾ Folgerichtig wird die Frage der Auslegung von Rechtsprechung in modernen Arbeiten auch in den Mittelpunkt gestellt, vgl. KATJA LANGENBUCHER, *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht*, München 1996.

allein einer Normbildung *durch Rechtsprechung* zuordnen lässt, stellt sich die Frage, welchen Anteil gesetzliche Vorschriften an der Ausbildung des Konzepts haben. Im Verweis auf « die Rechtsentwicklung » deutet sich zudem an, dass zu seinen Konstruktionsbedingungen die Verknüpfung mit der rechtswissenschaftlichen Diskussion im weitesten Sinn gehört. Beides tritt neben die selbstreferentielle Verdichtung und scheint der Verankerung des reichsgerichtlichen Konzepts im rechtlichen Diskurs zu dienen.

A. *Das Verhältnis zu den gesetzlichen Vorgaben.*

Es wurde bislang vorausgesetzt, dass das Gesetz den Rechtsatz als solchen nicht *enthält*, die angestrebte Lösung also nicht aus dem Gesetz deduziert werden kann. Diese Annahme schließt eine andere, näher zu definierende Verwendung gesetzlicher Vorgaben nicht aus. Insgesamt muss hier zwischen der Rechtslage vor und nach Erlass des BGB unterschieden werden.

1. *Behandlung der Lebensversicherung als Anwendung von Gesetzen vor dem BGB?*

Für die Zeit vor dem BGB gilt, dass die Partikularrechte des Untersuchungszeitraums den hier entwickelten Grundsatz unmittelbar nicht enthalten und ihm auch eher entgegen stehen. Dies liegt vor allem an der zurückhaltenden Ausgestaltung des Vertrages zu Gunsten Dritter in den naturrechtlichen Kodifikationen, die die Drittbegünstigung im Grunde nur im Rahmen einer *eigenen* Verpflichtung des Vertragspartners vorsehen.

Dies gilt zunächst für das rheinische Recht, das in Art. 1121 Code civil⁽⁸³⁾ vorsieht, dass die Begünstigung eines Dritten nur als Bedingung (oder Erfüllungsmodalität) in einem Vertrag möglich ist, den man für sich selbst abschließt. Diese für die Redakteure bedeutsame Gültigkeitsvoraussetzung des Eigeninteresses⁽⁸⁴⁾ wird von den

⁽⁸³⁾ Art. 1121 Code civil: On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer si le tiers a déclaré vouloir en profiter. Vgl. dazu: S. Vogenauer, op. cit., Rn. 40.

⁽⁸⁴⁾ Zu den gesetzgeberischen Motiven vgl.: P.A. FENET, *Recueil complet des*

Richtern des II. Zivilsenats im stillschweigenden Anschluss an die französische Rechtsprechung und Lehre ignoriert; es findet sich kaum ein Hinweis auf die von den französischen Kollegen entwickelte weite Auslegung des Eigeninteresses, die einen «*interêt moral*» als «*Bedingung*» (*condition*) genügen lassen⁽⁸⁵⁾. Größerer Erfolg ist dem zweiten Satz der Vorschrift beschieden, nach der die Begünstigung des Dritten nicht mehr widerrufen werden kann, sobald der Dritte erklärt hat, die Leistung annehmen zu wollen⁽⁸⁶⁾. Diese Widerrufsmöglichkeit spielt eine wesentliche Rolle in der vermögensrechtlichen Gesamtbewertung und stellt von daher einen der wichtigsten *gesetzlichen* Bausteine des reichsgerichtlichen Rechtssatzes dar⁽⁸⁷⁾. Vor dem Hintergrund dieser doch recht selektiven Lesart des einschlägigen Artikels wirkt der Hinweis der Richter eher eigenartig, auf den zu Gunsten eines Dritten abgeschlossenen Lebensversicherungsvertrag fänden *alle* sich aus Art. 1121 Code civil ergebenden Rechtssätze Anwendung⁽⁸⁸⁾.

Ganz ähnlich verhält es sich mit der Regelung des preußischen ALR, die Rechte des Dritten nur vorsehen, wenn dieser dem Vertrag förmlich — wenn auch nicht formgebunden — «*beitritt*»⁽⁸⁹⁾. Auf dieses immerhin explizit formulierte «*Beitrittserfordernis*» wird von den Richtern des V. Zivilsenat deutlich ver-

travaux préparatoires du Code civil, Bd. 13, Paris, au Dépot, 1827, S. 49, 144f., 215ff., S. 312ff., S. 413.

⁽⁸⁵⁾ S. VOGENAUER, op. cit., Rn. 56; Die zeitgenössische Literatur ist zum Teil noch zurückhaltend: K.S. Zachariä, *Handbuch des französischen Civilrechts*, Bd. 2, 8. Aufl., bearbeitet von C. Crome, Freiburg, E. Mohr, 1894, S. 438ff.; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, Bd. 2, 2. Aufl., Paris, Larose et Forcel, 1886, Nr. 826.

⁽⁸⁶⁾ RGZ 29, 321.

⁽⁸⁷⁾ Vgl. zur französischen Rechtsentwicklung auch W. BAYER, op. cit., S. 98 f. m.w.N.

⁽⁸⁸⁾ RGZ 29, 321 [322f.].

⁽⁸⁹⁾ S. VOGENAUER, op. cit., Rn. 42 und Rn. 79; Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten v. 05.02.1794, I. Buch, Titel 5: §. 74. Auch die Vortheile eines Dritten können der Gegenstand eines Vertrages seyn. §. 75. Der Dritte selbst aber erlangt aus einem solchen Verträge, an dessen Schließung er weder mittelbar noch unmittelbar Theil genommen hat, erst alsdann ein Recht, wenn er demselben mit Bewilligung der Hauptparteyen beygetreten ist. §. 76. Bis dieser Beytritt erfolgt, kann der zu seinem Vortheile geschlossene Vertrag nach dem Einverständniß der Contrahenten geändert, oder gar aufgehoben werden. §. 77. Ist aber dem Dritten der Antrag zum

zichtet ⁽⁹⁰⁾. Begründet wurde diese Auffassung mit der Behauptung, ALR I. 5. § 75 finde auf Lebensversicherungen, geregelt in ALR II. 8. § 2152, überhaupt keine Anwendung ⁽⁹¹⁾. Aus den Entstehungsbedingungen des Anspruchs aus einer Versicherung « zugunsten der Hinterbliebenen » folgerten die Richter, dass ein Beitritt gar nicht möglich sei, da die begünstigten Personen erst mit dem Ableben des Versicherungsnehmers feststünden. Was in anderen Fällen ein Hinderungsgrund ⁽⁹²⁾ für die Annahme eines unmittelbaren Rechtserwerbs war, sprach hier auf einmal dafür, denn das ALR lasse einen solchen Vertrag in Teil II., Titel 8, § 2152 als gültig zu und schließe dadurch « das Erfordernis des Beitritts dessen, zu dessen Gunsten der Vertrag geschlossen ist, nach Art. 75 I. 5. a.a.O. aus und giebt demselben ein unmittelbares Recht aus dem Vertrage... » ⁽⁹³⁾.

Deutlich vorsichtiger hatte sich derselbe Senat einen Monat zuvor auf die ältere Rechtsprechung des preußischen Obertribunals berufen, das sich genötigt gesehen hatte, den geforderten Beitritt über die Annahme einer Stellvertretung zu fingieren ⁽⁹⁴⁾. Die Annahme einer solchen Stellvertretung argumentierten die Richter nur *en passant*, es hieß, « der bei solchen Verträgen zu ihrer Vollwirkung geforderte Beitritt würde (...) nach den (...) Ausführungen des preußischen Obertribunals bei dem vorliegenden Vertrage in Gemäßheit der §§ 75. 153 a.a.O. auch nicht gefehlt haben » ⁽⁹⁵⁾. Diesen Ausführungen stellten die Richter die Annahme zur Seite, ALR I. 5. § 75 ff. sei auf Lebensversicherungsverträge überhaupt nicht anwendbar. Verworfen wurde dabei zunächst ein entgegenstehendes Gewohnheitsrecht:

« Freilich ist hierbei davon abzusehen, daß der dem römischen

Beytritt einmal geschehen, so müssen die Contrahenten seine Erklärung über die Annahme abwarten.

⁽⁹⁰⁾ RGZ 1, 378.

⁽⁹¹⁾ RGZ 1, 378 [380].

⁽⁹²⁾ Problem der Klausel « zu Gunsten der Erben », vgl. für das französische Recht RGZ 11, 173.

⁽⁹³⁾ RGZ 1, 378 [380].

⁽⁹⁴⁾ Preußisches Obertribunal, v. 27.11.1873 in: « Entscheidungen... op. cit. », Bd. 71, S. 1.

⁽⁹⁵⁾ RGZ 1, 188 [189].

Rechte entnommene Standpunkt des preußischen Rechtes, nach welchem das Recht des Begünstigten von dessen besonders bewilligten Beitritte abhängen soll, von dem gemeinen deutschen Rechte sowohl, wie auch von den neueren partikulären und fremden Rechten längst verlassen ist (...)»⁽⁹⁶⁾.

Die Unanwendbarkeit des Beitrittserfordernisses ergebe sich vielmehr aus dem « Zweck gewisser Vertragsverhältnisse, insbesondere solcher, bei denen die die Zuwendung an Dritte durch den Tod des Zuwendenden (...) eine definitive wird »⁽⁹⁷⁾.

Die Strategie der Richter bestand für das preußische Recht also darin, für die Lebensversicherung eine Sonderregelung zu schaffen, die es ermöglichte, das hinderliche Beitrittserfordernis zu umgehen. Dabei entstand eine eigenartig zirkuläre Argumentation. Zum einen war ein Beitritt nach dem « Zweck der Vereinbarung » nicht erwünscht oder möglich, zum anderen war gerade dieser Beitritt nach dem Gesetz erforderlich, weil ja nach dem gleichen « Zweck der Vereinbarung » ein Vertrag zu Gunsten Dritter gewollt war. Insgesamt entsteht so der Eindruck einer Nähe zum Gesetz, indem die Argumente auf die gesetzlichen Vorschriften bezogen und zugleich die Möglichkeit der Annahme einer Derogation durch Gewohnheitsrecht verworfen wird. Unter dem Strich führt dieses Vorgehen dazu, gesetzliche Vorschriften nicht vollständig anzuwenden und letztlich nur die Zulässigkeit der fraglichen Vereinbarung auf die Anerkennung sowohl des Vertrages zu Gunsten Dritter als auch der Lebensversicherung im ALR zu stützen. Denn obwohl ALR I. 5. § 75 im Ergebnis keine Anwendung finden sollte, bestehe « kein Anlaß, den Vertrag gegen die übereinstimmende Auffassung der Parteien (...) nicht als einen zugunsten Dritter geschlossenen (...) zu betrachten »⁽⁹⁸⁾.

Etwas einfacher konnte es sich die nur wenig in Erscheinung tretende Rechtsprechung zum gemeinen Recht machen. Zitate von Rechtsnormen finden sich in den gemeinrechtlichen Entscheidungen nicht, sofern man nach einem modernen Verständnis den

⁽⁹⁶⁾ RGZ 1, 188 [189].

⁽⁹⁷⁾ RGZ 1, 188 [190].

⁽⁹⁸⁾ RGZ 1, 188 [189].

Hinweis auf Digestenstellen erwartet ⁽⁹⁹⁾. Dies mag daran liegen, dass der im Ausgangstext erhaltene *alteri stipulari nemo potest* — Grundsatz ⁽¹⁰⁰⁾ den Vertrag zu Gunsten Dritter letztlich ausschloss ⁽¹⁰¹⁾. Hier begnügten sich die Richter mit Hinweisen auf die gemeinrechtliche Literatur, der offenbar eine gesetzesähnliche Funktion zukam, indem sich aus den Lehrbüchern ergab, was denn eigentlich geltendes Recht sei ⁽¹⁰²⁾. Das Defizit einer fehlenden abstrakt formulierten Norm und die grundsätzliche Ablehnung des Vertrages zu Gunsten Dritter konnte so durch die rechtswissenschaftliche Konstruktion überwunden werden ⁽¹⁰³⁾. Dies machte die Rechtsprechung jedenfalls dann über Kritik erhaben, wenn die vertretenen Ansichten dem in den Pandektenlehrbüchern zusammengefassten Ergebnis entsprachen.

Gesetzliche Vorgaben erlangten weiter im Rahmen der von den Richtern durchgeführten ökonomischen Analyse Bedeutung. Diese Analyse ist nämlich mitnichten frei oder auch nur vollständig. Sie nimmt nur Teilaspekte in den Blick, die von den Normen der Konkursordnung vorgegeben scheinen und wirft essentielle Fragen nach der wirtschaftlichen Funktion und Eigenart der Lebensversicherung erst gar nicht auf. Grundlage der zuerst im Zusammenhang mit einer Unfall(lebens)versicherung entwickelten Grundsätze war ein normativer Vermögensbegriff, der von vorneherein nur bestimmte Vermögensgegenstände erfasste. Ausgangspunkt der Erwägungen bildete das pfändbare Vermögen des Versicherungsnehmers und Gemeinschuldners ⁽¹⁰⁴⁾. Die daraus folgenden Konsequenzen für die Argumentation liegen auf der Hand: wenn der Auszahlungsanspruch des Versicherungsnehmers pfändbar ist, dann kann er auch von einem Konkursverwalter zur Masse gezogen werden. Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn dieser Anspruch als Recht des Drittbegünstigten zu dessen Vermögen gehört ⁽¹⁰⁵⁾. Aus der Zu-

⁽⁹⁹⁾ Vgl. nochmals: RGZ 16, 126; RGZ 32, 162.

⁽¹⁰⁰⁾ D. 45, 1, 38, 17.

⁽¹⁰¹⁾ S. VOGENAUER, op. cit., Rn. 5.

⁽¹⁰²⁾ H. MOHNHAUPT, *Die Kommentare zum BGB als Reflex der Rechtsprechung (1897-1914)*, in: U. FALK ET AL. (HG.), op. cit., S. 502.

⁽¹⁰³⁾ S. VOGENAUER, op. cit., Rn. 34ff.

⁽¹⁰⁴⁾ RGZ 54, 94ff.

⁽¹⁰⁵⁾ So dann konsequent RGZ 61, 217ff.

grundelegung dieses engen juristischen Vermögensbegriffs ergibt sich weiter, dass im Rahmen der Konkursanfechtung als vermögensmindernde Maßnahme die Prämien in den Blick geraten, denn, so die Argumente des VII. Zivilsenats in einer späteren Entscheidung, wenn der Begünstigte die Versicherungssumme unmittelbar von der Versicherung erlange und daher die « Auszahlung somit die Nachlaßmasse nicht vermindert » habe, dann stelle sich die « Prämienzahlung [...] zweifellos als eine unentgeltliche Verfügung des Ehemannes zugunsten der Ehefrau dar » ⁽¹⁰⁶⁾.

Außen vor bleibt bei dieser vermögensrechtlichen Analyse die in der Literatur durchaus präsen- te, deutlich weitergehende Erfassung der Lebensversicherung als Sparvertrag, bei dem die Versicherungssumme in aller Regel nicht dem Ausgleich eines durch ein Risiko verursachten Schadens dient ⁽¹⁰⁷⁾, sondern vielmehr in der Zahlung eines angesparten und verzinsten Kapitals an den Drittbegünstigten besteht ⁽¹⁰⁸⁾. Dann aber wird fragwürdig, warum die Kumulierung von Kapital bei einer Versicherungsgesellschaft konkursfest sein soll, das Sparbuch demgegenüber aber einen Bestandteil der Masse bildet. Diese Frage lässt sich aufgrund ökonomischer Erwägungen wohl kaum beantworten, so dass sich die Juristen auf das konstruktive Argument zurückzogen, das sie aus der Eigenart der drittbegünstigenden Lebensversicherung in Kombination mit dem konkursrechtlichen Vermögensbegriff gefunden hatten. Das Vorgehen bei der Anwendung der konkursrechtlichen Vorschriften verdeutlicht dabei vor allem eines: die Richter ließen sich bei der Analyse der Vorgänge um die Lebensversicherung von einem normativen und gesetzlich vorgezeichneten Verständnis der grundlegenden Begriffe leiten.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die gesetzlichen Vor-

⁽¹⁰⁶⁾ RGZ 61, 217 [219].

⁽¹⁰⁷⁾ So aber die ältere Rechtsprechung des Rheinischen Appellationsgerichtshofes, « RA... op. cit. », 70 I 139.

⁽¹⁰⁸⁾ HINRICHS, *Die Lebensversicherung, ihre wirtschaftliche und rechtliche Natur*, « ZHR... op. cit. », Bd. 20, 1875, S. 339-466; V. EHRENBERG, op. cit., S. 355 ff.; SCHRIFTFÜHRER-AMT DER STÄNDIGEN DEPUTATION (DES DEUTSCHEN JURISTENTAGES, HG.), *Verhandlungen des 16. deutschen Juristentages*, Bd. 1 (Gutachten), Berlin, Guttentag, 1882, Bd. 2 (Stenographische Berichte), Berlin, Guttentag, 1883, hier: Bd. 1, S. 206ff. (Gutachten Elster) und Bd. 2, S. 112.

gaben in einem formalen Sinn berücksichtigt wurden, wenn auch nicht eben vollständig und vor allem ohne offen gelegte, nach methodischen Grundsätzen begründete Korrekturansätze. Hinweise auf die Argumentationsfigur des subjektiv verstandenen » gesetzgeberischen Willens« finden sich für die Rechtsprechung *vor* dem BGB im Bereich der Normen zum Vertrag zu Gunsten Dritter verständlicher Weise nicht. Insgesamt deutet die partielle Verwendung der Normen der geltenden Kodifikationen auf eine Rechtsfortbildung hin, die sich einer Technik der Annäherung bedient. Die favorisierte Lösung wird einem Gesetzestext angenähert, dem — wenn möglich — weitere Rechtsfolgen entnommen werden. Bei der Anwendung von Code civil und ALR beschränkt sich diese Annäherung an geschriebene Normen im Wesentlichen auf die Feststellung, dass im betroffenen Rechtskreis der Vertrag zu Gunsten Dritter überhaupt zulässig ist. Von einer anderen Seite her wird der zugrunde liegende Sachverhalt mit Hilfe von Grundbegriffen, die vorliegend der Konkursordnung entnommen sind, einer normativ überlagerten ökonomischer Analyse zugeführt. Beides scheint dazu zu dienen, den reichsgerichtlichen Rechtssatz *als gesetzeskonform* auszugeben und die dadurch erzeugte Legitimität auch auf solche Teile der Konstruktion zu erstrecken, die dem Wortlaut des Gesetzes nicht entnommen werden können. Eine lineare Gesetzesanwendung nach einem Tatbestand-Rechtsfolge-Schema findet dabei eben so wenig statt wie eine offene Anpassung nach einem gültigen Methodenkanon.

2. Die « Anerkennung » der Rechtsprechung durch das BGB.

Mit dem BGB verschoben sich die Akzente, da es aufgrund der Struktur der neuen Regelung möglich war, den in der Rechtsprechung seit 1879 konstant wiederholten Rechtssatz unter einem anderen Paragraphen weiter zu verwenden. Dies liegt im Wesentlichen daran, dass diese Regelung die in der Rechtsprechung bereits vorhandenen Konstrukte lediglich nachzeichnet und ebenso wie diese die besonderen Wirkungen des Vertrages zu Gunsten Dritter an den Willen der Vertragsparteien knüpft ⁽¹⁰⁹⁾. In dieser Hinsicht

⁽¹⁰⁹⁾ S. VOGENAUER, *op. cit.*, Rn. 100.

konsequent hält der Text des BGB von 1900 in den §§ 328 ff. die möglichen Wirkungen des Vertrages zugunsten eines Dritten im Wesentlichen für eine Auslegungsfrage. Dies ergibt sich zunächst aus § 328 II BGB, wonach sich die Art der Rechte des Dritten in erster Linie aus einer besonderen vertraglichen Bestimmung, dann aus den Umständen und schließlich dem Vertragszweck ergeben. Ergänzt wird diese Vorschrift durch eine Reihe von Auslegungsregeln, die « im Zweifel » für die eine oder andere Ausgestaltung der Rechte des Dritten entscheiden helfen. Für die Lebensversicherung soll dementsprechend « im Zweifel » davon ausgegangen werden, daß « der Dritte unmittelbar das Recht erwerben soll » (§ 330 BGB).

Diese Regelung entspricht dem Vorgehen, das die Rechtsprechung vor Erlass des BGB kennzeichnet. In diesem Sinn prüfte etwa der III. Zivilsenat 1886 als Voraussetzung für die Annahme eines Vertrages zu Gunsten Dritter zuerst, ob eine besondere Vertragsbestimmung vorliege, aus der sich eine Drittbegünstigung ergeben könnte. In einem zweiten Schritt warfen die Richter die Frage auf, ob der Erblasser den Vertrag zu Zwecken der Versorgung seiner Familie über seinen Tod hinaus geschlossen hatte, was die Richter unter anderem deswegen verneinten, weil er den Auszahlungsanspruch zur Sicherung einer Darlehensschuld eingesetzt hatte ⁽¹¹⁰⁾. Es zeigt sich also die gleiche Abstufung, wie in den Regelungen des BGB. Auch war es üblich zu fragen, wie die Begünstigung des Dritten ausgestaltet war, insbesondere, ob sie *von Anfang an* vorgesehen ⁽¹¹¹⁾, ob der Drittbegünstigte ausreichend genau bestimmt (Klausel « zu Gunsten der Erben » ⁽¹¹²⁾) und ob nach den Bestimmungen des Vertrages die Auswechslung des Drittbegünstigten möglich war ⁽¹¹³⁾. Von diesen Kriterien machten die Richter abhängig, ob der Rechtserwerb des Dritten unmittelbar erfolgte und inwieweit die ausbedungene Versicherungssumme einen Bestandteil des Vermögens des Versicherungsnehmers bildete. Aus dieser Perspektive erweist sich die Feststellung des VII. Zivilsenats als richtig,

⁽¹¹⁰⁾ RGZ 16, 126.

⁽¹¹¹⁾ RGZ 11, 173 (Code civil).

⁽¹¹²⁾ RGZ 32, 162.

⁽¹¹³⁾ RGZ 24, 337.

das BGB stelle nur den Schlusspunkt einer bereits vorher sich abzeichnenden Rechtsentwicklung dar ⁽¹¹⁴⁾.

Dennoch blieb die Frage umstritten, ob der Dritte sein Recht unmittelbar und originär erwarb, oder ob es sich um einen derivativen Erwerb handelte ⁽¹¹⁵⁾, so dass der reichsgerichtliche Rechtssatz nicht an Bedeutung verlor. Verantwortlich hierfür war das Unterlassen des Gesetzgebers, eine ausdrückliche Vorschrift in den Gesetzestext aufzunehmen, die noch in den Beratungen der ersten Kommission angemahnt worden war ⁽¹¹⁶⁾. Ebenso wurde die Klarstellung, dass bei einer Drittbegünstigung « weder der Versprechensempfänger noch seine Erben oder Gläubiger berechtigt [sein], die Leistung für sich in Anspruch zu nehmen » verworfen, da diese Folge — so das Protokoll — der Mehrheit selbstverständlich erschien ⁽¹¹⁷⁾.

Das Konzept der Rechtsprechung behält seine relativ eigenständige Bedeutung nach der insgesamt bestätigenden Regelung des BGB also bei, da diese die Defizite einer Konstruktion nicht ausgleichen kann, die sie lediglich nachzeichnet. Das Problem verlagert sich dann auf die konkursrechtliche Ebene, die die Redaktoren des BGB nicht im Auge gehabt haben, die aber — neben dem Pflichtteilsergänzungsanspruch — die einzig praxisrelevante ist. Hier aber müssen die alten Mechanismen wieder in Ansatz gebracht werden, um eine Antwort auf die Frage nach der Implementierung der Lebensversicherung in das allgemeine Vermögensrecht zu finden, eine Antwort, die unterschiedlich ausfallen kann, wie die Entscheidung des BGH von 2003 belegt.

B. *Das Verhältnis zur Diskussion in der Rechtslehre.*

Das von der Rechtsprechung in Ansatz gebrachte Konzept hat Bezugspunkte in der rechtswissenschaftlichen Diskussion. Auch hier stellt sich die Frage, welcher Stellenwert diesen « Bezugnahmen »

⁽¹¹⁴⁾ RGZ 71, 325, auch bereits ähnlich: RGZ 51, 403 [405].

⁽¹¹⁵⁾ Dazu S. VOGENAUER, op. cit., Rn. 93.

⁽¹¹⁶⁾ H. H. JAKOBS ET AL. (HG.), *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs: in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen*, Bd. 2, Teilbd. 1: §§ 241 bis 431, Berlin, de Gruyter, 1978.

⁽¹¹⁷⁾ H. H. JAKOBS ET AL. (HG.), op. cit., S. 509.

zukommt. Es wäre voreilig, etwa aus einem Zitat des Pandektenlehrbuches von *Windscheid* den Schluss zu ziehen, die Richter setzten ein wissenschaftlich geprägtes « Juristenrecht » um. Zugleich wird deutlich, mit welchem rechtspolitischen Hintergrund vorliegend ein vor allem *gewünschtes* Konzept favorisiert wurde.

1. Konstruktionen der Rechtslehre.

Die Rechtslehre des 19. Jahrhunderts bietet ein breites Spektrum möglicher Lösungen für den gegebenen Problemkomplex. Dabei dürfte es im gegebenen Rahmen kaum möglich sein, ein vollständiges Bild des auch hier eher verworrenen Zustandes nachzuzeichnen. Man kann allerdings anhand einiger hervorgehobener Texte die wesentlichen Strömungen ausreichend genau skizzieren, um das reichsgerichtliche Richterrecht zu diesen in Beziehung zu setzen und die Frage zu klären, an welche Theorien die Richter anknüpften. Auch in diesem Zusammenhang wird bedeutsam, auf welche Äußerungen sich die Rechtsprechung *sichtbar* bezog und welchen Regeln diese Bezugnahmen folgten.

a) Im dogmengeschichtlichen Schrifttum steht meist die allgemeine Entwicklung des Vertrages zu Gunsten Dritter und weniger das besondere Problem der vermögensrechtlichen Behandlung der Lebensversicherung im Mittelpunkt ⁽¹¹⁸⁾. So kann man leicht übersehen, dass sich zwar eine bestimmte Konzeption des Vertrages zu Gunsten Dritter erst in den 70er Jahren des 19. Jahrhunderts etablieren konnte, entsprechende Ideen aber für die Lebensversicherung längst gängig, wenn auch nicht unbestritten waren. Für die hier interessierende Rechtsprechung lässt sich damit recht einfach eine Verbindung zum Spezialschrifttum herstellen, während die Verankerung in einer allgemeinen Theorie vom Vertrag zu Gunsten Dritter sich eher als mühsam erweist.

In diesem Sinn wurde die « Controverse über die heutige Gültigkeit der Verträge zum Besten Dritter » von *Staudinger* bei der Behandlung der Lebensversicherung als Hindernis empfunden ⁽¹¹⁹⁾.

⁽¹¹⁸⁾ S. VOGENAUER, op. cit.; W. BAYER, op. cit.

⁽¹¹⁹⁾ J. v. STAUDINGER, Die Rechtslehre vom Lebensversicherungsvertrag, Erlangen, Enke, 1858, S. 157.

In einem Kapitel über die «Berechtigung zur Versicherungssumme»⁽¹²⁰⁾ trug dieser Autor bereits 1858 alle wesentlichen Elemente zusammen, die auch den reichsgerichtlichen Rechtssatz ausmachen. Im Anschluss an das germanistische Schrifttum verwirft er zunächst die Anwendung des römischen Rechts auf die rechtliche Behandlung des Lebensversicherungsvertrages und stellt die Behauptung auf, die Lebensversicherung habe

« den Grundsatz, daß ein Vertrag zum Besten Dritter p.p. gültig sei, von selbst mit sich gebracht: er ist zugleich mit dem Institute für dasselbe entstanden und bildet, wie sich aus der Natur des Geschäfts nothwendig ergibt, so recht eigentlich den Lebensnerv desselben »⁽¹²¹⁾.

Hieraus zieht *Staudinger* zunächst die Konsequenz, dass der Drittbegünstigte ein selbständiges Recht erwerbe, allerdings erst mit seiner «Acceptation» oder aber mit Eintritt des Versicherungsfalles⁽¹²²⁾. Obwohl dies eine gewisse Nähe aufweist zu Konzepten, nach denen hier ein derivativer Rechtserwerb anzunehmen gewesen wäre, behindert diese Annahme einen unmittelbaren Rechtserwerb nicht. Dies zeigt sich vor allem an der Ausgestaltung der Zessionsrechte⁽¹²³⁾. Der Versicherungsnehmer und seine Erben könnten, so *Staudinger*, über den Versicherungsanspruch im Wege der Abtretung nur dann verfügen, wenn überhaupt keine Drittbegünstigung vorgesehen ist. Habe der Drittbegünstigte hingegen die Begünstigung angenommen, sei er zuständig für die Forderung. Vor einer «Acceptation» soll jedoch gelten, dass der Versicherungsnehmer mit Einverständnis der Versicherung die Begünstigung ändern kann. Dies sei jedoch keine Abtretung, denn der Versicherungsnehmer habe ja gar keinen Anspruch, den er abtreten könne⁽¹²⁴⁾. Es handele sich vielmehr um eine Vertragsänderung. Die Rechte des Dritten ergeben sich bereits nach dieser Theorie aus dem Vertrag zwischen den Hauptparteien⁽¹²⁵⁾; sie werden mit Hilfe der konkreten Ausgestaltung konturiert, wie sich aus der regelmäßigen Berück-

⁽¹²⁰⁾ J. v. STAUDINGER, op. cit., S. 156 ff.

⁽¹²¹⁾ J. v. STAUDINGER, op. cit., S. 158.

⁽¹²²⁾ J. v. STAUDINGER, op. cit., S. 159.

⁽¹²³⁾ J. v. STAUDINGER, op. cit., S. 164.

⁽¹²⁴⁾ J. v. STAUDINGER, *ibid.*

⁽¹²⁵⁾ J. v. STAUDINGER, op. cit., S. 160.

sichtigung der Versicherungsstatuten ergibt ⁽¹²⁶⁾. Insgesamt zeigt sich vorliegend die Entwicklung einer Theorie der vermögensrechtlichen Behandlung der Lebensversicherung auf der Grundlage einer juristischen Analyse der Kautelarpraxis, gekoppelt mit einer an dieser Stelle nur angedeuteten Vorstellung vom Zweck der Lebensversicherung.

Die von *Staudinger* aufgestellten Thesen sind bis 1870 nur schwer mit der allgemeinen Konstruktion des Vertrages zu Gunsten Dritter in Einklang zu bringen. Dies gilt zunächst für den von *Savigny* in die Diskussion eingebrachten Vorschlag, die Rechte eines Dritten mit Hilfe einer Stellvertretung zu konstruieren. Diese Theorie reagiert auf das Wiederaufkommen des *nemo alteri stipulari potest* Grundsatzes mit der historischen Schule. Danach waren alle Verträge zugunsten eines Dritten unwirksam, weil es dem Promissar an einem geldwerten Eigeninteresse fehle ⁽¹²⁷⁾. Die Einbeziehung eines Dritten sollte daher nach den Regeln über die Vertretung ohne Vertretungsmacht ermöglicht werden. Der Promissar, so die These, vertrete den Dritten ohne Vertretungsmacht und es komme zwischen dem Promittenten und dem Dritten ein Vertrag in dem Moment zu Stande, in dem der Dritte den Vertrag genehmige ⁽¹²⁸⁾.

Schwierigkeiten ergaben sich auch mit den Theorien vom abgeleiteten Erwerb ⁽¹²⁹⁾. Hier lassen sich die bereits oben geschilderten, auch in der älteren Rechtsprechung anzutreffenden Modelle unterscheiden ⁽¹³⁰⁾. Nach dem Zessionsmodell entsteht das Forderungsrecht zunächst beim Promissar, der es in offener oder meist stillschweigender Abtretung auf den Drittbegünstigten überträgt. Das Ermächtigungsmodell erzielt dieselben Ergebnisse, leitet das Klagerecht aber aus einer von den Hauptparteien eingeräumten Einzugsermächtigung her ⁽¹³¹⁾.

Demgegenüber weist das Konzept der Spezialliteratur eine gewisse Nähe zum bereits angeführten Beitrittsmodell auf, das allerdings für die allgemeinen Fälle des Vertrages zu Gunsten

⁽¹²⁶⁾ J. v. STAUDINGER, op. cit., S. 158, 161, 162, 163, 164, 165 und 166.

⁽¹²⁷⁾ W. BAYER, op. cit., S. 65, unter Berufung auf Puchta und Göschen.

⁽¹²⁸⁾ W. BAYER, op. cit., S. 67; S. Vogenauer, op. cit., Rn. 48 und 67.

⁽¹²⁹⁾ S. VOGENAUER, op. cit., Rn. 67.

⁽¹³⁰⁾ Vgl. dazu oben, III. A. 2.

⁽¹³¹⁾ S. VOGENAUER, *ibid.*

Dritter konstruktiv vorsah, der Dritte müsse mit seinem Beitritt selbst Vertragspartei werden ⁽¹³²⁾. Die Konsequenzen hiervon sind einigermaßen unklar, man wird aber davon ausgehen müssen, dass auch hier zunächst der Promissar selbst berechtigt war und mit dem Beitritt ein *selbständiger* Vertrag zwischen Promittent und Begünstigtem zustande kam.

Einen Gleichlauf zwischen den Thesen von *Staudinger* und der allgemeinen Lehre erreichte dann der auch sonst als Durchbruch geltende Aufsatz von *Joseph Unger* von 1871 ⁽¹³³⁾. In diesem Text versuchte *Unger* zunächst, die Anknüpfungspunkte für den Vertrag zu Gunsten Dritter im klassischen römischen Recht nachzuweisen ⁽¹³⁴⁾, um dann bedeutende konstruktive Erweiterungen aus *ethischen Gründen* vorzunehmen. Das römische Recht sei ein System des disziplinierten Egoismus und kenne daher die Sorge für den Anderen nicht, wohingegen das System des 19. Jahrhunderts dem Imperativ « Sorge für Andere wie für Dich selbst » folge ⁽¹³⁵⁾. Die Unwirksamkeit der Verträge zu Gunsten Dritter sei nicht eine Konsequenz der juristischen Logik sondern ein Produkt der nationalen Ethik ⁽¹³⁶⁾. Die Jurisprudenz müsse in Einklang mit den Forderungen des Lebens gebracht werden ⁽¹³⁷⁾. Da « das Recht wie die Sprache in stetem Fluß, in ewigem Werden begriffen » ⁽¹³⁸⁾ sei, bestehe die Aufgabe darin, « nachdem wir die Wirksamkeit solcher Verträge (scil.: zu Gunsten Dritter) als ein Postulat der modernen Ethik erkannt und festgestellt haben, ihre juristische Behandlung aus den im römischen Recht aufgestellten Grundsätzen abzuleiten » ⁽¹³⁹⁾. Bei diesen Grundsätzen handelt es sich um eine Systembildung aufgrund der einzelnen Bestimmungen, in denen das *coprus*

⁽¹³²⁾ S. VOGENAUER, op. cit., Rn. 67, bezeichnet diese Konstruktion als « Vertragsmodell ».

⁽¹³³⁾ J. UNGER, *Die Verträge zu Gunsten Dritter*, « Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts », Bd. 10 (1871), S. 1-109 [S. 84]; dazu: S. Vogenauer, op. cit., Rn. 53. und W. Bayer, op. cit., S. 85.

⁽¹³⁴⁾ J. UNGER, op. cit., S. 1-55.

⁽¹³⁵⁾ J. UNGER, op. cit., S. 55 f.

⁽¹³⁶⁾ J. UNGER, op. cit., S. 56.

⁽¹³⁷⁾ J. UNGER, op. cit., S. 57.

⁽¹³⁸⁾ J. UNGER, op. cit., S. 59.

⁽¹³⁹⁾ J. UNGER, op. cit., S. 60.

iuris eine Drittbegünstigung *ausnahmsweise* für zulässig ansieht. Bei einem Vertrag zu Gunsten Dritter handele es sich um einen Vertrag, durch den *nach der Absicht* der Hauptparteien « einem Dritten in seinem Interesse unmittelbar ein Forderungsrecht bestellt » werde ⁽¹⁴⁰⁾. Dieses Recht erwerbe der Dritte unmittelbar, sofort und unwiderruflich ⁽¹⁴¹⁾. Die Behandlung der Rechte an einer Lebensversicherung leitet *Unger* dann aus diesem allgemeinen Grundsatz ab ⁽¹⁴²⁾. Der Vorstoß wirkt mit Blick auf die bislang vertretenen Theorien gewagt und bedarf eigentlich auch eines tragfähigen methodischen Unterbaus, um aufgrund einer « Ethik » und unter Berufung auf *Jhering* « durch das römische Recht über dieses hinaus » ⁽¹⁴³⁾ zu gehen. Die normtheoretische Zuordnung bleibt jedoch offen, da *Unger* eine Anlehnung an ein Gewohnheitsrecht ausdrücklich ablehnt, weil der Nachweis seiner Existenz nicht gelingen könne ⁽¹⁴⁴⁾.

In ähnlicher Weise wurde die Rechtslage von *Gareis* zusammengefasst, der zugleich als letzte Konsequenz formulierte, dass die Versicherungssumme zum Vermögen des Dritten gehöre ⁽¹⁴⁵⁾. Auch nach dieser Auffassung waren die vermögensrechtlichen Wirkungen abhängig von der Parteivereinbarung ⁽¹⁴⁶⁾, wobei der Schluss vom Vertrag zu Gunsten Dritter auf die Lebensversicherung gezogen wurde. Liege aber ein Vertrag zu Gunsten Dritter vor, so sei das Recht des Dritten kein abgeleitetes, sondern ein originäres, das dem « Promissar nicht zusteht oder zustand » ⁽¹⁴⁷⁾. Normativ wurde diese Regelung allerdings einem Gewohnheitsrecht zugeordnet. Es heißt unter Berufung auf das System des deutschen Privatrechts von *Gerber*: « ...es besteht ein allgemeines Gewohnheitsrecht, dass bei allen solchen Rentenanstalten der Dritte, zu dessen Gunsten die Rente bestellt wird, auch ohne

⁽¹⁴⁰⁾ J. UNGER, op. cit., S. 61.

⁽¹⁴¹⁾ J. UNGER, op. cit., S. 68.

⁽¹⁴²⁾ J. UNGER, op. cit., S. 84f.

⁽¹⁴³⁾ J. UNGER, op. cit., S. 60.

⁽¹⁴⁴⁾ J. UNGER, op. cit., S. 71.

⁽¹⁴⁵⁾ C. GAREIS, *Die Verträge zu Gunsten Dritter*, Würzburg, Stuber's Buchhandlung, 1873, S. 285.

⁽¹⁴⁶⁾ C. GAREIS, op. cit., S. 278.

⁽¹⁴⁷⁾ C. GAREIS, op. cit., S. 279.

Beitritt zu dem Verträge ein unmittelbares Klagerecht gegen den Rentenschuldner erwirbt... »⁽¹⁴⁸⁾.

1875 fügte schließlich auch *Windscheid* in der 4. Auflage seines Lehrbuchs des Pandektenrechts in § 316a einen ähnlichen Standpunkt ein, in dem er die Rechte des Dritten unmittelbar aus dem Vertrag zwischen den Hauptparteien ableitete⁽¹⁴⁹⁾. Auch hier findet sich die für das Konzept typische Abstufung nach der Parteivereinbarung, wonach ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten eben dann angenommen werden soll, wenn dies der Absicht der Parteien entspricht⁽¹⁵⁰⁾. Diskutiert werden die möglichen Konstruktionsansätze hier ausschließlich vor dem Hintergrund der Privatautonomie⁽¹⁵¹⁾, aus der sich die Möglichkeit der anvisierten Rechtsfolgen ergeben soll. Ähnlich wie bei *Unger* wird die Annahme eines Gewohnheitsrechts verworfen⁽¹⁵²⁾.

Bei der Untersuchung der Literatur lassen sich verschiedene Umschwünge feststellen. Zunächst kann man festhalten, dass es für die Lebensversicherung tragfähige Vorläufer bereits Ende der 50er Jahre des 19. Jahrhunderts gegeben hat. Diese Theorien scheinen der Logik der Ausnahme zu folgen. Es wird für den neuen Vertragstyp, der bislang nicht vorgesehen war, überwiegend aus der Kautelarpraxis ein Modell entwickelt, das nach abweichenden Regeln behandelt wird und neben den allgemeinen Vorschriften steht. Man könnte das für die Praxis wie folgt auf den Punkt bringen: ob ein Dritter aus einem Vertrag zu Gunsten Dritter ein Recht herleiten kann, kann offen bleiben, da jedenfalls für die Lebensversicherung der Grundsatz einer unmittelbaren Berechtigung des Drittbegünstigten gilt. Ab den 70er Jahren verändert sich dieses Regel-Ausnahme Verhältnis. Nun heißt es, wenn der Drittbegünstigte ein Recht auf die Versicherungssumme hat, dann deshalb, weil es sich um einen Vertrag zu Gunsten Dritter handelt. In einer normativen Hinsicht scheint dieser Umschwung zum Verlust der Möglichkeit einer eindeutigen Verortung in den gängigen Rechtsquellen zu

⁽¹⁴⁸⁾ C. GAREIS, op. cit., S. 275.

⁽¹⁴⁹⁾ B. WINDSCHEID, op. cit., 4. Aufl., Bd. 2, Düsseldorf, Buddeus, 1875, S. 210 ff.

⁽¹⁵⁰⁾ B. WINDSCHEID, op. cit., S. 219.

⁽¹⁵¹⁾ B. WINDSCHEID, op. cit., S. 218f.

⁽¹⁵²⁾ B. WINDSCHEID, op. cit., S. 216.

führen. Während für die Lebensversicherung eine Qualifizierung als Gewohnheitsrecht mit Blick auf Kautelarpraxis, —rechtsprechung und die Erwartungen der Vertragsparteien noch möglich erscheint, lässt sich die Gewohnheit für die Bandbreite sonst möglicher Verträge zu Gunsten Dritter nicht mehr nachweisen.

Der in diesem Umschwung liegende « Durchbruch » bedeutet nicht, dass die hier vertretenen Ansichten durchweg Zustimmung fanden. Gerade für die Lebensversicherung wurde auch vertreten, dass die Versicherungssumme in den Nachlass gehört, weil der Dritte die Versicherungssumme nur im Wege der Universalsukzession oder durch Abtretung erhalten könne ⁽¹⁵³⁾. Diese Auffassung wird im Allgemeinen ausgehend von einer anderen wirtschaftlichen Qualifikation des Lebensversicherungsvertrages vertreten, der im Wesentlichen als Sparvertrag angesehen wird ⁽¹⁵⁴⁾. Kritisiert wird von diesem Standpunkt aus, dass die konkursrechtliche Privilegierung des Drittbegünstigten von den Zufälligkeiten der Vereinbarung der Hauptparteien abhängig gemacht werde ⁽¹⁵⁵⁾. Angeregt wurde eine gesetzliche Lösung, die auf das als legitim empfundene Bedürfnis, nahe Angehörige abzusichern, mit einem Privileg reagieren soll ⁽¹⁵⁶⁾. Andere wiederum vermochten ein solches Bedürfnis nicht zu erkennen oder aber wollten es den Interessen der Gläubiger des Versicherungsnehmers nicht vorziehen ⁽¹⁵⁷⁾. Aus dieser Perspektive wird konstruktiv an die Schenkung von Todes wegen des römischen Rechts angeknüpft. Diese Theorie unterscheidet zwischen einer Drittbegünstigung, die zahlungshalber gegeben wird und einer unentgeltlichen, die nach den Grundsätzen der *causa mortis donatio* an den Nachlass zurückgeführt werden müsse ⁽¹⁵⁸⁾.

⁽¹⁵³⁾ So die wenig klaren Ausführungen von KÖNIG, *Die Versicherungsgeschäfte*, in: W. ENDEMANN (Hg.), *Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts*, Leipzig, Fues's Verlag, 1882, Bd. 3, S. 742 [S. 826].

⁽¹⁵⁴⁾ Vgl. HINRICHS, *op. cit.*, S. 339-466; Diskussion bei KÖNIG, *op. cit.*, S. 776-784; siehe auch: V. EHRENBERG, *op. cit.* S. 341-344 und mit Vorschlägen *de lege ferenda*, S. 405.

⁽¹⁵⁵⁾ V. EHRENBERG, *op. cit.*, S. 401 ff.

⁽¹⁵⁶⁾ V. EHRENBERG, *ibid.*

⁽¹⁵⁷⁾ 16. deutscher Juristentag, *op. cit.*, Bd. 2, S. 122 (Eneccerus).

⁽¹⁵⁸⁾ 16. deutscher Juristentag, *op. cit.*, Bd. 2, S. 119 ff. (Eneccerus), vgl. auch P. HECK, *Die Lebensversicherung zu Gunsten Dritter, eine Schenkung auf den Todesfall*,

b) Das gezeichnete Panorama der Rechtslehre zeigt, dass es möglich war, sich an Teile der Rechtslehre anzulehnen, mithin an etwas im rechtlichen Diskurs Vorhandenes anzuknüpfen und die normative Verdichtung rechtswissenschaftlich abzusichern. Als problematisch erweist sich dabei, daß das gegebene Problem nicht einheitlich gelöst wurde und man daher von einem allgemein geltenden Gewohnheitsrecht oder auch nur einem Juristenrecht nicht ausgehen konnte. Wie wird nun diese Literatur in der Rechtsprechung verarbeitet und welche Schlussfolgerungen ergeben sich daraus?

Zunächst lässt sich auch bei der Berücksichtigung der Literatur ein ähnliches Vorgehen beobachten, wie bei der Berücksichtigung von (eigener) Rechtsprechung. Dabei wurde von den Senaten des Reichsgerichts offenbar unterschieden, welchem Rechtskreis die berücksichtigte Literatur angehört. So zitiert der zweite Zivilsenat, mit der Anwendung des in Deutschland weitgeltenden Code civil betraut, in den hier gegebenen Fällen nur die « einschlägige », also französische oder rheinische Rechtslehre ⁽¹⁵⁹⁾, was dem Vorgehen dieses Senates insgesamt entspricht ⁽¹⁶⁰⁾. Umgekehrt findet sich in den Entscheidungen des V. und III. Senats überwiegend die Literatur, die zu den jeweiligen Partikularrechten « gehört », auch wenn sich hier eine größere Durchlässigkeit andeutet, als es für das rheinische Recht festgestellt werden kann ⁽¹⁶¹⁾. Abgeschwächt wird dieser Eindruck für die Berücksichtigung von Spezialliteratur, etwa zum Handelsrecht und zum Versicherungsvertrag ⁽¹⁶²⁾.

Die sich abzeichnende Tendenz der Trennung nach geltenden Rechten setzt sich nach Inkrafttreten des BGB fort. Hier werden

« AcP...op. cit. », 4 (1890), S. 17ff. [122f.], der ebenfalls eine Annäherung an erbrechtliche Vorschriften für angebracht hält.

⁽¹⁵⁹⁾ Im gegebenen Kontext wird nur wenig Literatur zitiert und zwar in RGZ 29, 321 [323]: das Rechtslexikon von E. FUZIER-HERMAN (ET. AL.), *Répertoire général alphabétique du droit français*, Paris, Larose, 1886-1924, die zitierte Stelle kann mit den gegebenen Angaben (Bandangabe und Stichwort fehlen) nur schwer konsultiert werden, und eine Abhandlung von C. DREYER, *Das Recht der Lebensversicherung in Beziehung auf das Civilrecht, Handels-, Prozeß- und Konkursrecht*, Zeitschrift für französisches Zivilrecht, Bd. 20 (1890), S. 332 ff.

⁽¹⁶⁰⁾ Dazu: S. GEYER, op. cit., S. 108-123.

⁽¹⁶¹⁾ Vgl. RGZ 1, 188 und RGZ 1, 378.

⁽¹⁶²⁾ Vgl. dazu: RGZ 32, 162.

bereits 1902 nur noch Schriften zitiert, die ihren rechtlichen Bezugspunkt im BGB haben ⁽¹⁶³⁾. Zum Teil findet auch Übergangsliteratur Verwendung, wie das Buch über Verträge auf Leistung an Dritte von *Konrad Hellwig* von 1899, zugleich lange die einzige Monographie zum Vertrag zu Gunsten Dritter unter der Geltung des BGB ⁽¹⁶⁴⁾, oder ein Aufsatz von *Victor Ehrenberg* in *Jehring's Jahrbüchern* von 1900 ⁽¹⁶⁵⁾. Der Eindruck eines Zusammenhanges zwischen Berücksichtigung einer als *einschlägig* geltenden Literatur und dem zugrunde gelegten Gesetz findet eine Bestätigung darin, dass zu den Anwendungsfragen der vermögensrechtlichen Rahmenbestimmungen etwa aus der Konkursordnung oder dem Anfechtungsgesetz ebenfalls nur Literatur zitiert wird, die zu diesen Gesetzen « gehört » ⁽¹⁶⁶⁾. Alternativ hätte sich die Heranziehung von Literatur zur *actio pauliana* angeboten, die den aus Konkursordnung und Anfechtungsgesetz herangezogenen Normen zugrunde liegt.

Wirft man bei näherer Betrachtung die Frage auf, welche Rolle die Rechtswissenschaft innerhalb der Argumentation spielt, so erweist sich die Auseinandersetzung mit der juristischen Literatur als ausschnitthaft und eher oberflächlich. Der Aufsatz von *Joseph Unger*, der in der dogmengeschichtlichen Historiographie als « der endgültige Durchbruch zur Anerkennung der Wirksamkeit » ⁽¹⁶⁷⁾ der Verträge zu Gunsten Dritter gilt, wird beispielsweise nicht zitiert, obwohl ja gerade hier eine dogmatische Möglichkeit aufgezeigt wird, nach dem römischen Recht zu den gewünschten Ergebnissen zu kommen. Zitiert wurden demgegenüber die Werke von

⁽¹⁶³⁾ RGZ 51, 403 [404f.]; RGZ 62, 46 [47].

⁽¹⁶⁴⁾ K. HELLWIG, *Die Verträge auf Leistung an Dritte: Nach deutschem Reichsrecht unter besonderer Berücks. des Handelsgesetzbuchs; Mit einer Einl. über das römische Recht u. einem Anb. über die Erbverträge zu Gunsten Dritter*, Leipzig, Deichert, 1899, zitiert in RGZ 51, 403 [404], zu diesem Buch W. BAYER, a.a.O., S. 1.

⁽¹⁶⁵⁾ V. EHRENBURG, *Wichtige Probleme des Lebensversicherungsrechts. Insbesondere der Anspruch auf die Lebensversicherungssumme. Mit Rücksicht auf das B.G.B. erörtert*, « Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts », Bd. 41 (1900), S. 341-410, zitiert in RGZ 62, 46 [47].

⁽¹⁶⁶⁾ So in RGZ 51, 403: « Jäger, Kommentar zur Konkursordnung Bem 28 zu § 32 » oder in RGZ 61, 217 [218]: « Jäger Komm. zur K.O. 2.Aufl. Anm 27. 28 zu § 3 »; die zweite Auflage des Kommentars wird auch zitiert in RGZ 62, 46 [49]; vgl. auch RGZ 61, 217 [218] und RGZ 52, 49 [53].

⁽¹⁶⁷⁾ S. VOGENAUER, op. cit., Rn. 53; vgl. auch W. BAYER, op. cit., S. 85.

Windscheid und *Gareis* sowie — für das preußische Recht — das Lehrbuch von *Förster*, wobei sich insgesamt die Tendenz abzeichnet, sich vorrangig auf solche Textstellen zu berufen, die die gewünschten Informationen unmittelbar enthalten. Gründe für diese Auswahl können nur vermutet werden. Es scheint, als ob die Richter eher nach « mundgerechten » Informationen, also dem « passenden » Zitat, gesucht hätten, als nach dogmatischen Wahrheiten. Möglicherweise erschien ihnen die Literatur auch zu verworren, so dass sie sich im Kern lieber auf die eigene Argumentation verlassen wollten und daher nur Rahmenfragen in Auseinandersetzung mit der Literatur abhandelten. In diese Richtung lassen sich etwa die Bezugnahmen auf die Literatur in der Rechtsprechung des V. und III. Zivilsenats deuten.

Der V. Zivilsenat zitierte 1880 *Windscheid* ⁽¹⁶⁸⁾ und *Förster* ⁽¹⁶⁹⁾ in der ersten Entscheidung nur zur Frage des Beitrittserfordernisses. « Nach den neueren partikulären und fremden Rechten » hänge das Recht des Drittbegünstigten nicht mehr von einem « bewilligten Beitritt » ab, wie ihn das ALR vorsehe ⁽¹⁷⁰⁾. Ein solcher Beitritt widerspreche bei Versicherungsverträgen zudem der « gemeinen Übung » ⁽¹⁷¹⁾. Die mit einer Stelle von *Dernburg* belegte Gegenansicht, ein Lebensversicherungsvertrag sei nicht als Vertrag zu Gunsten Dritter anzusehen, wird als « unmotiviert » verworfen ⁽¹⁷²⁾. Während in der ersten Entscheidung eher die Randfragen mit Literaturstellen belegt werden, berufen sich die Richter in dem zweiten Urteil auf die bereits erwähnten Stellen von *Windscheid* und *Gareis*, um ihr als Grundsatz vorangestelltes Konzept für das *gemeine Recht* zu bele-

⁽¹⁶⁸⁾ Zitiert wurde: B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. 2, wahrscheinlich in der 5. Aufl., Stuttgart, Ebner & Seubert, 1879, S. 209 ff., RGZ 1, 188, der fragliche Text stimmt in 4. und 5. Aufl. überein.

⁽¹⁶⁹⁾ F. FÖRSTER, *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechts*, Bd. 1, Berlin: Georg Reimer 1865, S. 415, zitiert in: RGZ 1, 188.

⁽¹⁷⁰⁾ RGZ 1, 188 [190].

⁽¹⁷¹⁾ F. FÖRSTER, op. cit., Bd. 2, Berlin: Georg Reimer, 1866, § 146, S. 405, Wolff, *Bildet die Lebensversicherungssumme einen Teil des Nachlasses...*, « ZHR...op. cit. », 12 (1868), S. 169 ff., zitiert in: RGZ 1, 188.

⁽¹⁷²⁾ RGZ 1, 188 [191] unter Hinweis auf « *Dernburg*, Lehrbuch II. 640 ».

gen⁽¹⁷³⁾. In einem zweiten Schritt wird dann verneint, dass das Konzept auch im preussischen Recht anerkannt sei⁽¹⁷⁴⁾. Die Übertragung des Grundsatzes des unmittelbaren und selbständigen Rechtserwerbs des Dritten auf das preussische Recht wird schliesslich zwar vorgenommen und auch begründet, ein weiterer Bezug auf Literatur erfolgt aber nicht, auch wenn die üblicherweise für ein solches Recht vorgebrachten Argumente angeführt werden⁽¹⁷⁵⁾.

Der III. Zivilsenat setzte sich im Untersuchungszeitraum nur in einer Entscheidung mit der Literatur auseinander, in der es um das mehr im Tatsächlichen liegende Problem der Auslegung der Klausel « zu Gunsten der Erben » ging. Diese Stelle dient deutlich der Absicherung eines bereits eigenständig gefundenen Ergebnisses; die grundsätzlichen Fragen der rechtlichen Konstruktion wurden nicht mehr diskutiert⁽¹⁷⁶⁾.

Die Auseinandersetzung mit der Literatur bleibt auch nach dem Erlass des BGB ähnlich oberflächlich. Im *leading case* RGZ 51, 403 dient die Bezugnahme auf die Rechtswissenschaft in erster Linie dazu, das « Endergebnis » zu belegen, nach dem « es sich nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs ebenso wie früher » verhalte⁽¹⁷⁷⁾. Wegen der neuen gesetzlichen Fassung⁽¹⁷⁸⁾ ist es jetzt allerdings möglich, die Literatur als Äusserung zum Verständnis einzelner gesetzlicher Vorschriften heranzuziehen. Die Richter stellten dabei ausgehend von § 330 Abs. 1 BGB zuerst fest, dass der Erwerb der Versicherungssumme zwar erst mit dem Tode des Versicherungsnehmers, dafür aber unmittelbar eintrete. Der Gesetzgeber habe hier einen unvermittelten Erwerb von Todes wegen vorgeschrieben⁽¹⁷⁹⁾. Zitiert wurden die Lehrbücher zum BGB von

⁽¹⁷³⁾ RGZ 1, 378 [379] mit Verweis auf « Windscheid, Pandekten, 5. Aufl. Bd. 2 S. 211. Gareis, Die Verträge zu Gunsten Dritter S. 275 ».

⁽¹⁷⁴⁾ RGZ, a.a.O., mit Verweis auf: « Förster, Privatrecht Bd. 2 § 146. Staudinger, die Rechtslehre vom Lebensversicherungsvertrage S. 156. Dernburg, Privatrecht Bd. 2 S. 640. Hinrichs in Goldschmidt's Zeitschr. Bd. 20 S. 339 ».

⁽¹⁷⁵⁾ RGZ 1, 378 [380].

⁽¹⁷⁶⁾ RGZ 32, 162 [164].

⁽¹⁷⁷⁾ RGZ 51, 403 [405].

⁽¹⁷⁸⁾ Vgl. dazu bereits oben IV. A. 2.

⁽¹⁷⁹⁾ RGZ 53, 403 [404f.].

Dernburg und *Endemann* sowie der Kommentar von *Planck* (180). Dieser Auffassung wurde dann eine Gegenmeinung gegenüber gestellt (181), bevor die eigene Auffassung formuliert wurde. In diesem Urteil stellt sich der reichsgerichtliche Rechtssatz als in kontroverser Diskussion gefundene Herleitung aus dem BGB dar, wozu sich freilich der Hinweis auf die Kontinuität der Rechtslage nicht recht fügen mag. Man könnte auch sagen, dass bei konstanter Rechtsauffassung lediglich die Paragraphen ausgetauscht worden sind.

Eine nennenswerte Berücksichtigung von rechtswissenschaftlicher Literatur fand dann erst wieder in einem Urteil von 1904 statt (182). Die Problemstellung hatte sich nun auf Fragen der konkursrechtlichen Schenkungsanfechtung verschoben, möglicherweise weil die Prozessvertreter den unmittelbaren Erwerb der Versicherungssumme durch den Drittbegünstigten mittlerweile hingenommen hatten. Es galt nun, die Frage zu klären, ob in der Begünstigung in einer Lebensversicherung eine unentgeltliche Verfügung zu Gunsten des Dritten liege und worauf der in der Konkursordnung normierte Rückerstattungsanspruch gerichtet war. Auch hier wurde zunächst die Literatur zitiert, die mit den Vorinstanzen eine Unentgeltlichkeit verneint hatte (183). Dann wiesen die Richter auf die Gegenmeinung hin, der sie sich anschlossen (184) und begrenzten den Anspruch zugleich auf die im kritischen Zeitraum gezahlten Prämien.

Ein letztes Mal berief sich der VII. Zivilsenat 1905 auf rechtswissenschaftliche Literatur, diesmal um den reichsgerichtlichen Rechtssatz gewissermaßen im Negativ zu bestätigen. Sei beim Tode des Versicherungsnehmers kein Dritter vorhanden, so die Richter,

(180) Eine Identifikation der Stellen ist, wie so oft, nicht ganz einfach, zitiert wurde: «*Dernburg*, Bürgerliches Recht, Bd. 2 § 106 unter II, 1; *Planck*, Bürgerliches Gesetzbuch, Bem. 1 zu § 331 (und weiter unten): *Endemann*, Bürgerliches Recht, 3.-5. Aufl. Bd. 3 § 66 S. 287 », RGZ 51, 403 [404f.].

(181) Zitiert wurde «*Jäger* (...) Kommentar zur Konkursordnung bem. 28 zu § 32 (...) » und «*Hellwig*, Die Verträge auf Leistung an Dritte § 57 S. 367 », RGZ 51, 403 [405].

(182) RGZ 61, 217.

(183) Zitiert wurde: «*Jaeger*, Komm. zur K.O. 2. Aufl. Anm. 27.28 zu § 32; *Petersen-Kleinfeller*, K.O. 4. Aufl. Bem. 6 zu § 32 », RGZ 61, 217 [218].

(184) Zitiert: «*Hartmann-Meikel*, Anfechtungsgesetz 5. Aufl. S. 181 », RGZ, *ibid.*

gelte die Versicherungssumme als Bestandteil des Nachlasses ⁽¹⁸⁵⁾. Dies sei in Rechtsprechung und -lehre anerkannt ⁽¹⁸⁶⁾.

Die Behandlung der Rechtslehre durch die Rechtsprechung erweist sich damit als wenig tiefgehend und nicht eben vollständig. Dies gilt zunächst für solche Ansätze, die die Versicherungssumme dem Nachlass zuordnen wollten. Die meisten Stimmen werden nicht oder nur rudimentär zitiert, ihre Argumente fehlen ganz. Auch von den Befürwortern werden wesentliche Stimmen gar nicht (*Unger* ⁽¹⁸⁷⁾) oder nur ganz am Rande (*Staudinger* ⁽¹⁸⁸⁾) berücksichtigt. Die Richter scheinen eher ergebnisbezogen die einfacheren Abhandlungen zu bevorzugen (etwa von *Windscheid* ⁽¹⁸⁹⁾, *Förster* ⁽¹⁹⁰⁾ oder etwa *Lewis* ⁽¹⁹¹⁾). Insgesamt wurde der reichsgerichtliche Grundsatz selbständig anhand der insgesamt im rechtlichen Diskurs vorhandenen Konzepte (Privatautonomie, Absichten der Parteien, vermögensrechtliche Analyse der Auswirkungen dieser Vereinbarungen) entwickelt. Die Ergebnisse werden dann abgeglichen. Eine Verschiebung der Argumentationsweise zeigt sich mit dem Inkrafttreten des BGB. Nun kann die Literatur auf den Gesetzestext bezogen werden und dient der Lokalisierung der weiterhin bestehenden Streitfragen. Wie gesehen kann der VII. Zivilsenat unter dem BGB die bereits vorhandene Lösung fortführen. Auch die Berücksichtigung rechtswissenschaftlicher Literatur ist rechtsnormbezogen, d.h. eine Bezugnahme rechtswissenschaftlicher Literatur bleibt im wesentlichen abhängig von der Rechtsordnung, auf die sich diese Literatur bezieht, auch wenn sie keine Regel enthält, die die aufgeworfene Rechtsfrage beantwortet. Man wird daraus den Schluss ziehen müssen, dass auch ein Vorrang der Rechtslehre nicht anerkannt wird.

⁽¹⁸⁵⁾ RGZ, 62, 46 [47].

⁽¹⁸⁶⁾ Zitiert wurden hier V. Ehrenberg, op. cit., S. 361 und 371 und « Crome, Bürgerliches Recht Bd. 2 § 293 Anm. 21.22. », RGZ, *ibid.*

⁽¹⁸⁷⁾ J. UNGER, op. cit.

⁽¹⁸⁸⁾ J. v. STAUDINGER, op. cit.

⁽¹⁸⁹⁾ B. WINDSCHEID, op. cit.

⁽¹⁹⁰⁾ F. FÖRSTER, op. cit.

⁽¹⁹¹⁾ W. LEWIS, *Lehrbuch des Versicherungsrechts*, Stuttgart, Enke, 1889, zitiert in: RGZ 32, 162.

2. *Rechtspolitik.*

Der reichsgerichtliche Rechtssatz kann mit Gerechtigkeitsvorstellungen der Akteure in Verbindung gebracht werden. Sie wurden von den Richtern nicht oder nur rudimentär ausgewiesen. Äußerlich wurde der Eindruck gewahrt, die Rechtsprechung beruhe *allein* auf konstruktiven Erwägungen und funktioniere gewissermaßen autonom innerhalb eines rechtlich konstituierten Systems. In der Diskussion um die Frage der vermögensrechtlichen Zuordnung wird demgegenüber verschiedentlich deutlich, dass durchaus Bezugspunkte zu rechtspolitischen Fragen bestehen ⁽¹⁹²⁾. Anhand der Verhandlungen des 16. deutschen Juristentages von 1882, auf dem die Frage der vermögensrechtlichen Zuordnung der Versicherungssumme explizit diskutiert wurde, lässt sich stellvertretend zeigen, wie die Juristen des ausgehenden 19. Jahrhunderts *methodisch* mit dem Problem der Aufnahme eines neuen, gewünschten Rechtssatzes in die Rechtsordnung umgingen.

Wünschenswert war der reichsgerichtliche Rechtssatz zunächst deshalb, weil von ihm der Erfolg des Rechtsinstituts der Lebensversicherung an sich abhängig schien. Man schloss eine Lebensversicherung *um* die Versicherungssumme dem Vermögen des Versicherungsnehmers zu entziehen, etwa um eine ansonsten nicht erbberechtigte Ehefrau abzusichern. Ohne die Annahme eines unmittelbaren Rechtserwerbs würde eine solche Absicherung fehlschlagen. Neben den Erfolg eines Wirtschaftszweiges trat damit die Idee von einer sozialen Funktion des Instituts, ein Eindruck, der sich durch den Hinweis auf einen Zusammenhang zwischen der hier verhandelten Frage und der erwarteten Sozialgesetzgebung verstärkt. In diesem Sinn empfand es *Maltz* in seinem Gutachten für den Juristentag als widersprüchlich, den Auszahlungsanspruch den Nachlassgläubigern zuzusprechen, wo doch der Gesetzgeber sich anschickte, mit Hilfe einer Sozialversicherung die Hinterbliebenen gegen einen solchen Zugriff abzusichern ⁽¹⁹³⁾. Die Lebensversicherung sollte nach dieser Auffassung dieselbe Funktion erfüllen, wie

⁽¹⁹²⁾ Vgl. etwa V. EHRENBURG, op. cit., S. 358ff., mit den möglichen Leitmotiven für einen Gesetzgeber.

⁽¹⁹³⁾ 16. deutscher Juristentag, op. cit., Bd. 1, S. 143 (Maltz).

eine aufgrund gesetzlicher Anordnung unpfändbare Hinterbliebenenversicherung. Volkswirtschaftlich betrachtet, so die Akteure der Diskussion, entspreche die Konstruktion damit den Interessen des Mittelstandes ⁽¹⁹⁴⁾.

Gegen diese Auffassung wurde eine vorgebliche ethische Schädlichkeit geltend gemacht, wobei für den Lebensversicherungsvertrag der Sparaspekt in den Vordergrund gestellt wurde. Wenn die Versorgung der Angehörigen auch möglich sei, wenn man sich verschulde, dann gebe es auch keinen Grund vernünftig zu wirtschaften ⁽¹⁹⁵⁾. Es genüge ja, die zu sparenden Beträge an eine Lebensversicherung zu binden, um den Zugriff der Gläubiger zu verhindern. In Bezug auf den volkswirtschaftlichen Aspekt wurden dem Versorgungsinteresse der Angehörigen die Bedürfnisse des « Credits » gegenüber gestellt. Plastisch stehen dann auf der einen Seite die darrenden Witwen und auf der anderen die darrenden Kinder eines Gläubigers, wodurch sich das Versorgungsargument letztlich aufhebt ⁽¹⁹⁶⁾.

Diese Argumente haben die Teilnehmer des deutschen Juristentages und auch die Richter nicht überzeugt. Sie standen vor dem Problem einer rechtspolitischen Unentscheidbarkeit, die sie am liebsten über einen rechtskonstruktiven Weg ausgeräumt hätten ⁽¹⁹⁷⁾. Die Aufnahme des neuen Rechtssatzes nach den gängigen Rechtsquellen wäre auch sehr einfach gewesen, hätte man etwa nach den von *Heinrich Dernburg* in seinem Pandektenlehrbuch von 1888 aufgestellten Voraussetzungen ein Gewohnheitsrecht annehmen können ⁽¹⁹⁸⁾. In diesem Fall wäre eine regelmäßige rechtliche Übung für die Annahme eines Gewohnheitsrechts ausreichend, die sich aus einer konstanten Vertragspraxis, entsprechenden dokumentierbaren Erwartungshaltungen und schließlich einem Gerichtsgebrauch ergeben könnte. In diesem Fall könnte die Rechtsprechung zur Lebensversicherung als Nachvollzug einer außerhalb ihrer selbst liegenden

⁽¹⁹⁴⁾ 16. deutscher Juristentag, op. cit., Bd. 2, S. 118 (Leonhard).

⁽¹⁹⁵⁾ 16. deutscher Juristentag, op. cit., Bd. 2, S. 122f. (Eneccerus).

⁽¹⁹⁶⁾ 16. deutscher Juristentag, op. cit., Bd. 2, S. 103 (Mayer).

⁽¹⁹⁷⁾ 16. deutscher Juristentag, op. cit., Bd. 2, *ibid.*: Otto Mayer weist hier auf die Unmöglichkeit hin, die Frage nach einer Abwägung von Interessen zu entscheiden, und sucht die Lösung in einer übergeordneten Entscheidungsnorm.

⁽¹⁹⁸⁾ H. DERNBURG, op. cit., S. 56-66.

Rechtsnorm begriffen werden, die auch in den vom BGB offen gelassenen Bereichen Geltung beanspruchen könnte. Es stünden dann eine gesetzte und eine ergänzende gewohnheitsrechtliche Regeln neben einander. Auch die unvollständige Anwendung gesetzlicher Regelungskomplexe in der Rechtsprechung vor dem BGB ließe sich so erklären, denn das Gewohnheitsrecht würde, ebenso wie ein Gerichtsgebrauch, nach *Dernburg* gesetztes Recht aufheben⁽¹⁹⁹⁾. Gerade die Existenz eines solchen Gewohnheitsrechts blieb im gegebenen Fall jedoch bestritten⁽²⁰⁰⁾. Die *gewünschte* Rechtsnorm konnte also nicht über die gängigen Rechtsquellen in die Rechtsordnung integriert werden.

In der Konsequenz entstanden methodische Konstrukte mit einem eigenartig mystischen Beigeschmack. *Otto Mayer* sprach etwa von einer « wirklichen Zweckmäßigkeit der Maßregel », die er auf eine « Tendenz der Rechtsentwicklungen in allen Kulturstaaten » zurückführte⁽²⁰¹⁾, den Dritten zu begünstigen und seine Stellung im Verhältnis zu den Gläubigern eines überschuldeten Nachlasses zu stärken. Diese « Tendenz » belegte er mit dem Hinweis auf Spezialgesetzgebung in England⁽²⁰²⁾ und Amerika⁽²⁰³⁾, sowie den Bemühungen von « Jurisprudenz und Doctrin » in den Gebieten des gemeinen, rheinischen und preußischen Rechts entsprechende Rechtsfolgen auf der Grundlage der allgemeinen Regeln hervorzurufen. Dieses gemeinsame Zweckmässigkeitsbewusstsein spreche dafür, so *Mayer*, dass das Recht in eine bestimmte Richtung gehen wolle und gehe über den « Keim zu einer förmlichen Feststellung des Rechtssatzes » hinaus⁽²⁰⁴⁾. Ähnlich heißt es im Gutachten von *Elster*:

(199) H. DERNBURG, op. cit., S. 63, bewusst gegen die h. M.: « Der Gerichtsgebrauch hat Gesetzeskraft wie Gewohnheitsrecht (...). Diese Kraft hat (er) auch gegenüber dem geschriebenen Gesetz (...). Nach dem Gerichtsgebrauch haben sich die Verhältnisse gestaltet, er gilt dem Verkehr als Recht. Das Gesetz hat aufgehört, Recht zu sein. Der Gerichtsgebrauch hat es beseitigt oder umgestaltet und seinerseits Gesetzeskraft gewonnen ».

(200) Vgl. S. VOGENAUER, op. cit., Rn. 67, dagegen: B. WINDSCHEID, op. cit., S. 215, dafür: C. GAREIS, op. cit., S. 275.

(201) 16. deutscher Juristentag, op. cit., Bd. 2, S. 104 (Mayer).

(202) Vgl. dazu: Married Women's Property Act 1882 (45 & 46 Vict. c.75).

(203) 16. deutscher Juristentag, op. cit., *ibid.*

(204) Ähnlich auch die Begründung des Entwurfs zum BGB durch v. Kübel, vgl. S. VOGENAUER, op. cit., Rn. 57.

« Die rechtserzeugende Kraft des Verkehrslebens, jene ewige, nie versiegende Rechtsquelle, darf nicht verleugnet werden (...) Das Recht (...) ist weder etwas Gemachtes, noch wartet es darauf, daß es gemacht werde; es ist da, aber *muß erfaßt werden* »⁽²⁰⁵⁾.

Die Schöpfung neuen Rechts sollte also als Konstruktion, als « Erfassung » im gegebenen System erfolgen. Nach den hier gemachten Beobachtungen dürfte diese « Erfassung » vor allem in Annäherungen an vorhandene Rechtsinstitute bestehen, ohne dabei Analogien im formalen Sinne bilden zu müssen. Diese wären methodisch auch problematisch, denn sie müssten sich auf Ausnahmebestimmungen gründen oder sich gegen ausdrückliche Normen durchsetzen. Die zentrale Bedeutung der Vertragsauslegung im gegebenen Konzept führt demgegenüber zu einer Annäherung an Begriffe wie Privatautonomie und Parteiwille. Dies und die Ausrichtung der Rechtsfolgen an einem juristischen Vermögensbegriff lässt das neue Konzept juristisch plausibel und damit rechtmässig erscheinen. Mit dieser Lösung wird freilich im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts sagbar, was in der ersten Hälfte in dieser Allgemeinheit nicht gesagt werden konnte: der Willen der Vertragsparteien hat die Kraft, den unmittelbaren Erwerb von Rechten durch einen Dritten aus dem Hauptvertrag zu bewirken⁽²⁰⁶⁾.

V. *Schlussbemerkung.*

Die Normbildung in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zeigt ein nicht ganz widerspruchsfreies Bild. Zunächst lässt sich eine normative Verdichtung festhalten, die ganz wesentlich in einer sprachlichen Wiederholung besteht. Diese geht über die Grenzen des Geltungsbereiches der zugrunde liegenden Gesetze hinaus; es zeigt sich eine in zeitlicher Hinsicht stabilisierende und in räumlicher Hinsicht vereinheitlichende Tendenz. Dieser Verdichtung von Rechtsprechung zur Norm entspricht es, wenn die Instanzgerichte und auch die höchstrichterliche Rechtsprechung versuchen, das in einer komprimierten Formulierung überlieferte Konzept wie eine

⁽²⁰⁵⁾ 16. deutscher Juristentag, op. cit., Bd. 1, S. 215f. (Gutachten Elster), Hervorhebung vom Verfasser.

⁽²⁰⁶⁾ S. VOGENAUER, op. cit., Rn. 68 *in fine*.

Rechtsnorm anzuwenden und seine Anwendung in der gleichen Weise zu kontrollieren. Gleichzeitig kann eine normative Verselbständigung nicht festgestellt werden, denn die Rechtsprechungslinien werden in den Grenzen der gesetzlichen Geltung gezogen und nicht als dem Gesetz über- oder vorgeordnet entwickelt. Eine solch ordnende Rolle spielt die Geltung gesetzlicher Rahmenbedingungen auch bei der Berücksichtigung der Literatur. Diese ist, ähnlich wie die der Rechtsprechung, davon abhängig, ob sie *zum Korpus der jeweils geltenden Normen* ergangen bzw. abgefasst ist. Diese Art von Gesetzestreue zeigt sich auch daran, dass die in der Diskussion vorhandenen rechtspolitischen Argumente in der Rechtsprechung aussen vor bleiben.

Die Rolle des Gesetzes charakterisiert sich durch das Fehlen eines deduktiven Umgangs mit der Rechtsnorm. Dies gilt vor allem für die Zeit vor dem BGB, in der die Gesetze nur zum Teil angewandt werden. Aber auch nach dem BGB erscheint das Gesetz mehr als Folge der « Rechtsentwicklung »; man kann die bisherige Rechtsprechung fortsetzen und muss nur die zitierten Normen austauschen. Dieser Umgang mit dem Gesetz deutet auf eine Legitimation in Annäherungen hin. Der Hinweis auf die Rechtsnorm, die Auseinandersetzung mit dem Normtext suggeriert Gesetzmässigkeit, ohne dass die vollständigen Konsequenzen aus den Texten gezogen würden — was daran liegt, dass die favorisierten Konsequenzen jedenfalls bei einem historischen Verständnis der Norm nicht begründbar wären. Neben dieser Annäherung zeigt sich eine andere Form des Umgangs mit dem Gesetz: mit Hilfe gesetzlich normierter Grundbegriffe — hier vor allem mit dem Instrumentarium der Konkursordnung — wird das neue Phänomen einer juristisch geprägten ökonomischen Analyse zugeführt. Hier geht es weniger um ein Tatbestand-Rechtsfolge-Schema, denn um den Versuch, die zugrunde liegende Sachlage zutreffend zu erfassen.

Die Auseinandersetzung mit der Literatur erweist sich als eher oberflächlich und ergebnisorientiert. Die Bezugnahmen auf die Rechtswissenschaft können einen Kontext zur rechtswissenschaftlichen Diskussion herstellen und von daher zur Legitimation beitragen, die Richter weisen ihr jedoch in ihren Begründungen eine eher untergeordnete Stellung zu. Obwohl das von der Rechtsprechung angewandte Konzept deutliche Parallelen in der Rechtswissenschaft

findet, lässt sich so jedenfalls nicht behaupten, dass die Rechtsprechung ein in der Wissenschaft ausgearbeitetes Juristenrecht anwenden würde.

Das Vorgehen der Rechtsprechung bis zur Verfestigung des eigenen Konzepts erscheint induktiv. Das bedeutet, dass der Rechtsatz aus dem neu auftretenden Phänomen der Lebensversicherung anhand der Erwartungen der Parteien entwickelt und mit Hilfe juristischer Rahmenbegriffen erfasst wird. Die Rechtsschöpfung gilt dabei zunächst nur für das konkrete Einzelproblem, also für die Lebensversicherung und noch nicht zwingend für den Vertrag zu Gunsten Dritter. Mit der Verfestigung ist es dann möglich, in gewohnter Weise deduktiv zu arbeiten. Gebildet wird der « reichsgerichtliche Rechtsatz » auf der Grundlage zentraler, in ihrer Allgemeinheit für sich genommen zunächst wenig aussagekräftiger Grundbegriffe, denen man damit eine stillwirkende Kraft zuerkennen muss. Die Verwendung dieser Begriffe zeigt eine weitere Annäherung: die Lösung soll als Ergebnis eines systemkonformen Vorgehens ausgewiesen werden.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts im gegebenen Fall kann damit schwerlich als « positivistisch », zugleich aber auch kaum als ungebunden bezeichnet werden. Eine Bindung scheint sich vorliegend vor allem aus der Anerkennung und Indienstnahme *diskursiver Praktiken* zu ergeben. Bindung und Legitimität wird dadurch erzeugt, dass der Nachweis erbracht wird, dass das richterrechtliche Konzept in Auseinandersetzung mit dem weiteren rechtlichen Diskurs entstanden ist, wie er sich aus Gesetzgebung, Rechtslehre und durchaus auch der eigenen Rechtsprechung zusammensetzt. Die Rechtspraxis knüpft an Vorhandenes an und erzeugt zugleich etwas Neues, das dann im Wege der steten Wiederholung perpetuiert werden kann. Diese Bindung liegt freilich unterhalb der Schwelle des gängigen Normenkanons, denn der Bildung eines regelgerechten Gewohnheitsrechts — und sei es nur in der Spielart des Gerichtsgebrauchs — wichen die Akteure aus.

Insgesamt lassen sich damit bereits für das ausgehende 19. Jahrhundert Rechtsbildungstechniken nachweisen, die dem modernen Juristen vertraut sind. Dabei deutet sich im gegebenen Fall an, dass das Ausweichen auf *unterschwellige* Bindungen möglicherweise mit dem Verlust der Gewohnheit als normative Größe zusammen-

hängt. Eine Einbindung in einen gewohnheitsrechtlichen Kontext hätte jedenfalls bei einer Rechtsprechungsänderung den Nachweis einer geänderten Übung erforderlich gemacht. An die Stelle eines solchen Nachweises tritt im eingangs zitierten Urteil des IX. Zivilsenats des BGH eine erneute Konstruktion, mit der die «Jahrhundertrechtsprechung» des Reichsgerichts unvereinbar erscheint. Es heisst:

«Die [...] durch Zwischenschaltung des Versprechenden (d.i. die Versicherung) mittelbar gewährte Leistung steht anfechtungsrechtlich der unmittelbaren gleich. Mittelbare Zuwendungen sind so zu behandeln, als habe die zwischengeschaltete Person an den Schuldner geleistet und dieser sodann den Dritten befriedigt (vgl. BGHZ 142, 284 [288] [...]; BGHZ 138, 291 [...]» ⁽²⁰⁷⁾.

⁽²⁰⁷⁾ BGH v. 23.10.2003, in: «*NJW*... op. cit.», S. 215.

PIO CARONI

QUANDO SALEILLES DIALOGAVA CON EUGEN HUBER
(1895-1911) *

Ha raccontato che una volta, a un amico che stava vivendo la totale assurdità di una grave situazione dolorosa, aveva detto nella sua impotenza alcune parole che gli furono di autentico aiuto: « Tutto finisce per avere il significato che noi stessi gli diamo ».

L. GUSTAFSSON, *Morte di un apicoltore*,
Milano 1989, 99.

1. Un epistolario dimezzato. — 2. Un approccio storico, ma perché e quale? — 3. Quello che il codice dice. — 4. E quello che preferisce delegare. — 5. Il giudice legislatore. — 6. Primo epilogo. — 7. Secondo epilogo.

1. *Un epistolario dimezzato.*

Serve magari anche stavolta partire da lontano. Ad esempio dal codice svizzero delle obbligazioni, che — sanzionato dal parlamento federale nel 1881 ed entrato in vigore due anni dopo — aveva finalmente unificato gran parte del diritto privato. Come anche dalla determinazione della Società svizzera dei giuristi, che si era battuta per arrivare a tanto, di non accontentarsi di questo primo successo,

(*) Al disagio che, da Platone in giù, provano gli autori quando si accomiatano da un loro testo e lo consegnano ad un pubblico libero di corrispondergli lealmente o di stravolgerlo, se ne aggiunge per me un altro. Meno tradizionale, ma non meno spiacevole. Quello di dover ‘chiudere’ senza aver potuto tener debitamente conto di una ricerca recentissima (M. SABBIONETI, *Democrazia sociale e diritto privato. La terza Repubblica di Raymond Saleilles [1855-1912]*. Per la storia del pensiero giuridico moderno 91, Milano, Giuffrè, 2010). Spero di incrociarla fra poco, ma l'occasione di avvalermene qui purtroppo è sfumata.

ma di insistere, per affrettare l'unificazione delle rimanenti aree giusprivatistiche, quelle notoriamente più tradizionali. Convinta che una conoscenza più approfondita dei diritti cantionali avrebbe facilitato l'impresa ⁽¹⁾, incaricò nel 1884 il proprio consiglio direttivo « de provoquer une étude comparée complète de la législation civile des états de la Suisse, en vue de rechercher essentiellement quelles sont leurs dispositions communes et d'autre part quelles sont les divergences qui existent entre elles, les causes et les raisons d'être de ces divergences » ⁽²⁾.

Ebbe un fiuto eccellente chi suggerì di affidare l'elaborazione di questa rassegna a Eugen Huber. Dal 1882 cattedratico a Basilea e fresco di ricerche storiche ⁽³⁾, aderì subito alla proposta, non senza averne però preliminarmente auspicato e ottenuto una riformulazione. Grazie alla quale al quadro del frazionatissimo diritto privato cantonale *vigente* — destinato a documentare sia la fattibilità che l'urgenza dell'unificazione — andava affiancato (ma in realtà premesso ⁽⁴⁾) uno scavo storico. Dopo di che si mise al lavoro. Disciplinato e convinto com'era, forse già catturato dalla 'missione' vagamente sottesa all'incarico, consegnò tosto il frutto delle sue ricerche. I primi tre volumi, dedicati al diritto privato cantonale, fra il 1886 e il 1889 ⁽⁵⁾. L'ultimo, l'attesa *Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, nel 1893.

Ora volle il caso, che proprio questa *Geschichte* — tuttora e

⁽¹⁾ Si considerò quale « Vorbedingung der Codification, dass man die in den einzelnen Kantonen geltenden Rechtsinstitute genau kennt und dann bei der Ausarbeitung des Gesetzbuches eklektisch verfährt und aus allen Kantonalgesetzgebungen das beste nimmt »: così il verbale della riunione del 16 settembre 1884, in « Zeitschrift für Schweizerisches Recht », Nuova Serie III, 1884, p. 725.

⁽²⁾ Così il testo della proposta del consigliere federale Ruchonnet (« Zeitschrift für Schweizerisches Recht », ivi, p. 729), poi approvato dall'assemblea (p. 730).

⁽³⁾ Le ho indicate singolarmente in P. CARONI, *Il mito svelato: Eugen Huber*, in « Zeitschrift für Schweizerisches Recht », Nuova Serie CX, 1991, I, p. 381-419, specialmente 392.

⁽⁴⁾ Ragione per cui l'autore si impegnava a elaborare « eine Darstellung des schweizerischen Privatrechts auf geschichtlicher Grundlage ». Su questa ridefinizione dell'incarico e sul piano di lavoro poi allestitone vedi le riflessioni in « Zeitschrift für Schweizerisches Recht », Nuova Serie IV, 1885, p. 563.

⁽⁵⁾ *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, Basel, R. Reich, 1886, 1888, 1889.

non senza motivi ammirata ⁽⁶⁾ — approdasse un giorno sulla scrivania di Raymond Saleilles, allora professore di storia del diritto a Digione. La lesse, ne condivise il taglio e ne scrisse plaudento sulle pagine della *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger* ⁽⁷⁾. Huber, nel frattempo rientrato da Halle a.d.S. e incaricato ufficialmente dal governo elvetico di por mano al progetto di un codice civile unitario — registrò con piacere il lusinghiero intervento del collega borgognone e ringraziò. Al suo scritto Saleilles replicò in data 3 febbraio 1895: « J'ai été très sensible à ce que vous avez bien voulu me dire au sujet du Compte-rendu que j'ai donné de votre beau livre, et puisque vous voulez bien ajouter que je suis entré pleinement dans votre pensée, c'était là la meilleure satisfaction à laquelle je puisse prétendre » ⁽⁸⁾.

Inizia proprio così, con questa sublime dichiarazione di intenti, un intenso scambio epistolare fra due giuristi, che finora non si erano mai incontrati, ma che una sintonia di fondo avvicinava. Ne conosciamo purtroppo solo la metà, quelle 105 lettere, cartoline e biglietti vari, che Saleilles recapitò fra il febbraio del 1895 e la fine del 1911 all'interlocutore bernese ⁽⁹⁾. Le cui risposte sono introva-

⁽⁶⁾ P. CARONI, *Il mito svelato*, cit., p. 390.

⁽⁷⁾ XVIII, 1894, p. 764-776.

⁽⁸⁾ È questa anche la prima lettera dell'epistolario, che presento nella nota successiva.

⁽⁹⁾ Le lettere indirizzate da Raymond Saleilles a Eugen Huber sono depositate nell'Eugen-Huber-Archiv, presso l'Archivio federale svizzero di Berna. Orientano sulla ricchezza e l'importanza di questo archivio per la storia della codificazione elvetica: L. NEUHAUS, *Das Eugen-Huber-Archiv im Bundesarchiv in Bern*, in « Schweizerische Juristen-Zeitung », LIII, 1957, p. 369-377; O. GAUYE, *Inventar zur Dokumentation über die Erarbeitung des schweizerischen Zivilgesetzbuches 1885-1907*, in « Schweizerische Zeitschrift für Geschichte » XIII, 1963, p. 54-100. Presentate dapprima ad un più vasto pubblico da O. GAUYE, *Raymond Saleilles, sa correspondance avec le rédacteur du Code civil suisse*, in « Civitas » XV, 1959-1960, p. 416-423, le lettere furono recentemente trascritte, introdotte e pubblicate da A. ARAGONESES, *Recht im Fin de siècle. Briefe von Raymond Saleilles an Eugen Huber (1895-1911)*, Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, Band 223, Frankfurt a. M., Klostermann, 2007. Quivi p. 1-68 il testo dell'Introduzione, p. 69-189 quello delle lettere. Che di seguito citerò semplicemente quali *Briefe*. Lo stesso autore ha fatto spesso capo a questi documenti in un'opera recentissima: *Un jurista del modernismo. Raymond Saleilles y los orígenes del derecho comparado*, Madrid, Dykinson, 2009.

bili, ma a ben vedere non del tutto ⁽¹⁰⁾. Tant'è che è plausibile immaginarle tempestive, dettagliate, esaurienti, poiché solo così potevano placare la sete conoscitiva e l'intelligente, stimolante, occasionalmente puntigliosa curiosità di Saleilles ⁽¹¹⁾.

Anche se dimezzato, l'epistolario documenta per intero l'operosità, la cultura, la rispettosa amicizia di colleghi che sapevano e sentivano di guardare nella stessa direzione, di condividere gli stessi valori e di nutrire analoghe speranze. Avevano ambedue il culto della libertà, proprio come l'aveva concepita Kant ⁽¹²⁾, credevano nella democrazia, quindi anche nella socialità, quella del diritto privato compresa, come vedremo. E li accomunavano per di più, in

⁽¹⁰⁾ Spulciando le lettere, nelle quali Saleilles ringraziò Huber per le ripetute informazioni richieste e puntualmente ottenute, è infatti facile allestire un elenco dei temi giuridico-legislativi, sui quali i due si intrattenero concretamente: la responsabilità per atto illecito (*Briefe*, cit., p. 78, 80-81), il concetto di libertà sotteso al diritto penale (ivi, p. 86 ss.), le conseguenze dell'incapacità di discernimento (ivi, p. 123-124), l'abuso di diritto (ivi, p. 133), le fondazioni (ivi, p. 142), il diritto ereditario rurale (ivi, p. 164), il beneficio di inventario dell'erede (ivi, p. 180-181, 185), l'organizzazione della tutela (ivi, p. 189). Ma capitò pure che Saleilles, con il consenso del suo interlocutore, ne traducesse il testo e lo pubblicasse poi sul *Bulletin*. Quattro sono le lettere di Huber che a tal modo si sono salvate. La *prima* è del 28 febbraio 1902 e affronta il tema del diritto della donna sposata di disporre dei « fruits de son travail » (« Bulletin de la Société d'études législatives. Rapports et comptes rendus des séances. Travaux relatifs aux questions étudiées par la Société » I, 1901-1902, p. 84-86). La *seconda* è del 21 gennaio 1907 e orienta Saleilles sull'importanza delle fondazioni private — considerate come soggetti giuridici autonomi — nei Cantoni svizzeri e quindi anche sull'opportunità di confermare la libertà di costituirle (« Bulletin », ivi, VI, 1907, p. 67-69). La *terza*, del 22 gennaio 1907, aggiunge qualche informazione concreta sull'entità delle fondazioni nel Canton Zurigo (« Bulletin », ivi, VI, 1907, p. 69-70) e la *quarta*, del 10 gennaio 1908, si diffonde su aspetti concreti della vigilanza sulle fondazioni, così come la disciplinò il CCS del 1907 (« Bulletin », ivi, VII, 1908, p. 191-192). Inaffidabili i rinvii a queste lettere, che si leggono in A. ARAGONESI, *Recht im Fin de siècle*, cit., p. 6 nota 20, p. 35 nota 8, p. 141 nota 2 e p. 188 nota 2.

⁽¹¹⁾ Saleilles era un interlocutore attentissimo ed esigente. Sollecitò ripetutamente raggugli e pubblicazioni concernenti la nascente codificazione (vedi ad es. *Briefe*, cit., p. 82-83, 84, 103, 106-107, 110-112, 113-114, 137-138), desiderò venir messo al corrente dell'interpretazione huberiana di determinati disposti del codice per poterne parlare con conoscenza di causa a lezione (ivi, p. 153 ss.), incaricò Huber di spiegare a Gierke i motivi della sua assenza dal Congresso di Berlino del 1908 (ivi, p. 151-152) e — *dulcis in fundo* — gli chiese di procurargli francobolli per la collezione del figlio (ivi, p. 145).

⁽¹²⁾ « ...ce qui implique un acte de foi », come scrisse Saleilles nel 1898 (*Briefe*, cit., p. 86).

una *confraternité scientifique* vissuta con consapevole intensità⁽¹³⁾, ma non priva di stravaganze⁽¹⁴⁾, anche le inclinazioni disciplinari: venivano dalla storia e si accingevano ambedue a ‘tracimare’ nel diritto vigente. In quello privato Huber, prima nel penale, poi nel civile, finalmente nella comparazione Saleilles. Non è dunque un caso se il tema iniziale di questo dialogo, quello che lo innescò, ossia l’utilità di un approccio storico alla formulazione (e più tardi allo spiegamento) del diritto positivo⁽¹⁵⁾, riflettesse proprio queste inclinazioni. Più tardi a questo primo ventaglio di interrogativi se ne aggiunsero altri, peraltro poco discosti, anzi tutti desunti dall’attualità, che i due via via affrontavano: l’emergente codificazione svizzera, la revisione di quella (oramai centenaria) francese, le strategie che sembravano garantire il successo dell’una e dell’altra, i compiti che in tali frangenti rivendicavano i legislatori, i giudici e i giuristi. Proprio per questo motivo può essere utile, prima di incamminarci,

(13) *Briefe*, cit., p. 122. Convinto che « la science elle-même pour se répandre et pour pénétrer les uns aux autres, a besoin qu’entre ceux qui la représentent s’établisse une intelligence réciproque plus profonde les uns des autres » (ivi, p. 121), Saleilles si adoperò a più riprese per organizzare congressi ed incontri, per creare « un courant de sympathie » fra i partecipanti (ivi, p. 102). Riassume bene l’intensità della sintonia qui evocata la frase conclusiva di uno scritto indirizzato ad Huber l’ultimo giorno del 1905: « Il m’est doux de commencer ainsi l’année par cet amical commerce de nos esprits, planant au dessous des petitesses de nos mêlées politiques » (ivi, p. 137).

(14) Ne cito una: il fatto che si cercassero, che progettassero spesso di incontrarsi, arrivando però raramente a vedersi. Qualche esempio: nell’estate del 1897 Saleilles soggiornò nel Vallese, Huber ad Andermatt. « Il n’y a guère qu’un col qui nous sépare » scrisse Saleilles alludendo al passo della Furka, ma non si incontrarono (*Briefe*, cit., p. 79, 81). Quando all’inizio dell’agosto del 1904 Saleilles transitò da Berna con la famiglia, Huber era assente (ivi, p. 128-130). Due mesi più tardi Huber prese parte alle celebrazioni per il centenario del Code a Parigi, ma Saleilles, infermo, si era ritirato in Borgogna (ivi, p. 130). E così via. Ragione per cui ha fatto bene A. Aragoneses, l’editore di queste lettere, a citare la frase di una semiologia spagnola, Patricia Violi, che rende splendidamente l’idea: « La intimidación de la ausencia » (A. ARAGONESSES, *Recht im Fin de siècle*, cit., p. 3). Ma è ugualmente utile ricordare che si incontrarono davvero, per la prima volta, nell’agosto del 1899. Lo svela la lettera in *Briefe*, cit., p. 89-90, del 21 novembre (e non del 21 febbraio) 1899. Così anche O. GAUYE, *Raymond Saleilles*, cit., p. 273. Di altra opinione (ed evocando date immaginarie) A. ARAGONESSES, *Recht im Fin de siècle*, cit., p. 14 e 37.

(15) Che è poi quello sotteso alla lusinghiera recensione del 1884, citata *supra*, nota 7.

ricordare esplicitamente quelle poche coordinate, che rigano l'iter degli anni scanditi dall'epistolario:

1896 promulgazione del BGB tedesco;

1899 F. Géný, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*;

1900 Congrès international de droit comparé, Paris;

1904 Centenaire du Code civil;

1906 H. Kantorowicz (Gnaeus Flavius), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*;

1907 Il parlamento svizzero sanziona all'unanimità il Codice civile;

1912 Il codice civile svizzero (CCS) entra in vigore;

1912 Morte di Saleilles.

2. *Un approccio storico, ma perché e quale?*

Iniziamo anche noi dalla storia, ossia da quell'approccio che — dapprima non previsto — Huber aveva desiderato includere nell'incarico del 1884 ⁽¹⁶⁾. Chi si interroga sui motivi di questa manovra, che suggeriva di affrontare l'ostacolo (la comparazione orizzontale, ossia quella del vigente diritto privato cantonale) solo dopo un'adeguata rincorsa nel tempo (la comparazione verticale), si accorge subito che non erano pretestuosi. Su tutti ⁽¹⁷⁾ primeggiava una certezza giuspolitica. Quella di imbattersi, esplorando un millennio finora poco frequentato, nel quale il Nostro vedeva un fertile « *terreau du droit privé suisse embryonnaire* » ⁽¹⁸⁾, in qualche messaggio rivelatore: se non proprio nella pietra filosofale, almeno in un'utile prefigurazione. Una certezza, che già il titolo dell'opera qui discussa — anticipatore, perciò beneaugurante — implicitamente confermava ⁽¹⁹⁾.

Saleilles, leggendone, capì e condivise. Apprezzò che Huber

⁽¹⁶⁾ Vedi *supra*, p. 266.

⁽¹⁷⁾ Anche sul fatto, che l'aggiornamento del mandato originale offrisse a Huber l'opportunità di dedicarsi ora in via ufficiale a quelle ricerche storico-giuridiche, che già *privatim* aveva da tempo programmate: vi accenno in *Il mito svelato*, cit., p. 393.

⁽¹⁸⁾ Questa l'azzeccata formula proposta da D. MANAI, *Eugen Huber. Jurisconsulte charismatique*, Bâle-Francfort, Helbing & Lichtenhahn, 1990, p. 68.

⁽¹⁹⁾ Il titolo (*Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*) dà infatti per scontata una realtà finora mai concretamente appurata.

avesse scrutato i secoli fra l'epoca franca e l'illuminismo « sur la donnée d'un droit commun au moins virtuel, dont les diversités cantonales ne soient que des variantes » (20). E arrivò a ipotizzare un parallelo fra questo suo sforzo e quello spiegato in patria, qualche secolo prima, da Dumoulin, Loysel e Bourjon, destinato a elaborare « le droit commun de la France coutumière » (21). Per poi concludere drasticamente, qualche anno più tardi, quando l'avamprogetto del Codice svizzero (22) sembrò confermare la bontà del metodo adottato dal legislatore: « L'avant-projet suisse est une oeuvre *a posteriori* et par suite une oeuvre d'expérience » (23).

Sono valutazioni concordi, queste. Ma visto il rilievo che assumono nel nostro discorso, è ugualmente indicato approfondirle.

a) Anzitutto perché dietro alle nobili espressioni che abbelliscono le lettere (24) affiorano spesso anche divergenze — com'è del resto naturale — che non vanno taciute. Una si riferisce all'impatto concreto dello 'storicismo', al quale sia Huber che Saleilles amavano richiamarsi. Di che natura era, quali scelte condizionava o anche solo suggeriva?

Per il legislatore svizzero è agevole appurarlo. Già il desiderio di ampliare l'incarico iniziale per far posto ad una dimensione — quella temporale — finora ritenuta marginale, ne fa l'emulo di discepoli osannati della scuola storica, che si erano preparati a codificare nei loro cantoni appunto scandagliandone preliminar-

(20) « Nouvelle Revue historique de droit français et étranger » XVIII, 1894, p. 765 (e analogamente p. 771 « droit commun virtuel... »).

(21) Ivi, p. 765.

(22) *Schweizerisches Civilgesetzbuch. Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizei-Departementes*, Bern, Schmid & Francke, 1900.

(23) R. SALEILLES, *De la succession paysanne dans l'Avant-projet de code civil suisse*, in « Réforme sociale. Bulletin de la Société d'économie sociale et des unions de la paix sociale fondées par P.-F. Le Play », XXII, volume XLIV della collezione, N. 14-15, del 16 luglio e 1 agosto 1902, p. 144-164 (seduta del 14 aprile 1902), la frase citata nel testo a p. 163. Nella primavera del 1900 Saleilles aveva invitato Huber a partecipare al congresso internazionale di diritto comparato, presentando un tema connesso all'*Avant-projet* del codice svizzero « étudié au point de vue de l'unification du droit civil en Suisse et de la part faite à la compénétration des droits locaux, dont il est la résultante » (*Briefve*, cit., p. 93, corsivo mio). Huber accettò e intrattenne l'uditorio sui regimi matrimoniali (ivi, p. 94, 95).

(24) Vedi ad es. *supra*, nota 13.

mente la storia ⁽²⁵⁾. Così operando non avevano più o meno furbescamente aggirato la condanna di Savigny. L'avevano piuttosto interpretata alla luce delle sue premesse, che nella Confederazione erano strutturalmente 'altre'. Il rifiuto della recezione aveva infatti garantito un'ininterrotta continuità 'germanistica', quindi predisposto una storia giuridica diversa e comunque meno sapienziale, che bene o male confluì dapprima nei codici cantonali, poi in quello unitario ⁽²⁶⁾. Appare perciò quasi superfluo ricordare, che anche Huber aveva aderito alla dottrina dello spirito popolare nella sua versione *letterale*, aveva ognora considerato il diritto nel suo contesto naturale (che fu da sempre quello sociale) e ne aveva perciò ribadito l'origine non artificiale, autoritaria o indotta, ma armonica, organica, spontanea ⁽²⁷⁾. Il che non gli ha però impedito, quando si dispose ad elaborare il codice unitario, di eliminare impassibilmente tutte quelle regole consacrate dai codici cantonali, che non potevano servire più ⁽²⁸⁾.

Quanto poi a Saleilles, fu lui stesso a distinguere: fra lo storicismo di Savigny ed il suo personale metodo storico ⁽²⁹⁾. Il

⁽²⁵⁾ Inevitabile qui il rinvio a F.L. Keller e J.C. Bluntschli, tradizionalmente ritenuti gli autori del Codice civile del Canton Zurigo (PGB) del 1853-1855. Bluntschli aveva pubblicato l'esito delle sue ricerche preliminari nella *Staats- und Rechtsgeschichte von Stadt und Landschaft Zürich* (due volumi, Zurigo 1838-1839). Seguendo consapevolmente la via così tracciata (vedi H. FRITZSCHE, *Dankbares Gedenken*, Zürich, Schulthess, 1963, p. 79) J.J. Blumer, prima di allestire il progetto di Codice civile del Canton Glarona (entrato in vigore fra il 1869 e il 1874) aveva dato alla luce una *Staats- und Rechtsgeschichte der schweizerischen Demokratien oder der Kantone Uri, Schwyz, Unterwalden, Glarus, Zug und Appenzell* in tre volumi (S. Gallo 1850-1859). Ma questi sono solo gli esempi più noti, non anche gli unici.

⁽²⁶⁾ È lecito dedurne un influsso della scuola storica nella Svizzera ottocentesca certamente singolare e comunque più intenso. Che secondo me non è ancora stato analizzato come meriterebbe. Ho tentato di metterlo a fuoco anni fa, al XX. Deutscher Rechtshistorikertag (Münster i.W., settembre 1974) ragionando su *Die historische Schule in der Schweizer Politik des 19. Jahrhunderts*. Ma il terreno è in realtà ancora vergine.

⁽²⁷⁾ Sono le costanti dello sguardo huberiano, che ha salutarmente riassunto qualche tempo fa D. MANAI, *Eugen Huber*, cit., *passim* e specialmente p. 65-68.

⁽²⁸⁾ Ho ampiamente documentato questa strategia in *La storia della codificazione e quella del codice*, in « Index », XXIX, 2001, p. 55-81, specialmente p. 77 nota 44.

⁽²⁹⁾ R. SALEILLES, *Le code civile et la méthode historique*, in *Le Code civil 1804-1904. Livre du Centenaire, publié par la Société d'études législatives*, Paris, Librairie Edouard Duchemin, 1904, pp. 97-129, specialmente 99.

primo venne respinto senza possibilità di appello, poiché « il rame-nait le droit en arrière », era dunque « une méthode historique à rebours »⁽³⁰⁾. L'altro, ardito, « va de l'avant »⁽³¹⁾, tende a valorizzare « l'histoire qui se fait par nous, en dehors de nous et malgré nous, dans le droit que nous faisons, ou plutôt que nous appliquons »⁽³²⁾, approda perciò inevitabilmente nella storia del presente⁽³³⁾. Confluisce prima o poi nella discussione sull'interpretazione⁽³⁴⁾, le conferisce quella coloritura sociologica, che ammaliò generazioni di giuristi e tanto fece discutere. Ma restò in sostanza sfuggente, imprevedibile, vagamente ondivago.

b) Non da ieri le certezze dei due, quelle di scoprire il futuro frequentando il passato, destarono qualche riserva. Vi accennò sommessamente Maroi in morte di Eugen Huber⁽³⁵⁾, rincarò la dose qualche anno fa Dominique Manai. Vide infatti nel Nostro

⁽³⁰⁾ R. SALEILLES, *Méthode historique et codification*, in *Atti del Congresso internazionale di scienze storiche* (Roma 1-9 aprile 1903), volume IX, Roma 1904, p. 3-22, specialmente 11, 17. Analogamente Id., *Le code civil et la méthode historique*, cit., p. 122-123. Ma va aggiunto che Saleilles, riassumendo a tal modo il credo savignyano, lo ridusse a ben poco, ad una sola attitudine, quella antiquaria, che non fu mai quella determinante. Gli fece, credo, un gran torto. Può ben essere che questa manovra abbia facilitato il rifiuto dell'approccio savignyano; ma ne rese pure esorbitante il prezzo, gettando un'ombra sinistra sulla scelta. Il tema meriterebbe uno svolgimento meditato, che esula purtroppo dalle coordinate di questo contributo. Basti perciò il rinvio a quanto annotai in altra occasione: *Occhiuto, ma non troppo: Savigny in Italia*, in «Quaderni fiorentini» XXX, 2001, p. 723-733, specialmente 727-728.

⁽³¹⁾ *Le code civil et la méthode historique*, cit., p. 122.

⁽³²⁾ *Méthode historique et codification*, cit., p. 15.

⁽³³⁾ *Méthode historique et codification*, cit., p. 12, 13 e l'esortazione finale ai giuristi a p. 22: « Soyez de bons historiens; de bons historiens du passé, cela va de soi, mais surtout et avant tout de bons historiens de votre temps et du présent ». Su questa 'ispirazione storica' che confluisce inevitabilmente nel presente, vedi P. GROSSI, *Absolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 200 ss., 221 ss.; A. ARAGONESI, *Un jurista del modernismo*, cit., p. 92-93.

⁽³⁴⁾ Non è un caso che nello stesso intervento romano del 1903 R. von Jhering venisse celebrato come l'artefice della transizione da un metodo all'altro (*Méthode historique et codification*, cit., p. 11-12). Del resto l'ammirazione di Saleilles per Jhering (che Huber aveva conosciuto a Vienna nel 1872), risulta anche dalle lettere (*Briefe*, cit., p. 72, 80, 88, 92).

⁽³⁵⁾ Maroi scrisse di Huber, che « fu studioso appassionato della storia, ma la ricerca del diritto divenuto egli pose a sussidio del divenire del diritto » (F. MAROI,

« un historien télécommandé par un jurisconsulte appelé à de grandes tâches nationales »⁽³⁶⁾, incapace proprio per questo motivo di squadrare *autonomamente* il passato, di concepirlo quale « objet de connaissance en soi »⁽³⁷⁾. Io ritenni allora indicato prendere le difese di Huber, perché reo — secondo me — solo di aver fatto quello che non poteva evitare⁽³⁸⁾. Ero convinto che anche lo storico vedesse sempre e solo *dopo* aver inforcato gli occhiali del presente. Di quel presente che — inevitabilmente — suggerisce, induce, convoglia, struttura, guida lo sguardo *anche* quando per una volta scruta quanto ci sta alle spalle. Sapevo già allora di essere in buona compagnia, so di esserlo tuttora. Come potrei altrimenti ammettere, meglio ancora credere fermamente, che il ‘vero’ passato è un’altra cosa, « lontana, inaccessibile, inconvocabile »⁽³⁹⁾?

3. *Quello che il codice dice.*

Nell’epistolario il codice troneggia, in tutti i sensi. Anzitutto quello francese: già secolare ma non moribondo, a taluni un po’ dispiaceva. Se ne chiedeva una revisione, che tenesse conto di tutto quanto il secolo oramai trascorso aveva cambiato — non era né poco né marginale — e delle nuove risposte, che sembrò lecito attendersi dal diritto privato⁽⁴⁰⁾. Saleilles fu tra questi, *révisionniste* della prima ora⁽⁴¹⁾: membro influente della commissione extraparlamentare istituita nel dicembre del 1904⁽⁴²⁾, ne frequentò assiduamente

Eugenio Huber. Un necrologio, estratto dalla « Rivista internazionale di filosofia del diritto », IV, 1923, p. 5).

⁽³⁶⁾ D. MANAI, *Eugen Huber*, cit., p. 67-81, la citazione a p. 79.

⁽³⁷⁾ Ivi, p. 81.

⁽³⁸⁾ P. CARONI, *Il mito svelato*, cit., p. 399-400.

⁽³⁹⁾ P. CARONI, *La solitudine dello storico del diritto. Appunti sull’inerenza di una disciplina* altra, Milano, Giuffrè, 2009, p. 48.

⁽⁴⁰⁾ Vedi in merito J.-F. NIORT, *Homo civilis. Contribution à l’histoire du Code civil français*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2004, volume II, p. 447-556 e la ricca bibliografia ivi citata. Altri ragguagli importanti in O. GAUYE, *Lettres inédites d’Eugen Huber*, in « Zeitschrift für Schweizerisches Recht », Nuova Serie LXXXI, 1962, I, p. 91-120, specialmente p. 95 nota 8.

⁽⁴¹⁾ Così lo chiama J. F. NIORT, *Homo civilis*, cit., II, p. 534.

⁽⁴²⁾ Ivi, p. 463 ss.

i lavori fin che visse. Ma senza nutrire soverchie speranze, come confessò ripetutamente a Huber ⁽⁴³⁾.

Da quando poi l'ha conosciuto, non ha smesso di seguire con assiduità l'*iter* della codificazione elvetica, forse perché convinto di poterne cavare utili ragguagli per la revisione del *code* francese ⁽⁴⁴⁾. Anzi, già dopo averne studiati i primi progetti, cioè nel 1895, se ne dice entusiasta, sa che potranno servire anche al pubblico francese « non seulement dans le monde qui s'occupe du droit d'un point de vue spéculatif, mais dans le large public, et parmi ceux surtout qui peuvent lancer une réforme législative » ⁽⁴⁵⁾. L'idea viene esplicitamente ribadita qualche anno più in là: si dice felice, Saleilles, di potersi appoggiare al lavoro di Huber, a quel codice *altro*, che lentamente prendeva forma, « pour essayer d'obtenir enfin que nous parvenions à sortir de nos routines et de nos vieilles formules » ⁽⁴⁶⁾. Viene allora da chiedersi: ma quale aspetto del progetto lo intriga, da quale regola viene a tal punto convinto, da proporla poi alla propria commissione?

Abbozzo un primo elenco, attenendomi a quanto segnalano le lettere: La regola tesa a vietare in via generale il manifesto abuso di diritto, che Saleilles avrebbe volentieri incisa « au frontispice de la codification » ⁽⁴⁷⁾; la disciplina spiccatamente liberale delle fondazioni private, frutto di un'alleanza — appunto feconda — « entre le

⁽⁴³⁾ Accenni ai lavori in corso in *Briefe*, cit., p. 131, 132, 134, 137-139, 172-173, 181, 185. Rinvio alle strategie più o meno dichiaratamente ostruzionistiche di giudici ed avvocati *ivi*, p. 131, 132, 137, 172-173.

⁽⁴⁴⁾ Non attende dunque che il guardasigilli francese consigli ai membri della commissione istituita nel 1904 di « rechercher dans les législations civiles étrangères » eventuali regole da inserire nel *Code* (testo di questa raccomandazione in J.-F. NIORT, *Homo civilis*, cit., II, p. 464).

⁽⁴⁵⁾ Così in una lettera del 31 ottobre 1895, *Briefe*, cit., p. 75-76.

⁽⁴⁶⁾ *Ivi*, p. 132.

⁽⁴⁷⁾ Seguì perciò con comprensibile interesse le discussioni svoltesi in terra elvetica e culminate nel testo dell'art. 2 cpv. 2 del Codice civile svizzero (di seguito CCS), ma non riuscì a convincere i suoi interlocutori francesi, che preferirono circoscrivere concretamente il raggio d'azione del divieto, ossia limitarlo all'ipotesi dell'art. 1382 *Code civil*. Vedi *Briefe*, cit., p. 132, 133, 134, 139; R. SALEILLES, *Le Code civil et la méthode historique*, cit., p. 112, nota 2; *Id.*, *De l'abus de droit*, in « Bulletin de la Société d'études législatives », IV, 1905, p. 325-350, *passim*.

régime corporatif et le régime individuel » (48); gli svariati accorgimenti — duttili ed in parte originali — per impedire il frazionamento successorio di intatte e redditizie aziende agricole o imprese industriali (49), come anche per propiziare nuove indivisioni (50); il tentativo, purtroppo rimasto tale, di fissare un limite alla successione ereditaria, raggiunto il quale la devoluzione avviene a favore dello Stato (51); la disponibilità ad intervenire in soccorso di soggetti giuridici ritenuti ‘deboli’, poiché incapaci di affrontare ad armi pari l’alea della prassi contrattuale, rispettivamente il gioco della concorrenza (52). Sono fattispecie disparate, queste. Allinearle, come ho

(48) Così già nella recensione più volte citata del 1894, *supra* nota 7, p. 773-774; analogamente in *Briefe*, cit., p. 140-142. Sull’interesse nutrito da Saleilles per le fondazioni v. anche P. GROSSI, *Assolutismo giuridico*, cit., p. 208; A. ARAGONESES, *Un jurista del modernismo*, cit., p. 45, 158 ss. Quiví, p. 237-241, anche una lunga lettera di Gierke a Saleilles sullo stesso argomento (del 29 gennaio 1907), ripresa dal « Bulletin de la Société d’études législatives » VI, 1907, p. 70-76.

(49) *Briefe*, cit., p. 162-166, come anche l’intervento sulla *succession paysanne* già ricordato *supra*, nota 23.

(50) L’esempio più chiacchierato un po’ ovunque all’inizio del XX secolo fu quello degli asili di famiglia, che la legislazione di parecchi stati nordamericani chiamava *homestead*. Anche il CCS adottò l’istituto, ma esso non attecchì. Gli articoli che lo disciplinavano (CCS, art. 349-358) furono perciò recentemente soppressi (v. Messaggio del Consiglio federale svizzero all’Assemblea federale del 15 novembre 1995, in « Bundesblatt » CXXXXVIII, 1996, I, p. 1-227, specialmente 167). Saleilles vi accennò in *Briefe*, cit., p. 105 e trattò l’argomento in *Le Homestead aux Etats-Unis. Constitution d’un patrimoine de famille insaisissable*, in « Bulletin de la Société des amis de l’Université de Dijon », III, 1895, p. 23-54. Sulla storia recente dell’istituto vedi P. GROSSI, *Assolutismo giuridico*, cit., p. 149, 209; Id., « *La scienza del diritto privato* ». *Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo 1893-1896*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 130-133; J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, Presses Universitaires de France, 2001, p. 235-236.

(51) *Briefe*, cit., p. 108, 109. Dettagli su questo episodio in P. CARONI, *Anton Menger e il Codice civile svizzero del 1907*, in « Quaderni fiorentini », III-IV, 1974-1975, p. 273-318, specialmente 286-292.

(52) Vanno ricordati qui almeno due esempi: la tutela degli incapaci di discernimento, dei cosiddetti *aliénés* (*Briefe*, cit., p. 122, 123, 126 ss.; *Le code civil et la méthode historique*, cit., p. 116 nota 2) e quella degli operai. Già nel 1897 Saleilles era intervenuto sul tema della responsabilità per gli incidenti sul lavoro (*Les accidents de travail et la responsabilité civile. Essai d’une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, Paris 1897; accenno a questo lavoro in *Briefe*, cit., p. 78, 79-81; puntuali le riflessioni di B. GAST, *Der Allgemeine Teil und das Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches im Urteil von Raymond Saleilles*, Frankfurt a.M., Peter Lang, 2000, p. 249 ss.), un po’ più tardi

fatto, appare dapprima poco plausibile. Eppure qualcosa le accomuna, la loro 'socialità'. Intesa questa non tanto quale (in realtà ovvia perché inevitabile) inerenza della regola giuridica ad una società considerata come fatto primordiale ⁽⁵³⁾ — secondo la massima *ubi societas, ibi ius* ⁽⁵⁴⁾. Ma come idoneità di un istituto, di una regola, di una prassi a *incidere* sul sociale, a correggerne o modificarne puntualmente qualche aspetto in vista di ristabilire un equilibrio spezzato, di compensare una perdita immeritata, di prevenire un danno imminente.

A Saleilles queste situazioni indubbiamente piacquero. Le considerò frutto di un « projet social d'un prix infini » ⁽⁵⁵⁾ e conferì loro una valenza preferenziale. Dovendo infatti convivere con tutte quelle sperequazioni, che nemmeno la rivoluzione borghese era stata in grado di sopprimere ⁽⁵⁶⁾, ma non per questo rassegnato o indifferente, ritenne possibile combatterle ⁽⁵⁷⁾ appunto promuovendo l'elaborazione di diritto diseguale. E quindi facendo leva ovvero sull'iniziativa del legislatore ⁽⁵⁸⁾ ovvero sollecitando — come forse i tempi suggerivano — l'intervento del giudice.

desiderò da Huber raggugli sul contratto collettivo di lavoro (*Briefe*, cit., p. 124-125, 139-140).

⁽⁵³⁾ R. SALEILLES, *Le code civil et la méthode historique*, cit., p. 110.

⁽⁵⁴⁾ A questa (ovvia) socialità del diritto Saleilles pensa quando rivela ad Huber di prediligere lo studio del diritto ereditario, poiché « il touche à tous les points de vue juridiques et sociaux, famille et propriété » (*Briefe*, cit., p. 107).

⁽⁵⁵⁾ *Briefe*, cit., p. 116, analogamente 136 e 137. Ma già nella recensione del 1894 aveva sottolineato che il diritto privato della Svizzera ottocentesca « est donc, plus qu'ailleurs, imprégné d'un caractère social » (*supra*, nota 7, p. 774).

⁽⁵⁶⁾ R. SALEILLES, *Le code civil et la méthode historique*, cit., p. 115, 116.

⁽⁵⁷⁾ Nell'intervento sulla *Succession paysanne* Saleilles combattè perciò la « superstition du dogme égalitaire » e ribadì l'urgenza di intervenire « pour réparer les inégalités de la vie » (p. 145). Ragione per cui « la véritable égalité doit se plier à toutes les diversités de la vie » (p. 161).

⁽⁵⁸⁾ Arrivati qui appare inevitabile affrontare il profilo di Saleilles elaborato da A. Aragonese nell'opera recentissima *Un jurista del modernismo* (cit.). Prescindendo dalle valutazioni proposte nella sua introduzione alle lettere (*Recht im Fin de siècle*, cit., p. 1-68), l'autore sostiene ora che Saleilles avrebbe puntato sul diritto comparato non tanto — come si ritiene finora — per combattere il positivismo giuridico, quanto per contrastare l'intervento legislativo statale nella società e nell'economia. Non negò l'urgenza di opporsi alle derive provocate dalla rivoluzione industriale, ma pretese di farlo senza legiferare, persino senza modificare il *Code*, solo puntando su una sua

Confluirono a tal modo itinerari percorsi finora dai nostri interlocutori in totale autonomia ⁽⁵⁹⁾. Frutto di un'ispirazione democratica ⁽⁶⁰⁾, non sordi ad un richiamo religioso ⁽⁶¹⁾, correvano lungo una tangenziale moderata, perché lontana sia dalle certezze socialdemocratiche ⁽⁶²⁾ che dall'individualismo smaccato del *laisser-faire* ⁽⁶³⁾. Convinta perciò che anche il diritto privato, se formulato

interpretazione più spregiudicata. La legislazione speciale, quindi la decodificazione, ossia il frutto dell'invasione statale, andavano combattute in nome della salvaguardia del vecchio ordine di cose, del ruolo elitario e comunque della supremazia del giurista. Alla fine di questa (sorprendente e spietata) analisi le scelte di Saleilles assumono inquietanti coloriture reazionarie, antidemocratiche, restauratrici (A. ARAGONES, *Un jurista del modernismo*, cit., *passim*, ma specialmente p. 16-19, 27, 31, 48, 54, 69, 120-121, 132, 189-190). Per quanto mi riguarda, mi limito ad osservare che le lettere indirizzate ad Huber per quindici anni non offrono nessun appiglio a questa interpretazione. Nemmeno quella (del 14 dicembre 1896, *Briefe*, cit., p. 76-77), alla quale Aragonese fa inspiegabilmente dire cose del tutto immaginarie (*Un jurista del modernismo*, cit., p. 124). E senza dimenticare altri dettagli: che l'età della decodificazione in realtà si aprì più tardi, qualche decennio dopo la scomparsa di Saleilles; che l'opera fondamentale in merito non sono le mie *Lecciones catalanas* del 1996 (citate purtroppo in tale veste alle pagine 16, 120, 124, 132), ma il notissimo intervento di N. IRTI del 1979 (riapparso in quarta edizione nel 1999) e per finire che in *Le code civil et la méthode historique*, cit., p. 115-116 Saleilles arrivò persino ad auspicare una proliferazione dei codici.

⁽⁵⁹⁾ Per quanto si riferisce a Saleilles la costanza dell'impegno 'sociale' viene documentata dagli studi già citati in tema di abuso di diritto, *homestead*, responsabilità per gli incidenti sul lavoro, diritto successorio rurale. Notissima inoltre la sua analisi del *contrat d'adhesion* in *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Paris 1901, p. 229-230. Ne sottolineano la novità J.-L. HALPERIN, *Histoire*, cit. p. 182, 188, 191, 198; A. SOMMA, *Comparing legal cultures. Tutela privatistica dei deboli e industrializzazione dal liberalismo al liberismo*, in « *Rechtshistorisches Journal* » XX, 2001, p. 70-85, specialmente 76-77; A. ARAGONES, *Un jurista del modernismo*, cit., p. 136-137; B. GAST, *Der allgemeine Teil*, cit., p. 23.

⁽⁶⁰⁾ R. SALEILLES, *Le code civil et la méthode historique*, cit., p. 114 ss., 116 ss.; P. CARONI, *Il mito svelato*, cit., p. 405-406.

⁽⁶¹⁾ Sulla robustezza della matrice religiosa in Saleilles v. *Briefe*, cit., p. 15, 53-60, nonché P. GROSSI, *Assolutismo giuridico*, cit., p. 200 ss.; A. ARAGONES, *Un jurista del modernismo*, cit., p. 26 ss., 46 ss. In merito a Huber v. P. CARONI, *Il mito svelato*, cit., p. 405.

⁽⁶²⁾ A. ARAGONES, *Un jurista del modernismo*, cit., p. 17-19 *et passim*; P. CARONI, *Il mito svelato*, cit., p. 406, 413-414.

⁽⁶³⁾ Durante i numerosi soggiorni di cura a Champel Saleilles incontrò ripetutamente colleghi universitari ginevrini. Discutendo con loro l'*avant-projet* del CCS si accorse ben presto della sorpresa provocata da quelle proposte, che apparentemente limitavano l'ambito dell'autonomia negoziale. Riferì allora a Huber in questi termini: « Je

ed applicato con intenzioni compensative, potesse contribuire — tanto o poco — a smussare qualche angolosità di troppo.

4. *E quello che preferisce delegare.*

Quando poi arrivò il momento di ragionare su come convertire questa vocazione ‘socializzante’ del diritto privato, Saleilles non tentennò. Autore di un elogio già ritenuto « demolitorio »⁽⁶⁴⁾ del Code — lodato infatti, proprio perché vago ed impreciso, inattendibile sul piano scientifico ma almeno non frenante su quello interpretativo⁽⁶⁵⁾ — nelle lettere ad Huber ricamò argute trame sul tema. Tutte suscitate dalla struttura federalistica della Confederazione che, al dire di Saleilles, propiziava una realizzazione moderata ma costante delle riforme, « avec tentatives localisées, qui se propagent ensuite, lorsqu’elles réussissent jusqu’ à parvenir à l’unification pour tous les pays »⁽⁶⁶⁾. Già per questo motivo questa struttura era da preferire all’esperienza dei grandi stati nazionali: poiché garantiva continui aggiustamenti senza far capo a rivoluzioni⁽⁶⁷⁾. Ma condizionava altresì la struttura del codice, e questo in fondo al nostro autore bastava per premiarla. Se infatti il federalismo prevedeva la distribuzione di compiti, mansioni e facoltà, ordinava la loro assegnazione *partim* allo stato centrale, *partim* ai poteri locali (e nella Svizzera dunque ai cantoni), anche il codice doveva tenerne conto. Non poteva oramai più disciplinare *tutto* il diritto privato⁽⁶⁸⁾, ma doveva accontentarsi di meno, di essere « un code très peu codifié

constate qu’à son sujet (*scil.* in merito all’elaborazione dell’avant-projet) à Genève, pays d’esprit latin et d’inspiration française, le travail se fait lentement dans les esprits et que, peu à peu, ce qu’une vieille école, restée classique, appelait encore des hardiesses en votre Projet est en train de faire son chemin dans les esprits. On me disait encore aujourd’hui, dans un milieu universitaire, nous accepterons le principe de Homestead, en dépit de ce qu’il contient de socialisme! » (*Briefe*, cit., p. 105).

⁽⁶⁴⁾ P. GROSSI, *Assolutismo giuridico*, cit., p. 247-249.

⁽⁶⁵⁾ R. SALEILLES, *Le code civil et la méthode historique*, cit., p. 102-103, 106, 113, 119.

⁽⁶⁶⁾ *Briefe*, cit., p. 90.

⁽⁶⁷⁾ *Briefe*, cit., p. 90-91.

⁽⁶⁸⁾ Saleilles stesso aveva finora visto nel codice un principio « d’après lequel tout le terrain antérieur doit être déblayé et, par suite, tout le droit antérieur, lois ou coutumes, se trouve abrogé sur les matières formant l’objet de la codification. Tout code

(...), qui se contente des points fondamentaux et qui laisse une place considérable au développement des usages particuliers » (69). Come a dire: un codice che non soffocasse il progresso giuridico (70), che non umiliasse la creatività della giurisprudenza locale (71) e con essa « l'expansion de la vie » (72). Anche da questo punto di vista la distanza fra le scelte di Saleilles e « l'ossature (...) trop serrée » del BGB tedesco era siderale (73).

Arrivati qui, un rapido stacco permette di riorientare il discorso e di mettere a fuoco qualche aspetto problematico di queste riflessioni.

a) Anzitutto è bene riconoscere che il ragionamento di Saleilles è nuovo, persino originale, laddove mostra che la struttura federalistica di un paese si riverbera inevitabilmente anche sui suoi codici, oramai più parziali che esclusivi, sul piano della formulazione delle regole come su quello della loro applicazione. Il tema era inconsueto, tale rimane purtroppo tuttora. Forse perché l'idea di un codice 'ripartito' fra il centro ed una periferia variamente definita ci disorienta, appare a tal punto irregolare, da non meritare troppe attenzioni (74).

b) Se riferito all'esempio storico, quello del CCS del 1907, l'approccio indubbiamente benevolo di Saleilles mostra comunque la corda. Anzitutto perché già la riforma costituzionale del 1898 aveva disposto diversamente: assegnando alla Confederazione la

devient la charte exclusive du droit sur la matière dont il traite » (*Méthode historique et codification*, cit., p. 8).

(69) *Briefe*, cit., p. 77. Ripropone il ragionamento qualche anno più tardi, alle prese con l'incarico di allestire un progetto di massima nell'ambito della revisione del *Code civil*: « Il faut arriver à dire assez en mettant le moins possible » (ivi, p. 139).

(70) Ivi, p. 77.

(71) Ivi, p. 116.

(72) Ivi, p. 144.

(73) Ivi, p. 77 e, nello stesso senso, 135-136.

(74) Notevolissima in merito una lettera di Eugen Huber al Consigliere federale Müller (del 9 marzo 1896), nella quale si riassumono magistralmente i motivi che indussero il legislatore federale a non rivendicare concretamente l'esclusiva competenza (peraltro prevista dalla riforma costituzionale del 1898) e a non rinunciare alla collaborazione cantonale. La lettera, che ridimensiona l'esclusivismo codificatorio, è stata pubblicata da O. GAUYE, *Lettres inédites*, cit., p. 99-115.

competenza legislativa *esclusiva* in campo giusprivatistico e lasciando ai Cantoni solo quella di sancire norme procedurali ⁽⁷⁵⁾. Secondariamente perché i casi, in cui il CCS restituì poi una singola competenza ai Cantoni, sono poco numerosi e di entità marginale ⁽⁷⁶⁾. E finalmente perché il rinvio agli usi locali abbisognava pur sempre di un'esplicita delega ⁽⁷⁷⁾.

c) Guardavano in compenso nella stessa direzione e covavano analoghe speranze Saleilles e Huber, quando affidarono il successo della loro strategia 'socializzante' meno all'imposizione della legge che alla valutazione del giudice o alla libera scelta degli interessati. Lo fecero in assoluta sintonia con le sollecitazioni anti-positivistiche del tempo — come vedremo —, perciò convinti che solo un intervento mirato, ossia individualizzante, riuscisse a colmare scarti e comporre contrasti. Ragione per cui tendevano ambedue a restringere con grande rigore l'ambito del diritto imperativo: per non ostacolare oltre misura « l'exercice de la liberté » ⁽⁷⁸⁾, le interpretazioni dei giudici, le elaborazioni dottrinali dei giusperiti, quindi la collaborazione fattiva di istanze che ora aspiravano a condividere con il legislatore la verità giuridica ⁽⁷⁹⁾.

d) Chi poi, non appagato dal taglio indiscutibilmente liberale di questa strategia così rispettosa sia dell'autonomia negoziale

⁽⁷⁵⁾ Così voleva ancora la costituzione federale del 1999 all'art. 122 cpv. 2. Ma la riforma costituzionale accettata dal popolo e dai Cantoni il 12 marzo 2000 trasferì anche quest'ultima competenza alla Confederazione. Ragione per cui la versione attuale dell'art. 122 recita che « la legislazione nel campo del diritto civile e della procedura civile compete alla Confederazione ». Il codice unitario di diritto processuale civile fu adottato dal parlamento federale il 19 dicembre 2008 ed è entrato in vigore il 1 gennaio 2011. Vedi in merito G.A. BERNASCONI, F. CAMPELLO (a cura di), *Il Codice di diritto processuale civile svizzero*. Atti della giornata di studio dell'11 giugno 2010, Lugano/Basilea 2011.

⁽⁷⁶⁾ CCS art. 5 cpv. 1.

⁽⁷⁷⁾ CCS art. 5 cpv. 2.

⁽⁷⁸⁾ *Briefe*, cit., p. 77. Sul punto v. anche P. GROSSI, *Assolutismo giuridico*, cit., p. 244-245.

⁽⁷⁹⁾ Saleilles riteneva perciò che il CCS avesse incaricato il giudice di procedere ad una « individualisation judiciaire du droit » (*De la succession paysanne*, cit., p. 161-162; *Le code civil et la méthode historique*, cit., p. 103) rispettivamente — rimpetto alle tre versioni linguistiche equipollenti — di operarne una « ingenieuse combinaison » (*Briefe*, cit., p. 175). V. in merito anche P. GROSSI, *Assolutismo giuridico*, cit., p. 249-252.

dei singoli, che della libertà di valutazione delle istanze chiamate ad applicare la legge, si proponesse di verificarne il successo concreto, verrebbe prima o poi assalito da dubbi ⁽⁸⁰⁾. Si materializzano assistendo all'impatto del modello egualitario con la realtà sociale. Avviene nel contesto del mercato e all'insegna della concorrenza. Di una concorrenza per di più ottimale, perché generalizzata, quindi sorretta dal fatto che nel frattempo *tutti* erano diventati soggetti giuridici, perciò idonei a concorrere, rispettivamente costretti a farlo. Il che spiega perché mai l'esito dell'impatto fosse a ben vedere scontato: selezionava impietosamente, mostrava senza ritegno le disuguaglianze, elencava gli scarti. Indicava al concorrente più preparato, più allenato, più guarnito, le opportunità da sfruttare, lo esortava ad avvalersene, gli permetteva di prevalere. Se dunque il gioco della concorrenza iniziava evocando l'uguaglianza (ma solo quella formale), si concludeva ribadendo l'antagonismo sociale, quindi premiando l'egemonia del più forte, di *un* gruppo, di *una* classe. Come forse intuì l'anima candida di Saleilles, quando affermò che il suo *code civil* non era borghese *ab initio* e consapevolmente, ma lo era diventato cammin facendo e a malincuore, « sans le savoir et sans le vouloir » ⁽⁸¹⁾. Date queste premesse, peraltro difficili da contestare, il tentativo di correre ai ripari, rispettivamente di moderare gli squilibri che inevitabilmente ne derivavano, proprio facendo capo a quella stessa strategia liberale, che bene o male li aveva provocati, appare perlomeno incoerente. Proporre un intervento compensativo, ma *rinviarne* l'attuazione concreta; *delegarlo* offrendo alternative virtuali oppure subordinandolo a condizioni, significava infatti spesso, nel poco serafico, perché conflittuale contesto ricordato, permettere all'attore più robusto di prevalere, giustificare la sua vittoria, stare oggettivamente dalla sua parte ⁽⁸²⁾.

⁽⁸⁰⁾ Ne parlo qui in modo molto sommario, quasi solo *en passant*, e rinvio a riflessioni già svolte altrove: *Il mito svelato*, cit., p. 408-413.

⁽⁸¹⁾ R. SALEILLES, *Le code civil et la méthode historique*, cit., p. 115. Come non pensare, leggendo questa curiosa caratterizzazione del *Code*, a quel frammento di una lettera ad Huber, nel quale Saleilles confessò di ritenersi un'« âme naïve qui rêve de paix sociale au milieu de la bataille »? (*Briefe*, cit., p. 137).

⁽⁸²⁾ Proprio per questo motivo, quando nella Confederazione fu discussa la modalità concreta dell'intervento nell'ambito del contratto di lavoro, Philipp Lotmar si

5. *Il giudice legislatore.*

In questo tripudio di strategie, tutte destinate a favorire la « mise en oeuvre du droit positif », anche se non tutte ugualmente idonee ad accedervi, non poteva e non doveva mancare un accenno al leggendario primo articolo del codice civile svizzero, che impone talvolta al giudice di decidere « secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore ». Emerse presto anche dalla corrispondenza. E non si trattò di una semplice segnalazione, se è vero che Saleilles ne condivise a tal punto l'assunto, dal desiderare di vederlo « traduit et affiché dans tous nos tribunaux » (83). Il fatto è che proprio in quegli anni questa ingiunzione « si pleine dans sa concision élégante » (84) era diventata il capolinea-miraggio, a raggiungere il quale aspiravano itinerari scientifici e giuspolitici molto diversi, anche se tutti di comune ispirazione antipositivistica. Rientrano perciò tutti a pieno diritto nel tema monografico di questo volume dei *Quaderni*: dal *giusliberismo* (85) alla giurisprudenza degli interessi, dall'affondo di Gény al proposito quasi temerario di Huber. A questi ultimi mi attengo qui, volendo preferibilmente dar risalto a quanto rivelano le lettere di Saleilles. Che non è davvero poco. Mostrano infatti che fu proprio lui, il giurista borgognone, ad

oppose alla strategia 'morbida' di Huber e optò (inutilmente) per la diretta sanzione legale: vedi P. CARONI, *Philipp Lotmar und Eugen Huber zur sozialen Frage*, in Id., *Forschungsband Philipp Lotmar (1850-1922)*. Colloquium zum 150. Geburtstag. Bern 15./16. Juni 2000, Frankfurt a.M., Klostermann, 2003, p. 165-193, specialmente 185 ss.

(83) La lettera (del 7 dicembre 1900, *Briefe*, p. 103) si riferisce al testo dell'*Avant-Projet* (citato *supra*, nota 22). La formulazione del primo articolo fu poi modificata a più riprese, senza tuttavia opacizzare l'originalità della proposta.

(84) F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, Paris, LGDJ, 1919², II, p. 315.

(85) Può essere utile ricordare che Gény, nella prima edizione della sua *Méthode* (1899), non accennò mai alla scuola del diritto libero. Citò unicamente uno scritto (peraltro significativo) di Oskar Bülow (*Gesetz und Richteramt*, Leipzig 1885), ricordando che incoraggiava la libera ricerca del giudice, senza però riconoscere la giurisprudenza quale fonte formale di diritto positivo (F. GENY, *Méthode d'interprétation*, cit., 1899¹, p. 183, 451-452, 458). La seconda edizione in compenso recuperò ampiamente il giusliberismo austro-tedesco. Vi dedicò un lungo capitolo (II, p. 330-403), che documentava ampiamente sia i lati comuni che le indiscutibili divergenze. Alle quali accenna anche P. GROSSI, *Assolutismo giuridico*, cit., p. 174-175, 177-178.

auspicare prima ed a propiziare poi l'incontro fra Huber e Gény, ovviamente dedicato ad esplorare l'entroterra sia della *Méthode* che del primo articolo del CCS ⁽⁸⁶⁾.

Saleilles aveva conosciuto Gény a Digione nel 1892. Fra i due si istaurò subito un rapporto di vicendevole stima e profonda amicizia: durarono nel tempo, anche quando i loro itinerari accademici tornarono a separarsi. Le pagine sofferte (perché anche autobiografiche), che Saleilles dettò quale prefazione alla monumentale *Méthode* ⁽⁸⁷⁾ ne rendono bene l'idea: né nascondono l'ammirazione, né tacciono qualche perplessità ⁽⁸⁸⁾.

Ora avvenne che già nel 1897 Saleilles avesse segnalato a Huber che Gény preparava « une étude importante sur toutes ces questions de méthode juridique » ⁽⁸⁹⁾. Confermò la notizia l'anno dopo ⁽⁹⁰⁾ e nell'agosto del 1899, quando i due finalmente si incontrarono, il discorso cadde subito su Gény e sulla pubblicazione che stava varando « et qui devait avoir une importance de premier ordre » ⁽⁹¹⁾. L'attesissimo libro uscì finalmente in ottobre. Saleilles ne orientò subito l'amico e commentò: « il est de nature à faire

⁽⁸⁶⁾ Gény, Saleilles e Huber si incontrarono una prima volta il 29 luglio 1900 a Parigi, in casa di Saleilles (vedi O. GAUYE, *François Gény est-il le père de l'article 1er, 2e alinéa, du Code civil suisse?*, in « Zeitschrift für Schweizerisches Recht », Nuova Serie XCII, 1973, I, p. 271-281, specialmente 274), una seconda volta il 25 giugno 1908 a Berna, in casa di Huber (*Briefe*, cit., p. 148). Se nella vasta bibliografia affiorano spesso altre date (soprattutto il 1896 e il 1897), una ragione c'è: fu Gény stesso che nel 1934, parlando a braccio, ricordò di aver incontrato Huber con Saleilles a Berna « vers les années 1896 ou 1897 » (vedi la citazione completa in O. GAUYE, *ivi*, p. 272). Ma Gauye ha dimostrato in modo convincente che, in questo caso, il ricordo di Gény era impreciso (*ivi*, p. 274).

⁽⁸⁷⁾ F. GENY, *Méthode d'interprétation*, cit., 1899¹, p. I-XIII.

⁽⁸⁸⁾ *Ivi*, p. XI-XIII. Sulla grande stima, che Gény nutrì per Saleilles, v. P. GROSSI, *Assolutismo giuridico*, cit., p. 194-195. Sugli innegabili dissensi *ivi*, p. 195, 212, 226, 237-239, 241; A. ARAGONESES, *Un jurista del modernismo*, cit., p. 69-70; P. COSTA, *L'interpretazione della legge: François Gény e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, in « Quaderni fiorentini » XX, 1991, p. 367-495, *passim* e specialmente 405.

⁽⁸⁹⁾ *Briefe*, cit., p. 81.

⁽⁹⁰⁾ *Briefe*, cit., p. 88, tenendo tuttavia conto del fatto che la pubblicazione *ivi* citata non poteva già essere la *Méthode* (come invece suggerisce Alfons Aragonese a p. 88, nota 4), ma quella indicata da P. GROSSI, *Assolutismo giuridico*, cit., p. 147, nota 9.

⁽⁹¹⁾ *Briefe*, cit., p. 89 (lettera in realtà non del 21 febbraio 1899, ma del 21 novembre 1899).

quelque bruit et à nous donner le coup de fouet dont nous avons besoin, au moins en France, pour sortir de nos routines et élargir nos méthodes » (92). Conoscendo l'impegno, con il quale Huber proprio allora ragionava sulle regole preliminari del nuovo codice, quelle cioè destinate ad appurare « auf welche Geltung das (...) Gesetz grundsätzlich Anspruch macht » (93), gli ne fece recapitare un esemplare. Convinto com'era di proporgli, così facendo, una lettura ad un tempo stimolante e chiarificatrice.

Per Huber fu un invito a nozze. Lesse l'opera fra il 23 ed il 27 dicembre (94), a lettura ultimata vergò un breve scritto di ringraziamento a Gény (95). Una pagina preziosa, poiché riassumeva riflessioni e forniva ragguagli a dir poco essenziali, ai quali ricorriamo tuttora anche per sdrammatizzare gli interrogativi sollevati dall'imbarazzante confluire di proposte apparentemente analoghe (96). Che sono tutti ovviamente legittimi, ma anche — come vedremo — un po' inconcludenti.

Tale credo sia *dapprima* la ricerca del modello storico, al quale i nostri autori si ispirarono quando optarono per la figura del giudice legislatore. Non mi va di condividere questa tenace curiosità. Quando anche riuscissimo a placarla, a che pro? Voglio dire: decisivo non è tanto sapere se Gény ed Huber ribadirono consapevolmente intuizioni dello Stagirita (97), di Merlin (98), Bachofen (99) o Vange-

(92) *Briefe*, cit., p. 89.

(93) E. HUBER, *Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements*, Bern, Bächtli, 19142, I, p. 31.

(94) L'esemplare dell'opera di Gény destinato ad Huber, tuttora consultabile nella *Eugen-Huber-Bibliothek* della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Berna (Segnatura EHB/W 26), fu arricchito da segni di lettura, esempi concreti e commenti vari. Ma Huber non ne scrisse una recensione, come Saleilles aveva pur auspicato (*Briefe*, cit., p. 89) e nemmeno affrontò criticamente la *Méthode*, come aveva prospettato nella sua lettera a Gény del 27 dicembre 1899.

(95) Lettera del 27 dicembre 1899 (riprodotta in O. GAUYE, *François Gény*, cit., p. 276).

(96) Può essere utile ricordare che mentre nelle pagine di Gény si legge l'esito di una riflessione scientifica, destinata a riorientare l'approccio del giurista al diritto positivo, il primo articolo del CCS sanzionò un obbligo, al quale il destinatario, ossia il giudice, non poteva sottrarsi.

(97) Il rinvio all'*Etica nicomachea* (V/14) di Aristotele è di prammatica. Vedi ad es. F. GENY, *Méthode d'interprétation*, cit., 1919², II, p. 78, 318; A. MEIER-HAYOZ, *Der*

row ⁽¹⁰⁰⁾ — per limitarci ai nomi più ‘gettonati’ — quanto semmai capire perché, in tempi storici ben diversi, le riciclarono, conferendo loro una valenza finora del tutto insolita.

E tale rimane *secondariamente* anche il desiderio di sapere a chi dei due assegnare la palma del vincitore. Per corrispondere al quale fu giocoforza far capo alla cronologia. Che nel nostro caso parla chiaro, se è vero che Géný aveva ragionato sulla disciplina del giudice-legislatore già nel 1899, ossia « à une époque, où l'avant-projet du Code civil suisse, qui devait déjà la consacrer, n'avait pas encore été publié » ⁽¹⁰¹⁾. Considerato poi che la versione definitiva del CCS, quella approvata dal parlamento nel dicembre del 1907, si accordava « dans ses traits essentiels et principaux » ⁽¹⁰²⁾ con quanto da Géný proposto appunto nel 1899, nulla impedì al grande lorenese di vedervi un « résumé le plus adéquat de mes développements » ⁽¹⁰³⁾. Ragione per cui, e senza rivendicare formalmente la paternità dell'art. 1 cpv. 2 CCS ⁽¹⁰⁴⁾, Géný potè ugualmente consi-

Richter als Gesetzgeber. Eine Besinnung auf die von den Gerichten befolgten Verfahrensgrundsätze im Bereiche der freien richterlichen Rechtsfindung gemäss Art. 1 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Zürich, Juris-Verlag, 1951, p. 241-242.

⁽⁹⁸⁾ F. GENY, *Méthode d'interprétation*, cit., 1919², II, p. 78, 318.

⁽⁹⁹⁾ J.J. BACHOFEN, *Ausgewählte Lehren des römischen Civilrechts*, Bonn 1848, p. X.

⁽¹⁰⁰⁾ K.A.V. VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, Marburg-Leipzig, Elwert'sche Universitäts-Buchhandlung, 1865⁷, p. 55, ove si afferma letteralmente: « Es ist dies auch sehr natürlich, da eine Gesetzgebung unmöglich alle denkbaren Fälle umfassen kann, welche Lücken dann auf die einfachste Weise durch die Vorschrift ausgefüllt werden, der Richter solle die ausgelassenen Fälle so entscheiden, wie sie der konsequente Gesetzgeber selbst entschieden haben würde, wenn er an diese Fälle gedacht hätte ». È stato Oscar Gauye a scoprire che Huber conosceva bene questo frammento (O. GAUYE, *François Géný*, cit., p. 279). Ma è davvero sufficiente, questa splendida *trouaille*, per dedurre che « Vangerow a donc exercé une influence réelle sur le rédacteur du Code civil » (ivi, p. 279, nota 16)? Non ne sono convinto.

⁽¹⁰¹⁾ F. GENY, *Méthode d'interprétation*, cit., 1919², II, p. 318. Sulla cronologia qui ricordata v. J. MAYDA, *François Géný and modern Jurisprudence*, Baton Rouge-London, Louisiana State University Press, 1978, p. 33 ss.

⁽¹⁰²⁾ F. GENY, *Méthode d'interprétation*, cit., 1919², II, p. 326.

⁽¹⁰³⁾ Ivi, p. 327.

⁽¹⁰⁴⁾ Nel novembre del 1934 l'Università di Nancy organizzò un colloquio in onore di Géný. In quell'occasione fu ripetutamente sottolineato l'influsso esercitato dallo scritto del 1899 sul legislatore svizzero. Al che Géný rispose testualmente: « Je tiens à écarter une légende, qui voudrait m'attribuer une part dans l'inspiration de ce texte

derarla quale trasposizione concreta di una propria elaborazione ⁽¹⁰⁵⁾. La cronologia ufficiale — ossia quella appurata finora e che raramente tien conto di quanto matura lentamente e cresce all'ombra del silenzio — non tentenna, nemmeno distingue. Premia dunque Gény: se non quale mentore, almeno quale discreto suggeritore della regola del primo articolo ⁽¹⁰⁶⁾. E spinge inevitabilmente ad indagare unidirezionalmente, ossia ad esaminare « what influence did Gény have on Huber » ⁽¹⁰⁷⁾. Ma va ugualmente aggiunto, per amore di verità, che accanto ai *laudatores* di questa tradizionale classifica non mancano autori tuttora indecisi ⁽¹⁰⁸⁾, oppure propensi a valutare diversamente le scansioni di questa storia, quindi a parlare di soluzioni elaborate nello stesso torno di anni, ma in assoluta autonomia, da studiosi intenti a fare cose molto diverse ⁽¹⁰⁹⁾.

Potremmo in fondo fermarci qui, accontentarci di questo ventaglio di opinioni diversamente calibrate, tutte un po' scontate, tutte anche un po' approssimative. Dal quale ognuno estrae quella che più gli conviene. Come del resto abbiamo fatto finora. Chi però non si dà per vinto e continua ad interrogarsi sul reale significato di questi discorsi, perché li ritiene a dir poco stravaganti, non crede che la risposta alle nostre domande possa venir indicata dalla cronologia. Già perché la premessa per aderirvi qui fa difetto. La premessa sarebbe la *concorrenza* delle diverse opinioni, la quale presuppone la partecipazione dei protagonisti alla stessa gara, il loro muovere da paragonabili interrogativi, il loro tendere verso lo stesso traguardo.

fameux. La vérité m'oblige, à mon regret, à dénier cette paternité » (così la citazione letterale in O. GAUYE, *François Gény*, cit., p. 272).

⁽¹⁰⁵⁾ F. GENY, *Méthode d'interprétation*, cit., 1919², II, p. 326.

⁽¹⁰⁶⁾ Lo afferma, fra gli altri, anche A. ARAGONESSES, *Recht im Fin de siècle*, cit., p. 39, al quale riesce un doppio artificio: quello di citarmi scorrettamente e poi di contraddirsi subito dopo.

⁽¹⁰⁷⁾ J. MAYDA, *François Gény*, cit., p. 33; dubitativo per contro il titolo dell'importante contributo di Gauye citato *supra*, nota 86.

⁽¹⁰⁸⁾ A. MEIER-HAYOZ, *Der Richter als Gesetzgeber*, cit., p. 243.

⁽¹⁰⁹⁾ Così H. FRITZSCHE in un breve intervento sulle pagine della « Neue Zürcher Zeitung » del 21 marzo 1929; W. YUNG, *François Gény et la jurisprudence en Suisse*, in *Le centenaire du Doyen François Gény*. Recueil des conférences prononcées les 26 et 27 octobre 1962, Paris, Dalloz, 1963, p. 85-99, specialmente 85; O. GAUYE, *François Gény*, cit., p. 281.

Solo ove siano date queste condizioni i diplomi assegnati dalla cronologia non sono carta straccia.

Basterebbe però (ri)leggere la lettera — incredibilmente rivetrice — a Gény del 27 dicembre 1899, per capire fino a che punto Huber in realtà *non concorresse*, ma operasse su un altro pianeta. Veniva da altri lidi, batteva altre strade, aspirava ad altri traguardi. Non si muoveva sul terreno infido e congetturale di una teoria destinata a rideclinare una prassi — quella ancora dominata dall'*école de l'exégèse* — per molti oramai improponibile; ma su quello di una realtà concreta, che apprezzava e che perciò intendeva premiare, appunto generalizzandola. Una realtà riassunta in queste parole: « Der schweizerische Richterstand befindet sich sowohl zu dem deutschen als dem französischen in den meisten Kantonen in einem grossen Gegensatz in Folge der weit grösseren Freiheit, die er dem Gesetze gegenüber behauptet »⁽¹¹⁰⁾. *Questo* era dunque il messaggio consegnato dal passato, che i nuovi progetti (*i.e.* il nuovo codice, oramai entrato in dirittura di arrivo) dovevano ribadire ed aggiornare⁽¹¹¹⁾.

Ma in cosa consisteva concretamente questo passato, dal quale non era indicato scostarsi? Era formato da leggi che negli ultimi decenni avevano sanzionato l'eccezionale latitudine dell'apprezzamento giudiziale: ad esempio dal celebre codice civile del Canton Zurigo (1853-1855)⁽¹¹²⁾, dal progetto di codice commerciale federale del 1865⁽¹¹³⁾, dalla legge sul lavoro nelle fabbriche del

⁽¹¹⁰⁾ Documento riprodotto da O. GAUYE, *François Gény*, cit., p. 276.

⁽¹¹¹⁾ « Darum habe ich denn auch in den neuen Entwürfen ganz durchgängig die gleichen Auffassungen beibehalten und sie thunlichst weiter entwickelt » (in O. GAUYE, *François Gény*, cit., p. 276).

⁽¹¹²⁾ L'insuperata lode di Huber per questo codice si legge nella sua *Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, cit., p. 194-195. Sull'ampiezza dell'apprezzamento giudiziale in questo codice vedi E. LEHR, *Code civil du Canton de Zurich de 1887*, Paris, Imprimerie nationale, 1890, p. XXVIII-XXIX (a cui rinvia anche F. GENY, *Méthode d'interprétation*, cit., 1899¹, p. 184, nota 1); I. KELLER, *Rechtsetzlik und Rechtstechnik in der modernen kontinentaleuropäischen Zivilgesetzgebung, am Zürcher Privatrechtlichen Gesetzbuch als Hauptbeispiel erläutert*, Aarau, Sauerländer, 1947, p. 324-331. Rinvia ad altri codici cantonali, qui non allegati esplicitamente, E. HUBER, *System*, cit., I, p. 63.

⁽¹¹³⁾ W. MUNZINGER, *Motive zu dem Entwurfe eines schweizerischen Handelsrechts*, Bern, Stämpfli, 1865, p. 47, 242, 251, 296.

1877⁽¹¹⁴⁾, e finalmente dal codice federale delle obbligazioni del 1881, del quale già si disse⁽¹¹⁵⁾. Confluiva inevitabilmente, questa impegnativa eredità, nelle parole, con le quali il Presidente della Società svizzera dei giuristi inaugurò nel settembre del 1884 il congresso annuale. Celebravano infatti « die selbständige Tätigkeit des Richters (...), welche der des Gesetzgebers ebenbürtig ist »⁽¹¹⁶⁾. Ne sottolineavano una triplice vocazione, destinata rispettivamente a chiarire, correggere, strutturare le parole della legge⁽¹¹⁷⁾. Un motivo in più, dunque, per capire finalmente che quando Huber formulò, qualche anno più in là, il primo articolo del 'suo' codice, *non cambiò nulla, non innovò*, men che meno realizzò, come è stato affermato ancora di recente, « eine wahre Revolution im europäischen Recht »⁽¹¹⁸⁾. Decise semplicemente di *confermare un'esperienza ritenuta positiva*. Di nuovo c'era semmai solo « der bewusste Ausdruck für das, was bishin vielfach unbewusst geübt worden ist »⁽¹¹⁹⁾; prescindendo da questo aspetto, la regola postulava

⁽¹¹⁴⁾ Legge federale sul lavoro nelle fabbriche, del 23 marzo 1877, art. 5.

⁽¹¹⁵⁾ Basti in merito l'autorevolissimo commento di J. C. Bluntschli: « Es ist überhaupt zu bemerken, dass das schweizerische Gesetz die in Deutschland vielfältig vorhandene Scheu vor dem richterlichen Ermessen nicht kennt und sich lieber dem Rechtsgefühl verständiger unparteiischer Männer als einer bloß formalen Gesetzesbestimmung vertraut, welche die unendlich verschiedenen Fälle nach einem äusserlichen Massstab eher zuschneidet als richtig beurteilt. » (J.C. BLUNTSCHLI, *Schweizerisches Obligationen- und Handelsrecht*, in « Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft » II, 1880, p. 337-358, il frammento citato a p. 351). Nello stesso senso *Bericht der ständerätlichen Kommission über den Entwurf eines Schweizerischen Obligationen- und Handelsrechts*, del 31 maggio 1880, in « Bundesblatt » 1880, III, p. 149-179, specialmente 155-157; E. ZÜRCHER *Die Grenzen der Vertragsfreiheit. Ein Versuch ihrer Einordnung in ein System*, Diss. iur. Zürich 1902, p. 57-62, 80-81. Ha ribadito recentemente questa singolarità del Codice del 1881 E. BUCHER, *Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht: Wo stehen wir heute im Vertragsrecht?*, in « Zeitschrift für Schweizerisches Recht », Nuova Serie CII, 1983, II, p. 251-383, specialmente 272-273.

⁽¹¹⁶⁾ Testo della prolusione in « Zeitschrift für Schweizerisches Recht », Nuova Serie III, 1884, p. 642-643.

⁽¹¹⁷⁾ Il testo originale parlava di « reinigende, berichtigende und gestaltende Tätigkeit des Richters » (ivi, p. 642).

⁽¹¹⁸⁾ A. ARAGONESES, *Recht im Fin de siècle*, cit., p. 38.

⁽¹¹⁹⁾ La frase si legge a p. 188 della seconda edizione, completamente rielaborata, di *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, pubblicata a puntate a Basilea dal 1932 al 1937, poi interrotta. Non è perciò dato di sapere se l'abbia formulata Eugen Huber, oppure il curatore di questa seconda edizione, ossia Paul Mutzner.

semplicemente « die Anerkennung des natürlichen Verhältnisses »⁽¹²⁰⁾. Né più, né meno.

Chi tenga conto di queste ascendenze non si lascia (oramai più) ingannare dalla contemporaneità, alla quale ho accennato. Non la considera lo sbocco di un comune percorso, affrontato con paragonabile impegno, ma piuttosto l'imprevisto, casuale convergere di proposte similari⁽¹²¹⁾, dietro alle quali stavano in realtà storie molto diverse.

La *Méthode* fu l'esito di una crociata antipositivistica, destinata a combattere l'egemonia dell'approccio esegetico, a rivalutare la giurisprudenza amplificando il potere del giudice, quindi anche a modificare l'approccio scientifico alle verità ancorate nel *Code*⁽¹²²⁾. Un percorso tutto in salita, come Gény confessò ad Huber l'11 gennaio 1900, in risposta allo scritto già citato: « Malheureusement, en France, le mouvement général des idées est bien loin d'être dirigé dans ce sens; et je crains que mon entreprise ne soit jugée, par beaucoup, comme téméraire ou, du moins, prématurée »⁽¹²³⁾.

Ben diversi erano per contro gli intenti dell'interlocutore svizzero. Già perché ogni velleità spiccatamente teorica era loro estranea. Miravano piuttosto a progettare un nuovo codice, che unificasse finalmente il diritto privato materiale, finora disperso in rigagnoli cantonali di difficile gestione. Quindi *in primis* a generalizzare quelle esperienze finora solo cantonali, che avevano raccolto il consenso dei destinatari e in questo senso si erano affermate. Le regole consegnate nel titolo preliminare del CCS, massime quelle sulla libertà inerente all'intervento giudiziale, ne facevano parte, come abbiamo visto. L'itinerario affrontato da Huber non poteva perciò rapportarsi con quello di Gény: né si allungava nella stessa direzione, né lo contrastava. Semplicemente vi campeggiava un *altro* tema, quello legislativo. Che imponeva sue regole e rivendicava una

(120) E. HUBER, *Erläuterungen zum Vorentwurf*, cit., I, p. 38.

(121) Così ad esempio W. YUNG, *François Gény*, cit., p. 85.

(122) Equilibratissima ed elegante la formulazione degli obiettivi di questa crociata nella *Méthode d'interprétation*, cit., 1899¹, p. 55 (e 1919², I, p. 63-64).

(123) Testo della lettera in O. GAUYE, *François Gény*, cit., p. 277. Ma ancora parecchi anni dopo, nel 1924, Gény ricordava sconsolato « je sens beaucoup de résistance se maintenir à l'état latent » (così la citazione in P. GROSSI, *Assolutismo giuridico*, cit., p. 144).

sua logica, comunque diversa da quella sottesa alle ricerche teoriche di Géný. Per svolgerlo serviva infatti moderazione, disponibilità al dialogo con le minoranze, attitudine alla mediazione ⁽¹²⁴⁾. Poteva perciò capitare che, costretto dalle circostanze, il legislatore consentisse a modificare le proposte iniziali per smorzare i toni di una contesa o non inasprire contrasti ⁽¹²⁵⁾. Come dimostra — qui volevo arrivare — proprio l'*iter* dell'art. 4, quello dedicato all'apprezzamento giudiziale. Un *iter* iniziato all'insegna della massima latitudine della libertà del giudice, perché così suggeriva la tradizione ⁽¹²⁶⁾, ma conclusosi poi su posizioni decisamente più moderate ⁽¹²⁷⁾. Non tanto per correggere errori o riaggiustare una tradizione troppo sicura di sé, quanto appunto per tener conto dei desideri di contrario segno delle minoranze: ad esempio di quello espresso dai cantoni romandi di non scostarsi troppo dalle loro abitudini legalistiche ⁽¹²⁸⁾

⁽¹²⁴⁾ Si tratta di 'virtù', che ad Huber fortunatamente non mancarono. Sulle sue doti di mediatore v. P. CARONI, *Il mito svelato*, cit., p. 401-411.

⁽¹²⁵⁾ In paesi a democrazia referendaria questa strategia è d'obbligo. Saleilles si accorse che Huber temeva il *referendum* e tentava — come affermo nel testo — di combatterlo, rispettivamente prevenirlo: vedi in *Briefe*, cit., p. 136, 143.

⁽¹²⁶⁾ Sulla quale vedi *supra* e D. MANAÏ, *Le juge entre la loi et l'équité. Essai sur le pouvoir d'appréciation du juge en droit suisse*, Lausanne, Payot, 1985, p. 46-47.

⁽¹²⁷⁾ Utilissima in merito la ricostruzione, puntigliosa e convincente, di D. MANAÏ, *Le juge*, cit., p. 47-53.

⁽¹²⁸⁾ Nella lettera più volte citata del 27 dicembre 1899 Huber aveva precisato che non ovunque, ma solo « in den meisten Kantonen » (*scil.* in quelli di tradizione alemannica) il giudice godeva da sempre di maggior libertà rispetto alla legge. Ora si trattava di convincere gli altri, i cantoni francofoni, tradizionalmente più rispettosi del testo legale (v. in merito gli esempi citati da Huber stesso in *System*, cit., I, 1886, p. 65). Solo per loro la regola del quarto articolo del CCS aveva una valenza innovativa, quindi in un certo senso emancipatrice (come sottolineò esplicitamente E. HUBER, *Erläuterungen*, cit., I, p. 38-39). Accenni a questa iniziale disparità di vedute ed alla prudenza che consigliava si leggono nella lettera già citata (*supra*, nota 74) di Huber al consigliere federale Müller del 9 marzo 1896 (in O. GAUYE, *Lettres inédites*, cit., p. 102), come anche in E. HUBER, *Erläuterungen*, cit., p. 20, 30. Di analogo tenore un appunto in una lettera estremamente chiarificatrice del grande giurista svizzero Walther Burckhardt a H. Fritzsche, del 1917, in H. FRITZSCHE, *Dankbares Gedenken*, cit., p. 83-84. Erede insuperato del legalismo romando fu certamente E. ROGUIN, vedi ad esempio *Observations sur la codification des lois civiles*, in Université de Lausanne, *Recueil publié par la Faculté de droit à l'occasion de l'Exposition Nationale Suisse*, Lausanne 1896, p. 73-134, specialmente p. 75-77 (sono pagine queste, che Géný conosceva bene e che respinse fermamente, vedi *Méthode d'interprétation*, cit., 1899¹, p. 51-52, 101, 118, 585).

o dei timori formulati da giuristi socialdemocratici, che all'imprevedibile (e perciò temuto) 'arbitrio' del giudice avrebbero preferito l'esplicita sanzione legale di regole compensatrici ⁽¹²⁹⁾. Per Huber il problema non fu dunque tanto quello di « amplifier les pouvoirs du juge » — come sembrò a Géný ⁽¹³⁰⁾ — ma quello, specularmente contrario, di frenarne l'esuberanza, di incanalarla, per accontentare un po' tutti e perché così finalmente esigeva il severo ordine codificatorio.

Tento di riassumere su questo punto tradizionalmente controverso:

Géný ed Huber operarono sì contemporaneamente, ma su versanti separati, poiché intenti a risolvere problemi molto diversi. Stavano dietro a loro, come ho già ricordato, storie, anche storie giuridiche, del tutto incomparabili. Quella, notissima, di una Francia borghese, che con il *Code* del 1804 aveva messo in riga mezzo mondo, e la cui scienza giuridica non intendeva ora, un secolo dopo, perdere colpi. E quella — praticamente sconosciuta e forse *immerito* negletta ⁽¹³¹⁾ — di una Svizzera repubblicana e pragmatica, scientificamente sguarnita o impreparata, ma non per questo rinunciataria.

⁽¹²⁹⁾ P. CARONI, *Philipp Lotmar*, cit., p. 185. Analoga la posizione di F. GENY, *La technique législative dans la codification civile moderne (A propos du Centenaire du Code civil)*, in *Le Code civil. Livre du Centenaire*, cit., II, p. 987-1038, specialmente 1032-1033.

⁽¹³⁰⁾ Attentissimo osservatore dell'*iter* sfociato nella sanzione del BGB tedesco, ottimo conoscitore dei codici vigenti negli stati europei, lettore assiduo delle opere dei pandettisti tedeschi, Géný fu a lungo ignaro delle faccende svizzere, persino dell'impegno, con il quale Huber operava per l'unificazione del diritto privato. Il che spiega perché scrivendo a Huber nel gennaio del 1900 evocasse una (in realtà inesistente) tendenza del legislatore svizzero a « élargir les pouvoirs du juge, interprète de la loi » (testo in O. GAUYE, *François Géný*, cit., p. 277). Mentre si capisce meno come mai insistesse più tardi — e dopo aver studiato la storia del CCS — a ritenerla vicina, quasi parallela alla propria avventura scientifica, perché favorevole a « amplifier les pouvoirs du juge », quindi a « rehausser sa mission » (così letteralmente nella *Méthode d'interprétation*, 1919², II, p. 310, 318, 319).

⁽¹³¹⁾ Confesso di aver formulato questa riflessione a caldo, dopo aver tentato di arginare un goffo tentativo di dimostrare che anche la Confederazione recepì il diritto romano, rispettivamente la scienza giuridica, proprio come la Germania e la Francia. Ma da tempo mi chiedo: perché non accettare la diversità del percorso svizzero, rispettivamente sfruttare le (molte) *chances* conoscitive? Vedi comunque P. CARONI, *Ius romanum in Helvetia: a che punto siamo?*, in *Europa e Italia. Studi in onore di Giorgio Chittolini*, Firenze, Firenze University Press, 2011, p. 55-79.

Due storie, due itinerari, alla fine una convergenza imprevista, inattesa, del tutto casuale ⁽¹³²⁾. Poco, troppo poco, penso, per scomodare la cronologia.

6. *Primo epilogo.*

Torniamo al nostro epistolario, dopo questa digressione, e vediamo di precisare perché, a suo modo, ci cattura e cosa, interpellandoci, svela.

Ammalia dapprima già perché riflette con nitore l'atmosfera, l'intricato gioco di luci ed ombre del suo tempo, quello di una felice-sofferta epoca di transizione, costellata di dubbi, delusioni, insicurezze, ma anche di speranze, progetti e visioni. Un'epoca da vivere, non ci dispiace pensare, a nervi scoperti, con una percezione comunque nitida e sguarnita della propria finitezza e vulnerabilità ⁽¹³³⁾. Da posteri quali siamo — che anche se *conoscono* qualche brandello del passato, non possono oramai più *viverlo*, quindi nemmeno *condividerlo* — abbiamo emblematicamente 'bloccato' quegli anni nello scorrere inesorabile del tempo. Sono diventati allora gli anni della *fin de siècle* o dell'*avant-guerre*. Dovremmo in verità sorridere di questi corrimano, destinati a venirci in aiuto, a puntellare le nostre interpretazioni e quindi, se vogliamo, posticci; se la storia non rivelasse, che anche i nostri interlocutori vi fecero capo, respirarono — appunto a nervi scoperti — l'eccezionale *air du temps*, persino presentirono con struggente consapevolezza l'incombente catastrofe bellica ⁽¹³⁴⁾.

⁽¹³²⁾ Il che non equivale a dire che incrociarsi per caso sia necessariamente irrilevante. Basta del resto rileggere la lettera più volte citata di Huber del 27 dicembre 1899 per capirlo. In essa l'autore ringraziò Gény per i chiarimenti ottenuti leggendone il testo e gli additò la documentazione svizzera a sostegno della *libre recherche*. Usando emblematicamente nei due casi il verbo *unterstützen*. Anche a conferma dell'autonomia delle rispettive ricerche.

⁽¹³³⁾ Rientra in queste considerazioni il posto che la malattia purtroppo ha occupato nella vita di Saleilles, quindi anche la frequenza e l'intensità delle relative allusioni e descrizioni nelle lettere. Mi accontento di fredde citazioni (*Briefe*, cit., p. 74, 79, 88, 105, 135, 139, 143, 146, 150, 170, 175) e rinvio alle opere di Aragonese, ove il tema è svolto con qualche (forse necessaria) enfasi: A. ARAGONESE, *Recht im Fin de siècle*, cit., p. 16-17, 21-25; Id., *Un jurista del modernismo*, cit., p. 54 ss., 57 ss.

⁽¹³⁴⁾ Alla vigilia della votazione del 13 novembre 1898, con la quale popolo e Cantoni finalmente accettarono la (dibattutissima) competenza legislativa federale « an-

Anni dunque rivelatori anche nell'universo giuridico, già perché alle prese con gli innegabili contraccolpi della rivoluzione industriale ⁽¹³⁵⁾. Rimetteva in discussione gli indirizzi del *Code*, ne denunciava la sopravvenuta, oramai non più tollerabile, inadeguatezza, ne suggeriva se non proprio un radicale cambiamento di rotta almeno un incisivo aggiornamento. Sulla modalità tecnica del quale il dibattito era esploso proprio con il libro di Gény, poiché intendeva chiamare in causa meno il legislatore, come usava finora, che i titolari di una nuova, accorta « libre recherche scientifique », ossia giudici ed avvocati, ma anche « hommes de science ».

Saieilles fu un protagonista sensibilissimo di questa svolta. I grandi temi del momento emergono perciò tutti anche dalle sue lettere. Sono quelli già ricordati ⁽¹³⁶⁾: la riformulazione del novero delle fonti giuridiche, l'auspicabile impatto sociale del diritto privato, la generalizzazione dell'abuso di diritto, una teoria meno diffidente della personalità giuridica, la disponibilità a venir incontro alle rivendicazioni delle minoranze, il desiderio di non scardinare inutilmente complessi economici efficienti, l'ampliamento del concetto di responsabilità, per accontentarci di quelli comunque più ricorrenti. Disposto ad imboccare nuove strade, già perché costretto dall'urgenza di nuove soluzioni, lo sguardo di Saieilles si dilata, va alla ricerca di strategie alternative, scruta le esperienze vissute in altri Stati, propone di tenerne conto. È di questi anni, e non può

che nelle altre materie del diritto civile », Eugen Huber rivolse un accorato appello agli elettori. Oramai da cinque anni impegnato a 'costruire' il futuro CCS, ora affrettava i tempi. Il consenso popolare, nel quale fermamente sperava, gli serviva per continuare senza timori, ma anche senza remore. Non era più il caso di accontentarsi dei risultati già conseguiti, urgeva piuttosto continuare e concludere. Ma perché tanta fretta? Lo svela un chiaro presentimento: « Denn wer weiss, wie es in der Politik in ein paar Jahren aussieht? Das Werk der Rechtseinheit bedarf noch einer langen, geduldigen Arbeit, und zu deren Vornahme ist eine Zeit des Friedens nötig, die wir jetzt haben und voraussichtlich noch einige Zeit behalten werden. Allein niemand wird glauben, dass der Krieg aus der Welt geschafft sei. Er wird wiederkommen, und dann wohl uns, wenn wir beizeiten das grosse Werk gerettet und durchgeführt haben. Es wird uns bei allen künftigen schweren Zeiten einen starken Rückhalt gewähren und mithelfen, uns zu beschirmen vor den Folgen einer erlahmenden politischen Kraft!« (E. HUBER, *Über die Notwendigkeit der Rechtseinheit. Ein Mahnruf ans Schweizer Volk*, Bern 1898, p. 57).

⁽¹³⁵⁾ J.-L. HALPERIN, *Histoire*, cit., p. 171-206.

⁽¹³⁶⁾ Ai quali rinvia riassuntivamente J.-L. HALPERIN, *ivi*, p. 190-200.

sorprendere, sia la curiosità, con la quale studia il BGB tedesco appena sanzionato, sia l'impegno per 'rifondare' la disciplina accademica del diritto comparato ⁽¹³⁷⁾. Al BGB, che traduce parzialmente in francese ⁽¹³⁸⁾, dedica studi di grande rigore, che non hanno perso nulla della loro originalità ⁽¹³⁹⁾. Ne ammira lo spessore scientifico, prova grande stima per quelle *véritables* celebrità, che tanto o poco l'avevano forgiato ⁽¹⁴⁰⁾, ma sarebbe troppo dire che ne fosse affascinato. Lo segue, se deve, ma a distanza, persino di mala voglia ⁽¹⁴¹⁾.

In compenso una volta scoperto il cantiere, ove operava giorno e notte e preferibilmente solitario Huber, ne diventa un *habitué*. Realizza in un batter d'occhio l'eccezionale singolarità di quanto succedeva in quel posto e in quegli anni. Condivide le opzioni giuspolitiche del redattore, scopre in molte sue proposte regole, che volentieri avrebbe imitate in patria, se « le parti pris de routine et de conservation mesquine et étroite » ⁽¹⁴²⁾ non l'avesse impedito. L'ammirazione per il piccolo e pacifico paese vicino è istintiva e incon-

⁽¹³⁷⁾ Dopo aver organizzato nel 1900 a Parigi il leggendario *Congrès* di diritto comparato (sul quale orientano le *Briefe*, cit., p. 91-101), Saleilles, a far data dal 1901, si dedicò all'insegnamento di questa nuova disciplina (ivi, p. 104, 106). Contribuì come pochi altri a circoscriverne le finalità ed il campo concreto (ivi, p. 91-93). I suoi meriti sono indiscussi e vengono giustamente sottolineati da recenti interventi, anzitutto da A. ARAGONESES, *Un jurista del modernismo*, cit., *passim*; C. PETT, *Lambert en la Tour Eiffel, o el derecho comparado de la belle époque*, in *La comparazione giuridica tra Ottocento e Novecento*, Istituto lombardo. Accademia di Scienze e Lettere, Incontro di studio N. 19, Milano 2001, p. 53-98; J.-H. ROBERT, *Saleilles et le comparatisme*, in « *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique* » XII, 1991, p. 143-149.

⁽¹³⁸⁾ *Code civil allemand*, Paris, Imprimerie Nationale, 1904. Saleilles scrisse una lunga introduzione (p. I-XXXIX) e tradusse gli articoli 1-432. Ne riferì anche nelle lettere a Huber (*Briefe*, cit., p. 80, 88, 124).

⁽¹³⁹⁾ B. GAST, *Der allgemeine Teil*, cit., p. 14-15, 30 ss. Per l'elenco di queste opere (monografie e saggi) vedi la bibliografia degli scritti di Saleilles elaborata da A. ARAGONESES, *Recht im Fin de siècle*, p. 199 ss., in particolare per gli anni 1895, 1898, 1899, 1900, 1901, 1903. Ha riassunto recentemente i giudizi di Saleilles sul BGB e ne ha sottolineato l'originalità W. SCHUBERT, *Das bürgerliche Gesetzbuch im Urteil französischer Juristen bis zum ersten Weltkrieg*, in « *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* », Germanistische Abteilung, CXIV, 1997, p. 128-181, specialmente 148-161.

⁽¹⁴⁰⁾ Ovviamente anche di loro parlano le lettere: di Jhering (*supra*, nota 34), di Gierke (*Briefe*, cit., p. 121, 151-152), di Stammler (ivi, p. 187).

⁽¹⁴¹⁾ Vedi ad esempio come ne parla in *Briefe*, cit., p. 77.

⁽¹⁴²⁾ Ivi, p. 132.

dizionata⁽¹⁴³⁾. Come del resto quella per questo codice così diverso, che lentamente prendeva corpo. Al quale riuscì almeno in parte di restaurare un ordine delle cose incorrotto ed arcaico, che un malinconico per natura, qual'era davvero Saleilles, cercava oramai invano nei propri paraggi. Tutto allora in questa fortunata esperienza si intrecciava e si condizionava, proprio come le cose « causées et causantes, aidées et aidantes, médiates et immédiates », sulle quali amava soffermarsi l'ingegno abissale di Pascal⁽¹⁴⁴⁾: dal federalismo politico, che garantiva un progresso continuo ma controllato, all'intatta vocazione mediatrice; dall'istanza socializzante alla valorizzazione di antiche esperienze comunitarie; dal rispetto per il pluralismo sociale a quello per il pluralismo delle fonti.

Rileggere queste lettere — che ci vengono consegnate intatte da un mondo remoto ma indimenticato — perché mai? Forse per correggerne le (non poche) previsioni (inevitabilmente) errate? O per smorzare entusiasmi troppo giovanili, per catalogare le speranze infrante? Sarebbe troppo facile, poco meritorio, sommamente ingeneroso. Leggiamole allora perché, malgrado tutto, ripropongono *anche* qualche verità. Mi accontento di ricordarne tre. Non sono nuove di zecca, ma vengono ugualmente dimenticate, spesso e volentieri. Eccole.

a) Colpiscono dapprima l'intensità e la costanza dell'interesse, con il quale Saleilles, una volta incrociato l'*iter* del CCS, ne seguì poi passo dopo passo la gestazione, quasi vi partecipò. Li ritengo eccezionali, massime se contrapposti alla generale indifferenza registrata negli stati limitrofi della Confederazione, che fu comunque la regola. Se ciò anni fa poteva spiacermi, oggi non mi turba più. Me la so infatti spiegare, l'indifferenza, so che era provocata dall'evoluzione giuridica elvetica, spesso ritenuta remota e poco ortodossa, poiché a lungo refrattaria alle *avances* della scienza

⁽¹⁴³⁾ Ivi, p. 72. Notevolissimo anche l'apprezzamento in una lettera dell'aprile del 1899: « Pendant que les grands pays ne songent qu'aux moyens de se défendre ou de s'espionner, vous ne songez qu'aux moyens d'apporter un peu de paix, un peu de progrès et un peu plus de bonheur dans la vie de l'humanité; et, peu à peu, vous y réussissez! » (Ivi, p. 91).

⁽¹⁴⁴⁾ B. PASCAL, *Pensées*, in Id., *Oeuvres complètes*, Paris, Pléiade-Gallimard, 1954, p. 1110.

giuridica. Perciò poco idonea a venir squadrata con occhiali tradizionali, difficilmente comparabile, tendenzialmente selvaggia ed inaccessibile. Ma Saleilles non si lasciò intimorire da queste asperità. Lo incuriosiva proprio l'originalità dell'itinerario. Cercò perciò di capirla e di spiegarla, ne apprezzò i valori, ne illuminò le ricchezze. Così facendo ha contribuito a rivalutare un sentiero discosto e ripido, finora poco praticato, persino evitato.

b) Quando Saleilles si spense, l'oggetto della sua ammirazione, quel codice così caparbiamente irregolare, era in vigore da poco più di due mesi. Registrato dapprima con l'indifferenza appena ricordata, recuperò più tardi qualche posizione, fu preso a modello, strappò persino qualche occasionale applauso. Questo almeno nella considerazione internazionale.

Vista poi dall'interno — quindi nella prospettiva che anzitutto conta — la sua vigenza centenaria appare tutto, fuorché deficitaria. È ben vero che per affermarlo con conoscenza di causa fa ancora difetto una *Wirkungsgeschichte* degna di questo nome, ossia una storia dell'impatto avuto dal codice sulla realtà sociale del paese, di quanto ha davvero cambiato, dei successi e delle delusioni, anche degli inevitabili cambiamenti di rotta durante un viaggio, tutto sommato, tranquillo ⁽¹⁴⁵⁾. In attesa di leggerlo, questo consuntivo al quale si sta lavorando ⁽¹⁴⁶⁾, mi sembra ugualmente lecito credere, che molte visioni percepite e condivise da Saleilles si siano avverate.

c) Chi si addentra nell'epistolario, vi scava per metterne a nudo le coordinate, prima o poi vien catturato da un sospetto: che Saleilles non abbia guardato al diritto privato svizzero — che stava nascendo sotto i suoi occhi — con la stessa fredda razionalità, con la quale ragionava ad esempio sul BGB tedesco, ma che in realtà lo vezzeggiasse. Plaudì subito alla sua innegabile, e per molti provocatoria, irregolarità, condivise i principi, nei quali allignava, ammirò il

⁽¹⁴⁵⁾ Ho ricordato spesso l'urgenza di questa storia del dopo-codice, da ultimo in *Solitudine*, cit., p. 227, 233-234.

⁽¹⁴⁶⁾ Un saggio scritto a quattro mani (da Felix Schöbi e dall'autore di queste righe) dovrebbe aprire il nuovo commentario del titolo preliminare del CCS, che l'editore bernese Stämpfli intende pubblicare nel 2012, per sottolineare il primo centenario del codice.

coraggio che aveva spesso suggerito scelte controcorrente e approvò quasi sempre anche il dettaglio destinato ad attuarle ⁽¹⁴⁷⁾. La sua appare una versione tendenzialmente idealistica ed edulcorata della realtà; e più precisamente una versione, che si aggrappava al messaggio veicolato dalla legge — che è però sempre e solo una previsione — certa che prima o poi si sarebbe realizzato. Anche perché solo così poteva servire all'autore, letteralmente 'costretto' a scoprire in quel codice così *altro* tutto quanto mancasse al proprio. Da questo desiderio tutto 'prenarrativo' è letteralmente pervaso lo sguardo di Saleilles: a conferma di un'esperienza fondamentale, che in una pubblicazione attenta alle sorti del diritto giurisprudenziale non è superfluo ricordare. Svela infatti quotidianamente, che il significato di tutti i messaggi (proprio anche di quelli legislativi) vien di regola appurato o precisato *non* dal mittente, ma dal destinatario, dalla sua precomprensione e da quanto — di estrazione anche molto disparata — inevitabilmente ed inconsapevolmente vi confluisce ⁽¹⁴⁸⁾.

7. *Secondo epilogo.*

Basterebbe riflettere su un episodio del 1902 per convincersene. In quell'anno Saleilles intrattenne i membri della Société d'économie sociale sulla « *Succession paysanne dans l'avant-projet de*

⁽¹⁴⁷⁾ L'unica critica consegnata alle lettere si riferiva al termine concesso all'erede intenzionato ad avvalersi del beneficio d'inventario. Era di un mese (CCS, art. 580 cpv. 2), mentre quello per la rinuncia alla successione era di tre mesi (CCS, art. 567 cpv. 1). Saleilles disapprovò questa distinzione e ne chiese i motivi a Huber (*Briefe*, cit., p. 177). Ma stavolta i ragguagli forniti dall'interlocutore svizzero non lo convinsero (ivi, p. 181). Ne scrisse anche in *La responsabilité de l'héritier dans le Code civil suisse*, in « Bulletin de la Société d'études législatives » X, 1911, p. 476-512, specialmente 489 ss.

⁽¹⁴⁸⁾ Questa è una realtà indiscutibile, che l'ermeneutica moderna ha contribuito a recuperare (e che la frase citata in epigrafe è destinata a ricordarci). Sulle molte 'correzioni', alle quali ci costringe, ho tentato spesso di ragionare, da ultimo in *Gesetz und Gesetzbuch. Beiträge zu einer Kodifikationsgeschichte*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 2003, *passim*, specialmente p. 303-305; *Receptio duplex vel multiplex. L'ABGB nel contesto svizzero, 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, p. 497-524, specialmente 516-517, 520; Id., *Solitudine*, cit., p. 66, 102, 120.

Code civil suisse » (149). Ne aveva approfittato per additare ad esempio il ruolo decisivo assegnato al giudice nel garantire una trasmissione possibilmente integrale dell'azienda agricola (150). Nella discussione sorta a conferenza conclusa un ascoltatore gli chiese come avessero reagito i giudici alle idee proposte dall'avamprogetto (151). Probabilmente colto alla sprovvista dalla domanda — anche perché nel 1902 nessuno già poteva conoscere l'eventuale opinione dei giudici — Saleilles si limitò ad affermare che gli svizzeri avevano finora fruito di un diritto consuetudinario molto elastico e che amavano interpretarlo « dans un sens assez large » (152). Non convinto da queste parole, poiché forse troppo elusive, l'ascoltatore replicò, chiedendo ora « si ce juge unique jouit en Suisse d'une certaine autorité morale ». Da quanto rivelano i verbali, stavolta Saleilles non titubò. Ma nemmeno se la sentì di annuire *sic et simpliciter*. Preferì piuttosto guadagnar tempo, senza tuttavia tacere la sua speranza: « Pour ce qui est de leur autorité morale, elle doit être grande en Suisse » (153).

E se l'avessero posto a Gény, questo interrogativo? Cosa avrebbe detto di quel giudice, al quale il codice svizzero aveva aperto spazi finora impensabili? È difficile sapere come avrebbe reagito nel 1902. Ma più tardi, nel 1919, ne scrisse con qualche apprensione (154). Intuita la centralità dell'intervento giudiziale nell'applicazione del codice (155), non aveva potuto nascondere qualche dubbio. A impensierirlo era la robusta tradizione del giudice non togato, quindi popolare, che il codice aveva inteso confermare: in un contesto democratico ed egualitario poteva forse facilitare l'affermarsi di un « corps de juges, offrant de médiocres garanties d'impartialité, de hauteur d'âme et de savoir » (156). Ma non potendosi

(149) R. SALEILLES, *De la succession paysanne*, cit.

(150) Ivi, p. 156 ss.

(151) Ivi, p. 163.

(152) Ivi, p. 163.

(153) Ivi, p. 164.

(154) *Méthode d'interprétation*, cit., 1919², II, p. 308-329.

(155) Ivi, p. 313.

(156) Ivi, p. 324-325. Hanno più o meno esplicitamente condiviso questo scetticismo nei confronti dei giudici non togati ad esempio M. GMÜR, *Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern, Stämpfli, 1908, p. 56,

documentare meglio ⁽¹⁵⁷⁾, aveva preferito rinviare ogni ulteriore valutazione e lasciare le cose in sospeso. Come in sostanza le aveva lasciate pure Huber, se è lecito credere a quanto riferì anni fa un suo biografo. A chi rimproverava ai giudici di non essere all'altezza della funzione loro assegnata dal nuovo codice pare avesse sibillinamente risposto: « Wohl konnte ich ihnen helfen, ein gutes Gesetz zu gestalten; gute Richter kann ich ihnen nicht machen » ⁽¹⁵⁸⁾.

142 ss., 144; H. FRITZSCHE, *Volkstümliche Rechtspflege*, Zürich, Schulthess, 1949, p. 16 ss.; K. EICHENBERGER, *Richterstaat und schweizerische Demokratie*, in « Zeitschrift für Schweizerisches Recht », Nuova Serie LXXXII, 1963, I, p. 1-37, specialmente 20 ss.. Ma è ugualmente bene non dimenticare che l'affermarsi dei codici unitari (CO 1881, CCS 1907) non rappresentò una vittoria del giudice togato, ma quella di un sistema, che affondava le radici nell'antico regime e che non contestava il primato del giudice popolare. Come del resto documentano, in ordine di tempo: la determinazione programmatica di E. Huber di voler legiferare non solo (come del resto aveva già sentenziato MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, 1748, livre XXIX, ch. 16) per il *pater familias*, ma anche per le casalinghe e i giudici popolari (così esplicitamente nel 1894, intervenendo all'assemblea della Società svizzera dei giuristi, vedi « Zeitschrift für Schweizerisches Recht », Nuova Serie XIII, 1894, p. 694 ss., specialmente 697-699); la lettera dello stesso E. Huber al consigliere federale Müller del 9 marzo 1896, che ho già citato in altro contesto (in O. GAUYE, *Lettres inédites*, cit., p. 101); e finalmente gli epocali dibattiti parlamentari degli anni 1897 e 1898 sull'unificazione del diritto privato (« Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale suisse » VII, 1897, p. 14 ss. e specialmente 20, 41, 33; VIII, 1898, p. 104 ss. e specialmente 115, 152, 160).

⁽¹⁵⁷⁾ Quando si accinse a elaborare la seconda edizione della *Méthode d'interprétation* Gény scrisse ad Huber, dicendosi « particulièrement curieux de connaître si les tribunaux suisses font fréquemment usage des larges pouvoirs d'interprétation, que leur a conférés l'art. 1 et si quelque tendance s'est déjà manifestée à cet égard dans la jurisprudence suisse, notamment dans celle du Tribunal fédéral... » (lettera del 15 luglio 1918, originale presso l'Archivio federale di Berna, segnatura J.1.109; v. il testo di questo scritto anche nella silloge purtroppo inedita di S. ULMANN, *Correspondance de Eugen Huber avec la France, la Suisse romande, la Belgique et la Grèce*, Lettres réunies par Sabine Ulmann, Assistante à la Faculté de droit, Université de Berne, 1992, p. 52). Huber gli rispose in data 21 agosto, Gény lo ringraziò per le informazioni ottenute (lettera del settembre, v. S. ULMANN, *Correspondance*, cit., p. 52), ma dovette finalmente ammettere che sette o otto anni di vigenza non potevano ancora offrire esperienze indicative (*Méthode d'interprétation*, cit., 1919², II, p. 311).

⁽¹⁵⁸⁾ F. WARTENWEILER, *Eugen Huber. Der Lehrer, Gesetzgeber, Mensch*, Zürich-Leipzig, Rotapfel, 1932, p. 155. È ovviamente da valutare con grande prudenza, questa frase. Già perché sembra implicitamente confessare una sconfitta, provocata forse dal fatto che i giudici, stimolati dal codice ad avvalersi della libertà loro concessa o confermata, avessero poi concretamente preferito prescindere, per aggrapparsi alle

Saleilles, Gény, Huber: alla ricerca di uno scatto conclusivo, capace di riassumere il significato non solo simbolico di un incontro, li dispongo in un triangolo ‘magico’. E continuo, oramai da anni ⁽¹⁵⁹⁾, a chiedermi perché, così disparati com'erano, si cercassero, si scrivessero, si leggessero, ragionassero contemporaneamente sugli stessi grandi interrogativi, pur procedendo da lidi Dio solo sa quanto diversi. Per capirlo forse è bene tornare a riflettere sull'approccio ‘storico’, come l'aveva concepito e praticato Saleilles. Aspirava — come s'è visto ⁽¹⁶⁰⁾ — a garantire maggior coerenza fra diritto e realtà sociale ⁽¹⁶¹⁾, senza però rinnegare il primato della legge ⁽¹⁶²⁾. Ossia, se vedo bene, confluiva in una dottrina che in realtà mimava una spaccata dagli esiti incerti, perché « à la fois prudente et hardie, conservatrice et progressive » ⁽¹⁶³⁾.

Ora nessuno può escludere che, al più tardi in questo momento, Saleilles, lacerato da sentimenti contrastanti, si rendesse finalmente conto dell'urgenza di trovare qualche ancoraggio, se non altro per frenare una deriva incombente. Affiora infatti nei suoi testi

poche certezze sottese al testo legale. Il che confermerebbe quella tendenza a favorire l'analogia, che già anni fa mi aveva sorpreso (*Il mito svelato*, cit., p. 410). Prima di calare un giudizio può essere perciò utile ricordare tre cose. La *prima*: a ben vedere, anche Huber (proprio come Gény, vedi la nota precedente) non poteva ancora basarsi su esperienze significative (morì infatti nel 1923). La *seconda*: il perimetro che delimita lo spazio della libertà giudiziale è da sempre controverso (come confermano gli autori citati ne *Il mito svelato*, cit., p. 410, note 124-126). La *terza*: non vanno ugualmente taciuti gli sforzi recenti di appurare la disponibilità concreta dei giudici a sintonizzarsi sulla nuova lunghezza d'onda inaugurata dal CCS, anche se i risultati possono sembrare modesti. Vedi M. LUMINATI-N. LINDER, *Gericht und Kodifikation. Einblicke in die Anfänge der Rechtsprechung zum ZGB und zum StGB*, Zürich, Schulthess, 2007, p. VIII, 71 ss., 96-98.

⁽¹⁵⁹⁾ Ho avuto l'occasione di ragionare ad alta voce su questa raccolta di lettere dapprima a Barcellona nel marzo del 2000, poi a Digione e a Tolosa nell'aprile del 2002, quando la meritoria trascrizione di Aragonese non era ancora stata pubblicata. Da allora questo cantiere, minuscolo ma vivace, è rimasto aperto e frequentato. Il frutto di tanti stimoli e di tante sollecitazioni, delle quali fui in questi anni fortunato destinatario, confluisce ora nel presente contributo.

⁽¹⁶⁰⁾ Vedi *supra*, ma soprattutto, con pagine essenziali, P. GROSSI, *Assolutismo giuridico*, cit., p. 227-228.

⁽¹⁶¹⁾ P. GROSSI, *Assolutismo giuridico*, cit., p. 227-228.

⁽¹⁶²⁾ Questo era il succo delle riserve formulate nella sua *Préface* alla *Méthode d'interprétation*, cit., 1899¹, p. XII-XIII.

⁽¹⁶³⁾ R. SALEILLES, *Méthode historique et codification*, cit., p. 22.

il desiderio sempre più impetuoso di *encadrer, replacer, rattacher* le sue interpretazioni al quadro legislativo ⁽¹⁶⁴⁾, solo così potendosi istaurare « l'harmonie avec l'ensemble de la construction juridique prise dans son intégrité » ⁽¹⁶⁵⁾. Ed entra contemporaneamente in scena Eugen Huber, lo studioso e l'amico al quale appoggiarsi e forse ispirarsi: già perché stava spendendo la vita ⁽¹⁶⁶⁾ per *rinnovare* l'assetto giuridico del proprio paese *senza* sconfessarne il passato. Saleilles vide perciò in lui l'artefice di un'opera « à la fois si savante et si pratique, si progressive et si modérée » ⁽¹⁶⁷⁾. Solo lui poteva rendergli quelle certezze, che gli esperimenti di Gény non sapevano garantire; solo lui poteva perciò comporre le aporie di una generazione.

⁽¹⁶⁴⁾ Aspetto, questo, sul quale ha insistito opportunamente P. GROSSI, *Assolutismo giuridico*, cit., p. 239 ss.

⁽¹⁶⁵⁾ *Préface* alla *Méthode d'interprétation*, cit., 1899¹, p. VIII.

⁽¹⁶⁶⁾ Nell'ultima lettera dell'epistolario, scritta il 30 dicembre 1911, ossia all'antivigilia dell'entrata in vigore del CCS e due mesi prima della morte, Saleilles formulò i voti di rito per il nuovo anno « qui va couronner si heureusement l'oeuvre admirable à laquelle il (*scil.* E. Huber) aura consacré son travail et le meilleur de sa vie » (*Briefe*, cit., p. 189).

⁽¹⁶⁷⁾ Sono queste le espressioni usate da Saleilles in una lettera del 1901 per caratterizzare l'impegno di Huber (*Briefe*, cit., p. 105). Rispuntano *intatte* nel 1903, quando Saleilles concludendo il suo intervento al Congresso storico di Roma vi ricorrerà per riassumere la natura del *proprio* impegno. Del resto anche Gény lodò a suo tempo Huber per le « formules libérales et progressives des articles 1 et 2, auxquelles, comme vous le pensez bien, je ne puis qu'applaudir sans réserve » (S. ULMANN, *Correspondance*, cit., p. 50) e per la nuova legislazione elvetica « à la fois traditionnelle et moderne, constituant une base solide pour l'application du droit vivant, et laissant la juste place à la coutume et à la conviction du juge » (lettera 9 gennaio 1902, *ivi*, p. 50-51).

MICHELE LUMINATI

GIUDICI-LEGISLATORI, ALLA MANIERA ELVETICA

1. Il Codice civile svizzero: un successo legislativo. — 2. 'Fare' i giudici (per il Codice). — 3. Giudice-politico o giudice-giurista? — 4. Teorici e pratici: quale armonia? — 5. Giudici-legislatori?

1. *Il Codice civile svizzero: un successo legislativo.*

La genesi del Codice civile svizzero (CCS) è abbastanza conosciuta ⁽¹⁾: nel 1884 la Società Svizzera dei Giuristi incaricava Eugen Huber ⁽²⁾, all'epoca professore di diritto pubblico federale, diritto civile e storia del diritto svizzero a Basilea, di presentare, in vista dell'unificazione del diritto privato, una sintesi comparata delle

⁽¹⁾ Cfr. O. GAUYE, *Inventar zur Dokumentation über die Erarbeitung des schweizerischen Zivilgesetzbuches 1885-1907*, in « Schweizerische Zeitschrift für Geschichte », XIII, 1963, pp. 53-100; B. DÖLEMEYER, *Nationale Rechtsvereinheitlichung*, in *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, a cura di H. Coing, vol. III/2, München, Beck 1982, pp. 1978 ss.; P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, Giuffrè 1998 pp. 77 ss.; ID., *Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches*, Basel-Frankfurt a.M., Helbing & Lichtenhahn 1996, pp. 22 ss.; ID., *Gesetz und Gesetzbuch. Beiträge zu einer Kodifikationsgeschichte*, Basel, Helbing & Lichtenhahn 2003. In concomitanza con i festeggiamenti per il centenario del CCS è in corso la riedizione, all'interno dell'importante *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, di numerosi documenti legati alla genesi del CCS; sono finora apparsi i voll. 1 (*Das Memorial von Eugen Huber. Teil- und Departementalentwürfe, Botschaft zur Einführung der Rechtseinheit*, a cura di C. Hurni e M. Reber, Berna, Stämpfli 2009) e 2 (*Die Erläuterungen von Eugen Huber; Text des Vorentwurfs von 1900*, a cura di M. Reber e C. Hurni, Berna, Stämpfli 2007); ulteriori informazioni sul sito www.eugenhuber.ch.

⁽²⁾ Sulla figura cfr. D. MANAI, *Eugen Huber Jurisconsulte charismatique*, Basel / Frankfurt a.M., Helbing & Lichtenhahn 1990; P. CARONI, *Il mito svelato: Eugen Huber*, in « Zeitschrift für Schweizerisches Recht » N.F., CX, 1991, pp. 381-419; *Eugen Huber (1849-1923). Akten des im Sommersemester 1992 durchgeführten Seminars*, a cura di P. Caroni, Berna 1993.

legislazioni cantonali. In appena sette anni (1886-1893) Huber pubblicò in quattro volumi *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts*, un testo ancora oggi utile per chi volesse studiare le vicende dei diritti privati cantonali. Nel 1892 il Governo federale incaricava sempre Huber (che nel frattempo aveva insegnato all'Università di Halle ed era appena stato richiamato in patria dall'Università di Berna che gli aveva affidato la cattedra di diritto privato svizzero, storia del diritto e filosofia del diritto) di allestire un primo progetto per un codice civile federale. Huber non deluse le aspettative e pubblicò rapidamente i progetti parziali di diritto matrimoniale (1893, limitato agli effetti del matrimonio), successorio (1895) e ipotecario (1898). Nel 1898 il popolo svizzero accettò la revisione dell'art. 64 della Costituzione federale, che estendeva la competenza legislativa della Confederazione a tutto il diritto civile.

Nel frattempo diverse commissioni di esperti, sempre sotto la guida di Eugen Huber, elaboravano su incarico del Dipartimento Federale di giustizia e polizia (l'equivalente del Ministero di Grazia e Giustizia in Italia) i cosiddetti progetti dipartimentali (*Departementalenwürfe*, 1896-1900), pubblicati in un unico volume nel 1900, e ai quali Huber fece seguire i suoi commenti (*Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements*, 1901-1902, 1914²).

Nel 1901 venne decisa anche la questione della priorità tra codificazione penale e civile in favore di quest'ultima ⁽³⁾. Da quel momento i lavori proseguirono alacramente, dapprima in seno alla cosiddetta « *Grosse Expertenkommission* » (1901-1903), poi all'interno di una ristretta commissione di redazione che integrò le modifiche apportate dagli esperti, dando alle stampe, sempre nel 1903, il progetto preliminare. Un'altra commissione ristretta si

(³) Sul conflitto tra civilisti e penalisti e sulla strategia messa in atto da Eugen Huber cfr. S. HOLENSTEIN, *Emil Zürcher (1850-1926) — Leben und Werk eines bedeutenden Strafrechtlers*, Zürich, Schulthess 1996, pp. 410 ss.; M. LUMINATI, „Dann wird's flott werden“ — *Zur Entstehung der schweizerischen Strafrechtswissenschaft im späten 19. Jahrhundert*, in Jürg-Beat Ackermann (Hg.), *Strafrecht als Herausforderung. Zur Emeritierung von Professor Niklaus Schmid*, a cura di J.-B. Ackermann, Zürich, Schulthess 1999, S. 45-60; Id., *Storia di un codice 'rinviato', ovvero: Gioie e pene della codificazione penale svizzera*, in Giorgio De Biasio et al. (Hg.), *Un inquieto ricercare. Scritti offerti a Pio Caroni*, a cura di G. De Biasio et al, Bellinzona, Edizioni Casagrande 2004, pp. 327-347.

occupò del titolo preliminare del codice e delle norme transitorie (1904) e il 28 maggio 1904 il Consiglio Federale poteva consegnare alle Camere il progetto definitivo, munito di un Messaggio redatto dall'instancabile Eugen Huber, che, intenzionato a non mollare l'osso, nel 1902 si era fatto eleggere in Consiglio Nazionale (la Camera bassa).

I dibattiti parlamentari, svoltisi, manco a ripeterlo, sotto la vigile e attenta supervisione di Huber, si conclusero nel 1907 con l'accettazione all'unanimità (fatto unico nella storia delle codificazioni europee) del codice, contro il quale non venne nemmeno inoltrato il referendum. Il 1 gennaio 1912 il CCS entrava in vigore. Finiva così nel migliore dei modi la storia della codificazione e iniziava quella, fino ad oggi poco studiata, del codice ⁽⁴⁾. A Eugen Huber, ormai costretto a lasciare libera la sua creatura, non rimaneva che affidarla ai giudici: « Li ho potuti aiutare a creare una buona legge; buoni giudici non glieli posso fare » ⁽⁵⁾.

2. 'Fare' i giudici (per il Codice).

Le preoccupazioni di Huber erano indubbiamente giustificate, se si pensa al modo in cui era strutturata l'organizzazione giudiziaria svizzera: ampia autonomia cantonale, forte presenza di giudici laici nelle istanze inferiori, venticinque tradizioni giuridiche diverse e

⁽⁴⁾ Su questo concetto cfr. P. CARONI, *Il codice rinviato. Resistenze europee all'elaborazione e alla diffusione del modello codicistico*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio. Atti dell'incontro di studio, Firenze 26-28 ottobre 2000*, a cura di P. Cappellini - B. Sordi, Milano 2002, pp. 263 ss.; Id., *Gesetz*, cit., p. 241. Le ricerche storiche sull'applicazione dei codici in Europa sono ancora ai primordi. Si vedano in particolare *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter*, a cura di U. Falk e H. Mohnhaupt, Frankfurt a. M., Klostermann 2000; *Richterliche Anwendung des Code civil in seinen europäischen Geltungsbereichen ausserhalb Frankreichs*, a cura di B. Dölemeyer, H. Mohnhaupt e A. Somma, Frankfurt a. M., Klostermann 2006; *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, a cura di M. Schmoeckel et al., voll. 1ss, Tübingen, Mohr Siebeck 2003 ss.

⁽⁵⁾ « Wohl konnte ich ihnen helfen, ein gutes Gesetz zu gestalten; gute Richter kann ich ihnen nicht machen ». La frase è attribuita a Huber da F. WARTENWEILER, *Eugen Huber: der Lehrer, Gesetzgeber und Mensch*, Erlenbach-Zürich/Leipzig, Rotapfel-Verlag 1932, p. 155, e ripresa da P. CARONI, *Il mito*, cit., p. 410.

divergenti ⁽⁶⁾. Inoltre il CCS lasciava ampi spazi discrezionali ai giudici e, nel famoso articolo 1, chiedeva ai giudici di farsi addirittura legislatori di fronte alle lacune della legge ⁽⁷⁾.

L'immane compito di realizzare l'unificazione secondo i dettami del CCS era affidato *in primis* al Tribunale Federale, sulla cui composizione il Parlamento non mancò di influire, eleggendo dei giudici ritenuti idonei ad assumersi tale compito. In questo senso Eugen Huber, contrariamente alla sua laconica affermazione, in quanto membro del Consiglio Nazionale, ebbe la possibilità di contribuire a 'fare' i buoni giudici in grado di garantire un'attuazione del CCS fedele alla volontà del legislatore (ossia dello stesso Huber).

Per capire che cosa significhi 'fare' politica giudiziaria in Svizzera è necessario fornire qualche ragguaglio sul sistema di nomina dei giudici del Tribunale Federale. Innanzitutto va sottolineato che, a tutt'oggi, il solo presupposto formale per l'eleggibilità al Tribunale Federale è quello stabilito dalla Costituzione del 1874 (Costituzione che peraltro istituiva il Tribunale Federale permanente con sede a Losanna ⁽⁸⁾), e cioè il possesso del diritto di voto,

⁽⁶⁾ Sul modo in cui le singole giustizie cantonali applicarono il CCS mancano quasi del tutto le ricerche. Oltre ai cenni in H. MERZ, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch. Entstehung und Bewährung. Zweiter Teil: Bewährung*, in: «Zeitschrift für Schweizerisches Recht» LXXXI, 1962, pp. 30-50, cfr. C. GAUCH, *Rechtsprechung und Kodifikation — ein Gegensatz? Die Anwendung des Scheidungsrechts durch den Richter. Eine empirische Untersuchung an drei erstinstanzlichen Gerichten des Kantons Freiburg*, Zürich, Schulthess 2005; Id., *Anwendung der Scheidungsgründe durch erstinstanzliche Gerichte des Kantons Freiburg während der Implementationsphase des ZGB (1908-1920)*, in *Gericht und Kodifikation. Einblicke in die Anfänge der Rechtsprechung zum ZGB und zum StGB*, a cura di M. Luminati e N. Linder, Zürich, Schulthess 2007, pp. 71-100. L'autrice analizza la prassi di alcuni tribunali di prima istanza del Canton Friburgo e giunge alla conclusione che l'atteggiamento nei confronti del CCS dipendeva dai convincimenti del singolo presidente di tribunale e non tanto da fattori socio-economici o precise tradizioni locali. Per un esempio molto interessante di 'ribellione cantonale', anche se in relazione al Codice Penale, cfr. R. GARRÉ, *Punire, ma con la condizionale. La sospensione condizionale della pena nella giurisprudenza del Tribunale federale nei primi anni dopo l'entrata in vigore del Codice penale svizzero*, in *Gericht und Kodifikation*, cit., pp.185-207.

⁽⁷⁾ Sulla portata reale di questo articolo cfr. P. CARONI, *Einleitungstitel*, cit., pp. 157 ss.; M. AMSTUTZ, *Der Text des Gesetzes - Genealogie und Evolution von Art. 1 ZGB*, in «Zeitschrift für Schweizerisches Recht», CXXVI, 2007, pp. 237-286.

⁽⁸⁾ R. J. SCHWEIZER, *Die Errichtung des ständigen Bundesgerichts 1874 und die*

per cui chiunque possieda la cittadinanza svizzera, abbia compiuto diciotto anni e non sia stato interdetto può essere eletto dall'Assemblea Federale (vale a dire dalle Camere riunite) alla carica di giudice federale.

La ripartizione delle poltrone segue poi una logica politica (non scritta), che contempla i rapporti di forza tra i partiti all'interno del Parlamento come pure criteri di suddivisione regionale e linguistica. In concreto, si stabilisce a quale partito spetti e da quale cantone debba provenire la candidatura. Chi ambisce a raggiungere l'apice del sistema giudiziario svizzero (ma questo vale anche per la giustizia cantonale) è dunque di fatto obbligato a iscriversi ad un partito politico ⁽⁹⁾. La selezione (non documentata) dei candidati avviene all'interno dei partiti (cantionali) e poi dei gruppi parlamentari. Solo a partire dal 2003 i posti vacanti sono messi a concorso ed è stata creata una Commissione giudiziaria bicamerale che valuta le candidature da un punto di vista professionale e sottopone poi i candidati all'Assemblea Federale ⁽¹⁰⁾.

Fino a pochi anni fa, dunque, la scelta dei giudici federali era avvolta nel mistero. Quando le candidature approdavano davanti all'Assemblea Federale, di regola i giochi erano fatti ⁽¹¹⁾. Anche se

Verdienste von Johann Jakob Blumer um diese Reform, in *Festschrift für Claudio Soliva*, Zürich, Schulthess 1994, pp. 295-310; W. BRÜHSCHWEILER, *Bundesgericht*, in *Historisches Lexikon der Schweiz*, vol. 3, Basel 2004, pp. 7-9.

⁽⁹⁾ Sulle conseguenze e i problemi legati a questa spartizione cfr. le analisi sociologiche citate da R. HAUSER / M. REHBINDER, *Justizsoziologie in der Schweiz*, in M. REHBINDER, *Fortschritte und Entwicklungstendenzen einer Soziologie der Justiz*, Frankfurt a.M., Alfred Metzner 1989, pp. 50 ss.; F. MATTER, *Der Richter und seine Auswahl*, Zürich, Schulthess 1978; M. LIVSCHITZ, *Die Richterwahl im Kanton Zürich*, Zürich, Schulthess 2002. Ulteriori indicazioni in *Unabhängigkeit und Bindung des Richters in der BRD, in Österreich und in der Schweiz*, a cura di R. Frank, Basel, Helbing & Lichtenhahn 1990, 19972.

⁽¹⁰⁾ Informazioni in merito si trovano sul sito: <http://www.parlament.ch/i/organe-mitglieder/kommissionen/weitere-kommissionen/gerichtskommission/page/default.aspx>.

⁽¹¹⁾ Un discorso a parte va fatto per il Tribunale Federale del periodo 1848-1874: tribunale non permanente, con competenze estremamente limitate, nel quale venivano nominati politici di prim'ordine. La carica di giudice federale non era incompatibile con quella parlamentare e le elezioni erano spesso molto sofferte. Cfr. in merito E. BRAND, *Eidgenössische Gerichtsbarkeit*, vol. 3, Bern, Stämpfli 1962; E. SCHNEIDER, *150 und 125 Jahre Bundesgericht*, Bern 1998; M. LUMINATI, *Ges(ch)ichtslose Justiz? — Prole-*

agli inizi del Novecento le elezioni erano spesso contraddistinte da più candidature e più scrutini. Dai protocolli dell'Assemblea Federale di regola non traspaiono ulteriori indicazioni sulle scelte attuate ⁽¹²⁾. A differenza dei paesi che circondano la Svizzera, con le loro magistrature professionalizzate di stampo burocratico e chiuse in rigide strutture gerarchiche, i criteri di selezione preposti alla nomina dei giudici federali erano definiti di volta in volta all'interno di un discorso politico, ma non pubblico.

Ci si può ora chiedere se, e in che modo, il Parlamento elvetico abbia cercato, alla vigilia dell'entrata in vigore del CCS, di assicurarsi un'applicazione unitaria e unificante del codice e un'interpretazione fedele alla volontà del legislatore attraverso la scelta dei giudici federali ⁽¹³⁾.

Il primo passo in questo senso è rappresentato dalla decisione di aumentare il numero dei giudici federali da 19 a 24 e di creare una nuova sezione all'interno del Tribunale Federale ⁽¹⁴⁾. In seguito, il 12 marzo 1912, l'Assemblea Federale elesse cinque

gomena zur Justizgeschichte des Schweizerischen Bundesstaates, in *Rechtsgeschichte & Interdisziplinarität. Festschrift für Clausdieter Schott zum 65. Geburtstag*, a cura di M. Senn e C. Soliva, Bern et al. 2001, pp. 339-350; M. TH. FÖGEN, *Lob der Pandektistik*, in *Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag*, a cura di R.M. Kiesow, R. Ogorek e S. Simitis, Frankfurt a.M., Klostermann 2005, pp. 179-205; G. SEFEROVIC, *Das Schweizerische Bundesgericht 1848-1874: die Bundesgerichtsbarkeit im frühen Bundesstaat*, Zürich, Schulthess 2010.

⁽¹²⁾ I casi che hanno portato ad un conflitto aperto all'interno del Parlamento sono estremamente rari: nel 1942 non viene rieletto Robert Fazy a causa dell'età; nel 1984 fallisce il tentativo di non rieleggere i giudici Rolando Forni e Jean-Jacques Leu; nel 1986 al posto del candidato ufficiale socialista Neumann viene eletto il controcandidato del partito di destra UDC Karl Spühler; nel 1990 il giudice socialista Martin Schubarth viene rieletto solo in una seconda votazione; nel 1995 il giudice Hans Willi, membro di un piccolo partito prossimo all'estinzione, non viene rieletto. Per dettagli cfr. M. LUMINATI, *Die Gesichter der Justiz - Das schweizerische Bundesgericht als Gegenstand interdisziplinärer Forschung*, in *Interdisziplinäre Wege in der juristischen Grundlagenforschung*, a cura di P. Becchi, C.-B. Graber e M. Luminati, Zürich, Schulthess 2007, pp. 183-213.

⁽¹³⁾ Per un primo approccio alla tematica mi permetto di rinviare a M. LUMINATI, *Das ZGB und seine Richter*, in *ZGB gestern - heute - morgen. Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2007*, a cura di D. Girsberger e M. Luminati, Zürich, Schulthess 2007, pp. 17-40.

⁽¹⁴⁾ Su questa riforma cfr. E. BRAND, *Eidgenössische Gerichtsbarkeit*, cit. pp. 280 ss.

nuovi giudici (Viktor Hauser, Virgile Rossel, Hugo Oser, Hans Müri e Henri Thélin), due dei quali, Rossel e Hauser, assieme ad altri sei giudici già in carica, andarono a formare la Seconda Sezione di diritto civile.

L'elezione era stata tutt'altro che tranquilla. Il consigliere nazionale socialista Robert Grimm aveva preteso una rappresentanza del suo partito all'interno del Tribunale Federale e proposto l'avvocato bernese Karl Anton Zgraggen ⁽¹⁵⁾. Grimm fece notare che il giudice federale in carica Alexander Reichel non poteva essere considerato un rappresentante del Partito socialista, visto che in occasione della sua elezione nel 1905 aveva lasciato il partito. La non-elezione di Zgraggen sarebbe perciò stata considerata come un'offesa palese nei confronti dei lavoratori socialdemocratici ⁽¹⁶⁾.

E l'offesa non si fece attendere: al candidato socialdemocratico andarono solamente 44 voti, veramente pochi in confronto ai risultati dei candidati ufficiali nominati dai due gruppi parlamentari dominanti dei liberali e dei cattolico-conservatori: il consigliere nazionale Virgile Rossel, eletto con 193 delle 216 schede valide, seguito dal Presidente del tribunale cantonale zurighese Viktor Hauser (184 voti) e dal professore friburghese Hugo Oser (179 voti). I consiglieri nazionali Hans Müri e Henri Thélin ricevettero 143 rispettivamente 138 voti. Il parlamento a maggioranza borghese aveva dunque nettamente rifiutato le pretese della 'Sinistra'. L'inserimento del giudice Reichel nella nuova Sezione di diritto civile non poteva inoltre essere considerato come una consolazione per la sconfitta subita, visto che Reichel non era in buoni rapporti con il Partito socialista, che aveva peraltro contribuito a fondare, ed era considerato un 'socialista da salotto' ⁽¹⁷⁾. Zgraggen sarebbe poi stato eletto giudice federale, dopo numerosi altri tentativi andati a vuoto,

⁽¹⁵⁾ *Protocolli dell'Assemblea Federale del 1912*: Archivio Federale, E 1201/995/539, vol. 5, numero 774.

⁽¹⁶⁾ *Ibidem*: « offenen Brückierung der sozialdemokratischen Arbeiterschaft ».

⁽¹⁷⁾ Cfr. B. SCHINDLER, *Recht, Politik und Musik - Zum 150. Geburtstag von Alexander Reichel (1853-1921)*, in « Zeitschrift für Schweizerisches Recht », CXXII, 2003, pp. 601-620, citazione a p. 608.

solamente nel 1920, come successore di Reichel, e inserito nella Seconda Sezione di diritto civile ⁽¹⁸⁾.

La Sezione alla quale venne affidata l'attuazione del CCS era chiaramente dominata da rappresentanti dei partiti borghesi e così composta ⁽¹⁹⁾: Presidente Heinrich Honegger, membri: Agostino Soldati, Carl Jaeger, Fritz Ostertag, Alexander Reichel, Vincent Gottofrey, Virgile Rossel, Viktor Hauser. Già nel 1913 la presidenza passava al giudice Albert Ursprung, visto che Heinrich Honegger aveva assunto la presidenza della Sezione di diritto pubblico ed era diventato vicepresidente del Tribunale Federale. Nel 1915 Fritz Ostertag assunse la presidenza della Seconda Sezione di diritto civile e il giudice Thélin ne entrò a far parte. Nel 1919 Hugo Oser prendeva il posto di Thélin, passato alla Prima Sezione di diritto civile e nello stesso anno il neoletto giudice Paul Rambert succedeva a Vincent Gottofrey, deceduto in carica.

A parte questi ricambi, la composizione della Seconda Sezione rimase pressoché immutata nei primi decenni, favorendo così, almeno a livello personale, una giurisprudenza costante. Le figure più incisive, considerata la loro lunga permanenza in seno alla Sezione ma anche il loro prestigio dentro e fuori dal Tribunale, furono indubbiamente Carl Jäger (membro della Seconda Sezione dal 1912-1937), Virgile Rossel (1912-1932) e Fritz Ostertag (1912-1922). A stimolare i dibattiti interni ci pensò Agostino Soldati (1912-1936).

Ma chi erano i personaggi ai quali la politica aveva demandato l'attuazione del Codice? Quali caratteristiche facevano ritenere che sarebbero stati i 'buoni giudici' auspicati da Huber? Domande che possono trovare una risposta principalmente nell'analisi dei profili biografici. Ora, a scanso di equivoci, portare il discorso su un piano biografico, non significa volerne poi dedurre un nesso diretto tra la biografia di un giudice e le sue sentenze. Da questo tipo di ingenuità ci salvano le analisi sociologiche che, già da tempo, hanno dimo-

⁽¹⁸⁾ *Protocolli dell'Assemblea Federale*: Archivio Federale, E 1201/995/539, vol. 5, numero 861.

⁽¹⁹⁾ Tutte le indicazioni sulla composizione delle sezioni del Tribunale Federale sono desunte dall'Almanacco Federale (*Eidgenössisches Staatskalender*).

strato che tra le convinzioni ideologiche e politiche di un giudice e il suo modo di giudicare non esiste un legame diretto ⁽²⁰⁾.

Per quanto riguarda poi il Tribunale Federale, oltre all'elemento della collegialità, ci sono altre particolarità che non permettono di ricollegare direttamente una sentenza al singolo giudice. La redazione della sentenza è anonimizzata e affidata ai cancellieri, per cui non è possibile stabilire in quale misura il singolo giudice abbia influito sulla decisione e sull'argomentazione ⁽²¹⁾. Inoltre non esiste l'istituto della *dissenting opinion*, o meglio, le controversie interne si manifestano all'esterno solamente in forma orale, in occasione della camera di consiglio che si svolge pubblicamente ⁽²²⁾. Questo elemento, riconducibile al concetto di democrazia diretta e di controllo popolare sulla giustizia, permette agli astanti di seguire il dibattito interno, del quale però non rimane traccia nella sentenza, ma solamente nella memoria collettiva.

In un sistema del genere l'unico modo 'empirico' per aprire un varco nella fitta nebbia che avvolge l'elezione dei giudici è quello di analizzarne i profili al momento della loro elezione e di estrarne quegli elementi che, molto probabilmente, agli occhi della politica sono stati decisivi per il successo della candidatura. Si tratta dunque di ricostruire lo zainetto, o, per dirla con Pierre Bourdieu, la combinazione dei vari capitali dei quali il singolo candidato dispone ⁽²³⁾. La prosopografia dell'élite giudiziaria, dunque ⁽²⁴⁾. Pro-

⁽²⁰⁾ Classiche ormai le ricerche di H. ROTTLEUTHNER, *Rechtssoziologische Studien zur Arbeitsgerichtsbarkeit*, Baden-Baden, Nomos 1984.

⁽²¹⁾ Cfr. F. LA MONT MORRISON, *Judicial Process in Switzerland. A Study of the Swiss Federal Court*, Princeton 1966. Oggi, nella maggioranza dei casi, i cancellieri redigono anche la proposta di sentenza del giudice relatore.

⁽²²⁾ La frequenza di queste sedute pubbliche è andata vieppiù scemando ed oggi, di regola, la bozza di sentenza viene discussa in via circolare, cercando di trovare un'accordo in modo da evitare la seduta pubblica. Su queste trasformazioni (e su altri aspetti 'intimi' del Tribunale Federale) cfr. il sito del corrispondente della Neue Zürcher Zeitung Markus Felber: www.fel.ch.

⁽²³⁾ P. Bourdieu, *Ökonomisches Kapital, kulturelles Kapital, soziales Kapital*, in *Soziale Ungleichheiten*, a cura di R. Kreckel, Göttingen, Verlag Otto Schwartz 1983, pp. 183-198; ID., *Raisons pratiques: sur la théorie de l'action*, Paris, Editions du Seuil 1994.

⁽²⁴⁾ La prosopografia dei giudici federali dal 1848 a oggi è uno degli obiettivi principali del progetto di ricerca *Storia della giustizia della Svizzera*, finanziato dal Fondo per le nuove leve scientifiche dell'Università di Zurigo FAN, dalla Fondazione Ecosci-

sopografia attenta soprattutto al bagaglio culturale e professionale, ma anche politico e sociale che l'aspirante giudice federale è in grado di sfoggiare e che permette di individuare con maggiore precisione ciò che il Parlamento si aspettava.

Due sono le distinzioni che contraddistinguono il campo della giustizia elvetica e che ci permettono di inquadrare i singoli giudici: la distinzione tra giudice-politico e giudice-giurista da un lato, la distinzione tra giudice-teorico e giudice-pratico dall'altro. Per intenderci: l'etichetta giudice-politico non vuol significare che si tratti di un giudice che fa politica attraverso le sentenze (un giudice che potremmo definire politicizzato), ma caratterizza un giudice federale che, anche se giurista di formazione e magari pure con qualche esperienza professionale, prima della sua elezione al Tribunale Federale è stato prevalentemente un politico e ha ricoperto importanti cariche legislative e/o esecutive a livello cantonale e federale. A questo tipo — al quale appartengono tutti i giudici federali del periodo 1848-1874 e gran parte di quelli nominati a partire dall'istituzione del Tribunale Federale permanente (1874) fino agli inizi del Novecento — si contrappone il giudice-giurista, ovvero un giudice che prima di accedere al Tribunale Federale, anche se necessariamente iscritto a un partito politico, ha svolto principalmente un'at-

entia, dal Fondo Nazionale Svizzero per la Ricerca (Progetto FNS Nr. 100011-112203) e dalla Commissione per la Ricerca dell'Università di Lucerna, al quale hanno collaborato Dr. iur. Nikolaus Linder, lic. phil.I. Stephan Aerschmann, lic. iur. Vanessa Duss, MLaw Mauriz Müller, MLaw Silja Bürgi e MLaw Cyrus Beck. Le informazioni biografiche, raccolte e inserite in una banca dati, formano la base per un Dizionario biografico dei giudici federali, la cui pubblicazione è prevista prossimamente. Tutti i dati biografici citati in questo articolo provengono dalla banca dati del progetto. Per ulteriori informazioni sul progetto cfr. M. LUMINATI, N. LINDER, S. AERSCHMANN, *Justizgeschichte des schweizerischen Bundesstaates: Ein Forschungsprojekt*, in « traverse », XI, 2004, N. 1, pp. 115-118; M. LUMINATI, *Justizgeschichte des Schweizer Bundesstaates — Ein Forschungsprojekt*, in « Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte », V, 2003/2004, pp. 285-293; M. LUMINATI, *Die Gesichter*, cit.. Sull'importanza della prosopografia per la storia del diritto cfr. A. M. HESPANHA, *L'étude prosopographique des juristes: entre les „pratiques“ et leurs „représentation“*, in *El tercer poder*, a cura di J.-M. Scholz, Frankfurt a. M. 1992, Klostermann pp. 93-101. Sulla prosopografia della magistratura italiana cfr. P. SARACENO, *Alta magistratura e classe politica dalla integrazione alla separazione*, Roma, Edizioni dell'Ateneo & Bizzarri 1979 (anche per interessanti parallelismi con il primo Tribunale Federale svizzero); ID., *I magistrati italiani dall'Unità al fascismo*, Roma, Carucci 1988.

tività giuridica, spesso giudiziaria, talvolta però anche forense o accademica.

La seconda distinzione, che, secondo Bourdieu, caratterizza il campo del diritto in generale, è quella che contrappone giuristi teorici a giuristi pratici nella lotta per il monopolio « *de dire le droit* » (25). Una distinzione molto marcata all'interno del campo elvetico, anche in rapporto alla magistratura: « Il y a des juges de diverses espèces. Il y en a qui sont de véritables puits de sciences et d'autres dont la force réside surtout dans la faculté d'application des lois et dans le bon sens pratique » (26). Inoltre la cultura giuridica svizzera, e soprattutto quella di lingua tedesca, è contraddistinta da una quasi atavica avversione nei confronti della scienza giuridica (27). Tendenzialmente il mondo giuridico svizzero è perciò sempre alla ricerca di forme di armonizzazione tra scienza e prassi giuridica che mantengano comunque salda la preminenza della prassi. Armonizzazione in parte facilitata dall'esiguità dell'élite svizzera e dunque dalla 'multifunzionalità' dei giuristi, che spesso passano disinvoltamente da un'attività all'altra, sia all'interno che all'esterno del campo del diritto (28).

3. *Giudice-politico o giudice-giurista?*

Tornando ora ai giudici della Seconda Sezione di diritto civile, l'unico riconducibile a tutti gli effetti alla tipologia del giudice-politico era il ticinese Agostino Soldati. Dopo gli studi in giurisprudenza a Torino e un breve periodo come avvocato a Lugano, Soldati

(25) P. BOURDIEU, *La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », LXIV, 1986, pp. 3-19, citazione a p. 4. Cfr. anche ID., *Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective*, in *Normes juridiques et régulation sociale*, a cura di F. Chazel e J. Commaille, Paris 1991, pp. 95-99.

(26) *Nécrologie pour Emil Perrier*, in « Nouvelles Etrennes Fribourgeoises », 1926, p. 220.

(27) C. SCHOTT, *Wir Eidgenossen fragen nicht nach Bartele und Baldele...*, in *Gerichtslauben-Vorträge. Freiburger Festkolloquium zum 75. Geburtstag von Hans Thieme, Sigmaringen, Thorbecke, 1983*, pp. 17-45; ID., *Die Eidgenossen vor dem Reichskammergericht, in Deutsches Recht zwischen Sachsenspiegel und Aufklärung. Rolf Lieberwirth zum 70. Geburtstag*, a cura di G. Lingelbach e H. Lück, Frankfurt a. M., Lang 1991, pp. 79-93.

(28) Prime indicazioni in M. LUMINATI, „Dann wird's flott werden“, cit..

si era poi gettato in politica come rappresentante dei conservatori moderati: rettore della Scuola cantonale (1880-1882), membro del Parlamento cantonale ticinese (1883-1891), membro del Governo cantonale (1890-1892) dopo acerrime lotte politiche che avevano reso necessario l'intervento militare del governo federale, e da ultimo membro del Consiglio degli Stati (la Camera alta del Parlamento svizzero) nel periodo 1889-1892.

Candidato del gruppo parlamentare cattolico-conservatore, ci vollero tre scrutini per poter eleggere Soldati al Tribunale Federale, il 17 giugno 1892; superò di un voto (probabilmente il suo) il candidato radicale ⁽²⁹⁾. Come giudice federale Soldati fece parte, oltre che della Seconda Sezione di diritto civile, anche della Camera Criminale e della Camera Esecuzioni e Fallimenti. Diresse inoltre importanti processi delle Assise federali, divenne membro del Tribunale arbitrale internazionale dell'Aja e di altri tribunali arbitrali sorti per la liquidazione dei danni della prima guerra mondiale.

In seno alla Seconda Sezione, dove era stato inserito più che altro come rappresentante della minoranza italoфона, Soldati svolse il ruolo del bastian contrario, contrapponendosi in ogni occasione al collega Carl Jaeger ⁽³⁰⁾. Le memorabili discussioni tra i due vennero ricordate come segni dei « *temps héroïques* » ⁽³¹⁾ del Tribunale Federale. Ci troviamo di fronte a uno di quei rari momenti, nei quali si dipana la nebbia che di regola circonda le questioni interne del Tribunale Federale. Le liti erano evidentemente così violente, da non poter più essere tenute nascoste.

⁽²⁹⁾ *Protocolli dell'Assemblea Federale*, Archivio Federale, E 1201/995/539, vol. 3, numero 563; cfr. anche E.G., *Alt-Bundesrichter Dr. Agostino Soldati*, in « Basler Nachrichten », 10 ottobre 1938.

⁽³⁰⁾ H. BECK, *Alt-Bundesrichter Dr. Carl Jäger*, in « St. Galler Tagblatt », 17 giugno 1947: « Die beiden, sehr oft von entgegengesetzter Rechtsauffassung, standen einander fast immer im Kampfe gegenüber. Bei aller Schroffheit, die den beiden Kämpfern eigen war, bestand zwischen ihnen doch ein inneres Band »; cfr. anche P. P., *In memoriam Carl Jaeger*, in « Neue Zürcher Zeitung », 18 giugno 1947.

⁽³¹⁾ H. H., *Bundesrichter Carl Jaeger*, in « Neue Zürcher Zeitung », 14 dicembre 1937: « Die Erinnerung an die Zeiten, da er mit Rede und Gegenrede die Klinge mit dem letztes Jahr zurückgetretenen Bundesrichter Soldati kreuzte, so dass die ganze Abteilung mitgerissen wurde, bis schliesslich jeweilen aus der heilsamen Abklärung das Urteil geboren wurde, diese Erinnerung wird lebendig bleiben als die an die „*temps héroïques*“ des Bundesgerichtes ».

Come già accennato poc'anzi, di queste diatribe non rimane traccia nelle sentenze, ma solamente in fonti spesso considerate di poco rilievo o addirittura folcloristiche: necrologi, discorsi d'insediamento o di commiato, autobiografie, carteggi ecc. Fonti che però, nonostante la loro tendenza a idealizzare i personaggi, ci restituiscono gli umori, le tensioni, gli atteggiamenti, di regola accuratamente nascosti dietro la severa facciata della corte suprema ⁽³²⁾.

Ma torniamo a Soldati, che, una volta arrivato a Losanna, evidentemente non aveva dismesso l'abito del politico: « amava la discussione ed il contraddittorio, sempre pronto a sostenere le sue tesi sino all'estremo ed uso a farle trionfare per la dialettica nel dibattito » ⁽³³⁾. In quanto 'animale politico', a Soldati la toga stava stretta e dunque ogni occasione era buona per incrociare le spade ⁽³⁴⁾. Dai commenti traspare, più o meno velatamente, la crescente insofferenza nei confronti del giudice-politico, ormai considerato inadatto ad assumere i compiti che l'aumento delle competenze del Tribunale, da ultimo con l'entrata in vigore del CCS, comportava. Al giudice-politico Soldati si negava perciò la vocazione alla funzione giudiziaria e si rimproverava l'eccessivo protagonismo ⁽³⁵⁾, che si addiceva di più a un « *Renaissancefürst* » ⁽³⁶⁾.

Se si passa dallo stile ai contenuti, la posizione di Soldati

⁽³²⁾ Cfr. in generale sull'uso di queste fonti B. FOWLER, *The obituary as collective memory*, New York, Routledge 2007; per un esempio storico von A. VON KLIMÓ, *Staat und Klientel. Administrative Eliten in Italien und Preussen im Vergleich*, Köln, SH-Verlag 1997.

⁽³³⁾ M. RUSCA, *Avv. Dott. Agostino Soldati*, in « Repertorio di Giurisprudenza Patria », LXXI, Serie Quinta, vol. 9, n. 11, Novembre 1938, p. 523. Cfr. anche J. St., *Alt-Bundesrichter Dr. Agostino Soldati*, in « Vaterland », 11 ottobre 1938: « er verstand es auch, seine Überzeugung mit südlichem Temperament zu vertreten, sie gegen Widerspruch zu verteidigen und Widerspruch herauszufordern und damit die Beratungen zu befruchten ».

⁽³⁴⁾ Articolo non firmato in « Vaterland », 13 ottobre 1938: « Man hatte oft das Gefühl, dass ihm der Richterberuf zu wenig Bewegungsfreiheit lasse (...). aber auch in der richterlichen Tätigkeit war ihm der Kampf der Meinungen, der dialektische Klingenwechsel ein Bedürfnis, selbst wenn die gerade aufgeworfene Streitfrage zur Entscheidung des ihm unterbreiteten Einzelfalles nichts beitragen konnte. Nicht selten ging dabei die Kampflust mit ihm durch ».

⁽³⁵⁾ E.G., *Alt-Bundesrichter Dr. Agostino Soldati*, in « Basler Nachrichten », 10 ottobre 1938: « Dass er nach der Natur seines allzustark egozentrisch veranlagten Charakters auch zum Richter berufen gewesen wäre, darf man bezweifeln ».

⁽³⁶⁾ P. P., *In memoriam Carl Jaeger*, cit..

sembra essere stata di tipo logico-formalista, insofferente alle teorizzazioni, di stretta osservanza della legge e attenta a limitare gli spazi discrezionali dei giudici: « Bastava, ancora negli ultimi giorni, che qualche collega gli sembrasse cedere alle lusinghe sentimentali, romantiche d'una giurisprudenza incline a scostarsi insensibilmente dal diritto per la soverchia preoccupazione d'aderire ai fatti, perché egli si gettasse nella mischia con giovanile vigore a difendere l'integrità della legge, ad ammonire che l'arbitrio sta in fondo alla china delle ideologie giuridiche troppo personali e delle motivazioni che prendono le mosse dalle conclusioni anziché dalle premesse » (37). Soldati si sentiva, almeno a giudicare da quanto ci hanno tramandato i cenni biografici, più legato al testo che allo spirito del codice, agiva secondo l'impulso del momento e non contribuì a sviluppare le linee-guida della giurisprudenza in materia civile (38). In fin dei conti rimase, nonostante la prorompente retorica, ai margini.

Il suo principale antagonista era, come già accennato, il sangallese Carl Jaeger, « *ein Pfeiler aus Eisen und Stahl* » (39). Nato nel 1869, laureatosi a 22 anni dopo un rapido iter universitario a Berna e Monaco di Baviera, divenne nel 1896 giudice al Tribunale cantonale sangallese e il 13 dicembre 1900 giudice federale su proposta del gruppo parlamentare radicale. Jaeger deve la sua rapida ascesa soprattutto alla pubblicazione del commentario della Legge federale sull'esecuzione e sul fallimento (40). Nel corso dei suoi 37 anni di

(37) P. BOLLA, *Dr. Agostino Soldati*, in « Il Dovero », 8 gennaio 1937, p. 13. Più esplicito e anche più critico J. ST., *Alt-Bundesrichter Dr. Agostino Soldati*, cit.: « Seiner juristischen Akrilie genügte eine kurze Darlegung des Tatbestandes, um mit klarem Blick den Kern der Sache zu erfassen (...). Nach seiner Meinung untergeordnete Belange mochten dabei hie und da etwas zu kurz kommen und die kleinen Realitäten des Lebens wurden dann und wann vielleicht etwas unsanft gestreift. Sie waren selber schuld, warum hatten sie sich gegen die Logik entwickelt! ».

(38) E.G., *Alt-Bundesrichter Dr. Agostino Soldati*, cit.: « man sucht vergebens nach einer grossen Linie, die unserer Rechtsgestaltung durch ihn ein besonderes Gepräge verliehen hätte, wie es etwa bei Männern wie Rott, Hafner, Jäger, Merz, um nur einige wenige zu nennen, der Fall war. Seine brillanten Geistesgaben führten ihn nur allzu leicht in die Versuchung, für den Aufbau eines juristischen Gebäudes mit prächtiger äusserer Fassade sich auf die Eingebung der Stunde zu verlassen ».

(39) P. P., *In memoriam Carl Jaeger*, cit.

(40) C. JAEGER, *Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs: unter Berücksichtigung der Praxis der Bundesbehörden und der Entscheidungen kantona-*

permanenza a Losanna, oltre a sedere quasi ininterrottamente nella Camera Esecuzioni e Fallimenti, divenne a partire dal 1912 membro della Seconda Sezione di diritto civile. La sua è dunque una carriera completamente apolitica, da giudice-giurista, prevalentemente interna alla giustizia e marcata da un'attività scientifica fortemente pragmatica.

Considerato una delle maggiori personalità del mondo giuridico svizzero ⁽⁴¹⁾, Jaeger esercitò, grazie ai suoi commentari ⁽⁴²⁾, un forte influsso sulla prassi ed ebbe un ruolo centrale nell'attuazione del CCS ⁽⁴³⁾. Di carattere brusco e focoso, sopportava male le critiche, alle quali replicava con voce sonora ⁽⁴⁴⁾. A differenza di Soldati, Jaeger aveva un atteggiamento pragmatico nei confronti del Codice, più attento ai fatti e alle conseguenze della sentenza e più incline a far uso degli spazi discrezionali, che Huber aveva d'altronde volutamente lasciato.

4. *Teorici e pratici: quale armonia?*

Tolto Soldati, la Seconda Sezione era dunque composta da

ler Gerichte u. Aufsichtsbehörden für den praktischen Gebrauch erläutert, Zürich, Orell Füssli 1900.

⁽⁴¹⁾ P. M., *Alt Bundesrichter Dr. Karl Jaeger*, in « Vaterland », 17 giugno 1947: « *markante, scharf umrissene Persönlichkeit der schweizerischen Juristenwelt* ».

⁽⁴²⁾ Oltre al Commentario della Legge federale sull'esecuzione e sul fallimento (opera continuata poi da H. U. Walder et al. e giunta ormai alla 5. edizione, Zürich, Schulthess 2006), Jaeger pubblicò anche un Commentario della Legge federale sul contratto d'assicurazione (H. ROELLI, C. JAEGER, *Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908*, Bern, Wyss 1914) e si occupò della riforma dell'organizzazione giudiziaria federale (*Revision des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege: Entwurf und Motive*, a cura di Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Bern 1909).

⁽⁴³⁾ *Alt Bundesrichter Dr. Carl Jaeger*, in « Neue Zürcher Zeitung », 16 giugno 1947: « *nahm er hervorragenden Anteil an der Einführung des ZGB* ».

⁽⁴⁴⁾ P. M., *Alt Bundesrichter Dr. Karl Jaeger*, cit.: « Seine Voten auf gründlichem Aktenstudium fussend, überraschten durch die Klarheit des Aufbaues und den temperamentvollen Vortrag, unterstützt von einem sonoren Organ »; più esplicito il suo collega WALTER NÄGELI, *Bundesrichter Carl Jäger zum Rücktritt*, in « Der Bund », 14 dicembre 1937: « Der Bestimmtheit der Überzeugungen mochte hie und da eine gewisse Schroffheit in ihrer Äusserung und Verteidigung entsprechen, die ihm manche Anfechtung eingetragen hat ».

giudici-giuristi, il cui bagaglio personale conteneva in varia misura teoria e pratica, e in parte anche elementi politici. In questo senso a rappresentare la figura di giudice ideale, nel quale si fondevano, 'armoniosamente' tutti gli attributi necessari, poteva aspirare Vincent Gottofrey. Nato nel 1862 a Estavayer-le-Lac, aveva studiato giurisprudenza a Parigi e Berlino ed era stato influenzato sia dai rappresentanti dei primi tentativi di superare l'*École de l'exégèse* (Beudant, Busnoir) sia dai pandettisti più rinomati (in particolare da Dernburg) ⁽⁴⁵⁾. Gottofrey si era laureato a Friburgo, dove dal 1886 aveva assunto la cattedra di diritto romano, enciclopedia del diritto e diritto cambiario. Nel 1888 era stato inoltre eletto giudice al Tribunale cantonale friburghese; dottrina e prassi felicemente abbinate: « l'activité judiciaire du professeur le mettait en contact permanent avec la pratique et lui donnait une allure particulièrement vivante » ⁽⁴⁶⁾.

Ma Gottofrey disponeva di ulteriori qualifiche: una splendida carriera militare che lo aveva portato allo Stato Maggiore dell'esercito e alla carica di comandante di battaglione, la presidenza dell'Associazione degli studenti svizzeri (1885), l'elezione al Parlamento cantonale friburghese (1891-1906) e poi quella al Consiglio Nazionale (1898-1906). Il suo ingresso al Tribunale Federale « *s'imposa d'emblée* » ⁽⁴⁷⁾, e così Gottofrey venne innalzato all'olimpio giudiziario il 13 dicembre 1906, su proposta del gruppo parlamentare cattolico-conservatore, con 163 voti su 173.

Giudice-giurista dunque, ma con una notevole esperienza politica alle spalle, che però non faceva di lui un giudice-politico alla Soldati, visto che anche la sua attività politica era stata sempre caratterizzata da un atteggiamento moderato, orientato al compromesso. Soprattutto Gottofrey aveva messo la sua « *finesse d'esprit et haute culture juridique* » ⁽⁴⁸⁾ al servizio del Codice, dapprima come membro molto influente della Grande Commissione di Esperti (1901-1903), poi svolgendo, insieme a Virgile Rossel, l'importante funzione di re-

⁽⁴⁵⁾ P. AEBY, M. Vincent Gottofrey, *juge fédéral*, in « Monat-Rosen » LXIII, 1918-1919, p. 354.

⁽⁴⁶⁾ *Ibidem*, p. 355.

⁽⁴⁷⁾ E.B., M. Vincent Gottofrey. *Juge au tribunal Fédéral*, in « La Liberté », 22 luglio 1919, p. 1.

⁽⁴⁸⁾ *Ibidem*.

latore francofono in seno al Consiglio Nazionale: « On se rappelle encore sa parfaite maîtrise dans ce rôle et les savants exposés dans lesquels il analysa les nombreux titres de la codification » (49).

Più che logico il suo inserimento nella Seconda Sezione, dove rimase fino alla morte prematura nel 1919. Grazie alla sua perfetta padronanza della lingua tedesca e ai suoi studi pandettistici, a Gottofrey spettava il compito di mediare tra le diverse tradizioni giuridiche (50). In sintonia con la tradizione elvetica dell'armonia di teoria e prassi, il Nostro verrà ricordato come un rappresentante della dottrina non dottrinario: « Il se gardait également de tout système absolu (...). Ses jugements étaient toujours marqués au coin d'une saine et équitable appréciation des circonstances » (51).

Se con Gottofrey il collegamento tra creazione del Codice e sua attuazione, tra legislatore e giudice, era già manifesto, con Virgile Rossel diventa strettissimo. Nato nel 1858 nel comune giurassiano di Tramelan-Dessus, Rossel aveva studiato giurisprudenza e filologia a Berna, Lipsia, Strasburgo e Parigi, conseguendo la laurea nel 1879 a Berna. La sua fama è legata da un lato alle sue opere letterarie, ai numerosi romanzi, drammi e poesie come pure ai suoi lavori di storico della letteratura e storico del Giura (52). Dall'altro lato però Rossel è stato anche un giurista di spicco. Dopo una breve attività forense aveva intrapreso la carriera accademica e nel 1883, appena venticinquenne, era andato a occupare la cattedra francese di diritto civile a Berna. Negli anni 1893-1894 e 1907-1908 era stato addirittura rettore di quell'università. A questo periodo risalgono i suoi importanti manuali sul diritto delle obbligazioni e sul diritto civile (53).

(49) *Ibidem*; cfr. anche O. GAUYE, *Inventar*, cit., p. 74 s.; P. AEBY, M. Vincent Gottofrey, cit., p. 355.

(50) Cfr. in merito l'articolo apparso su « La Patrie Suisse », 26 dicembre 1906, p. 301 s.

(51) *Ibidem*.

(52) J. FELL-DORIOT, *Cet étonnant Virgile Rossel*, Délémont, Editions Imprimerie jurassienne 1988. Ulteriori indicazioni in W. WICHSER, *Virgile Rossel. Zum 50. Todestag*, in « Schweizerische Juristen-Zeitung », LXXIX, 1983, p. 392. Rossel, appartiene, assieme ai giudici federali Andrea Bezzola e André Immer, alla sparuta categoria dei giudici-scrittori svizzeri.

(53) V. ROSSEL, *Manuel du droit civil de la Suisse romande. Cantons de Genève*,

Rossel seguì da vicino le vicende del CCS, dapprima partecipando all'elaborazione del progetto di Eugen Huber sul diritto di successione (1893), che tradusse anche in francese, poi facendo parte della Grande Commissione (1901-1903). Dal 1896 deputato radicale in seno al Consiglio Nazionale, prese parte a tutti i lavori parlamentari, si occupò della traduzione del Codice e, insieme a Gottofrey, ne fu il relatore francofono. Poteva dunque essere considerato l'aiutante più fedele di Huber, al quale lo legava anche un'amicizia personale ⁽⁵⁴⁾.

Nominandolo giudice federale, il Parlamento volle dunque inviare a Losanna uno dei legislatori, in grado di garantire, tra l'altro grazie anche alle sue ottime conoscenze delle tradizioni giuridiche francesi e tedesche, l'attuazione senza attriti del CCS ⁽⁵⁵⁾. La permanenza per un ventennio all'interno della Seconda Sezione di diritto civile, da lui presieduta due volte, sottolinea l'importanza di

Fribourg, Neuchâtel, Tessin, Vaud, Valais, et Berne (Jura bernois) suivi d'un abrégé portant sur le droit commercial et la procédure, Bâle / Genève, H. Georg 1886; ID./F. PAYOT, *Manuel du droit fédéral des obligations, Code fédéral des obligations et lois spéciales s'y rattachant*, Lausanne / Paris, F. Payot, L. Larose & Forel 1892; ID./F. H. MENTHA, *Manuel du Droit civil suisse*, Lausanne, Payot 1908; ID., *Code civil suisse: édition annotée, précédée d'une Introduction à l'étude du Code civil suisse et renfermant la Conférence des articles du Code, les renvois aux textes correspondants des Codes civil français et allemand, ainsi que l'Exposé des motifs, au Message du Conseil fédéral, au Bulletin sténographique des Chambres fédérales, la concordance avec l'Avant-projet de 1900 et le Projet du Conseil fédéral, des notes explicatives*, Lausanne, Payot 1908; ID., *Code civil, y compris le Code des obligations: éd. annotée, renfermant les textes complémentaires, ainsi que des notes explicatives, la conférence des articles, les renvois aux textes correspondants des Codes français et allemands, aux messages du Conseil fédéral, à l'Exposé des motifs et au Bulletin sténographique des Chambres fédérales*, Lausanne, Payot 1911.

⁽⁵⁴⁾ P. LIVER, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch. Entstehung und Bewährung. Erster Teil: Entstehung*, in: « Zeitschrift für Schweizerisches Recht » LXXXI, 1962, pp. 9-30, citazione a p. 28: « *der treueste Helfer Eugen Hubers* ». Cfr. anche O. GAUYE, *Inventar*, cit., in part. p. 59 s.; W. WICHSER, *Virgile Rossel*, cit. Sulla sua partecipazione ai lavori di revisione del Codice delle obbligazioni cfr. U. FASEL, *Handels- und obligationsrechtliche Materialien*, Bern, Stämpfli 2000, pp. 1143 ss.

⁽⁵⁵⁾ « Der Bund », 12 marzo 1912, p. 1: « Gerade von diesem Gesichtspunkte aus ist seine Wahl sehr begrüßenswert. Kommt doch mit ihm ein Mann ins Bundesgericht, der das neue Recht hat entstehen sehen, ja der einen nicht geringen Anteil an der Kodifikation für sich in Anspruch nehmen darf ». Cfr. anche E.G., *Zum Rücktritt von Bundesrichter Virgil Rossel*, in « Basler Nachrichten », 28 novembre 1932: la sua elezione al Tribunale Federale era « *allseits als gegeben betrachtet* ».

Rossel, documentata oltretutto dal tono e dai contenuti dei testi commemorativi ⁽⁵⁶⁾. Ritroviamo anche in questi testi l'ossessiva mitizzazione dell'armonica convivenza di teoria e prassi, di intelletto e senso pratico, che faceva di Rossel un portabandiera del « *Rechtsgefühl* » elvetico ⁽⁵⁷⁾.

Completava il gruppo dei giudici-legislatori e teorici in seno alla Seconda Sezione Alexander Reichel, primo giudice federale di area socialista ⁽⁵⁸⁾. Nato a Parigi nel 1853, figlio del compositore e direttore d'orchestra Adolf Reichel, dopo l'infanzia a Berna, studiò storia a Berna e a Lipsia, poi giurisprudenza, laureandosi nel 1877. Dapprima avvocato di grido, nel 1891 venne chiamato all'università di Berna come professore ordinario di diritto fallimentare, diritto processuale civile, storia del diritto bernese e diritto processuale amministrativo. Nel 1899 lasciava l'insegnamento per diventare direttore dell'Ufficio federale legislativo. In questa funzione seguì tutto l'iter legislativo del CCS ⁽⁵⁹⁾.

Va notato, per inciso, che la lista dei giudici federali coinvolti nella genesi del CCS non si limita a Gottofrey, Rossel e Reichel ⁽⁶⁰⁾: vanno citati anche Heinrich Hafner, che prese parte ai lavori per il progetto parziale di diritto ipotecario (1898); Johann Albert Affolter e Auguste Cornaz, che collaborarono alla stesura dei progetti dipartimentali; i membri della Grande Commissione di Esperti Oser, Lienhard, Rott, L. Weber, Winkler e F. Schmid. Nelle commissioni

⁽⁵⁶⁾ E.G., *Zum Rücktritt von Bundesrichter Virgil Rossel*, cit.: « Als Vorsitzender seiner Abteilung verstand er es im Widerstreit der Meinungen seine eigene Auffassung in konziser Kürze zu umreißen und da, wo eine solche Möglichkeit geboten war, eine Verständigung zu erleichtern ».

⁽⁵⁷⁾ V.M., *Virgile Rossel*, in « Der Bund », 2 giugno 1933, Nr. 253: « Alles was von ihm ausging, in Wort oder Schrift, war einfach, sauber und klar, wie es die Verbindung eines überlegenen Verstandes mit einem reinen und warmen Herzen mit sich bringt »; E.G., *Zum Rücktritt von Bundesrichter Virgil Rossel*, cit.: « Als Richter verstand es Virgil Rossel, den Stoff der Prozesse trefflich zu meistern, den Tatbestand auf seine wesentlichen Komponenten zurückzuführen und die aufgeworfenen Rechtsfragen mit sicherem Rechtsgefühl zu lösen ».

⁽⁵⁸⁾ Su di lui ora B. SCHINDLER, *Recht, Politik und Musik*, cit.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. O. GAUVE, *Inventar*, cit., p. 70 ss.; B. SCHINDLER, *Recht, Politik und Musik*, cit. p. 614 s.

⁽⁶⁰⁾ Prime indicazioni in B. DÖLEMEYER, *Nationale Rechtsvereinbeitlichung*, cit., pp. 1978 ss.

parlamentari (1904-1907) troviamo infine Müri e nuovamente F. Schmid. Tirando le somme, l'influsso del Tribunale Federale sulla genesi e sui contenuti del CCS non è stato di poco conto ⁽⁶¹⁾.

Ma torniamo a Reichel, che inizialmente liberale, si mise in evidenza come socialista della prima ora ⁽⁶²⁾. Nel 1880 fondò l'Associazione generale dei lavoratori di Berna e dintorni, nel 1889 contribuì a fondare il Partito socialista svizzero (PS), del quale rimase presidente fino al 1890. Dal 1886 al 1890 fece parte del Parlamento cantonale bernese, fino al 1899 anche del Parlamento comunale della città di Berna. Ma lentamente Reichel si staccò dal PS, non condividendone l'impostazione classista, e nel 1905, subito dopo la sua elezione nel Tribunale Federale, lasciò il partito.

La sua nomina avvenne su proposta del gruppo parlamentare radicale, al quale era aggregato lo sparuto gruppetto di socialisti ⁽⁶³⁾. La proposta trovò ampio sostegno (Reichel fu eletto con 165 voti su 175), malgrado l'orientamento politico di Reichel: « Reichel a fait autrefois de la politique socialiste, mais personne ne lui en a gardé rancune » ⁽⁶⁴⁾. La maggioranza borghese chiuse dunque un occhio sul suo passato politico, soprattutto in considerazione del ruolo svolto da Reichel nell'elaborazione del CCS, dove si era continuamente impegnato « pour faire triompher les solutions les plus libérales et les plus vraiment utiles » ⁽⁶⁵⁾. Anche per lui vale quanto scritto a proposito di Gottofrey, e cioè che in politica si era contraddistinto come un moderato e che la sua vera vocazione era quella dello scienziato e del giudice: « Il renonce à la politique, qui ne l'avait, du reste, jamais passionné, car il a toujours préféré les hauteurs sereines des spéculations juridiques » ⁽⁶⁶⁾.

⁽⁶¹⁾ Per una prima analisi in questo senso cfr. V. DUSS, *Gericht, Gesetz und Grundsatz. Entstehung und Funktion von Prinzipien des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts vor und nach der Einführung der zivilrechtlichen Kodifikationen (OR und ZGB)*, Zürich, Schulthess 2007, in part. pp. 121 ss.

⁽⁶²⁾ Cfr. B. SCHINDLER, *Recht, Politik und Musik*, cit., p. 604 ss.

⁽⁶³⁾ *Protokolle der Bundesversammlung*: Archivio Federale, E 1201 /995/539, vol. 4, numero. 724.

⁽⁶⁴⁾ « La Patrie Suisse », 12 luglio 1905, p. 158.

⁽⁶⁵⁾ *Ibidem*.

⁽⁶⁶⁾ A.B., *M. le D.r Alexandre Reichel. Juge fédéral*, in « La Patrie Suisse », 1916, N. 586, p. 50.

A Losanna fece parte della Corte di cassazione penale, della Sezione di diritto civile e di quella di diritto pubblico. Nel 1912 passò alla Seconda Sezione di diritto civile, dove rimase fino alle sue dimissioni per motivi di salute nel 1920. All'interno del Tribunale era considerato un giurista eccelso, di formazione romanista, di convinzioni liberali e restìo ai cambiamenti (67). Non si può dunque dire che la presenza di Reichel abbia avuto l'effetto della 'goccia di olio socialista' negli ingranaggi del Codice. Reichel rafforzò piuttosto l'orientamento liberale-borghese che impregnava il CCS (68). In qualità di cofondatore, coeditore e collaboratore del « *Zürcher Kommentar* », Reichel esercitò anche un notevole influsso sull'elaborazione della dottrina civilistica, rimanendo comunque, da buon giurista svizzero, un nemico dichiarato di ogni forma di puro « *Theoretisieren* » (69).

Completato il gruppo dei teorici, non ci resta che gettare uno sguardo sugli altri membri della Seconda Sezione, catalogabili come giuristi pratici, cominciando da Fritz Ostertag, che al momento della sua elezione, avvenuta il 17 dicembre 1903, era Presidente del Tribunale civile di Basilea. Nella complessa architettura degli equilibri, che caratterizza(va) ogni elezione nel Tribunale Federale, a favore di Ostertag giocò più che altro la pretesa del Canton Basilea-Città di essere finalmente rappresentato all'interno della corte suprema. Pretesa già formulata nella tornata elettorale del marzo 1903, quando Ostertag aveva racimolato alcuni voti, non sufficienti comunque per battere il bernese Viktor Merz (70). L'occasione si

(67) Così il suo collega V. MERZ, *Trauerrede*, in « *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins* », LVII, 1921, p. 108: « Seine Auffassungen wurzelten im römischen Recht; er war auch im Staatsrecht Individualist; neue Wege ging er als Richter nur zögernd mit und vertrat im allgemeinen, ich möchte sagen, eine klassische Richtung. » Inoltre Merz lo ricorda anche come musicista: *Ibidem*, p. 110: « In Lausanne war sein Haus gewissermassen das musikalische Zentrum des Bundesgerichts »; in merito anche B. SCHINDLER, *Recht, Politik und Musik*, cit., pp. 616 ss.

(68) Su questo aspetto e sulla declamata, ma di fatto non realizzata attenzione del CCS per la questione sociale, cfr. P. CARONI, *Il mito*, cit., pp. 406 ss., e più in generale ID., „*Privatrecht*“: *Eine sozialhistorische Einführung*, Basel-Frankfurt a. M., Helbing & Lichtenhahn 1988.

(69) Si vedano le citazioni in B. SCHINDLER, *Recht, Politik und Musik*, cit., p. 610 s.

(70) Cfr. *Protokolle der Bundesversammlung*: Archivio Federale, E 1201/995/

ripropose appunto nel dicembre dello stesso anno, quando si trattò di nominare il successore del giudice federale solettese Joseph Bläsi, morto in carica. Il gruppo parlamentare radicale aveva proposto un altro solettese, l'ex membro del governo cantonale avvocato Johann Albert Affolter ⁽⁷¹⁾, mentre il gruppo parlamentare di centro candidava Ostertag, che la spuntò al secondo turno ⁽⁷²⁾.

Al momento del suo ingresso nel Tribunale Federale, Fritz Ostertag era più o meno uno sconosciuto. Nato a Basilea nel 1868 come figlio di un commerciante, aveva studiato giurisprudenza a Basilea e Berlino, per poi intraprendere la carriera giudiziaria nella città natia. Dal 1898 era presidente del Tribunale civile basilese. A parte la sua tesi di laurea sul contratto assicurativo non aveva pubblicato nulla e non si era nemmeno messo in evidenza a livello politico.

All'interno del Tribunale Federale fece dapprima parte della Camera esecuzioni e fallimenti, dal 1905 della Sezione di diritto civile per passare nel 1912 alla Seconda Sezione di diritto civile. In questa nuova funzione sembra aver svolto un ruolo centrale nell'attuazione del CCS, presiedendo la Sezione per ben otto anni (1915-1922) e contribuendo a stabilire le linee direttrici della giurisprudenza ⁽⁷³⁾. Entrato al Tribunale Federale come giurista pratico, Ostertag si mise poi in evidenza anche a livello dottrinale, collaborando al « *Berner Kommentar* » e pubblicando un autorevole com-

539, vol. 4, numero 704. Ostertag era già stato inserito nella rosa dei candidati nella tornata elettorale del 12 giugno 1902, che portò all'elezione di Albert Ursprung, ma aveva raccolto solo un voto (*Ibidem*, numero 693).

⁽⁷¹⁾ Sul suo ruolo nell'elaborazione dei progetti dipartimentali del CCS cfr. B. DÖLEMEYER, *Nationale Rechtsvereinheitlichung*, cit., pp. 1978 ss.

⁽⁷²⁾ *Protokolle der Bundesversammlung*: Archivio Federale, E 1201/995/539, numero 709. Cfr. anche la relazione in « *La Patrie Suisse* », 1904, Nr. 271, p. 32. Affolter non dovette comunque attendere a lungo e entrò a far parte del Tribunale Federale l'anno seguente.

⁽⁷³⁾ WP., *Ein Jubilar*, in « *Neue Zürcher Zeitung* », 7 maggio 1948: « Mancher Jurist der älteren Generation wird sich entsinnen, wie klar und präzise er in jenen für die Gesetzesanwendung entscheidenden Jahren seine Auffassung vertrat und dabei die praktischen Auswirkungen der sich bietenden grundsätzlichen Rechtsfragen nie aus dem Auge verlor ». Cfr. anche E.G., *Dr. iur. Fritz Ostertag*, in « *Basler Nachrichten* », 5 maggio 1948.

mentario della Legge federale sul contratto d'assicurazione (74). A differenza dei suoi colleghi Ostertag non rimase fedele al Tribunale Federale fino alla vecchiaia: nel 1926 divenne direttore dell'Ufficio internazionale per la protezione della proprietà intellettuale.

Un altro membro della Seconda Sezione dal profilo chiaramente pratico, anche se completato da elementi politici, era Viktor Hauser. Nato nel 1867 nel comune zurighese di Horgen, figlio del cancelliere del tribunale di quel paese, Hauser aveva studiato giurisprudenza a Zurigo, Losanna e Berlino. Tornato in patria, era dapprima subentrato al padre e nel 1899 era poi stato eletto giudice al Tribunale cantonale zurighese, diventandone presidente nel 1910. I suoi primi contatti con il Tribunale Federale li ebbe a partire dal 1906, quando l'Assemblea Federale lo nominò giudice supplente. La sua carriera si svolse dunque tutta all'interno della giustizia.

Hauser non disponeva di particolari qualifiche accademiche. Non risulta che abbia conseguito il titolo di dottore in legge e di lui non vi sono pubblicazioni scientifiche. Questa mancanza era compensata però dalla sua carriera politica. Hauser aveva assolto il classico *cursus honorum* elvetico: 1892-1898 membro del parlamento comunale di Horgen, 1898-1899 sindaco di Horgen, 1899-1912 membro del Parlamento cantonale zurighese e suo presidente nel periodo 1906-1907 (da notare che questa carica non era considerata incompatibile con quella di giudice cantonale). Inoltre era anche presidente del Partito Radicale del Canton Zurigo. Nell'esercizio rivestiva il ruolo di maggiore.

Eletto nel 1912, insieme a Rossel, e inserito immediatamente nella Seconda Sezione di diritto civile, dove rimase fino alla prematura scomparsa nel 1924, Hauser sembra essere stato scelto sia per le sue innate qualità politiche di « Führer » che per la sua intelligenza 'pratica' e la sua vicinanza al « wirkliches Recht » (75). Evi-

(74) F. OSTERTAG, *Besitz und Grundbuch*, Art. 919-977 (ZGB), in *Berner Kommentar*, vol. 4/3, Bern, Stämpfli 1912, 1917²; Id., *Das Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag*, Zürich, Orell Füssli 1915, 1928².

(75) A. GUHL, *Bundesrichter V. Hauser*, in « Neue Zürcher Zeitung », 1 giugno 1924: « Er war ein äusserst temperamentvoller und schlagfertiger und daher immer eindrucksvoller Redner. (...) Hauser war der geborene Führer, ein ausgezeichnete Leiter grosser Tagungen und Versammlungen. (...) Hauser besass diese herrliche Gabe wahrer Führernaturen. (...) Für das wirkliche Recht hatte er eine wahre Leidenschaft.

dentemente, il Parlamento non riteneva sufficiente affidarsi al 'buon senso pratico' dei giuristi teorici, ma preferiva bilanciarne il peso attraverso l'inserimento di giudici immuni da atteggiamenti eccessivamente eruditi ed estranei a ogni forma di 'scolasticeria'.

A tenere insieme la Sezione ci avrebbe poi pensato un giudice federale collaudato come Heinrich Honegger jun., figlio del giudice federale Heinrich Honegger sen., che non solo aveva passato l'infanzia tra le toghe, ma era stato anche cancelliere al Tribunale Federale dal 1893 fino alla sua elezione nel 1901. La carriera di Honegger jun. si era svolta tutta all'interno della giustizia federale, senza bisogno di attributi politici o scientifici. Un giurista pratico dunque, munito del necessario « *rechtlicher Sinn* »⁽⁷⁶⁾ per far sì che l'attuazione del CCS rimanesse saldamente ancorata alla realtà elvetica.

Tutto sommato Eugen Huber poteva considerarsi soddisfatto, almeno per quanto riguardava la composizione del Tribunale Federale. La giurisprudenza era stata affidata ad alcuni dei suoi compagni nel viaggio codificatorio, coadiuvati da giuristi pratici, vicini al sentire popolare e garanti di una giurisprudenza « *volkstümlich* », tutti accomunati dallo spirito liberale-borghese che Huber aveva insufflato al Codice⁽⁷⁷⁾. Erano rappresentate le forze politiche, le varie tradizioni giuridiche e le regioni linguistiche, insomma: la

(...) Jede übergelehrte Scholastik war Hauser zeit lebens fremd. Die Grundlage seines scharfen juristischen Rüstzeuges war eine klare, unverbildete praktische Vernunft, gepaart mit einer untrügerischen Menschenkenntnis»; H. K., *Zur Erinnerung an Viktor Hauser*, in « *Neue Zürcher Zeitung* », 3 giugno 1924: « sein natürlicher Gerechtigkeits-sinn und praktischer Verstand, gepaart mit vollkommener Kenntnis des geltenden Rechts und ausgebreitetem allgemein-juristischem Wissen. Seine Referate waren Muster einer klarsichtenden Darstellung aller wesentlichen Tatsachen und schlagender Argumentation ».

⁽⁷⁶⁾ « *Chronik der Stadt Zürich* », III, 1901, p. 222; E.G., *Zum Tode von alt-Bundesrichter Dr. Heinrich Honegger*, in « *Basler Nachrichten* », 8 luglio 1940: « unbestritten und allgemein anerkannt zu den hervorragendsten Vertreter des Zivilrechts, dessen gründliche Referate und treffende Voten im Widerstreit der Meinungen stets Zeugnis seiner hohen Auffassung des Richteramtes ablegten ». Wp., *Alt-Bundesrichter Heinrich Honegger*, in « *Neue Zürcher Zeitung* », 8 luglio 1940: « Seine Richtertätigkeit wurde aber nicht nur vom scharfen Verstand, sondern auch vom warmen Herzen beherrscht, und nicht juristischer Formalismus, sondern der Sinn für Billigkeit war sein Leitstern ».

⁽⁷⁷⁾ In merito P. CARONI, *Il mito*, cit., pp. 406 ss.

Seconda Sezione era un capolavoro di armonia elvetica (come d'altronde pretendeva di esserlo anche il codice huberiano).

5. *Giudici-legislatori?*

Resterebbe ora da esaminare più approfonditamente la giurisprudenza della Seconda Sezione, per cercare di capire in che modo, dietro all'armoniosa facciata, venne applicato il CCS e, soprattutto, come i giudici federali usarono il potere discrezionale che il Codice aveva loro attribuito (in particolare negli articoli 1, 2 e 4). Mancando a tutt'oggi analisi dettagliate su questi argomenti, mi limito ad alcuni cenni.

Già da tempo è stato sottolineato che « il giudice svizzero, notoriamente timoroso e quindi non troppo propenso a valorizzare le libertà conferitegli dal codice, abbia fatto uso dell'ambito volutamente sottratto alla logica legale non tanto per sconvolgerla o almeno ridimensionarla, quanto per rafforzarla » (78). Quello del giudice-legislatore sarebbe dunque solo un (altro) mito. Scorrendo, anche solo sommariamente e dunque senza nessuna pretesa di completezza, le sentenze dei primi anni di attività della Seconda Sezione di diritto civile, quanto affermato trova delle conferme: spesso l'interpretazione della norma in questione si limita all'elemento grammaticale, confrontando le tre versioni ufficiali (tedesca, francese e italiana) del CCS (79). Se rimangono dei dubbi si passa poi all'elemento storico, analizzando i materiali legislativi (progetti, messaggio del Consiglio Federale, ma principalmente i dibattiti parlamentari) (80). I giudici citano dunque sé stessi; a livello argomentativo una specie di serpente che si mangia la coda e una forma

(78) P. CARONI, *Il mito*, cit., p. 410. Fondamentali al riguardo rimangono A. MEIER-HAYOZ, *Der Richter als Gesetzgeber*, Zürich, Juris-Verlag 1951; C. DU PASQUIER, *Les lacunes de la loi et la jurisprudence du Tribunal Fédéral*, Basel, Helbing & Lichtenhahn 1951. Si vedano inoltre G. BIAGGINI, *Verfassung und Richterrecht*, Basel, Helbing & Lichtenhahn 1991; P. FORSTMOSER ET AL., *Rechtsanwendung in Theorie und Praxis*, Basel, Helbing & Lichtenhahn 1993; M. AMSTUTZ, *Der Text des Gesetzes*, cit.

(79) Si vedano ad esempio Decisioni del Tribunale Federale (=DTF) 40 II 24s, DTF 41 II 19, DTF 42 II 33, DTF 43 II 37.

(80) Esempi in DTF 38 II 60, DTF 41 II 14, DTF 41 II 26, DTF 42 II 15, DTF 42 II 25, DTF 42 II 32, DTF 44 II 22.

inedita di interpretazione autentica. Infine di lacune non si parla se non quando sono le parti a prospettarle, e in quel caso la loro esistenza viene perentoriamente negata ⁽⁸¹⁾.

E la dottrina? Le sentenze sono sobrie e rispettano dunque l'atteggiamento pragmatico di fondo della cultura giuridica svizzera. Nessun esercizio di ginnastica accademica, ma solamente ogni tanto un rimando ai primi commentari o al dibattito scientifico (spesso citando sé stessi) ⁽⁸²⁾. Non mancano i rinvii alla dottrina e alla giurisprudenza tedesca e a quella francese, più che altro citate a conferma della posizione del tribunale o per meglio chiarire le radici di un istituto giuridico ⁽⁸³⁾.

In sintesi, i giudici della Seconda Sezione danno l'impressione di essere stati molto sicuri di sé e di non aver avuto bisogno di argomentazioni molto ricercate per individuare la volontà del legislatore (che era in parte la propria) e lo spirito della norma ⁽⁸⁴⁾. Che abbiano in questo modo contribuito a mettere in pratica il programma che Huber (e loro con lui) aveva definito, lo attestano le prime, anche se parziali analisi sulla giurisprudenza dei primi anni dopo l'entrata in vigore del CCS: nell'ambito del diritto matrimoniale la Seconda Sezione instaurò una prassi restrittiva in materia di divorzio, realizzando lo scopo espressamente indicato da Huber di rendere più difficili i divorzi e di anteporvi la protezione della famiglia ⁽⁸⁵⁾. Nei processi di paternità i giudici concretizzarono il concetto di condotta di vita immorale orientandosi al sentire co-

⁽⁸¹⁾ DTF 41 II 47, DTF 45 II 26.

⁽⁸²⁾ DTF 38 II 60 (Rossel, in questo caso però il tribunale non ne condivide la posizione), DTF 39 II 4 (Rossel), DTF 40 II 34 (Reichel), DTF 41 II 31 (Ostertag), DTF 42 II 26 (Rossel), DTF 43 II 4 (Reichel), DTF 43 II 38 (Rossel), DTF 44 II 19 (un esempio di discussione più ampia della dottrina elvetica, che il tribunale peraltro non segue).

⁽⁸³⁾ Per la dottrina e la giurisprudenza tedesca cfr. ad esempio DTF 41 II 28, DTF 42 II 7, DTF 43 II 22, DTF 45 II 32; per quella francese DTF 41 II 49, DTF 45 II 13, DTF 45 II 32.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. ad esempio DTF 40 II 24, DTF 41 II 47, DTF 42 II 15, DTF 43 II 38, DTF 45 II 26.

⁽⁸⁵⁾ V. Duss, *Die Rechtsprechung des Bundesgerichts vor und nach Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs im Bereich des Eherechts unter besonderer Berücksichtigung der Ehescheidung*, in *Gericht und Kodifikation*, cit., pp. 29 ss. Cfr. anche Id., *Gericht, Gesetz und Grundsatz*, cit.

mune e dando seguito a uno dei concetti fondamentali del CCS che era quello della « *Volksnähe* »⁽⁸⁶⁾.

A conti fatti, dunque, le preoccupazioni di Eugen Huber erano infondate, almeno in merito a quei casi che erano sottoposti al vaglio del Tribunale Federale, dove giudicavano dei giudici(-legislatori) *bouches de la loi*, ma alla maniera elvetica.

(86) L. GSCHWEND-M. LENARCIC, *Die familienrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts nach Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches unter besonderer Berücksichtigung des ausserehelichen Kindesverhältnisses und der Ehescheidung*, in *Gericht und Kodifikation*, cit., pp. 39-69. Nello stesso volume si veda anche K. BAYERLE, *Die Reaktion der Justiz auf die Kodifikation des ZGB - Kausalität und Eigentumsübergang an Fabrmis*, pp. 117-160. Ulteriori indicazioni già in T. GUHL, *Die Verselbständigung der dinglichen Rechte im Schweiz. Zivilgesetzbuch*, in *Festgabe Eugen Huber zum siebzigsten Geburtstage*, a cura di Juristische Fakultät der Universität Bern, Bern, Wyss 1919, pp. 54 ss.; H. MERZ, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, cit.

CARLOS MIGUEL HERRERA

ENTRE ÉQUITÉ ET SOCIALISME?
LE JUGE ET LA QUESTION SOCIALE
DANS LE DÉBAT POLITICO-DOCTRINAL FRANÇAIS
DU DÉBUT DU XXE SIÈCLE

« Période anarchique du droit, période inductive:
les faits débordent les idées reçues »
Maxime Leroy

Pour Leila

I. La découverte du juge par la science juridique. — A. Théorie des sources et fonction sociale du juge. — B. L'irruption de l'équité. — II. La valorisation du juge par le socialisme. — A. La jurisprudence et la transformation du droit. — B. Conscience collective et paix sociale: vers l'arbitre-juge.

Tout projet de changement social se méfie du juge. L'exemple topique se retrouve, bien entendu, sous la Révolution française, où souveraineté de la loi et silence du juge vont de paire. Mais des transformations moins radicales dans le « court XXe siècle », comme le passage de la monarchie à la république en Europe centrale, au lendemain de la Première Guerre mondiale, ou à l'autre extrême temporel, la fin du régime de l'Apartheid en Afrique du Sud, voient également l'émergence de ce type de discours qui fait du juge un représentant par excellence de l'ancien état de choses et, s'il ne peut pas être supprimé, doit être au moins contourné. On remarquera qu'il ne s'agit pas toujours d'un discours *directement* politique: l'avènement de la justice constitutionnelle en Autriche ou en Afrique du Sud reprend aussi, dans une place centrale, ces éléments.

La question ne touchait d'ailleurs pas seulement le politique,

mais également la doctrine juridique: le livre d'Edouard Lambert *Le gouvernement des juges* avait illustré, en 1921, les modes d'opposition aux évolutions en matière de législation sociale dans les tribunaux fédéraux nord-américains, par l'intermédiaire du contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois. Toutefois, c'est dans les courants directement attachés aux changements sociaux — y compris ceux qui pensent que la question sociale « est une question juridique » — que ce discours se systématise comme critique.

Si l'on s'arrête à la vision de celui que l'on tient pour le fondateur du « socialisme juridique » — c'est contre lui, en tout cas, qu'Engels et Kautsky forgent l'expression, dans un sens péjoratif — l'autrichien Anton Menger, nous retrouvons déjà les éléments de la critique du juge en matière sociale. En spécialiste de droit de la procédure qu'il était, Menger estimait que les tribunaux finissaient toujours par favoriser les riches contre les pauvres. Même dans les circonstances du procès où le juge avait la plus grande liberté de décision par rapport aux textes légaux ou aux faits, la reconstruction des circonstances internes des parties, il ne saurait guère interpréter les mobiles des couches sociales dépossédées. Il en était ainsi, surtout, pour tout ce qui touchait aux atteintes à la propriété privée. Menger illustrait son propos avec un exemple tiré du droit pénal: devant un vol, le juge penchera d'autant plus facilement du côté de la culpabilité du pauvre qu'il est lui-même propriétaire ... Par ailleurs, étant donné que l'impulsion du procès reste aux mains des parties, le juge ne fera rien pour corriger les faiblesses de la défense des intérêts de la partie la plus pauvre, qui se retrouve doublement victime, de l'exiguïté de ses moyens pour engager un bon avocat et de la passivité du tribunal ⁽¹⁾.

Pour y remédier, Menger proposera, en spécialiste, une réforme de la procédure qu'il qualifie de « radicale » même si elle n'implique pas un changement du système économique. Elle se compose de deux grands volets: le premier consistait à imposer au juge civil l'obligation de renseigner, gratuitement, les classes populaires sur leurs droits, afin de neutraliser leur situation d'infériorité

(1) A. MENER, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen. Eine Kritik des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Laupp, Tübingen, 1890, pp. 29-31.

juridique dans le procès. Sur un plan plus spécifique, ensuite, le juge devait procéder d'office, une fois produite la contestation de la demande, en assumant la représentation de la partie défavorisée socialement, qu'il agisse en qualité de demandeur ou de défendeur. Mais la méfiance envers le juge reste telle que Menger propose que ces nouvelles fonctions judiciaires soient confiées à l'assistance juridictionnelle gratuite — les *Armenadvokaten* du droit de la procédure autrichien. Lorsque, plus tard, cette fois-ci en « socialiste », il élabore un système social alternatif, l'Etat populaire du travail, la réforme est plus radicale. Le juge sera remplacé par ce qu'il appelle « les autorités de l'ordre » (*die Ordnungsbehörden*), qui rempliront les fonctions répressives des tribunaux, tandis que les jugements des affaires civiles — centrales dans l'État individualiste — seront absorbés par une sorte de contrôle administratif, qu'il prévoit comme « peu étendu » (2).

Néanmoins, comme on peut l'observer dans ce premier avatar juridique du socialisme, la rupture avec la figure du juge n'est pas totale: dans l'Etat individualiste, « les tribunaux sont l'organe des gouvernés », dans la mesure où les grands fins de la vie humaine sont placés sous leurs protections. C'est pourquoi Menger imagine ces « autorités de l'ordre » du nouvel Etat comme dotées des mêmes garanties d'indépendance dont bénéficie la magistrature en droit positif, du moment où elles seront au service de l'intérêt de tous. Il en est de même en ce qui concerne l'organisation en instances, tant des autorités de l'ordre que des autorités économiques, qui pouvait être reprise du système juridictionnel « individualiste ». En défini-

(2) Sous un État déjà socialisé, ces autorités de l'ordre fonctionneraient toujours comme une instance d'appel pour les décisions prises par les autorités économiques. Par ailleurs, toujours dans la période de transition, les tribunaux remplaceraient les organes administratifs de l'État actuel dans la résolution des « affaires qui ont trait au maintien des rapports de pouvoir ». Ils réuniraient ainsi la juridiction pénale et administrative. Puisque dans son modèle la socialisation est évolutive, les tribunaux devraient aussi exercer la juridiction civile sous la modalité du droit individualiste pour les citoyens vivant encore — le temps de compléter le passage d'un système à l'autre — sous un régime de droit privé. Pour plus de détail sur doctrine mengérienne, nous nous permettons de renvoyer à C. M. HERRERA, *Socialisme juridique et droit de la procédure — La pensée d'Anton Menger*, J. HAUTBERT, S. SOLEIL (dir.), *Modèle français, enjeux politiques et élaboration des grands textes de la procédure en Europe*, t. II, Paris, Éditions juridiques et techniques, 2008, pp. 231-249.

tive, Menger pense que la métamorphose des actuels tribunaux en autorités de l'ordre sera aisée, car « leur organisation, et en particulier, la préparation professionnelle et le mode de sélection des membres des tribunaux devraient être conservés », bien que, « pour des raisons politiques, une grande partie du haut personnel judiciaire devrait être changé » (3).

Dans les élaborations de Menger, nous retrouvons déjà toutes les composantes d'une vision socialiste du juge — et elles ne sont pas unidimensionnelles. Méfiance, d'abord, envers un corps dont les membres sont majoritairement issus des classes privilégiées, distance des classes populaires renforcée encore par un enseignement du droit ésotérique et formel. Mais derrière la critique, il se dessine aussi l'importance d'une instance apte à régler les conflits, même si elle est placée au plus près des besoins sociaux. Plus encore: d'après Menger, le juge civil pourrait mitiger le caractère trop unilatéralement bourgeois des codes si, au lieu d'appliquer le principe d'analogie en cas d'absence de disposition spécifique dans la loi, il décide en opportunité (*Zweckmäßigkeitgründen*). Certes, les juges actuels ne sauraient guère faire bon usage de cette liberté, qui viendra renforcer encore les lois; mais une nouvelle génération, formée dans les idées sociales, pourrait coopérer déjà à la réforme du droit civil (4).

Ces éléments vont se redéployer dans les débats qui traversent la France au début du XXe siècle, et qui placeront, par des biais différents, le juge au cœur des évolutions, sociales et politiques, du droit. La discussion est marquée par la convergence de deux, puis de trois facteurs: une évolution doctrinale très puissante, qui renouvelle la théorie des sources du droit, d'un côté, et l'émergence d'une vision socialiste du droit qui épouse très fortement la voie réformatrice, de l'autre (5); entre les deux viendra s'insérer un mouvement

(3) A. MENGER, *L'État socialiste*, trad. franç., Société Nouvelle de Librairie et d'Édition, 1904 (1903), pp. 264-271 notamment.

(4) A. MENGER, *Das bürgerliche Recht ...* cit., p. 25.

(5) Pour une présentation de ce double mouvement, nous nous permettons de renvoyer respectivement C. M. HERRERA, *Antiformalisme et politique dans la doctrine juridique sous la Troisième République, Mil neuf cent*. *Revue d'histoire intellectuelle*, 2011, Id. *Par le droit, au-delà du droit ? Sur les origines du socialisme juridique en France*, in *Par le droit, au-delà du droit. Textes sur le socialisme juridique*, Paris, Kimé, 2003, pp. 7-30.

jurisprudentiel qui aura un fort impact aussi bien sur la pente doctrinale que sur la pente politique des élaborations. Ces trois facteurs convergent dans la vision du juge comme la figure institutionnelle la plus proche du mouvement social, non seulement comme un simple élément mais comme un acteur central d'un changement, que certains veulent radical.

Nous allons revenir, dans une première partie, sur la place nouvelle pour la jurisprudence qui se dessine dans la doctrine juridique, pour retrouver, dans un deuxième moment, ses échos dans les élaborations socialistes sur le droit.

I. *La découverte du juge par la science juridique.*

La fin du XIX^e siècle est marquée par la réappropriation de la jurisprudence par la science du droit. Mais ce développement, en France en particulier, tente d'éviter très tôt l'écueil du subjectivisme du juge, pouvant le conduire à écarter la loi. Car, tout en reconnaissant la portée de la vie sociale sur la loi, d'autres formes d'objectivité doivent être déterminées rationnellement par la doctrine.

A. *Théorie des sources et fonction sociale du juge.*

On ne saurait jamais assez insister sur le lien interne qui connecte la critique de la loi comme « source complète et suffisante de solutions juridiques » et partant, des constructions purement logiques pour fonder objectivement des solutions, de l'évolution politique et sociale des Etats européens dans ce XIX^e siècle finissant. Raymond Saleilles, l'un des principaux acteurs français de ce mouvement de rénovation doctrinale ⁽⁶⁾, pense que l'adaptation de

⁽⁶⁾ Sur Saleilles, la littérature est très importante, en commençant par les deux grandes analyses que lui sont consacrées peu après son disparition, E. Gaudemet, *Raymond Saleilles 1855-1912*, « Revue Bourguignonne de l'Université de Dijon », 22, 1912, et E. Thaler (dir.), *L'Œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, Rousseau, 1914. Le travail pionnier de P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, « Rivista di diritto civile », XXXIX, 1993, ouvre le renouveau de la recherche sur sa signification: pour une synthèse récente, dans une bibliographie abondante, voir A. Aragonese, *Un jurista del Modernismo. Raymond Saleilles y los orígenes del derecho comparado*, Getafé, Biblioteca del Instituto Antonio de Nebrija de estudios sobre la Universidad, 2009. Pour une

la loi à la vie, à ses nécessités « est l'objet propre de la science du droit », et que donc « la pénétration des besoins économiques du temps présent est la première nécessité de tout juriste moderne ». En même temps, comme l'exprime un autre tenant du renouvellement, François GénY, si le droit veut « rester maître du mouvement, qu'il doit sans cesse diriger », il doit faire une place dans l'organisation positive à « plus de fraternité profonde », à plus de « solidarité sociale », une opération définie comme « mieux égaliser les conditions de la lutte entre les activités rivales, d'assurer une répartition des profits plus exactement proportionnée aux efforts et aux besoins de chacun, d'atténuer les rigueurs excessifs du droit individuel en considération de l'intérêt social et commun » (7).

Et pour Saleilles, c'est la jurisprudence, plus que la loi, qui est plus à même de réaliser l'adaptation de l'abstrait au concret et surtout de se saisir des évolutions sociales, du conflit entre le droit individuel et le droit social. D'après lui, déjà le vieux Code civil avait fait du juge « l'interprète de la conscience sociale collective » (8). Le juge, en effet, est investi « d'une mission sociale très haute, qui consiste à rechercher, non pas dans un système de justice idéale, mais dans l'objectivité des réalités économiques et sociales, les créations juridiques susceptibles de s'adapter à l'ensemble de la loi et à solliciter, en même temps, l'adaptation de la loi à leur nouvelle formule scientifique, en vue de l'utilité sociale et du progrès de l'idée de justice » (9).

La jurisprudence apparaît dans une place centrale, la plaque

lecture philosophique, v. M. XIFARAS, « *La Veritas Iuris selon Raymond Saleilles. Remarques sur un projet de restauration du juridisme* », *Droits*, t. 47, 2008, p. 77 sqq.

(7) F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, LGDJ, 19192, t. II, pp. 226 ss. La bibliographie secondaire sur GénY est également très vaste; nous nous contentons ici de renvoyer à deux œuvres collectives récentes: *François GénY e la scienza giuridica del Novecento*, « *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico* », XX, 1991, et CL. THOMASSET, J. VANDERLINDEN, P. JESTAZ (dir.), *François GénY, mythe et réalités. 1899-1999, Centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Montréal, Blais, 2000.

(8) R. SALEILLES, *Le Code civil et la méthode historique*, in Société d'Etudes Législatives, *Le Code civil 1804-1904. Livre du Centenaire*, Paris, Rousseau, 1904, pp. 100, 126.

(9) R. SALEILLES, *Méthode historique et codification*, « *Atti del Congresso Internazionale di Scienze Storiche* », Rome, 1904, p. 21.

tournante en quelque sorte — Saleilles parlait d'un organe intermédiaire — entre les besoins sociaux et les nouvelles lois. Bien plus, c'est à la jurisprudence qu'échoue le rôle d'assurer la « parfaite et constante adaptation aux exigences de la vie sociale » (10). Comme l'affirmait Adhémar Esmein dans un article programmatique paru en 1902, pour la satisfaction des nouveaux besoins, « l'œuvre de la jurisprudence devancera toujours celle du législateur car celui-ci n'intervient que lorsque le nouvel état de choses a pris de larges proportions ». C'est pourquoi il juge qu'elle doit devenir le principal objet d'étude du point de vue scientifique. Mais, en même temps, lorsque de nouveaux rapports sociaux apparaissent, la doctrine doit « ébaucher, scientifiquement, juridiquement, les solutions possibles », prenant une initiative qui n'appartient pas aux tribunaux (11).

Car, très rapidement un risque apparaît: « Vous voyez, s'exclamait Saleilles, le danger considérable dont nous sommes menacés, celui du juge prenant sur lui de réformer la loi par des faux-fuyants, au gré de ses opinions économiques ou sociales! » (12). Et il ne reste pas au seul constat: bien que le juge doive pouvoir marcher avec son temps, « nous ne voulons pas de l'arbitraire du juge ».

En effet, pour les promoteurs du renouvellement de la science du droit, la jurisprudence ne « réalise le progrès que par l'application d'une bonne méthode juridique ». Du coup, la science juridique devient la « science de l'interprétation juridique ». Elle répond à deux questions: « A quel moment une nécessité sociale est-elle suffisamment entrée dans la conscience juridique d'un pays pour que le juge la traduise en règle juridique, pour qu'il lui donne la

(10) F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, cit., p. 225.

(11) A. ESMEIN, *La jurisprudence et la doctrine* « Revue trimestrielle de droit civil », 1902, pp. 16, 11.

(12) R. SALEILLES, « Introduction », *Les Méthodes juridiques* (leçons faites au Collège libre des sciences sociales en 1910), Paris, Giard et Brière, 1911, p. XXII. Il s'agit d'un ensemble de conférences, organisé à l'initiative de Saleilles. Il note d'ailleurs « si j'oserais, je vous dirais encore, pour être moderne, ultra-moderne, demandez aux socialistes [...] de quelle arme ils comptent se servir pour faire pénétrer sans trop de secousses leurs revendications dans votre état social. De la méthode juridique vous répondront-ils. Il y a avait autrefois un socialisme révolutionnaire. Je ne veux pas dire, hélas! qu'il n'y en ait plus. Mais il y a, en plus, un socialisme juridique » (pp. XII-XVIII).

consécration de l'interprétation judiciaire », puis, cette transformation devenant nécessaire, « comment la réaliser sous forme judiciaire » (13).

Comme le notait Saleilles: « L'interprétation large et les libres pouvoirs que nous réclamons pour le juge ne sont admissibles, socialement et scientifiquement, que si, à côté des textes et à défaut d'eux, nous pouvons fournir certaines bases objectives d'interprétation ». En d'autres termes, la reconnaissance d'une large place à l'appréciation personnelle du juge dans l'application du droit ne doit donc pas conduire à ignorer « les éléments objectifs pouvant révéler les exigences de la justice ou de l'utilité sociale, et capables de fournir au juge la lumière qui éclaire ses décisions, quand la loi le laisse en défaut, et qu'il est réduit à ses propres forces pour résoudre les problèmes qui soulève, à chaque pas, la vie » comme l'écrit Géný, celui qui, parmi ces auteurs, illustre peut-être le mieux — en tout cas, de la manière la plus systématique — cette préoccupation (14). La « libre recherche scientifique », comme l'on sait, est la démarche qui caractérise ce processus où la liberté de l'interprète est restreinte par les « éléments objectifs que la science peut seule lui révéler ».

Les éléments impératifs des jugements, que le juge a pour mission de rechercher, sont extérieurs à lui, se trouvent dans une « réalité objective de lois existante ». Mais cette « réalité objective » n'a pas pour ces juristes des effets immédiats ou directs sur la décision du juge, qui voit en quelque sorte sa liberté encadrée par la science, « par une puissante, longue et abondante doctrine scientifique sur la base de l'histoire » ... C'est la doctrine — « à la fois prudente et hardie, conservatrice et progressive » — qui, en définitive, « doit préparer et justifier les innovations ou les hardiesses » de la jurisprudence. Dans l'action propre du juge, en revanche, doivent primer les scrupules « de ceux qui se heurtent aux intérêts concrets ressortant des réalités de la vie » (15). Surtout, le juge « doit accepter à la base de ses méthodes d'interprétation l'idée et la conviction qu'

(13) R. SALEILLES, *Le droit romain et la démocratie*, Extrait des *Studi in onore di Vittorio Scialoja*, Prato, Giachetti, 1904, p. 14.

(14) F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, cit., p. 219.

(15) R. SALEILLES, *Ecole historique et droit naturel*, « Revue trimestrielle de droit civil », 1902, t. I, pp. 102, 104; ID., *Méthode historique et codification*, cit., pp. 21-22.

il y a une justice individuelle, objectivement existante, et qui doit se concilier avec la justice sociale dont la loi est l'expression impérative » (16).

Dans la libre recherche scientifique prônée par GénY nous retrouvons ainsi deux éléments. D'une part, la raison et la conscience, qui, d'après lui, permettraient de découvrir « les bases mêmes de la justice » au for de l'interprète. D'autre part, tourné vers l'extérieur en quelque sorte, les phénomènes sociaux, « pour saisir les lois de leur harmonie et les principes d'ordre qu'ils requièrent » (17). C'est dans cette combinatoire que s'instaure l'interprétation, mais la tension que celle-ci renferme semble rapidement évacuée, du moins au niveau de la jurisprudence — GénY garde ici une certaine ambiguïté de sens —, dont la tâche consiste « à dégager et à appliquer aux relations qu'engendre l'état de la société, sous la sanction qu'assure la force du pouvoir social, des règles qui soient de nature, en satisfaisant notre intime sentiment de justice, à maintenir entre tous les intérêts, avec la sécurité essentielle, l'harmonie désirable, conformément à la fin assignée par Dieu à l'humanité » (18). Dans cette phrase tirée de son introduction de 1899 à son maître-livre, on doit retenir davantage, contrairement aux apparences de prime abord, l'idée d'harmonie des intérêts, dans un contexte socialement complexe, que les fins divines auxquelles le catholique GénY ne croit pas moins.

Il s'agit toujours d'éviter l'empirisme qui laisserait croire, comme l'écrit Saleilles, « qu'il suffit d'une iniquité légale, d'une discordance de la loi avec la réalité, ou d'un besoin urgent qui se fait jour, pour que le juge, de son autorité propre, ait qualité pour abroger les textes, les fausser ou les laisser périmer » (19). Par

(16) « Revue internationale de l'enseignement », 1902, cité par F. GÉNY, *La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode, dans l'œuvre de Raymond Saleilles*, dans *L'Œuvre juridique de Raymond Saleilles*, cit., p. 45.

(17) F. GÉNY, *Méthode d'interprétation ...*, cit., t. II, p. 92.

(18) F. GÉNY, *Méthode d'interprétation ...*, cit., t. I, p. 5. En effet, comme il l'écrit un peu plus tard, « au point où il deviendrait vraiment utile à la vie, le droit naturel refuse ses services ». Id., *Les procédés d'élaboration du droit civil*, dans *Les Méthodes juridiques*, cit., p. 188.

(19) R. SALEILLES, *Lettre à M. P. Desjardins sur l'Enseignement du Droit*, Union pour la vérité, « Correspondance Mensuelle » (Cahier annexe), 1907, p. 16.

conséquent, il insiste sur le fait que « le juge doit accepter à la base de ses méthodes d'interprétation l'idée et la conviction qu'il y a une justice individuelle objectivement existante et qui doit se concilier avec la justice sociale dont la loi est pour lui l'expression impérative; que par suite, s'il a le droit d'orienter l'interprétation évolutive d'une loi, en dehors de ses termes formels, il doit prendre pour guide cette conviction absolue de l'idée de justice dans son adaptation aux exigences de l'ordre social » (20). Autrement dit, ce que Saleilles présente comme « les éléments objectifs ou les réalisations objectives du droit naturel, dans sa manifestation historique au cours de l'évolution sociale ». Ces réalisations objectives se trouveraient d'après lui dans l'analogie législative, la conscience juridique de la collectivité et dans le droit comparé, qui apparaît finalement comme la voie la plus sûre du point de vue scientifique.

En tout cas, à l'objectivité du texte « il faut joindre désormais l'objectivité résultante des réalités économiques et sociales » (21). Selon Saleilles, il faut que « tous les facteurs qui concourent à l'évolution du droit, facteurs moraux, facteurs économiques, facteurs sociologiques, soient pris en considération par le juge, comme bases objectives et scientifiques de son interprétation ». Mais, ajoute-t-il, à une condition: « les mettre en harmonie avec l'ensemble de la loi et du droit du pays; sinon, on risque de sacrifier à un progrès imaginaire de la liberté, l'ordre et le sentiment même de la légalité » (22). En effet, « lorsque l'opinion commune, telle qu'elle se forme et s'adapte peu à peu aux transformations économiques et sociales d'une époque, se fait *unanime* sur certains concepts de justice, et que cette conception est telle [...] que ceux-là à qui elle s'oppose sont prêts à en reconnaître eux-mêmes le bien fondé, le juge a le droit de se faire l'organe, non pas aveugle et purement passif, de ce sentiment inorganique de la conscience collective, mais l'interprète qui sache s'en inspirer, *pour l'adapter à l'ordre juridique légal dont il est le gardien et le défenseur* » (23).

(20) R. SALEILLES, *Ecole historique et droit naturel*, cit., p. 105.

(21) R. SALEILLES, *Méthode historique et codification*, cit., p. 19.

(22) R. SALEILLES, *Conférence sur les rapports du droit et de la sociologie*, « Revue internationale de l'enseignement », 1904, p. 432.

(23) R. SALEILLES, *Ecole historique et droit naturel*, cit. p. 108 (nous soulignons).

C'est seulement à cette condition que le juge se place comme « le régulateur de la vie sociale dans ses rapports avec la loi », l'intermédiaire entre celle-ci et la conscience sociale, « en ce sens qu'il doit mettre la loi incessamment au point de l'évolution morale, juridique et sociale [...]. De là l'interprétation incessamment progressive et vivante de la loi par le juge [par laquelle] le droit s'intègre à nouveau dans la vie sociale » (24). C'est le juge qui apparaît comme l'« instrument d'assimilation toujours actif », notamment en matière de droit privé, ou l'intervention du législateur doit rester rare, comme le rappelle toujours Gény.

En revanche, l'interprétation libre n'est qu'un symptôme « de l'impatience de la démocratie à réaliser un droit plus équitable sans attendre la loi » (25). « Pour échapper à tout arbitraire et à tout subjectivisme personnel », souligne Saleilles, les futurs magistrats doivent s'acquitter des « procédés de la technique juridique », et c'est seulement après que le juge pourra « faire entrer en ligne de compte, dans son interprétation du droit, les grands mouvements d'opinion qui se forment dans le domaine économique et social ». Il s'agirait de « concilier l'idée d'une sorte de droit coutumier judiciaire, avec le maintien de la suprématie légale » (26). Ce qui revient à affirmer, sur un plan plus général, que la jurisprudence ne constitue pas une source autonome à côté de la loi.

Ce n'est pas un hasard si Gény, revenant sur la théorie de Saleilles après sa mort, jugeait que sur les trois bases objectives que son ami avait décelé pour guider la décision du juge, l'usage de la conscience juridique collective « requiert une appréciation délicate, qui doit laisser à cet instrument d'interprétation un rôle subordonné ». En effet, Gény, en jusnaturaliste plus conscient, percevait les difficultés politiques d'une telle notion, à moins de se contenter de « l'affirmation qu'elle ferait elle-même de son autorité » (27).

(24) R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, (1902), cité par P. BUREAU, *Raymond Saleilles*, Union pour la vérité, « Correspondance », 15 mars 1913, p. 13.

(25) R. SALEILLES, *Le droit romain et la démocratie*, cit., p. 13.

(26) R. SALEILLES, *Lettre à M. P. Desjardins sur l'Enseignement du Droit*, cit., pp. 33, 48.

(27) F. GÉNY, *La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode*, dans *l'œuvre de Raymond Saleilles*, dans *L'Œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, Rousseau, 1914, pp. 55, 47. C'est pourquoi Gény réclamait « la reconnaissance positive,

Dès lors, tout son effort sera d'ériger un système assez subtile pour permettre la conciliation entre ces deux pôles de l'élaboration juridique qu'il nomme le « donné » et le « construit », autrement dit, entre « un fond de vérités morales et économiques, qui placées en présence des faits, commandent, pour les régir certaines directions », un « juste objectif », et la forme qui « permet au progrès juridique de s'épanouir pleinement, suivant les exigences, incessamment renouvelées de la vie sociale », et qui restent deux ordres de facteurs irréductibles, saisis respectivement par la science et la technique.

Même s'il affirme que l'on ne peut établir de hiérarchie absolue entre la science et la technique, du point de vu pratique, « seule la technique offre au jurisconsulte un champ d'action autonome, où il puisse véritablement nourrir l'espoir de *créer et renouveler le droit postulé par l'heure présente* » (28). Et le centre de gravité de la technique est « la technique d'interprétation du droit, dont les principaux intérêts qu'elle doit satisfaire sont la sécurité des attentes, la stabilité des situations acquises, et la réalisation du droit établi. Surtout « il s'agira de préciser les procédés aptes à procurer ces résultats » (29). Quoi qu'il en soit, la libre recherche est capable « de subvenir à tous les besoins de la jurisprudence », bien que certaines matières « dont le nombre et l'importance s'augmente avec les complexités de l'état social », exigent une « formule autoritative expresse », donnée avant tout par la loi (30).

Certes, GénY insistait toujours sur le fait qu'aucun système d'interprétation juridique ne pouvait « supprimer toute appréciation personnelle de l'interprète ». Et dans cet agencement nouveau de la théorie des sources, le réel fera son irruption sous la forme d'une jurisprudence d'un tribunal de l'Aisne contemporaine à ces élaboro-

par les jurisconsultes eux-mêmes, de principes supérieurs aux contingences des faits et échappant aux principes de l'observation, principes aussi généreux qu'on le voudra, mais assez fermes, par leur origine, pour soutenir les solutions juridiques les plus variées et les plus menues ».

(28) F. GÉNY, *Les procédés d'élaboration du droit civil*, cit., p. 184 [nous soulignons, CMH].

(29) *Ibidem*, p. 195.

(30) F. GÉNY, *Science et Technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Paris, Sirey, t. IV, 1924, pp. 142 ss.

rations doctrinales. Du coup, le risque d'un parasitage entre deux visions du juge pouvait apparaître.

B. *L'irruption de l'équité.*

C'est en mars 1898, dans l'affaire « Louise Ménard », que le tribunal de Château-Thierry rendra une décision « scandaleuse » : l'acquittement d'une mère de famille, ayant aussi à sa charge sa propre mère, qui avait volé du pain chez un boulanger après 36 heures de jeûne. Le cas, et notamment les attendus du jugement, rendront célèbre celui qui présidait le tribunal depuis 1887, Paul Magnaud. On peut y lire notamment que « le juge peut et doit interpréter humainement les inflexibles prescriptions de la loi ». En particulier l'« impérieux besoin de se procurer un aliment de première nécessité » supprime le caractère frauduleux de l'acte *a fortiori* quand l'acte est réalisé par une mère pour son enfant affamé ⁽³¹⁾.

La décision « Ménard » avait fait scandale dans la sphère publique, donnant lieu à des débats très importants dans la presse et à la Chambre ⁽³²⁾. La personne de Magnaud fait l'objet d'un livre d'hommages où il est encensé comme un héros de la « République positive » — panthéon républicain où il côtoie le commandant Picquart — et l'on versifie à sa gloire; il est nommé Président d'honneur

⁽³¹⁾ Les attendus du jugement se trouvent dans H. LEYRET, *Les jugements du président Magnaud*, Paris, Stock, 19002, p. 15. On trouve une présentation de ces décisions sous le prisme du matérialisme historique dans R. WEYL, M. PICARD WEYL, *Socialisme et justice dans la France de 1895: le « bon juge Magnaud »*, « Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico », 3/4, 1974/75. Pour les auteurs, l'influence du marxisme [...] transparait dans sa démarche » (p. 382), ce qui semble à vrai dire assez discutable.

⁽³²⁾ Après les échos dans les journaux régionaux, Clemenceau, dans *L'Aurore* du 14 mars 1898 lui donne le nom de « bon juge », puis H. Rochefort dans *L'Intransigeant*, jusqu'au récit « profitable » d'Anatole France dans *Le Figaro* du 14 novembre 1900 sous ce même titre. On lui propose dans les milieux radicaux une candidature à la Chambre, ce qu'il n'acceptera qu'en 1906. Après son mandat, il est réintégré à la Magistrature, mais à Paris. Né en 1848, Magnaud meurt en 1926. Sur sa vie, la dernière publication est la brochure de J. FOUART, *Le mythe du « bon juge » de Château-Thierry. Le Président Magnaud*, Amiens, Bibliothèque municipale, 2000, pp. 17-22 (mais le ton reste acerbe: d'après l'auteur, ancien magistrat à la Cour d'appel d'Amiens, Magnaud « rendait en fanfare dans son Tribunal d'opérette une justice agressivement sociale et humanitaire »).

du Congrès de l'Humanité qui se tient à Paris en 1900 à l'occasion de l'Exposition universelle, et ses décisions et projets inspirent même des poèmes ou des pièces de théâtre ⁽³³⁾. A la Une des journaux, il est décrit comme « simple et bon », on vante ses paroles « simples et humaines », sa sensibilité, qui le fait pleurer devant le journaliste à la lecture d'une lettre de remerciements d'un vagabond ⁽³⁴⁾. Même Léon Tolstoï aurait eu connaissance de son action... Dès 1900 aussi, ses principaux jugements sont réunis dans un ouvrage, suivi d'un deuxième volume trois ans plus tard ⁽³⁵⁾. Le succès de l'œuvre est retentissant, non seulement en France où elle connaît une deuxième édition la même année, mais aussi en Europe, où le livre est très rapidement traduit, en Italie, dès 1901, puis en Espagne, en 1904. Le compilateur des deux volumes, le journaliste Henry Leyret, qui les agrmente de ses propres commentaires

⁽³³⁾ *Livre d'hommages à M. le président Magnaud*, Paris Wolff, 1900. Même quelqu'un qui se revendique « réactionnaire et catholique », le comte de Larmandie, rend hommage à l'un « des rares justes qui garantissent l'humanité contre les menaces de la foudre impatiente », ce qui dit long sur le consensus que sa décision Ménard éveille. (Le livre contient en épigraphe les mots simples de remerciement de Louise Ménard). En dehors de ce volume, on peut citer à titre de rappel, parmi les poèmes, « La fille-mère », de Camille Bélot (Lille, Genovèse, 1901), écrit à partir d'un arrêt rendu par le président Magnaud en 1900, où après avoir versifié: « Des applaudissements éclatent dans la foule/ Qui se sent tout émue et lentement s'écoule/ En approuvant tout haut et répétant le nom/ D'un juge qui mérite un éternel renom », la morale se fait plus sociale: « Grâce à ce jugement humain autant que juste/ Qui montre qu'il existe une justice auguste/ Deux familles en guerre auront pu s'allier/ Et deux classes de gens se réconcilier [...] ». Parmi les pièces de théâtre, voir par exemple, *La loi de pardon*, de Maurice Landay, 1902, *Les nerfs. Mortays-D'Avrigne*, de Jean-Jacques Magnès, 1900, toutes deux inspirées de la « loi de pardon », une pétition adressée par Magnaud à la Chambre de députés, en mai 1899, en vue de la réforme de l'art. 463 du Code pénal (il s'agit d'ajouter notamment la disposition « même si les faits qui font l'objet de la poursuite sont établis, le juge aura toujours le pouvoir d'absoudre par une décision motivée, quand cet acte de clémence lui apparaîtra comme le plus efficace moyen d'arriver à la moralisation du coupable [...] »).

⁽³⁴⁾ Le journaliste, Jules Huret, un homme de gauche, finit son article de manière non moins émue, en s'exclamant « cet homme *a agi* selon sa conscience, admire-le! » (*Le Figaro*, 10/12/1900).

⁽³⁵⁾ Dans les recueils de Leyret, les jugements son classés sous les rubriques suivantes: droit à la vie, droit des femmes, droit des enfants, droit des travailleurs, droit du public contre les grandes compagnies, droit de la société contre l'Eglise, droit des citoyens, droits des pêcheurs et chasseurs, le droit de l'égalité.

politiques et généraux, présente son auteur comme un libre-penseur et républicain.

Leyret insiste sur le fait que la jurisprudence de Magnaud « n'a pas fait autre chose qu'introduire l'humanité dans la loi », ce qui comporte, par rapport à la tradition, des jugements « révolutionnaires ». En ce sens, sa jurisprudence prépare l'évolution sociale ⁽³⁶⁾. Quant à Magnaud lui-même, il ne tente pas de donner une véritable formulation théorique à sa démarche, revendiquant tout au plus « les idées de justice humaine et sociale basées sur le droit naturel », qu'il oppose à « l'étroite lettre de nos Codes », mais aussi à « des interprétations pharisaïques d'une jurisprudence si souvent en opposition avec le sentiment public » ⁽³⁷⁾. Au journaliste Jules Huret, il affirme que ce qu'il a cherché à découvrir dans la loi c'est que l'esprit du législateur a pu y mettre de miséricorde et de justice; mais on n'applique pas la loi sans la comprendre, autrement dit, « il est impossible de juger sans interpréter », et l'on interprète avec des idées personnelles et propres ⁽³⁸⁾. Plus tard, déjà élu à la Chambre pour la IV^e circonscription de Paris sous la bannière radicale, Magnaud déclare avoir « violé » la jurisprudence établie ⁽³⁹⁾.

Quelques mois après la décision Ménard, nous retrouvons une série très importante de jugements sur l'organisation du travail, visant notamment à affermir un droit de grève encore soumis aux limitations jurisprudentielles (elle était considérée notamment comme cause de rupture de contrat), mais que le Tribunal de Château-Thierry plaçait sans hésitations sous le droit d'obtenir des meilleures conditions de travail et de salaire (7 décembre 1899). Auparavant, il avait condamné un patron à dédommager un ouvrier

⁽³⁶⁾ H. H. LEYRET, « Introduction », *Les jugements du président Magnaud*, cit., pp. XXXV, XLIV.

⁽³⁷⁾ *Allocution du président Magnaud aux avoués du tribunal de Château-Thierry*, in H. LEYRET, *Les jugements du président Magnaud*, cit., p. 315.

⁽³⁸⁾ *Le Bon Juge. Chez le Président Magnaud*, « Le Figaro », 9/12/1900.

⁽³⁹⁾ Dans l'un des attendus réunis par Leyret on peut lire « attendu que la jurisprudence n'est pas la loi et que si le juge a le devoir de s'insurger contre la première lorsqu'elle n'est pas d'accord avec sa conscience, il doit aussi, tout en se conformant à la seconde, ne l'interpréter qu'en se pénétrant bien de cette idée que jamais le législateur, dont la pensée ne peut être que haute et souverainement juste, n'a voulu que son texte put aboutir à une inégalité ou à une iniquité ».

victime d'un accident de travail survenu avant la promulgation de la nouvelle loi sur les accidents professionnels du 9 avril 1898 (12 juillet 1899). Magnaud se fera une spécialité dans la condamnation des entrepreneurs, car du moment où c'est l'ouvrier seul qui produit, et qui expose sa santé ou sa vie au profit exclusif du patron, lequel ne peut compromettre que son capital, « la plus élémentaire équité » impose au capitaliste d'assurer les moyens d'éviter la misère au travailleur et sa famille.

Magnaud considère, dans la même veine, que « les inéluctables nécessités de l'existence » refusent de condamner la mendicité lorsque le but est de s'alimenter. Comme il l'écrit plus tard dans des attendus, « les droits des malheureux doivent être sauvegardés par le juge avec encore plus de sollicitude que ceux des favorisés de la fortune » (40).

Après 1900, néanmoins, ses attendus adoptent un ton plus militant. A propos des sociétés d'assurance, par exemple, il souligne que « demander, il est vrai, de l'humanité aux compagnies d'assurance, qui, sans se préoccuper des infortunes d'autrui, ne songent qu'à grossir les dividendes de leurs actionnaires constitue une naïveté sans égale » (41). Ces décisions prennent surtout, dans le contexte politique de l'époque, un tournant très anticlérical à l'occasion notamment des décisions en matière d'adultère, divorce, éducation des enfants, ce qui lui vaut en retour des attaques plus agressives des milieux catholiques qui avaient jadis montré une certaine sympathie, dans une perspective thomiste, envers ses premiers acquittements — on le qualifie désormais de « chef de bande transformé en juge », « charlatan » ou encore « comédien de la philanthropie » (42).

Les réactions des universitaires sont, en particulier, très distancées. Les séances consacrées par la *Société générale des prisons*, à la fin de l'année 1900, au thème « l'état de nécessité et le délit

(40) Audience des référés du 18 octobre 1900 (H. LEYRET, *Les nouveaux jugements du Président Magnaud*, Paris, Schleicher, 1903, p. 128).

(41) Audience du 25 octobre 1900 (H. LEYRET, *Les nouveaux jugements du Président Magnaud*, cit., p. 131).

(42) Voir le pamphlet très violent de J. Cauvière, *Le « bon juge ». Etude de mœurs contemporaines*, Paris, Lethielleux, 1907, pp. 7, 14. L'auteur, professeur de droit à la Faculté libre, insiste sur l'appartenance à la franc-maçonnerie de Magnaud.

nécessaire » nous offrent déjà une bonne perspective sur ces réactions des facultés de droit, puisque dans ces débats participent, parmi d'autres, Paul Cuche, Ferdinand Larnaude, ou encore Saileilles⁽⁴³⁾. L'occasion est donnée par le projet de proposition de loi portant réforme de l'art. 64 du Code pénal, qui établissait que « le cas d'extrême misère de l'auteur d'une soustraction d'un objet de première nécessité peut être considéré par les tribunaux comme un motif de non responsabilité pénale des délinquants ». C'est le juge Magnaud qui était à l'origine de la proposition: après l'appel de sa décision « Ménard », il avait adressé à la Chambre une pétition, accueillie avec enthousiasme par les élus socialistes, et qui après le passage par commission, avait donné le texte objet de débat.

Le rapporteur du débat dans la *Société générale des prisons*, J.-A. Roux, professeur à Dijon, commence par attaquer les attendus de l'acquiescement de Mme Ménard, où l'on pouvait lire que « dans une société bien organisée, lorsqu'une mère de famille manque de pain autrement que par sa faute, le juge peut et doit interpréter humainement les inflexibles prescriptions de la loi », motif qu'il trouve « fort peu juridique ». Mais le consensus s'établit rapidement pour dire que le délit commis en état de nécessité n'est pas punissable ... et que les motifs de Magnaud étaient du tapage, des déclamations pompeuses. Roux justifie même, du moins moralement, la violation du droit de propriété en cas d'état de nécessité. En revanche, ce qui génère une discussion est l'idée d'une réparation de la société du dommage causé, qui d'après le rapporteur conduirait au socialisme, par une extension de l'idée de solidarité sociale.

Un débat plus tardif, celui de la *Société de Sociologie de Paris*, nous permet en revanche de saisir le niveau de théorisation que Magnaud lui-même donnait à sa pratique, à un moment où il avait déjà abandonné ses fonctions au Tribunal de Château-Thierry. La Société animée par René Worms consacre deux séances aux « bons juges », à l'intérieur d'une recherche sur les types professionnels. Dans la deuxième séance, du 13 février 1907 sont invités pour parler du « type du bon juge » Paul Magnaud, à l'époque député de la Seine, et Séré de Rivières, vice-président du Tribunal de la Seine, qui avait reçu le titre de « bon juge de Paris » à la suite de ses décisions.

(43) « La Revue Pénitentiaire », 1900 (24), et 1901 (25).

Magnaud, empêché de se rendre personnellement à la soirée, adresse une contribution intitulée « Le juge contemporain », où il insiste sur le fait que le juge est formé et recruté dans des milieux bourgeois: « Il apporte toutes les qualités et tous les défauts de son origine et reste l'homme d'une classe et d'une caste ». Or, le tribunal est un « carrefour » où se présentent toutes les classes et toutes les misères. Il oppose alors « justice équitable » contre « justice juridique » moins attachée à la lettre de la loi qu'à « sa force vivante et agissante » (44). D'où il concluait que « ce n'est pas tant les lois qu'il faut réformer que l'esprit de ceux qui les interprètent » (45).

Magnaud revendiquait dans ces rares réflexions sur sa pratique le point de vue de Giovanni Bovio, le philosophe du droit napolitain qui avait soutenu que « la sentence du juge doit être un motif de législation. Et les motifs de législation doivent être les sentences du juge, car sa fonction est aujourd'hui sociale ». Cette familiarité avec l'Italie — d'ailleurs sa communication à Paris était la reprise d'une conférence au Sixième Congrès d'Anthropologie Criminelle de 1906 présidé par Cesare Lombroso — venait de l'écho que ces décisions avaient rencontré de l'autre côté des Alpes. Nous avons vu que le recueil de Leyret avait été traduit en italien très rapidement. Et celui qui présente la traduction est un juge du Tribunal de Campobasso, revendiquant d'ailleurs pour soi le titre de « buon giudice », Raffaele Majetti (46).

D'après Majetti, c'est « l'application de la loi par des attendus humains et sociaux » qui faisait la spécificité de la jurisprudence Magnaud, et qui le plaçait « en dehors de tout esprit professionnel, de toute tradition de caste ». Il montre, surtout, une démarche plus

(44) Déjà dans les colonnes du *Figaro*, Magnaud affirmait que « tant qu'un esprit nouveau, régénérateur, n'aura pas pénétré dans cette sorte de caste féodale qui jure avec notre état démocratique, le peuple sera réduit à une justice juridique, faite de discussions byzantines et d'interprétations pharisaïques ».

(45) « Revue internationale de sociologie », 1907, t. XV, pp. 193 ss. René Worms affirme à son tour que le juge doit préférer, à ses propres sentiments, « le texte de la loi, expression de la volonté générale » (p. 213).

(46) Il va s'illustrer, surtout, en matière de délinquance des mineurs. Sur sa vie, v. le livre de son fils M. MAJETTI, *La delinquenza dei minorenni e « il buon giudice italiano »*, Roma, Tipografia della Camera dei Diputati, 1932, en particulier, pp. 29-37 pour le rapport avec Magnaud.

intellectuelle, plus réfléchie dans l'idée de transformation du droit — « nous aimons, dit-il, M. Magnaud avec un sentiment plus élevé et plus scientifique » —, que l'on voit déjà par son attachement à l'œuvre d'Enrico Cimbali ⁽⁴⁷⁾.

En ce sens, le juge italien affirme que « si le droit est la vie, c'est la jurisprudence qui régit notre société comme le miroir et le témoin de sa vie civile » ⁽⁴⁸⁾. En effet, il voyait derrière les attendus de la décision « Ménard » une idée sociologique, qui faisait de la faim un « effet de l'impulsion ⁽⁴⁹⁾ qui contraint l'individu à conserver sa vie organique ». En ce sens, il trouve chez Magnaud une « théorie non socialiste mais sociologique », « formée de manière à régler le principe inviolable et sacré de la propriété privée et le principe de convenance politique et économique de ne pas soustraire aux facteurs de la richesse ce minimum de salaire qui est absolument indispensable pour conserver les énergies productives ». En définitive, « c'est un devoir que de fournir les moyens propres à effectuer le droit à l'existence »; c'est pourquoi Majetti considère que « subordonner la loi individuelle à loi de la solidarité sociale », est être juridique et non pas charitable, juste, au lieu de bon. Et c'est le jugement en équité qui caractérise la démarche de Magnaud d'après son épigone italien: « Toute la bonté du Président Magnaud, ou, mieux encore, toute sa justice même, consiste en l'équité, celle qui modère la règle d'égalité abstraite en tenant compte des différences individuelles abstraites ». D'ailleurs, Majetti place ces décisions dans une évolution de la conscience juridique en faveur d'un idéal de moralité et de justice.

Tout en proclamant le besoin de quelque chose d'autre que des « réformettes graduelles », Majetti garde ses distances avec les théories anarchistes et socialistes, qu'il voit, après d'autres, comme le produit d'une jurisprudence du privilège, en promouvant à sa place la culture du juge anglais, qui cherche à assurer l'égalité d'opportu-

⁽⁴⁷⁾ R. MAJETTI, *L'opera di Enrico Cimbali nella Riforma del Diritto Privato*, Torino, TET, 1912.

⁽⁴⁸⁾ R. MAJETTI, *Le phénomène Magnaud*, « La Revue socialiste », t. 37, n° 222, juin 1903, p. 651.

⁽⁴⁹⁾ R. MAJETTI, *Le phénomène Magnaud*, cit., p. 657. Majetti, en suivant d'autres œuvres consacrées à Magnaud en Italie, rapprochait l'action du Bon juge des théories criminologiques de l'École positive.

nités plutôt que l'égalité des conditions — le pouvoir judiciaire étant pour lui, davantage que le Parlement, le gardien des libertés ⁽⁵⁰⁾.

Après l'explication par le prisme sociologique, Majetti lie ces idées sur le rôle créateur du juge aux thèses du mouvement du droit libre, dont il est également l'introducteur en Italie, notamment par la traduction du pamphlet *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* de Hermann Kantorowicz, qui apparaît en 1908, deux ans après sa publication en Allemagne ⁽⁵¹⁾. Pour Majetti, c'était un « eloquentissimo segno dei tempi » la censure que le juge oppose à la loi en France, et même en Italie, où le code n'avait pas les mêmes défauts que le Code Napoléon. Le juge doit être, non pas le simple interprète, savant mais irresponsable et artificiel, sinon, et ouvertement, « il maestro libero, leale e responsabile » de la loi, en particulier quand elle « tace, o è contraddittoria, od insufficiente od iniqua ». Sur ces évolutions se construit une nouvelle doctrine, qui s'exprime dans l'art. 1er du projet de Code civil suisse. La théorie de Kantorowicz, rendant les juges conscients de leur pouvoir de création du droit, prétend être moins un appel révolutionnaire que la description de ce qui se passe dans la réalité.

Kantorowicz justifiait dans l'édition italienne de son écrit (qu'il avait signé sous le pseudonyme de « Gnaeus Flavius ») la figure du juge Magnaud et ses ruptures directes et conscientes avec l'esprit de la loi, qu'il qualifie de « phénomène absolument nécessaire », dans la mesure où la France avait une législation vieillie, et qu'il y avait une nécessité positive d'empêcher une injustice ⁽⁵²⁾. Cependant, en suivant la pente des universitaires hexagonaux, Kantorowicz, dans un texte plus tardif, tenait à bien séparer le point de vue objectif de l'analyse sociologique du point de vue partisan qui place le senti-

⁽⁵⁰⁾ « Prefazione del Traduttore », H. KANTOROWICZ, *La lotta per la scienza del diritto* (1906), Milan-Palermo-Naples, Sadron, 1908, pp. 49-50.

⁽⁵¹⁾ Kantorowicz et son traducteur italien sont devenus proches, le jeune universitaire allemand séjournant souvent en Italie à l'époque.

⁽⁵²⁾ *La Lotta per la scienza del diritto*, cit., p. 139. Sauf erreur, le passage sur Magnaud, ainsi qu'une référence à l'Italie, ne se retrouve pas dans la version allemande originale de 1906. Par ailleurs, on notera que les références françaises de sa bibliographie « favorable au droit libre » sont les plus importantes après les sources allemandes. Dans la bibliographie de la version italienne, revue par Kantorowicz, nous retrouvons les noms de Génay et Saleilles, mais également ceux d'Esmein, Lambert et Planiol.

ment social au centre de sa démarche, et fait de la justice « sociale » une justice de classe et dont il voyait en Magnaud le représentant typique ⁽⁵³⁾.

Mais c'est chez les promoteurs français d'une nouvelle théorie des sources que la réaction allait être plus violente, d'autant plus que Leyret, dans son deuxième recueil de décisions du juge Magnaud, mettait en rapport direct les jugements du Président du Tribunal de Château-Thierry avec l'œuvre de Gény et Saleilles, dont le travail théorique « soutient puissamment dans leur chaire l'apostolat du Président sur son siège. Ils poussent par leurs démonstrations logiques à la reconnaissance de ces nouvelles écoles de droit pénal qui troublent le monde judiciaire bousculé par tant de novateurs ». En effet, pour l'admirateur de Magnaud, « la vie, enfin révoltée contre le droit, s'impose à l'observation de ces jurisconsultes au-dessus des antiques préoccupations d'école » ⁽⁵⁴⁾.

Ce que lesdits jurisconsultes avaient du mal à admettre ... Pour Gény, c'était de la « jurisprudence du pur sentiment », ou même de la passion. Plus dur encore, il affirme que « si on les prend [les jugements] dans leur ensemble, les uns favorables aux miséreux, les autres sévères aux soi-disants privilégiés, ressentent, à peu près tous, un esprit de basse politique, et laissent échapper un relent de littérature électorale ». Tout naturellement, il parlera alors d'une « passade de jurisprudence » ou encore d'« impressionnisme judiciaire », car ces décisions ne se sont pas imprégnées de « la critique scientifique de l'interprétation traditionnelle » ⁽⁵⁵⁾.

Au fond, d'après Gény, « sans méconnaître l'ingéniosité de la plupart de ces solutions, on ne peut dire qu'elles excèdent le niveau moyen des hardiesses de la jurisprudence française » (p. 296). Mais c'est la méthode « l'appréciation subjective, qui domine et anime, en même temps, tout le processus des jugements », qui lui semble critiquable, d'autant plus qu'elle ne se rattache ni « aux éléments scientifiques du droit » ni se laisse guider « par les exigences de la vie sociale ». Ces idées « humanitaires et sentimentales », cette

⁽⁵³⁾ H. KANTOROWICZ, *Rechtswissenschaft und Soziologie* (1911), maintenant dans *Kelsen und die Soziologie*, Aalen, Scientia Verlag, 1992, pp. 19-20.

⁽⁵⁴⁾ H. LEYRET, « Introduction », dans *Les nouveaux jugements ...*, cit., p. 20.

⁽⁵⁵⁾ F. GÉNY, *Méthode d'interprétation ...*, cit., t. II, pp. 307, 291, 305.

sympathie « un peu aveugle, pour les miséreux et les faibles », ne peuvent pas se rattacher à ce qu'il nomme la justice objective. La critique de l'organisation sociale de Magnaud omet d'énoncer une « conception positive », « complète et viable » de la société. Tout au plus, une « équité subjective » vient corriger ou méconnaître la loi. En ce sens, Gény verra dans le phénomène Magnaud une « déformation morbide de l'évolution » de la méthode juridique devenue critique et active, comme il l'écrira plus tard ⁽⁵⁶⁾.

Mais le cœur du rejet est ailleurs et c'est à Saleilles qu'il revient de le formuler avec netteté: « La conception du 'Bon juge', celui qui, se mettant au-dessus de la loi, lorsque la loi a vieilli, tranche dans le vif, et juge d'après l'équité et d'après sa conscience, en tant qu'elle est représentative de la conscience collective » est celle recommandée et préconisée dans les milieux socialistes ⁽⁵⁷⁾. Certes, il pouvait reconnaître que la « réaction excessive, quelque peu arbitraire sans doute, et purement empirique » des bons juges « contre les procédés d'abstraction par trop irrédelle, que l'on attribue, bien à tort du reste, à notre jurisprudence » avait permis d'attirer l'attention du public sur ce qui « a de plus important pour la vie sociale, la façon de rendre la justice ». Mais cela ne se confondait pas avec ce qu'il qualifie d'anarchie judiciaire ⁽⁵⁸⁾. A ce qu'il tient pour des « essais purement individualistes et un peu archaïques d'une justice d'équité », il déclare toujours vouloir « substituer les bases objectives, donc scientifiques et sociologiques, d'une justice vraiment sociale et progressive » ⁽⁵⁹⁾. Il faut une méthode (historique et dont il trouve le modèle dans le droit romain), pour « transposer aujourd'hui, dans le domaine du droit, sans atteindre la loi, toutes les solutions de fait qu'exige la conscience sociale progressive, et que nous lui

⁽⁵⁶⁾ F. GÉNY, *Science et Technique en droit privé positif*, cit., t. I, 1922 (1914), p. 33.

⁽⁵⁷⁾ R. SALEILLES, *Le droit romain et la démocratie*, cit. p. 11. Gény, il est vrai, se montrait moins concluant, et précisait que seulement dans les milieux anarchistes la jurisprudence Magnaud trouvait des approbations sans les réserves qu'on opposait parfois, chez les socialistes (F. GÉNY, *Méthode d'interprétation ...*, cit., t. II, p. 303).

⁽⁵⁸⁾ R. SALEILLES, *Lettre à M. P. Desjardins sur l'Enseignement du Droit*, cit., p. 48.

⁽⁵⁹⁾ R. SALEILLES, *Conférence sur les rapports du droit et de la sociologie*, « Revue internationale de l'enseignement », p. 431.

emprunterons afin de substituer à l'arbitraire du 'Bon juge' la technique protectrice, équitable et savante, du 'Juste Juge' » ⁽⁶⁰⁾.

On voit bien la différence entre l'approche doctrinale et la jurisprudence du bon juge. Comme le résume Saleilles: « Au lieu de parler d'adaptation de la loi à la vie présente », la jurisprudence du Bon juge opère plutôt une « mise à l'écart de la loi et sa substitution par une loi nouvelle, celle du juge » ⁽⁶¹⁾.

Une chose est sûre: le phénomène Magnaud interpelle directement les courants socialistes, à un moment où le débat juridique au sein de la gauche est très important. On l'invite même à participer à une réunion publique avec Jaurès. Mais leurs réactions ne vont pas toutes dans le sens, trop linéal, que voulait voir Saleilles.

II. *La valorisation du juge par le socialisme.*

Une réflexion sur l'importance de la jurisprudence pour la transformation sociale se développe à l'intérieur du socialisme de manière contemporaine aux décisions du Tribunal de Château-Thierry. Mais davantage comme un symptôme que comme un modèle.

A. *La jurisprudence et la transformation du droit.*

Déjà Majetti se référait abondamment dans ses études à un théoricien français dont les recherches lui avaient permis d'établir les changements que la jurisprudence avait fait subir au Code

⁽⁶⁰⁾ R. SALEILLES, *Le droit romain et la démocratie*, cit., p. 19. Pour Saleilles, ce droit nouveau n'était pas une « création arbitraire du Préteur », mais plutôt une « adaptation à l'esprit juridique romain », destiné à corriger le vieux droit civil. Et « avec une méthode sûre, avec un tact presque infaillible, une précision qui mettait partout de l'ordre, d'abord, et un peu plus de justice, ensuite » (Id., *Lettre à M. P. Desjardins sur l'Enseignement du Droit*, cit., p. 8). On notera que cette revendication du droit romain dans le cadre de l'enseignement juridique au début de la III^e République se place sous l'égide d'E. Durkheim, qui avait défendu, lors des débats des « Libres entretiens » organisés par l'Union pour la vérité sur la réforme des institutions judiciaires de 1907, l'idée que le droit romain était la sociologie de l'époque.

⁽⁶¹⁾ *Ibid.* A propos de la décision Ménard, Saleilles rappelle l'existence de l'art. 64 du Code pénal qui permettait d'encadrer ce vol dans l'idée de force irrésistible.

Napoléon et à la loi, et surtout, de conclure que l'illégalité corrige « le droit pour le plus grand bien de l'équité »: Maxime Leroy.

Dès mars 1898, dans les colonnes du *Temps*, Leroy avait remarqué les jugements du tribunal de Château-Thierry parmi les « premiers symptômes du nouveau droit en voie de formation ». L'un parmi d'autres, car d'après le jeune avocat à la Cour d'appel de Nancy « le mouvement de la jurisprudence depuis une trentaine d'années, va dans un tout autre sens que l'ancienne, prend des libertés avec les articles des Codes, créant des lois judiciaires, prétoriennes, animées de l'esprit social nouveau [...] Il s'élabore un droit nouveau en faveur du faible, de l'indigent, de l'ignorant; au capital s'attache une certaine responsabilité » (62). Pour Leroy, qui devient peu après un juriste proche de la naissante CGT, la jurisprudence du juge Magnaud, « est un des agents de la transformation sociale actuelle, il critique les vieux concepts, il tente d'en créer de nouveaux. Il est essentiellement socialiste par son esprit. Reconnaissons que ses jugements sont une étape de la Révolution » (63).

En présentant à un lectorat socialiste l'action de Magnaud, Leroy notait que « c'est parce qu'il est en rapport avec la vie que le droit des tribunaux est souvent plus humain que le droit de l'École ». Le juge « qui ne peut pas se mettre trop en contradiction avec l'équité et avec l'opinion », procure toujours une transaction entre « les vieux principes et les nouveaux besoins, ajoutera même, amendera, reformera, comme le prêteur romain » (64).

La place de la « jurisprudence d'avant-garde » comme agent du droit nouveau est particulièrement soulignée dans le livre que Leroy publie l'année du centenaire du Code Napoléon. Il y souligne sa place dans la désagrégation du Code, ce qu'il appelle un « droit judiciaire, plus ou moins conscient ». Le processus est décrit soigneusement: « D'abord mille cas imprévus par la loi ont été solutionnés par la jurisprudence; la même solution, répétée un grand

(62) M. LEROY, *Les droits de l'indigent (à propos d'un jugement récent)*, « Le Temps », 18 mars 1898.

(63) M. LEROY, *Les transformations de la jurisprudence pénale. A propos des jugements de Château-Thierry*, « La Revue Socialiste », 1901 (novembre), p. 599. Leroy revendique l'honneur d'avoir été le premier commentateur juridique des décisions de Magnaud, par son article du *Temps*, cité.

(64) M. LEROY, *Les transformations de la jurisprudence pénale*, cit., p. 587.

nombre de fois, a fini par créer une règle juridique, obligatoire à l'égal d'une loi; d'autres fois les magistrats ont dû ajouter aux prévisions insuffisantes du législateur; enfin, ils ont dû supprimer des règles quand elles ne convenaient plus aux nécessités de l'époque » (65). D'une manière générale, Leroy soutiendra que la jurisprudence est « l'inlassable et invisible architecte de toute notre construction juridique », au point que l'on traite aussi les juges de législateurs. Il considère en ce sens que « la jurisprudence, c'est-à-dire l'interprétation des tribunaux [...] est le vrai droit, puisqu'elle est le droit appliqué. Son interprétation est la maîtresse des procès, celle qui dirige la vie sociale » (66).

Cependant, en matière de droit pénal, contrairement aux affaires commerciales et civiles qui mettent le juge en contact avec d'autres acteurs sociaux, le juge peut se montrer moins inquiet des conditions sociales nouvelles. C'est tout l'intérêt des décisions du tribunal de Château-Thierry que d'appliquer, en matière criminelle, des méthodes déjà pratiquées en matière civile et commerciale, et partant, de donner des « idées morales nouvelles ». Ce que Leroy appelle « l'apriorisme du Code », qui ne tient pas en compte les circonstances de pauvreté et d'irresponsabilité, se trouve combattu par le bon juge et son usage des « circonstances atténuantes », qui permettent au droit pénal de se saisir de la vie économique et psychologique des individus, et notamment la faim et l'amour. D'autant plus que les crimes ont une genèse sociale. En « jugeant que la société ne peut exiger une réparation là où elle n'a rien fait — ou très peu — pour empêcher le mal », le tribunal présidé par le juge Magnaud « considère l'abstention sociale comme une excitation au mal qui excuse le délinquant ». Après tout « il est inadmissible que le magistrat, arbitre d'équité, soit condamné à obéir bassement aux commandements, d'ailleurs imprécis, des Codes ».

Sa position vis-à-vis du bon juge était déjà bien éclairée par l'*errata* ajouté à sa thèse de doctorat, après que l'affaire Ménard éclate dans la presse en cette année 1898, où l'on pouvait lire que « la pitié, la bienfaisance la philanthropie, la fraternité, ce sont les

(65) M. LEROY, *Le Code civil et le droit nouveau*, Paris, Société Nouvelle de librairie et d'édition, 1904, pp. 58-59.

(66) M. LEROY, *Les transformations de la jurisprudence pénale*, cit., pp. 585-586.

formes inférieures et actuelles de la justice ». On doit protester contre-elles parce leur beauté sentimentale œuvrerait au maintien des « tendances injustes de la société ». Mais, en même temps, « il y a lieu à se réjouir du succès de ces idées, car elles préparent les voies de l'indéfectible justice », Leroy les qualifiant d'« étape nécessaire ». « Mauvaises en soi, elles ont un ferment d'idéal d'où jaillira la Réforme définitive », avant de conclure « leur importance actuelle est moins dans ce qu'elles affirment que dans ce qu'elles nient » (67).

Sa vision n'avait pas vraiment changé lorsqu'il écrivait, en 1912, qu'« une jurisprudence se réforme peu à peu [...] par la force des choses, sans préméditation sournoise, ni révolte ouverte de la part des magistrats, et elle submergea bientôt les textes législatifs ». Leroy n'hésite pas à interpréter « cet immense et incoercible développement des jurisprudences successives qui ont depuis longtemps recouvert les textes primitifs » comme une authentique « violation de la légalité » (68). Dès lors, « l'illégalité tend à être envisagée comme un fait nécessaire qui a sa dignité propre ». En effet, « désormais, la jurisprudence a pu légalement étendre le sens des lois pour les mettre en rapport avec les besoins de la vie » (69).

Et ce n'est pas uniquement par rapport à la transformation du Code que la jurisprudence exprime sa signification chez Leroy: en relevant « les règles vivantes de la solidarité sociale », elle montre aussi la distance entre les intentions du législateur et les droits réellement possédés (70). Modérant quelque peu ses premières analyses, Leroy insiste davantage sur le fait que les juges sont toujours conservateurs, « car les litiges soumis à leur examen roulent sur des droits acquis: ceux qui n'ont pas des droits ne s'adressent pas aux tribunaux. Leur fonction donc consiste à départager des possédants, à secourir des droits acquis, ils ne peuvent pas ne pas être conservateurs ».

On le voit: les décisions du président Magnaud, offrent aux

(67) M. Leroy, *L'esprit de la législation napoléonienne. Esquisse d'une étude critique*, Nancy, Crépin-Leblond, 1898, p. 251.

(68) M. LEROY, *Syndicats et services publics*, Paris, A. Colin, 1909, p. 134.

(69) M. LEROY, *A la Cour de Cassation*, « La Grande Revue », 10 juin 1912, p. 612. Leroy n'hésite pas non plus à affirmer dans le même texte que « la loi ne fut plus que la servante de la jurisprudence ».

(70) M. LEROY, *Le Code civil et le droit nouveau*, cit. p. 115.

socialistes une prise sur la question juridique et Leroy n'avait pas de mal à les placer, dans les pages du *Mouvement socialiste*, à côté des « petits traités d'Emile Acollas [...] les articles de Jaurès, les consultations judiciaires de la Bourse de travail », comme exemples d'évolution démocratique de l'interprétation du droit.

Mais justement, les courants syndicalistes qui contestent l'hégémonie de la SFIO dans le mouvement ouvrier se chargeront tout particulièrement d'attaquer cette figure du « bon juge », qu'ils associent à la vision réformiste de Jaurès. Dans une lettre à Hubert Lagardelle, du 10 août 1903, Georges Sorel dénonce ainsi les analyses qui soutiennent une jurisprudence en faveur des faibles, et notamment Jaurès, dont l'idéal est de « forcer les juges à marcher comme des tambours ». Plus encore, il y aurait une « affinité » entre le catholicisme social et les réformistes, qu'il faut combattre, surtout, dans le domaine du droit: « Ils sont persuadés [...] que les tribunaux ont pour devoir de montrer une très grande bienveillance quand ils doivent juger des ouvriers, c'est-à-dire, des gosses ne sachant pas trop ce qu'ils font » (71), ce qui attente à l'émergence des sentiments juridiques propres à la classe ouvrière. Sorel couvrira toujours de sarcasmes le président Magnaud, qu'il accuse de ne pas connaître le droit. Or comme l'explique son disciple Edouard Berth « si la classe ouvrière veut parvenir à son émancipation, il faut qu'en aucun cas, elle ne laisse s'obscurcir en elle le sentiment du droit », par « ces caricatures de la justice, avec les amnisties et les bons juges », allusion transparente à Magnaud, qu'il accuse de faire de la charité juridique.

En réalité, selon Sorel, les juristes « savent que l'essentiel dans la législation est non pas la règle, mais l'usage que l'on en fera de manière à satisfaire le sentiment juridique », d'où l'importance centrale du juge (72). Il avait déjà avancé l'idée d'un mouvement d'opinion s'imposant en quelque sorte au juge: « Supposons, dit-il, que l'opinion générale soit favorable aux revendications des salariés,

(71) Lettre à Lagardelle du 10 août 1903, « Educazione Fascista », XI, juin 1933, p. 507. Sur les aspects juridiques de la pensée de Sorel, voir les études réunies dans *Georges Sorel et le droit*, Paris, Kimé, 2005.

(72) G. SOREL, *Introduction à l'économie moderne*, Paris, Jacques, 1903, pp. 96-97.

parce qu'on admet que l'ouvrier ne reçoit pas normalement tout ce qu'il devait recevoir; alors tout change d'aspect; le juge suppose que le mauvais droit est du côté des patrons; et les délits imputables aux ouvriers devront être considérés et traités avec d'autant d'indulgence que les vengeances passionnelles » (73).

Pourtant, sa position sur le juge avait quelque peu évolué. Dans un premier moment, il est tenté d'opposer le jury populaire « beaucoup plus juste que la magistrature », au juge « presque toujours heureux de rendre service au gouvernement », du moins en matière criminelle. Le jury a le mérite de ne pas dissimuler l'hétérogénéité du droit pénal, en faisant appel non pas aux subtilités des juristes mais aux sentiments, rétablissant ainsi les situations réelles, tandis que les juges cherchent à dissimuler cette hétérogénéité en modifiant la jurisprudence d'une manière régulière et lente, en prenant en compte les mouvements de l'opinion publique (74). Au soir de son œuvre, en insistant sur l'importance du « sentiment juridique » du prolétariat, Sorel relève en revanche que « le respect que le peuple accorde à ses dévoués serviteurs du droit » que sont les juges « se reporte sur la jurisprudence qui naît de leurs arrêts ». D'ailleurs, la genèse du droit nouveau, suppose « une activité longue, patiente et éclairée des corps judiciaires, qui obtiennent une autorité morale incontestée grâce à leur savoir, à leur indépendance, à leur souci du bien public » (75). S'il ne s'agit point de construire un système de droit socialiste *alla* Menger, Sorel assigne aux mécanismes judiciaires une importance centrale pour l'évolution du droit, car les juristes travaillent à rendre assimilables par la jurisprudence, les mouvements variables de l'opinion. C'est grâce à la *réduction de la complexité réelle à une simplicité fictive* qu'il peut juger d'après le Code » (76). Et, comme il insiste en 1919, « le devoir du socialisme est de tout faire pour faciliter la maturation du droit ».

(73) G. SOREL, *Les aspects juridiques du socialisme* (1900), maintenant dans *Par le droit, au-delà du droit*, cit., pp. 75-76.

(74) G. SOREL, *Il Giurì e la crisi del diritto penale*, « La Scuola Positiva », 1898, VIII, n° 12, pp. 2, 6. Le jury, dit-il protège la société contre les lois.

(75) G. SOREL, « Avertissement pour la troisième édition », *Introduction à l'économie moderne*, Paris, M. Rivière, 1922, p. VIII.

(76) *Les aspects juridiques du socialisme*, cit., pp. 50-51. Au fond, d'après Sorel, toute « étude juridique d'un problème consiste dans la recherche d'une combinaison qui

Si Sorel voyait derrière les revendications du bon juge la patte du socialisme réformiste, c'était parce que dans les cercles proches de Jaurès se développait en ces années-là une vision instrumentale de la jurisprudence. Celui qui va codifier cette vision sous la bannière du socialisme juridique en ce début du XXe siècle se nomme André Mater (77). Bien que les juristes soient conservateurs par nature, ce jeune avocat croit pouvoir affirmer qu'ils deviennent réformateurs, de manière inconsciente: « Et l'inconscience en droit, c'est la *jurisprudence* ». En effet, les juges joueraient un rôle réformateur, même à leur insu car les tribunaux ont en effet le pouvoir « de compléter et de corriger la loi ». Et Mater d'appuyer ses dires sur les travaux de Gény, Saleilles et Lambert qui permettent de considérer la jurisprudence comme une « source directe du droit », et même de progrès social (78). Cela ne va pas sans conséquences pour le droit, car la jurisprudence est en réalité « plus intangible que la loi », plus difficile à modifier. En particulier, son caractère toujours « rétroactif » — le juge interprète des lois et des principes qui sont déjà là —, la rend plus inattaquable: « La jurisprudence peut toujours fausser la loi, mais rien ne prévaut contre la jurisprudence; elle est irrésistible ».

D'après la reconstruction que propose Mater, la jurisprudence est le moteur des évolutions de l'ordre juridique. « Par la jurisprudence, les juristes opèrent des changements. Par la jurisprudence, ils transforment la loi, et le font sans méfiance, parce que c'est une transformation insensible et inconsciente ». La loi (nouvelle) intervient seulement après coup pour consacrer cette transformation: « Un jour, quelqu'un s'aperçoit que la loi est entièrement remplacée

soit conciliable avec les principes au moyen desquels on interprète les règles de la vie courante: ces règles sont variables et l'ensemble des transformations constitue l'évolution juridique, le système des divers moments de la pensée appliqué aux variations historiques de la société civile ».

(77) Sur Mater, C. M. HERRERA, *Socialisme juridique et droit administratif*, dans H. MOHNHAUPT, J. F. KERVÉGAN (dir.), *Wechselseitige Beeinflussungen und Rezeptionen von Recht und Philosophie in Deutschland und Frankreich*, Francfort, Klostermann, 2001, pp. 405-444 (repris dans C. M. HERRERA, *Droit et gauche. Pour une identification*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2003).

(78) A. MATER, *Sources et origines juridiques du socialisme* (1903), maintenant dans *Par le droit, au-delà du droit*, cit., p. 139, pp. 143-144.

par une jurisprudence qui la contredit. Alors, on fait une loi nouvelle qui consacre et codifie la jurisprudence; et c'est ainsi que certaines réformes peuvent s'accomplir juridiquement ». Mais il faut, pour éviter de se cristalliser, pour qu'elle reste un « instrument de réformes », que la jurisprudence aboutisse à des textes législatifs, car les juges sont « des professionnels de l'immobilité » (79).

La jurisprudence reste cependant un puissant allié du socialisme car, pour Mater, elle « montre dans quel sens [les institutions] *peuvent* se transformer et se transforment déjà ». Un allié plus réaliste que la doctrine juridique, y compris dans la version menگیريenne, qui, elle, se contente de dire en quel sens les institutions devraient être transformées. Pour éviter de tomber dans ce piège, pour pouvoir connaître une institution, et, surtout les directions du droit nouveau, Mater considère que le juriste socialiste doit toujours se laisser guider par les solutions concrètes de la jurisprudence, non par les raisonnements internes au droit (80).

Cette analyse structurelle, « scientifique » selon ses propres termes, du rôle réformateur de la jurisprudence ne se confondait toutefois pas chez Mater avec les décisions du « bon juge ». C'est pourquoi, s'il déclare son admiration pour cette « très courageuse » jurisprudence du tribunal de Château-Thierry, il le fait avec une certaine ironie: elle est très bienfaisante « seulement tant que le président Magnaud restera seul dans son espèce ». En effet, l'extension d'une telle pratique donnerait aux juges un pouvoir arbitraire. Pire encore, l'équité pouvait même « fausser le mécanisme juridique », amortissant du même coup l'élan socialiste, en faisant croire que le droit positif n'est pas au fond si injuste. Cette jurisprudence, que Mater qualifie d'humanitaire, philanthropique ou encore chrétienne, « habituerait les justiciables à penser, ou que la clémence du juge suffit à compenser l'iniquité du régime légal, ou que dans tout régime légal subsiste un fond d'iniquité auquel seul peut remédier l'arbitraire du juge »; en d'autres termes, « elle entretiendrait la

(79) *Ibidem*, p. 147.

(80) *Ibidem*, p. 157. Mater rappelle en ce sens que « non seulement les juristes se décident souvent par d'autres motifs que des motifs juridiques, par des motifs de politique ou d'intérêt, mais il leur arrive, au lieu de conformer leur solution à leur raisonnement, de combiner leur raisonnement en vue d'une solution prédéterminée » (*Ibid.*, p. 154).

résignation du prolétariat au lieu de propager la révolution ». En réalité, le but du juge Magnaud est d'appliquer avec équité les lois bourgeoises ⁽⁸¹⁾.

B. *Conscience collective et paix sociale: vers l'arbitre-juge.*

Lorsque, quelques années plus tard, une thèse doctorale propose une synthèse du socialisme juridique, elle le présente tout naturellement comme « une nouvelle méthode d'interprétation du droit *tendant à donner au juge* le pouvoir de sanctionner tous les rapports de la vie suivant les seules exigences de la justice sociale » ⁽⁸²⁾. Mais son auteur faisait moins référence à cette vision instrumentale de la jurisprudence, déjà assez oubliée, qu'à la théorie du juge qui se dessinait dans l'œuvre d'un professeur de droit socialiste, Emmanuel Lévy. Ce dernier considérait justement qu'il « serait fâcheux de laisser croire que par une série de stratagèmes nous adaptons la loi bourgeoise aux besoins révolutionnaires », comme le prétendait à tort son camarade Mater.

Tout agrégé des Facultés qu'il était, Lévy ne soulignait pas moins les limites de la démarche de la nouvelle doctrine juridique, et en particulier, de la théorie de Gény. En effet, il estimait que sa théorie des sources renfermait « une contradiction essentielle », dans l'affirmation de la loi comme une source de valeur formelle absolue et le fait qu'elle est souvent contredite par la jurisprudence. « Il n'est vraiment scientifique de dire que la loi est une source de valeur absolue, alors qu'il dépend des juges que, sans intervention législative nouvelle, une loi soit comme abrogée ». D'après Lévy, la loi est « ni plus ni moins, dans son sens et dans sa portée, ce que la croient les hommes qui l'appliquent ». Dans cette optique, la force de la loi est réduite à une source — certes « particulièrement puissante » — de croyances, comme pouvaient l'être, à titre divers,

⁽⁸¹⁾ A. MATER, *Le socialisme juridique*, « La Revue socialiste », 1904, p. 10. Bien plus que la jurisprudence ordinaire, Mater signale tout particulièrement, parmi cette jurisprudence réformatrice, celle du Conseil d'État.

⁽⁸²⁾ M. BARASCH, *Le socialisme juridique et son influence sur l'évolution du droit civil en France à la fin du XIXe siècle et au XXe siècle*, Paris, PUF, 1923, pp. 38-39 (nous soulignons, CMH).

la jurisprudence, la coutume, la doctrine, ou encore cette « libre recherche scientifique ».

Lévy remarquait, en revanche, l'importance de l'opinion publique comme source du droit, d'autant plus que le juge n'est pas toujours en conditions de dégager par lui-même les croyances. Dès lors, il estimait que « respecter l'activité des gens quand le milieu et ses croyances les ont amenés à considérer leur action comme légitime est encore le moyen le plus sûr, à défaut de réglementation précise, de fixer la limite des droits »⁽⁸³⁾.

De manière quelque peu sibylline, Lévy définira sa propre entreprise socialiste comme l'intention de livrer à la transformation sociale la puissance de la tradition qu'est le droit (la croyance). En effet, « le socialisme a tout à fait besoin d'un langage juridique correspondant aux institutions qu'il élabore ». Car le socialisme « est la lutte sociale pour le droit »⁽⁸⁴⁾. Une manière, certes, radicale de prendre au mot la remarque de Gény sur Saleilles selon laquelle « l'adaptation sociale, but constant de nos efforts, ne se peut et ne se doit réaliser que par le moyen des formes strictement juridiques »⁽⁸⁵⁾.

Si la croyance crée le droit, si les droits sont des relations comme Lévy l'affirmait dès sa thèse doctorale, le juge est appelé à occuper une place centrale dans ses préoccupations. « Ce qui compte, c'est l'appréciation du juge, ce sont les croyances qu'on lui inspire, qu'il a, et son véritable 'attendu' n'est pas dans les motifs mais dans le dispositif »⁽⁸⁶⁾. Autrement dit, l'individu, à travers le juge, « fait appel à la garantie sociale », il obtient « le sentiment et le besoin de son droit ». En effet, les rapports juridiques sont protégés par le juge au nom de l'Etat. Mais « la fonction du juge est une fonction religieuse, dans la mesure où il veille sur des croyances. « Pas de justice sans juge »; et dans la société moderne « Dieu c'est le juge, l'Etat-Providence dont le magistrat est le prêtre »⁽⁸⁷⁾.

⁽⁸³⁾ « L'Année sociologique », 1900, pp. 322-323.

⁽⁸⁴⁾ E. LÉVY, *La personne et le patrimoine*, « La Revue socialiste », 1911, p. 545; Id. *La mesure* dans *La vision socialiste du droit*, Paris, Giard, 1926, p. 179.

⁽⁸⁵⁾ F. GÉNY, *La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode*, dans *l'œuvre de Raymond Saleilles*, cit. p. 17.

⁽⁸⁶⁾ E. LÉVY, *Capital et travail*, Paris, Librairie du Parti Socialiste, 1909, p. 21.

⁽⁸⁷⁾ E. LÉVY, *L'affirmation du droit collectif* (1903), maintenant dans *Par le droit*,

Le rôle du juge doit toutefois être placé à l'intérieur d'une évolution historique du capitalisme. Dans un premier moment, il ne se distingue guère de cette autre représentation de la volonté de l'Etat qu'est la loi, expression des croyances sanctionnées. Mais Lévy voit naître, au fur et à mesure que se développe la grève comme expression de la confiance des ouvriers en eux-mêmes et de la valeur du travail, une autre institution, l'arbitrage, qui exprime mieux l'idée que le rapport au droit comporte avant tout une sanction sociale, qui reconnaît l'existence d'un lien de confiance entre les parties, même si inférieur au contrat collectif. Lévy y voyait une manière révolutionnaire de résoudre les conflits du travail, car l'Etat n'intervient en cas de grève que « comme arbitre proposant de nouvelles conditions » contractuelles. Dès lors, il croit pouvoir assurer que « l'arbitre remplaçant le juge, cela est un signe des temps ».

C'est un nouveau juge, en quelque sorte, qui se détache quand Lévy affirme qu'il est l'interprète des croyances collectives, comprise comme « la conscience de tous les milieux sociaux ». Lorsque dans un contrat, le juge estime que les consentements des parties sont en contradiction avec la « conscience collective », il peut « même sans texte » les tenir pour « non efficaces; il les annule pour erreur, dol, violation de l'ordre public; parfois, en vertu de son pouvoir d'appréciation, il corrige les éléments du contrat »⁽⁸⁸⁾.

A différence de la libre recherche scientifique chère à Gény, qui, d'après Lévy, n'est que le « triomphe du subjectivisme du juge et du juriste », nous sommes devant un juge-arbitre placé comme objectif. « Ici le juge n'est plus seulement un juge: il n'a plus à assurer à chacun son droit antérieur; il a, pour rétablir la paix sociale, à jouer un rôle d'arbitre; il donnera peut-être aux uns un peu plus de droits, aux autres un peu moins que ceux qu'ils avaient auparavant. Alors il lui faudra connaître l'opinion »⁽⁸⁹⁾. Pour Lévy, « dans les conflits du capital et du travail, le juge n'est plus le juge classique, qui juge sur les droits acquis, qui juge sur les titres; le juge

au-delà du droit. Textes sur le socialisme juridique, cit., p. 171. Le droit est défini comme « un substitut pratique de la religion ».

⁽⁸⁸⁾ E. LÉVY, *L'exercice du droit collectif* (1903), dans Id. *Les Fondements du droit*, Paris, Alcan, 1939, pp. 15, 10.

⁽⁸⁹⁾ Ibid, p. 14.

c'est l'arbitre, cet arbitre juge dans le présent; il dit: aujourd'hui il faut tant pour vivre; vous patron, vous ne pouvez pas obliger à vivre pour moins »⁽⁹⁰⁾. Autrement dit, il est moins au service des droits acquis que des droits nouveaux. La vision de Gény, en revanche, serait de nature aristocratique, et conduirait « moins à une protection des droits, des libertés, qu'à un 'équilibre de forces', à une 'harmonie des intérêts' ». Il faut que le juge emprunte ses principes au milieu social. Si, en revanche, il est tenté de « faire respecter sa science », il imposerait « à l'opinion un frein dangereux ».

Mais comment s'assurer que le juge qui sanctionnera la reconnaissance de la créance du travail sur le capital, ou même qu'il puisse rétablir la paix sociale telle que l'entend Lévy ? Comment fonder la légitimité de ce juge de la conformité des croyances collectives, sans tomber ni dans le vieux Dieu ni dans le tiers ? En fait, le réformisme revendiqué de Lévy, la transformation socialiste de la société par des voies pacifiques, implique une vision d'un social vrai, objectif qui puisse donner lieu à la confiance, à l'entente, au lien entre les parties. En tout cas, il faut une certaine confiance dans ce juge pour mesurer les croyances. Car « la politique du droit, la politique de la paix est la politique des comptes exacts, des créances qui s'opposent, puis se concilient ». En effet, dans les termes de Lévy, « arbitrer est encore se rendre compte; l'arbitrage est la justice si elle met sa montre à l'heure, si elle donne par la mesure la paix »⁽⁹¹⁾.

Ce rapport du juge à la paix est sans doute facilité par l'idée d'arbitrage, comme alternative à la fonction judiciaire proprement dite, historique. Mais comme le « juge scientifique » de la doctrine ou le « juge équitable » de Magnaud, le juge socialiste ne doit pas moins se débarrasser ici de sa subjectivité, cherchant une objectivité dans le social, par le biais scientifico-sociologique du constat des croyances.

Cette figure du juge, en tout cas, risque de paraître quelque peu éthérée, trop optimiste pour un socialiste, quand on sait qu'au même moment Edouard Lambert — le collègue de Lévy à Lyon et l'un de ses principaux soutiens scientifiques —, décortiquait le rôle

⁽⁹⁰⁾ E. LÉVY, *La paix par la justice. Eléments d'une doctrine du droit* (1929), dans Id., *Fondements du droit*, cit., p. 133.

⁽⁹¹⁾ Ibidem, pp. 135, 139.

du juge comme frein à l'agitation ouvrière et à l'interventionnisme économique de l'Etat d'après l'expérience nord-américaine. Chez Lambert, qui ne prenait pas parti à la fin de son enquête, il était question de suprématie politique du pouvoir judiciaire, mais dans un signe libéral, radicalement opposé aux visions socialistes ou tout simplement sociales ⁽⁹²⁾.

Et ce n'était pas seulement outre-Atlantique que l'on se confrontait à la réalité concrète de la magistrature: dans un article publié au milieu des années 1930, Leroy tirait le bilan de ses trente ans de recherches sur la loi et le juge, et il était négatif. « Nous devons nous résoudre à constater que le juge n'a pas été 'prétorien' autant qu'on l'avait souhaité, surtout de la façon qu'on l'avait souhaité ». Autrement dit, « la jurisprudence ne présente pas sur la législation le genre de supériorité dont [...] on était disposé communément à lui reconnaître le bénéfice, presque par principe » ⁽⁹³⁾.

C'est la méconnaissance des buts du droit qui émerge comme la faiblesse la plus flagrante de la jurisprudence civile d'après Leroy, même si elle apparaît toujours à ses yeux comme étant plus mobile que la loi, plus près des besoins humains. Toutefois, la superstition devant les normes de procédures et de compétences finit toujours par l'emporter, ce qui le conduit à dénoncer ce qu'il appelle désormais « la froideur sociale des tribunaux ». Justement, Leroy se demande « si n'est-ce pas le jugement lui-même qu'il conviendrait d'incriminer en tant que moyen mis à la disposition des juges pour terminer les litiges ? » ⁽⁹⁴⁾. Il plaide en ce sens, avec des forces renouvelées, l'arbitrage, autrement dit les « libres conciliations établies avec la collaboration personnelle des parties », « des arrangements, sous la médiation du juge ». Et Leroy de reprendre, comme jadis Mater, le modèle du juge administratif, plus libre, plus jeune que le juge judiciaire, agissant avec un droit plus souple. Ce qui permettrait au juge civil, même en matière de contrats, d'aller au-delà la déclaration des volontés, et chercher dans le milieu social,

⁽⁹²⁾ E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Paris, Giard, 1921, pp. 220 ss.

⁽⁹³⁾ M. LEROY, *L'expérience juridique et la fonction judiciaire*, « Esprit », avril 1935, p. 74.

⁽⁹⁴⁾ *Ibidem*, p. 75.

en la modifiant, en la complétant, la manière de servir le mieux le but des parties.

La fonction du juge est celle d'adapter l'individuel au social, et en ce sens finaliste Leroy prône une série des réformes, concernant la formation des juges (par l'organisation d'une école de la magistrature dévouée à l'observation sociale), mais également le rôle de la Cour de cassation, qui se verrait octroyer un pouvoir réglementaire important, pour imposer sa jurisprudence, pour corriger les erreurs des textes, visant à rendre la législation plus stable et plus mobile, même au détriment de la séparation des pouvoirs. On devrait ainsi « empêcher le droit de se bureaucratiser » et le juge pourra se sentir plus libre pour comprendre la diversité économique, évitant les standardisations juridiques.

* * * * *

Les trois figures qui se dégagent de ces débats, allant du « juge objectif », qui s'appuie sur « l'école scientifique », au juge-arbitre des croyances collectives, voulu par le socialisme réformiste, en passant par le « bon juge », qui décide en équité, s'attachent à la question sociale de manière radicalement différente: pour adapter la loi aux besoins sociaux, pour restaurer l'équilibre entre les classes, pour transformer le droit, et partant, la société.

S'il conviendrait de distinguer plus systématiquement entre une « pensée du juge » et sa perception comme acteur historique, l'idée que le juge serait un tiers au-dessus de la dispute des classes sociales ne disparaît pas complètement dans une pensée socialiste. Au contraire, ces formes d'attachement à l'idée de juge, ne serait ce qu'en tant qu'arbitre, sont finalement assez étonnantes, quand on les compare avec d'autres traditions juridiques socialistes de l'époque, notamment l'allemande, où la sympathie pour les jurys populaires et d'autres formes de justice alternatives étaient privilégiées. Sans doute, la confiance dans les bureaucraties judiciaires sous une République jouait un rôle important dans cette vision, où même la Cour de cassation sortait tout auréolée après la révision du procès Dreyfus. Mais les tentatives de formuler une objectivité qui s'imposerait au juge ne conduisent pas moins à des impasses. Car, comme le rappelait sagement l'antisocialiste Saleilles, « il n'y a de neutralité nulle part ».

OLIVIER JOUANJAN

MAURICE HAURIOU ET
LA FONCTION JURIDICTIONNELLE

1. L'approche socio-historique d'Hauriou. — 2. La notion de « contentieux » et la querelle autour du recours pour excès de pouvoir. — 3. La justice comme « variété du pouvoir exécutif ». — 4. Le juge et le contentieux de la constitutionnalité. — 5. Remarque terminale.

1. *L'approche socio-historique d'Hauriou.*

Si Maurice Hauriou fut sans doute l'un des plus grands arrêtiéristes français et si les trois volumes de ses *Notes d'arrêt* forment, aujourd'hui encore, une sorte de bible pour tout spécialiste de droit administratif ⁽¹⁾, il n'a guère consacré de longs développements théoriques à la nature même de la fonction juridictionnelle et, en tout cas, à la différence de ce que l'on trouve dans les grandes sommes de ses principaux contemporains — Léon Duguit et Raymond Carré de Malberg —, on ne rencontre pas, dans les principaux traités de Maurice Hauriou, qu'il s'agisse du *Précis de droit administratif* ⁽²⁾, des *Principes de droit public* ⁽³⁾ ou du *Précis de droit constitutionnel* ⁽⁴⁾, de chapitres dans lesquels le maître de Toulouse exposerait de manière systématique une doctrine nettement articulée des « fonctions de l'État ».

⁽¹⁾ *Notes d'arrêts*, 3 vol., réunies par André Hauriou, Sirey, 1929, rééd. La mémoire du droit, 2000.

⁽²⁾ On utilise la 12^e et dernière édition, revue et mise à jour par André Hauriou, Sirey, 1933, rééd. Dalloz, 2002 (préface P. Delvolvé et F. Moderne).

⁽³⁾ Sirey, 1910, rééd. Dalloz, 2010 (préface O. Beaud). Nous citons cette édition, sauf indication expresse de la seconde édition de 1916.

⁽⁴⁾ 1^{ère} éd., Sirey, 1923. Nous citons cette première édition, sauf indication expresse de la seconde édition de 1930.

Si le chapitre XV et dernier des *Principes de droit public* est intitulé « Les fonctions et la discipline juridique de l'État », il déçoit le lecteur qui y chercherait en vain un développement où seraient déterminées et distinguées les fonctions législative, exécutive et juridictionnelle. Le livre se donne pour tâche de « réunir les matériaux d'une théorie de l'État » en s'attachant « beaucoup moins à une théorie logique de l'État, qu'à une synthèse pratique d'un certain nombre d'éléments dont chacun serait incontestablement constitutif de l'État » et en ramenant « le droit public aussi près que possible du point de vue des Publicistes », c'est-à-dire non pas des spécialistes de droit public mais des analystes de la vie publique et politique conformément à l'usage ancien du mot ⁽⁵⁾. Cet ouvrage de maturité témoigne de la manière la plus claire de ce que l'intérêt d'Hauriou pour la sociologie ou « la science sociale » — qui le rapproche de Léon Duguit, par ailleurs son plus grand adversaire doctrinal — ne fut pas le fait d'un égarement de jeunesse — et l'on vise généralement des écrits tels que *La science sociale traditionnelle* (1896) et les *Leçons sur le mouvement social* (1899) — mais a animé en permanence toute son œuvre, la célèbre « théorie de l'institution » ⁽⁶⁾ en étant le principal rejeton ⁽⁷⁾. Ce tropisme sociologique fort explique sans doute la manière particulière dont Hauriou comprend les fonctions de l'État. Il explique aussi pourquoi, contre le formalisme juridique des Allemands de la seconde moitié du XIXe siècle et d'un Carré de Malberg en France, Hauriou réintroduit, pour la compréhension juridique de l'État, la dimension de ses « buts », à savoir le but de droit et le but de culture ou de civilisation à travers lesquels l'État réalise son but général et essentiel, à savoir celui « d'établir les sociétés humaines sur la donnée du progrès » ⁽⁸⁾.

⁽⁵⁾ *Principes de droit public*, préface, pp. VIII-IX.

⁽⁶⁾ Qui forme précisément tout le chapitre 3 des *Principes de droit public* (pp. 124-175). Voir aussi: M. HAURIOU, « La théorie de l'institution. Essai de vitalisme social », repris dans: HAURIOU, *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*; (1925), Bloud & Gay, 1933, pp. 89 et s.

⁽⁷⁾ Sur cette permanence de l'intérêt sociologique chez Hauriou, voir la belle préface de Frédéric Audren et Marc Milet à: Maurice HAURIOU, *Écrits sociologiques*, Dalloz, 2008, avec la réédition, notamment, de *La science sociale traditionnelle* et des *Leçons sur le mouvement social*.

⁽⁸⁾ *Principes de droit public*, not. pp. 703 et s.

Ce retour de l'idée de but est évidemment liée à la théorie juridico-sociologique de l'institution qui est au centre de la pensée d'Hauriou. Ce qui, au sens propre, *anime*, donne souffle et vie à une institution est une « idée d'entreprise » ou d'« œuvre », c'est-à-dire la représentation de buts à réaliser et qui projette toute institution dans l'avenir, le « virtuel » selon une expression récurrente d'Hauriou et qui, pour lui, vaut mieux que l'« actuel ». Le « progrès » dont l'État doit être le garant est « une certaine direction d'avenir et de virtuel qui présentera les garanties d'un maximum de durée »⁽⁹⁾. D'où la détermination de sa fonction: si le « but essentiel de l'État » est « de s'établir dans le virtuel », sa fonction est « de tout réaliser par des procédures »⁽¹⁰⁾.

La théorie de l'institution est liée à une vision générale « vitaliste » qu'Hauriou emprunte à Bergson⁽¹¹⁾. Mais la vie, pour être vivable, doit être réglée. La morale est la règle de vie des individus, et le droit, pour l'État est aussi « essentiellement une règle de vie ». Cette régulation de la vie étatique se manifeste essentiellement par la procéduralisation de son action. C'est pourquoi sa « fonction » consiste essentiellement à procéduraliser la vie. La procédure est la « discipline (juridique) de vie » de l'État. Dans ces conditions, « le problème des fonctions de l'État et celui de la discipline juridique de sa vie n'en font qu'un, car la vie de l'État n'intéresse le juriste qu'en tant qu'il accomplit ses fonctions, et sa discipline de vie n'est donc que celle nécessaire à l'accomplissement de ses fonctions »⁽¹²⁾.

Toujours est-il que, dans ce chapitre conclusif des *Principes de droit public*, Hauriou n'évoque pas la juridiction, ni comme une forme particulière par laquelle l'État poursuit son « but juridique », ni comme une « procédure » spécifique. Il témoigne plutôt de cette manière *excentrique*, au sens propre et non péjoratif de ce mot, qu'emprunte si souvent la pensée d'Hauriou, c'est-à-dire une manière originale et personnelle qui, jusque dans son vocabulaire et sa conceptualisation propres prend sans cesse le lecteur au dépourvu à

⁽⁹⁾ *Principes de droit public*, p. 703.

⁽¹⁰⁾ *Ibid.*

⁽¹¹⁾ Il n'est pas anodin, à cet égard, que l'un des principaux essais consacrés par Hauriou à l'institution porte pour sous-titre: « essai de vitalisme social »: « La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social) », op. cit.

⁽¹²⁾ *Principes de droit public*, p. 695.

raison de son décalage par rapport aux discours et à la langue habituels du droit et de sa doctrine.

Pourtant, Duguit lui-même attribue à son meilleur ennemi, Hauriou — et le fait est assez rare pour être souligné —, un « grand mérite », à savoir celui de « démontrer l'étroitesse de la conception qu'on se forme habituellement, que moi-même je m'étais formée, de la fonction juridictionnelle » (13). Mais c'est à un texte détaché de l'armature des grands traités que fait référence Duguit, un imposant article dont la première partie a paru en 1905 dans le *Recueil de législation de Toulouse*, complété dans la livraison de 1907 de la même revue et laissé inachevé (14). On peut d'ailleurs comprendre, dès les premières pages de l'article pour quelle raison profonde une théorie de la fonction juridictionnelle n'a pas trouvé place dans les grandes synthèses dogmatiques de l'auteur. Hauriou, en effet, décide de prendre place dans un débat capital pour le droit administratif français: le recours pour excès de pouvoir constitue pour beaucoup une « anomalie »: « Il n'est pas nécessairement la sanction d'un droit; la simple lésion d'un intérêt suffit au contraire toujours pour le faire naître; de sa nature par conséquent c'est un recours gracieux et hiérarchique, qui d'après les principes généraux devrait être du ressort de l'administration elle-même. Cependant la loi transforme cette nature du recours pour excès de pouvoirs, et elle en fait un recours contentieux en décidant qu'il est porté devant la juridiction administrative supérieure, le Conseil d'État (15). » Il en résulte que, « pour pouvoir prendre naissance le recours pour excès de pouvoir implique à la fois la confusion des pouvoirs exécutif et judiciaires et la confusion des fonctions administratives et juridictionnelles » (16). Les Français devraient en rabattre un peu: « Y a-t-il lieu dès lors d'être si fiers d'un système qui s'appuie sur la méconnaissance de ces règles fondamentales ? Et à tout prendre, c'est-à-

(13) Léon DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 2, 3e éd., De Boccard, 1928, p. 442.

(14) Maurice HAURIOU, « Les éléments du contentieux », *Recueil de législation de Toulouse*, deuxième série, t. 1, 1905, pp. 1-98, t. 3, 1907, pp. 149-191. Cités respectivement: « Éléments », *RLT* 1 et « Éléments », *RLT* 3.

(15) René JACQUELIN, *Les principes dominants du contentieux administratif*, Giard & Brière, 1899, p. 230.

(16) *Ibid.*, p. 256.

dire à supposer même que l'abolition de la justice administrative distincte de la justice ordinaire dût entraîner du même coup la disparition du recours pour excès de pouvoirs, ce système ne serait-il pas préférable s'il correspondait par contre à une stricte séparation des pouvoirs, à une stricte séparation des fonctions ⁽¹⁷⁾ » ?

Mais, c'est justement cette posture scientifique, qui pense pouvoir fustiger la réalité au nom de la théorie, que condamne Hauriou, comme si la séparation des pouvoirs ou des fonctions étaient des notions fixes, figées, transcendantes. Son tropisme sociologique l'oblige à penser l'immanence historique des principes. Aussi prend-il une fois encore au dépourvu le juriste classique et son conceptualisme inavoué. C'est justement l'institutionnalisme vitaliste, sa sociologie, certes datée et sans doute déjà obsolète au moment où il écrit, qui permettent à Hauriou d'échapper au conceptualisme dominant. Toute cette controverse autour du recours pour excès de pouvoir « a été jusqu'ici menée au point de vue des principes; le principe de la séparation des pouvoirs, celui de la séparation des fonctions de juger et de la fonction d'administrer, d'autres principes plus ou moins solides du contentieux administratif en ont fait les frais. » Les « déductions juridiques » ont leur « place légitime », mais « les principes ne sauraient être que des synthèses de faits » et il faut « les réviser de temps à autres pour s'assurer que leur formule est bien toujours adhérente aux faits ». À s'en tenir à la méthode « aprioristique et déductive », il se produit « un phénomène de simplification des théories qui les rétrécit progressivement sans qu'on y prenne garde et finit par les séparer de la réalité » ⁽¹⁸⁾. D'où les « préoccupations d'une méthode réaliste » qui animent Hauriou ⁽¹⁹⁾.

On comprend alors que, dans sa contribution à la théorie de l'État que constituent ses *Principes de droit public*, on ne trouve guère d'exposé systématique de la fonction juridictionnelle, comme on la trouve dans la *Contribution à la théorie générale de l'État* de Carré de Malberg ou le *Traité de droit constitutionnel* de Duguit. Malgré tout ce qui sépare le conceptualisme du maître de Strasbourg

⁽¹⁷⁾ *Ibid.*, p. 257.

⁽¹⁸⁾ Toutes les citations: HAURIU, « Éléments », *RLT* 1, pp. 3-4.

⁽¹⁹⁾ *Ibid.*, p. 2.

du sociologisme objectiviste de celui de Bordeaux, leur théorie reste essentiellement une théorie de la dogmatique juridique. On le voit précisément chez Duguit lorsque, malgré toute l'importance qu'il accorde à la sociologie — mais une sociologie abstraite, un sociologisme plutôt qu'une véritable sociologie ⁽²⁰⁾ —, sa théorie des fonctions de l'État repose tout entière sur une dogmatique de l'acte juridique et la distinction entre l'« acte-règle », l'« acte-condition » et l'« acte subjectif ». Hauriou, pour sa part, est plus décidément sociologue dans sa démarche et ce, quoi qu'on pense, une fois encore, de la qualité de sa sociologie. C'est tout le sens qu'il faut donner à la « théorie de l'institution »: elle fouille les tréfonds sociologiques d'où émergent les institutions et cette forme sociale particulière qu'est, ce qu'il appelle la « Nation aménagée en régime d'État » ⁽²¹⁾. On voit aussi tout ce qui oppose la démarche d'un Carré de Malberg de celle d'Hauriou dans la structure même de leurs théories respectives de l'État: alors que celle-ci commence, chez le premier, par l'étude dogmatique de la personnalité juridique de l'État et donc cherche à déterminer d'emblée un concept strictement *juridique* ⁽²²⁾ au *fondement* même du droit public, Hauriou commence pour sa part en faisant abstraction de la personnalité juridique de l'État pour n'y revenir qu'au terme de ses développements ⁽²³⁾. C'est que, « par dessous la région de la personnalité il en est une autre à explorer » ⁽²⁴⁾, celle des « phénomènes prépersonnels », c'est-à-dire de ce qu'il y a de substrat substantiel à la base de la personne définie comme « substance indivisible d'une nature raisonnable » ⁽²⁵⁾.

Si l'on veut ramener ici ce substrat sociologique (le régime

⁽²⁰⁾ Comme l'écrit Dieter Grimm, « malgré l'image modèle du *juriste sociologue*, Duguit n'a jamais travaillé empiriquement mais s'est borné à soumettre l'ordre juridique dominant à l'épreuve du réalisme depuis sa table de travail » (*Solidarität als Rechtsprinzip*, Athenäum Verlag, 1973, p. 29).

⁽²¹⁾ *Principes de droit public*, pp. 70 et s.

⁽²²⁾ CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 1, Sirey, 1920, pp. 11 et s.

⁽²³⁾ *Principes de droit public*, pp. 606 et s.

⁽²⁴⁾ *Ibid.*, p. 109.

⁽²⁵⁾ *Ibid.*, p. 642. Cette définition de la personne est empruntée à Boèce (*De persona et duabus naturis*) à travers la discussion qu'en fait Saint Thomas (*Somme théologique*, I^a, qu. 29, art. 1).

d'État abstraction faite de sa personnification) à ses éléments constitutifs et sa forme générale, il convient de dire qu'il s'agit d'une tension mobile (dans l'histoire) faite de « séparations » constitutives et tenues ensemble par des « équilibres », les « équilibres fondamentaux du régime d'État » dans lesquels réside l'enseignement essentiel des *Principes de droit public* (26). Les « séparations » les plus profondes sont d'une part celle de la nation et du gouvernement « qui fait le fond des équilibres constitutionnels » (27), d'autre part celle de l'individu et de l'État ou, plus précisément, de l'individu et de la nation, de la société aménagée en régime d'État, c'est-à-dire non pas seulement séparation de l'individu et du gouvernement, mais bien plus largement et profondément, de l'individu et « de l'État tout entier », de « l'organisation sociale tout entière » (28). La première peut être vue comme constituant la tension fondatrice d'où émerge ce qu'Hauriou appellera plus tard la « constitution politique », la seconde, comme la tension qui produit la « constitution sociale » (29). Cette seconde séparation s'équilibre dans le rapport entre les droits individuels, qui sont l'expression juridique de la fonction sociale « d'initiative, d'entreprise et de risque » qui revient à l'individu dans le « régime d'État », où s'est « opérée une séparation de la vie publique et de la vie privée » (30), et les « droits de l'État, comme des droits de domination » (31). Ce rapport entre le droit individuel et le droit de domination constitue le « jeu subjectif du pouvoir et de la liberté » (32), un jeu qui ne peut se jouer que s'il

(26) *Ibid.*, p. 369. « L'équilibre par le mouvement » est une idée forte et même séminale de la pensée d'Hauriou dès qu'il élabore sa théorie de l'institution. Voir: Norbert Foulquier, « Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929) », N. HAKIM, F. MELLERAY (dir.), *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du xxe siècle*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 281 et s.

(27) *Ibid.*, p. 541.

(28) *Ibid.*, p. 544-545.

(29) Ces expressions n'apparaissent que chez le tout dernier Hauriou, celui de la deuxième édition du *Précis de droit constitutionnel*, parue après sa mort (Sirey, 1930). La distinction entre « constitution politique » et « constitution sociale » organise la structure du livre 3 de l'ouvrage intitulé « l'organisation constitutionnelle de la France ». Ces expressions n'apparaissent pas dans la première édition de 1923.

(30) *Principes de droit public*, 2^e éd., 1916, p. VII.

(31) *Principes de droit public*, 1^{re} éd., p. 542 et s.

(32) *Précis de droit constitutionnel*, 1^{re} éd., p. 66.

est *organisé* selon des règles objectives qui constituent le moment de l'*ordre* dans le régime d'État. On comprend ainsi pourquoi toute la théorie de l'institution repose sur ce trépied que forment le *pouvoir*, l'*ordre* et la *liberté*. On comprend aussi pourquoi la société est nécessairement un composite d'éléments subjectifs et d'éléments objectifs: « La société est en partie subjective, en partie objective. Si on la compare à un tissu, ce qui était la métaphore chère à Platon, on peut dire que la chaîne de ce tissu, représentant l'élément de l'ordre, est faite d'idées objectives, tandis que la trame, qui représente les éléments du pouvoir et de la liberté, est faite des volontés et des passions subjectives de l'individu humain ⁽³³⁾ ». On comprend encore pourquoi la théorie (sociologique) du droit doit, selon Hauriou, sortir du dilemme engendré par la « vague de subjectivisme déchaîné contre l'esprit d'institutions de l'ancien régime » d'une part, et le « retour violent à cet esprit d'institutions objectives » dont témoignent successivement Maine de Biran, Bonald, le Saint-simonisme, puis le positivisme d'Auguste Comte, Durkheim et Duguit: il faut sortir de l'esprit des « systèmes absolus » ⁽³⁴⁾. On comprend enfin pourquoi la théorie juridique de l'institution « serre de près la réalité historique » ⁽³⁵⁾, puisque les éléments subjectifs de l'ordre et de la liberté apportent à l'ordre établi sa dynamique et l'instituent dans le « virtuel ».

Ces longs développements sur la « théorie de l'État » d'Hauriou et la conception de l'« institution » qui la gouverne étaient nécessaires car on manque souvent la pensée du doyen de Toulouse en la rabattant sur ses aspects seulement dogmatiques — ou en n'examinant que la « théorie de l'institution » *pour elle-même*, sans voir comment surgissent d'elle les positions dogmatiques fondamentales. Or — telle est la thèse — la vision que se fait Hauriou de la justice et de son office ne peut pleinement se comprendre que si on la rapporte à son soubassement sociologico-théorique qu'on s'est efforcé de rappeler ici à grands traits.

⁽³³⁾ *Ibid.*

⁽³⁴⁾ Sur tous ces points: *ibid.*, pp. 59 et s. Voir aussi: « Le théorie de l'institution et de la fondation », art. cit., pp. 90 et s.

⁽³⁵⁾ « La théorie de l'institution et de la fondation », art. cit., p. 89.

2. *La notion de « contentieux » et la querelle autour du recours pour excès de pouvoir.*

Lorsque Hauriou, en 1905 et 1907, entend prendre position dans la « vaste controverse » qui s'est ouverte au sujet de la notion de contentieux ⁽³⁶⁾, sa pensée est à un tournant. On date en effet la naissance de la « théorie de l'institution » de 1906, avec la 6^e édition du *Précis de droit administratif* et la parution d'un article fondateur « L'institution et le droit statutaire » ⁽³⁷⁾. Mais, comme on a pu le faire remarquer justement, dès les écrits « préinstitutionnalistes », « on voit apparaître toutes les interrogations qui vont donner l'institution » ⁽³⁸⁾.

En tout cas, quand il prend position dans cette controverse sur le concept de « contentieux », il le fait pour rejeter à la fois le conceptualisme fixiste et l'opposition radicale — non *équilibrée* — entre l'objectif et le subjectif, deux angles d'attaque fondamentaux de la théorie socio-juridique de l'institution et donc aussi de la justice dans le régime institutionnalisé de l'État.

Pour saisir la fonction de juger dans le mouvement des institutions du régime d'État, il faut abandonner la méthode photographique et fixiste pour l'intelligence cinématographique au sens où Bergson l'élève: « Le procédé a donc consisté, en somme, à extraire de tous les mouvements propres à toutes les figures un mouvement impersonnel, abstrait et simple, *le mouvement en général* pour ainsi dire, à le mettre dans l'appareil, et à reconstituer l'individualité de chaque mouvement particulier par la composition de ce mouvement anonyme avec les attitudes personnelles. Tel est l'artifice du cinématographe ⁽³⁹⁾ ».

Contre l'intelligence qu'on pourrait appeler *photographique*,

⁽³⁶⁾ HAURIU, « Éléments », *RLT* 1, p. 1.

⁽³⁷⁾ *Recueil de législation de Toulouse*, nouvelle série, t. 2, 1906, pp. 134 et s.

⁽³⁸⁾ ÉRIC MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, 30/31, 1995, p. 389. DANS, *La science sociale traditionnelle* (1896, p. 5, rep. dans Hauriou, *Écrits sociologiques*, *op. cit.*), Hauriou définit la société comme « un mode d'existence en qui se concilient et en qui les hommes sentent se concilier le groupe humain et l'individualité humaine », c'est-à-dire la dimension objective et la dimension subjective du « tissu » social.

⁽³⁹⁾ Henri BERGSON, *L'évolution créatrice* (1907), PUF, coll. Quadrige, 1981, p. 305.

qui saisit son objet dans le cadre d'une théorie préétablie, Hauriou en appelle lui aussi, d'une certaine manière, à utiliser l'artifice du cinématographe, qui ne signifie pas l'absence de théorie, mais la construction d'une théorie dans le mouvement même de l'objet. On citera longuement le passage dans lequel Hauriou explicite sa manière de faire pour échapper au dilemme dans lequel la doctrine de son époque a entendu enfermer l'institution du recours pour excès de pouvoir. Parce que ce recours ne vise pas à la restitution d'un droit subjectif, il est, par sa nature, hiérarchique et administratif, or il a pour conséquence de convoquer un véritable juge qui donc sort de sa fonction naturelle (trancher un conflit de droits subjectifs), contradiction qui repose sur la méconnaissance du principe de la séparation des pouvoirs et des fonctions. Hauriou rétorque:

« Assez de principes pour le moment, laissons de côté la séparation des pouvoirs et la séparation des fonctions, n'essayons pas de définir la fonction de juger par le fin du fin de l'acte de juger; regardons plutôt dans l'histoire comment la société fait le juge et ce à quoi elle l'emploie; observons la valeur pratique des institutions juridictionnelles. Je ne prétends point que l'évolution historique soit infaillible, ni que la valeur pratique des institutions ne puisse être critiquée au nom des principes; je crois seulement qu'on ne doit pas faire abstraction de l'évolution historique ni des tendances pratiques, et qu'elles révèlent une *force des choses* avec laquelle des principes doctrinaux, en soi très relatifs, sont obligés de composer ⁽⁴⁰⁾ ».

Pour réaliser ce programme de restitution de la justice à la « *force des choses* », Hauriou fait appel à l'histoire longue et au très ancien droit, censé révéler des fondamentaux psycho-anthropologiques qui seuls permettent d'expliquer, aujourd'hui encore, les phénomènes institutionnels. Les droits primitifs font appel à l'autonomie et même à la « susceptibilité » de l'être humain. Le sujet de droit primitif est un « héros vaniteux, querelleur et violent ». Les institutions juridiques, dans ces conditions, ne s'établissent qu'avec « d'infinis ménagements ». Il s'agit précisément de ménager cette susceptibilité du *quérulent* en lui donnant un moyen d'éviter la guerre privée, le recours à la force, par l'entremise d'une institution

(40) « Éléments », *RLT* 1, p. 4.

juridictionnelle qui reste à sa libre disposition, à la manière de l'arbitrage moderne.

Or, dans la vie moderne, on trouve un reste de cette manière d'être juridique: « Cette autonomie de la volonté individuelle, cette indépendance et cette susceptibilité se retrouvent dans les relations de notre vie administrative, non pas certes du côté des administrés, mais du côté de l'administration. Celle-ci étant une puissance, c'est-à-dire une volonté privilégiée, croit de sa dignité de garder ses distances, et lorsqu'il s'agit de l'amener à soumettre à un juge public ses actes ou ses relations avec des administrés qui sont ses subordonnés, sur lesquels elle exerce déjà une sorte de justice privée, alors, d'une façon unilatérale, se reproduisent toutes les difficultés avec lesquelles se sont trouvés aux prises les droits primitifs, et sensiblement reparaissent les mêmes procédés de solution ⁽⁴¹⁾ ».

À partir de là, la juridiction administrative, comme phénomène historique récent, s'explique du fait d'un État jaloux de son droit de domination, qui est son « privilège ». Celui-ci s'exprime à travers le « privilège d'action d'office », c'est-à-dire « le pouvoir qui appartient à l'administration d'exécuter elle-même les décisions qu'elle prend, sans passer par l'intermédiaire d'un juge, et cela alors même que l'exécution de la décision intéresse des tiers » ⁽⁴²⁾, mais aussi par les privilèges dans l'instance juridictionnelle: « En dehors de cette manifestation fondamentale d'autonomie que constitue le privilège d'action d'office, l'indépendance de l'administration active vis-à-vis du juge se marque par les privilèges qui lui sont accordés dans l'instance juridictionnelle. L'administration n'est pas un plaideur ordinaire. Elle n'est point soumise à l'autorité du juge de la même façon que les particuliers. Elle consent à lui soumettre ses différends avec les administrés, mais on peut dire qu'avec lui elle traite de puissance à puissance ⁽⁴³⁾ ».

On comprend ces développements célèbres du *Précis de droit administratif* en le rapportant à cette représentation d'une administration « susceptible » que rappellent, comme un élément fondamental, psycho-anthropologique transposé à cette sphère « préper-

⁽⁴¹⁾ « Éléments », *RLT* 1, p. 7.

⁽⁴²⁾ *Précis de droit administratif*, p. 361.

⁽⁴³⁾ *Ibid.*, p. 367.

sonnelle » de l'État, « par-dessous » sa « personnalité » juridique, les « Éléments de contentieux ». On n'a sans doute pas fait assez attention à cet enracinement de la théorie des privilèges de l'administration dans cette couche anthropologique de la sociologie d'Hauriou. Mais on pourrait dire que, en quelque sorte, le droit public et la justice de droit public restent attachés à un fond sauvage dont le privilège est l'expression domestiquée, civilisée.

Cette domestication, c'est le droit qui la réalise, mais il n'est que l'« écorce » des phénomènes sociaux, cela qui par un coup de peinture en fait des « institutions »: « Les institutions sociales sont peintes en droit, mais par-dessous le revêtement de cette peinture elles ont une réalité purement sociale qui est politique, économique ou mondaine; les institutions sont pour les besoins sociaux, le droit les recouvre et les conserve. » Sous l'« épiderme » du droit, il y a une « chair sociale, vivante, souffrante, exigeante ». Il n'en va pas autrement de la juridiction administrative qui a été motivée par des préoccupations politiques ⁽⁴⁴⁾. Ce ne sont pas les figures de la justice ou du droit qui président à l'organisation des juridictions, mais celle, politique, de la paix ⁽⁴⁵⁾.

Ayant ainsi déplacé la question que ses contemporains n'envisagent que sous l'angle technique des « principes » juridiques (la séparation des pouvoirs et des fonctions) pour conclure à l'anomalie du recours pour excès de pouvoir, Hauriou indique le chemin qui doit conduire à la solution qu'il propose: l'« élément juridique » du contentieux doit être rapporté à ses fondements politiques et sociaux dont il se dégage, ce qui suppose « une définition du contentieux qui soit purement sociale et qui cependant se soutienne par elle-même ». Sous cet angle, en effet, on constatera qu'« il se peut que le contentieux de l'annulation réponde à un besoin social fondamental, tel que celui de solutionner pacifiquement des conflits irritants, et que cette circonstance suffise à en faire un véritable contentieux » ⁽⁴⁶⁾. La détermination de la nature contentieuse ou non d'une institution telle que le recours pour excès de pouvoir ne peut donc découler d'une simple analyse technique, mais seulement de celle qui rattache en

⁽⁴⁴⁾ « Éléments », *RLT* 1, p. 10-11.

⁽⁴⁵⁾ « Éléments », *RLT* 1, p. 14.

⁽⁴⁶⁾ « Éléments », *RLT* 1, p. 12.

permanence les éléments techniques à leur substrat sociologique, qui reconnaît, sous la peinture civilisatrice du droit, le fond même de sa réalité, la vérité anthropologique et sociale des institutions.

C'est ce à quoi procède la suite de ce long article consacré aux « éléments du contentieux », qui prend donc un tour beaucoup plus technique dans le détail duquel il n'est pas utile ici d'entrer, sauf à remarquer que précisément Hauriou s'attache alors en permanence à montrer l'aspect fondamental du conflit social qui est à la base du recours en annulation. Ainsi, même s'il n'y a pas de « parties » au recours pour excès de pouvoir, le requérant trouve bien un « contradicteur » en la personne du ministre ⁽⁴⁷⁾ et c'est cette contradiction qui explique la distinction essentielle entre cette procédure et le recours hiérarchique ⁽⁴⁸⁾.

Cet élément sociologique de contestation ⁽⁴⁹⁾, que traduit la contradiction, est plus important que la question de savoir si l'objet de cette contestation est ou non un droit subjectif lésé. La fonction de juger s'explique bien davantage par son caractère en quelque façon arbitral, que l'on saisit dès que l'on adopte le « point de vue des éléments sociaux du contentieux » ⁽⁵⁰⁾, que par sa fonction restitutive (d'un droit). De sorte que l'évolution contemporaine du recours pour excès de pouvoir, qui tend à l'élimination du seul élément subjectif qui le constituait jusqu'alors, ne peut donner d'argument pour contester son caractère contentieux.

En effet, un simple intérêt lésé suffit à demander l'annulation juridictionnelle de l'acte administratif pour violation des compétences ou des formes ou pour détournement de pouvoir. Traditionnellement, la violation d'un droit (acquis) ne conditionnait que la recevabilité de la demande d'annulation pour « violation de la loi », le quatrième « cas d'ouverture » du recours. Cette dernière condition avait posé problème à la doctrine ⁽⁵¹⁾. Hauriou constate que

⁽⁴⁷⁾ « Éléments », *RLT* 1, p. 18.

⁽⁴⁸⁾ « Éléments », *RLT* 1, pp. 22-23.

⁽⁴⁹⁾ « Éléments », *RLT* 1, p. 45: « Socialement parlant, la matière contentieuse se ramène à la contestation ».

⁽⁵⁰⁾ « Éléments », *RLT* 1, p. 43.

⁽⁵¹⁾ Sur les doutes et hésitations d'Édouard Laferrière à ce sujet: Pascale Gonod, *Édouard Laferrière, un juriste au service de la République*, Paris, LGDJ, 1997, pp. 230 et s.

cette dernière condition tend, à l'époque de la rédaction des « éléments du contentieux », dès 1905 donc, à s'effacer, la jurisprudence paraissant ainsi disposée « à unifier la théorie du recours pour excès de pouvoir dans ses quatre ouvertures »⁽⁵²⁾. Mais là où la doctrine traditionnelle verra la preuve de l'anomalie d'un recours « contentieux » tendant à devenir purement « objectif », Hauriou ne considère qu'un aménagement technique, un nouveau coup de pinceau juridique qui ne modifie en rien la substance sociale du litige que le recours doit résoudre. D'ailleurs, même si l'ouverture de la violation de la loi suppose la violation concomitante d'un droit, cela n'accroît en rien son caractère contentieux puisque, note Hauriou, la conséquence de la violation constatée s'arrête à l'annulation de l'acte sans impliquer la restitution du droit violé, pour laquelle il faut engager les recours ordinaires de pleine juridiction⁽⁵³⁾.

La question du caractère objectif ou subjectif du recours se tient donc tout entière du seul côté « juridique » (technique) du droit, de la peinture qui recouvre le phénomène social, c'est-à-dire à la *surface* des choses. Elle ne permet pas de voir la *dramatique* sociale qui fait le « contentieux », cette situation dans laquelle « l'agent est prêt à risquer son existence, son patrimoine et son honneur » parce qu'il réclame un droit moral plus fondamental que les droits subjectifs techniquement organisés, son « droit à satisfaction » qui engage son existence sociale⁽⁵⁴⁾. À certains égards, cette dramatisation de la contestation juridique rappelle cela que Jhering appelait « la lutte pour le droit »⁽⁵⁵⁾. À travers ce rapprochement, l'on voit comment une orientation « vitaliste » commune travaille dans l'œuvre de ces deux auteurs. Au premier chef, « le procès est une lutte »⁽⁵⁶⁾ et le droit, une domestication des instincts, des intérêts et

(52) « Éléments », *RLT* 1, p. 33 et la note. Hauriou avait déjà indiqué cette tendance dans la note qu'il rédigea sous la célèbre décision *Lot* (CE, 11 décembre 1903), et les affaires *Monlinier* et *Savary* (CE 18 mars 1904): *Sirey* 1904.3.113 (note non reproduite dans les volumes de *Notes d'arrêts*, précit.).

(53) « Éléments », *RLT* 1, p. 34, à la note.

(54) « Éléments », *RLT* 1, p. 43.

(55) RUDOLF VON JHERING, *La lutte pour le droit*, trad. fr. de Meulenaere, 1890, rééd. Paris, Dalloz, 2006, présentation par O. Jouanjan.

(56) HAURIOU, « Éléments », *RLT* 1, p. 44, qui cite évidemment Jhering à cet endroit.

de leurs conflits. La justice est l'instrument premier de cette domestication en tant qu'elle rejoue la scène du conflit, en mettant en présence les acteurs mêmes, mais en modifiant leurs armes, leurs arguments, leurs comportements.

3. *La justice comme « variété du pouvoir exécutif ».*

« Le pouvoir de juger, écrit Hauriou, n'est qu'une variété du pouvoir exécutif ⁽⁵⁷⁾. » On pourrait alors ranger Hauriou au sein d'une doctrine classique pour laquelle tout l'État, fonctionnellement, se réduit aux deux dimensions que sont la législation et l'exécution, selon le schéma traditionnel de la distinction entre la volonté et l'action ⁽⁵⁸⁾. C'est ce qu'on trouve, par exemple, chez Ducrocq, dans son *Cours de droit administratif* ⁽⁵⁹⁾ ou chez Henri Berthélemy ⁽⁶⁰⁾. Saint-Girons proclame qu'il n'y a que deux pouvoirs, le législatif et l'exécutif et divise ce dernier en deux « autorités », l'administrative et la juridictionnelle, la justice étant une « branche autonome du pouvoir exécutif » ⁽⁶¹⁾. Pour Otto Mayer, il n'existe que deux « pouvoirs », législatif, exécutif (*vollziehende*) ⁽⁶²⁾. Mais cela oblige à diluer au maximum le sens du mot exécution. Pour Otto Mayer, ainsi: « L'exécution (*Vollziehung*) consiste à rendre effective la loi par le moyen de la puissance publique et dans une soumission plus ou moins grande à celle-ci. » Il en résulte que la fonction juridictionnelle doit être entendue comme une partie de l'exécution. Celle-ci renvoie, comme l'on voit chez Otto Mayer, à tout acte ou conduite encadrée par la loi, « plus ou moins ». Mais on affirme en même temps que législation et exécution épuisent tout le champ des fonctions de l'État. Derrière ce discours, il y a la représentation d'un État de droit légicentré, dont la loi fixe initialement tout le périmètre, toute l'activité non législative de l'État

⁽⁵⁷⁾ *Précis de droit constitutionnel*, p. 398.

⁽⁵⁸⁾ L'exposé traditionnel de cette conception métaphorique des fonctions de l'État se trouve chez Jean-Jacques ROUSSEAU: *Du contrat social*, 1762, Livre III, chap. 1.

⁽⁵⁹⁾ 7^e éd., t. 1, p. 35 sq.

⁽⁶⁰⁾ *Traité élémentaire de droit administratif*, 7^e éd., p. 1.

⁽⁶¹⁾ A. SAINT-GIRONS, *op. cit.*, p. 135 sq., p. 411.

⁽⁶²⁾ *Deutsches Verwaltungsrecht*, t. 1, 3^{ème} éd., München & Leipzig, Duncker & Humblot, 1924, p. 55.

n'étant que le développement plus ou moins libre de la loi. L'exécution est alors l'actualisation de ce qui, dans la loi, est en puissance. Mais il faut, à tout le moins, faire rentrer dans l'exécution tout ce que Jellinek appelle l'« activité libre » des organes exécutifs et judiciaires, et distinguer, dans l'exécution l'administration de la justice: « L'administration, écrit encore Otto Mayer, est l'activité de l'État visant à la réalisation de ses buts, en dehors de la justice, mais à l'intérieur de son ordre juridique ». On voit ici combien il apparaît impossible de séparer même la fonction administrative de la fonction de juger, puisque juger c'est aussi l'activité visant à réaliser les buts de l'État à l'intérieur de son ordre juridique. Au sein de la fonction exécutive, administration et justice ne peuvent se distinguer d'un point de vue fonctionnel mais seulement à partir de certaines considérations formelles (la procédure et l'autorité attachée à la décision de justice).

Cependant, Hauriou se distingue de cette doctrine classique, même s'il rabat, lui aussi, la justice dans l'exécution. En effet, ce qui rattache la justice à l'exécution, ce n'est pas tant la fonction — mettre en œuvre la loi — que la modalité d'action des deux pouvoirs: tous deux agissent par « décision exécutoire ». L'exécution désigne d'ailleurs un *pouvoir* et non pas une *fonction*. Il y a *quatre fonctions* dit Hauriou, la justice, la législation, le gouvernement et l'administration, avant de préciser d'ailleurs qu'il n'insistera pas « sur la définition exacte de ces diverses fonctions qui présente pas mal de difficultés » (63). Mais il y a *trois pouvoirs*, le « pouvoir de suffrage », le pouvoir législatif et le pouvoir d'exécution (64). Les pouvoirs publics sont « diverses modalités du pouvoir que l'entreprise de l'État emploie pour réaliser ses fonctions » et le pouvoir, c'est « une volonté servie par une contrainte matérielle » (65). Déterminer un pouvoir public, c'est donc caractériser une modalité spécifique de la volonté publique. D'où trois pouvoirs: le pouvoir de suffrage dont la volonté est « impulsive » et « implicite », le pouvoir législatif dont la volonté est « explicite » et « délibérée », le pouvoir

(63) *Ibid.*, p. 396-397.

(64) HAURIOU, *Principes de droit public*, p. 717.

(65) HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, p. 398.

exécutif qui est « volonté d'exécution ou d'opération »⁽⁶⁶⁾. À partir de là, d'une notion donc toute « opérationnelle » de l'exécution, le pouvoir exécutif doit être défini « comme opération de la volonté, le pouvoir exécutif est essentiellement un pouvoir de *décision exécutoire*, c'est-à-dire le pouvoir de volonté qui a la vertu de transformer un projet de résolution quelconque en une décision susceptible de passer immédiatement à exécution⁽⁶⁷⁾ ».

Le *pouvoir* exécutif, c'est donc la *volonté* d'exécution, c'est l'organisation de l'expression et de la mise en œuvre de cette volonté opérationnelle, ce qui comprend aussi, en amont de la « décision exécutoire », sa préparation et, en aval, la mise à exécution matérielle. On voit donc que la distinction entre législation et exécution ne recoupe nullement la distinction traditionnelle entre volonté et action. L'exécution est aussi dans l'ordre de la volonté. Car tout « pouvoir » suppose la volonté et la doctrine du droit public se confronte précisément à cette « activité libre » dans l'exécution qui ne peut se réduire à la simple mise en œuvre de la loi (pouvoir discrétionnaire, pouvoir réglementaire, actes de gouvernement).

C'est d'ailleurs bien parce que l'exécution est aussi un pouvoir, une « volonté servie par une contrainte matérielle » — une volonté qui « vaut *par elle-même* »⁽⁶⁸⁾ — et non pas seulement l'action de la contrainte que le pouvoir exécutif est vu comme le cœur même du système constitutionnel français, dans une version qui s'oppose totalement à la conception de Carré de Malberg pour lequel le centre de gravité de la Troisième République est tout dans le parlement⁽⁶⁹⁾.

Le cœur de ce pouvoir exécutif est donc la décision exécutoire elle-même. Or, avec la décision exécutoire, on est, selon Hauriou, au cœur même du droit et du pouvoir en général: « Ce qui caractérise la décision exécutoire, c'est que, par cela même qu'elle émane d'un pouvoir qui peut la faire passer à exécution, et que, par elle-même, elle est parée pour l'exécution, elle crée une situation juridique

(66) HAURIOU, *Principes de droit public*, p. 717.

(67) HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, p. 435, comp. p. 409.

(68) *Ibid.*, p. 445, je souligne.

(69) HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, pp. 383 et s. Voir l'excellente synthèse d'Éric Maulin, « Hauriou », dans CAYLA/HALPERIN (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 246 et s.

nouvelle. Nous saisissons ici très bien la façon dont le pouvoir crée le droit. Le droit, au sens de *jus*, qui vient de *jussus*, s'intercale entre l'ordre exécutoire et l'exécution; il y a là un intervalle, un répit que donne toujours le pouvoir politique parce qu'il sait qu'il s'adresse à des hommes libres qui réfléchissent; il leur laisse un délai pour obéir volontairement avant que soient mises en mouvement les exécutions et les sanctions ⁽⁷⁰⁾. »

Ce qui caractérise donc ce pouvoir exécutif, qui tient, dans cet intervalle qu'il est, l'essence même du droit (qui est « commandement »), c'est le fameux « privilège d'action préalable ou d'action d'office » auquel est liée toute la théorie de la « décision exécutoire », une théorie si contestable et si contestée. Le paradoxe apparent tient à ce que, sur le fondement d'une notion humble de l'exécution comme opération matérielle, s'établit une thèse de la primauté du pouvoir exécutif qui inverse complètement le rapport traditionnel de la loi à l'exécution et qui contrecarre la tradition rousseauiste: le pouvoir exécutif n'est pas un pouvoir « commis ». Il peut faire valoir une « volonté autonome » *puisque*, de fait, seule la volonté exécutive, par ce monopole de la décision exécutoire, « vaut *par elle-même* ».

De là vient la caractérisation du pouvoir de juger comme une « variété du pouvoir exécutif » puisqu'il « n'y a point d'autre différence entre la décision exécutive et la décision juridictionnelle que celle qui résulte des circonstances et des procédures ». Toutes deux sont *parées à l'exécution*. Donc, « c'est le pouvoir exécutif qui assume la fonction juridictionnelle » ⁽⁷¹⁾.

Pourtant, cette affirmation ne se trouve pas explicitée ni précisée. En effet, sauf à avoir manqué un texte bien enfoui, la notion de « décision exécutoire » n'est l'objet que de développements relatifs à la *fonction* exécutive, en tant que mode opératoire de l'administration ⁽⁷²⁾, mais pas en tant que modalité de la justice ⁽⁷³⁾.

⁽⁷⁰⁾ HAURIU, *Précis de droit constitutionnel*, pp. 437-438.

⁽⁷¹⁾ *Ibid.*, p. 441.

⁽⁷²⁾ *Précis de droit administratif*, pp. 371 et s.

⁽⁷³⁾ Il suffit de lire la définition canonique de la décision exécutoire selon Hauriou pour voir qu'elle est tout entière centrée sur l'administration et qu'on n'y voit plus du tout la juridiction: « C'est toute déclaration de volonté en vue de produire un effet de droit, vis-à-vis des administrés, *émise par une autorité administrative (comprise*

La décision exécutoire, qui se distingue de la simple mesure d'exécution est le moment où l'administration réfléchit avant d'agir, établit à l'avance des programmes d'action et isole et condense dans un acte déterminé les questions de droit que soulève l'opération projetée (74). Mais qu'est la décision exécutoire dans l'activité juridictionnelle ? Parce qu'il ne s'appesantit pas sur les différences de fonctions, Hauriou n'apporte aucune réponse à cette question. Pire, il laisse son lecteur dans la plus complète ignorance.

On arrive en effet difficilement à situer le pouvoir juridictionnel dans l'ensemble de la construction constitutionnelle d'Hauriou, ce qui explique sans doute pourquoi il est marginalisé comme un élément insusceptible de faire l'objet d'un exposé théorique complet. En effet, d'une part, si, par la décision exécutoire, il est attaché au pouvoir exécutif, dont il ne serait qu'une « variété », et puisque le pouvoir exécutif est au cœur même de l'État, on devrait s'attendre à ce que la juridiction se situe elle aussi au cœur de l'État. Mais, d'autre part, parmi les « séparations qui permettent l'établissement du régime civil » (75) et sur lesquelles repose ce qu'Hauriou appelle sa « doctrine des pouvoirs » (76), il existe une « séparation fondamentale », située au-dessus même de la séparation des pouvoirs politiques, « une séparation préalable entre l'ensemble des pouvoirs politiques et le pouvoir de juridiction contentieuse » (77).

La décision exécutoire est chez Hauriou l'instrument même par lequel le pouvoir prend forme juridique, par lequel — pour reprendre une métaphore déjà rencontrée — le phénomène fondamental du pouvoir est « peint » en « droit ». Elle est, dans cet intervalle entre la norme et l'exécution même, le moyen pour l'administration de « réfléchir avant d'agir », d'« établir à l'avance des programmes d'action », d'« isoler et de condenser dans un acte déterminé les questions de droit soulevées par l'opération projetée ». Elle est aussi l'instrument par lequel « l'administration affirme pu-

dans la hiérarchie ou dans la tutelle administrative) dans une forme exécutoire, c'est-à-dire dans une forme qui entraîne l'exécution d'office. » (*Précis de droit administratif*, p. 373, je souligne).

(74) *Ibid.*, p. 372.

(75) HAURIOU, *Principes de droit public*, p. 438.

(76) HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, p. 143.

(77) *Ibid.*, p. 306.

bliquement le droit tel qu'elle entend l'exécuter » (78). On comprend donc pourquoi elle est au cœur de l'institution étatique puisqu'elle est le moyen de *réalisation effective* de l'idée d'œuvre ou d'entreprise qui anime l'État comme toute autre institution.

Il est remarquable de voir dans cette caractérisation de la décision exécutoire administrative comment Hauriou vient en vérité légitimer ce qu'on a commencé d'appeler le « pouvoir administratif » (79) en tant que l'administration est une activité « opérationnelle », que, sous l'empire de la loi, c'est elle qui fixe les « programmes d'action » et projette les « opérations » publiques. Or, tel ne peut être le cas de la juridiction qui n'est pas *active* mais *réactive*, qui ne joue pas dans le registre de l'action mais de la garantie.

C'est bien cette raison *fonctionnelle* qui trouble l'analyse d'Hauriou en termes de *pouvoirs*. Sans doute la forme de la décision exécutoire caractérise-t-elle aussi la juridiction dont l'acte est lui aussi *paré à l'exécution*. Mais la décision exécutoire remplit une tout autre *fonction* aux mains de l'administration puisqu'en elle se concentre l'activité opérationnelle de l'exécutif, la planification de l'action, en elle se densifient les politiques publiques, toutes choses qui ne relèvent nullement de l'action juridictionnelle, pouvoir seulement réactif. « Aujourd'hui, écrit encore Hauriou, nous avons le sentiment que le juge ne doit avoir aucun pouvoir politique et qu'il doit être cantonné dans le contentieux, c'est-à-dire qu'il ne doit pas pouvoir arrêter les pouvoirs politiques dans leur création du droit, mais seulement pouvoir refuser d'appliquer à la solution des litiges le droit qu'ils ont créé (80) ».

Le juge n'est donc pas créateur de droit et n'est donc pas un moteur de l'institution étatique, seulement un régulateur, l'instance privilégiée du contrôle (81). C'est la raison pour laquelle il est radicalement séparé du pouvoir politique, ou plus exactement doit l'être. Il ne porte pas l'idée d'entreprise de l'institution mais agit, conformément à cette idée impulsée par les pouvoirs « politiques »,

(78) Toutes ces formules dans *Précis de droit administratif*, p. 372.

(79) Henri CHARDON, *Le pouvoir administratif*, 2^e éd., Paris, Perrin, 1912.

(80) *Précis de droit constitutionnel*, p. 303.

(81) Pourtant, Hauriou n'hésite pas à parler d'un « droit jurisprudentiel » (par ex.: *Principes de droit public*, p. 77). Il y a donc sur ce point aussi un flottement de doctrine.

pour pacifier la vie sociale dans l'occasion contentieuse. Il est l'organe dont les décisions, grâce à leur caractère exécutoire, garantissent la stabilité dynamique de l'institution étatique contre les effets destructeurs que pourraient avoir, sinon, les incessantes « luttres pour le droit » dont elle est agitée.

4. *Le juge et le contentieux de la constitutionnalité.*

C'est sur la base de cette séparation fondamentale des pouvoirs politique et du « pouvoir de juridiction contentieuse » que doit être envisagée la « grave question » du contrôle de constitutionnalité: « mêler le juge au jeu constitutionnel », c'est en effet courir le risque « de lui donner une ambition politique »; mais, de l'autre côté, refuser un tel contrôle, c'est risquer de « rendre inefficaces les règles de la constitution »⁽⁸²⁾. Plus précisément, la question est de savoir « qui va modérer le pouvoir législatif »⁽⁸³⁾. Cette question se pose avec une acuité particulière dans la reconstruction particulière que fait Hauriou du droit constitutionnel de la Troisième République dont, comme on l'a vu, le pouvoir exécutif, le « pouvoir minoritaire » est le moteur. Comment faire en sorte que la majorité parlementaire ne bride pas le moteur constitutionnel par nature « minoritaire » ?

C'est à la fin du XIX^e siècle qu'émerge véritablement la question du contrôle de constitutionnalité des lois. Dans le premier constitutionnalisme, celui qui couvre une large partie du XIX^e siècle, la question des garanties de la constitution touchait au pouvoir exécutif et notamment, dans les monarchies constitutionnelles, au contrôle des ordonnances du chef de l'État. En effet, tout l'équilibre du « gouvernement représentatif », dans ces monarchies, reposait sur le respect de la prérogative des assemblées à participer, même avec des compétences limitées, à l'élaboration des lois, c'est-à-dire des règles encadrant l'exercice des libertés et du droit de propriété constitutionnellement proclamés et donc, par opposition, dans le strict respect des limites ainsi fixées à la prérogative réglementaire du chef de l'État. C'est avec la massification des systèmes politiques,

⁽⁸²⁾ *Précis de droit constitutionnel*, p. 302.

⁽⁸³⁾ *Principes de droit public*, p. 75.

l'universalisation du droit de suffrage, l'entrée en scène des partis de masse et le danger que représentait, pour la classe dirigeante, la montée en puissance des organisations socialistes, que la question du contrôle de la loi est devenue un thème central dans la pensée constitutionnelle, en Europe continentale tout au moins ⁽⁸⁴⁾. Confié à la juridiction ordinaire, le contrôle de constitutionnalité des lois apparaît moins comme le moyen d'affermir la constitution démocratique ou d'assurer le règne de l'État de droit et des libertés, que comme l'instrument modérateur et conservateur des risques que représentent les assemblées élues sur la base du suffrage universel ⁽⁸⁵⁾.

Au début du xx^e siècle, la question du contrôle de constitutionnalité des lois devient de plus en plus discutée par la doctrine française ⁽⁸⁶⁾. La doctrine d'Hauriou a évolué sur ce point. Après avoir d'abord refusé d'admettre un tel contrôle, il commence d'en

⁽⁸⁴⁾ Sur ces questions, je me permets de renvoyer aux études que j'ai pu consacrer au cas allemand, dont les problématiques essentielles me paraissent communes aux constitutionnalismes continentaux: « Le contrôle incident des normes et les contradictions de l'État monarchique en Allemagne (1815-1860) », O. JOUANJAN (dir.), *Figures de l'État de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, pp. 253-291; « Une Cour constitutionnelle pour l'Autriche ? Sur un projet de Georg Jellinek en 1885 », C. GREWE, D. BROUSSOLLE, O. JOUANJAN, B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *Les droits individuels et le juge en Europe. Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, pp. 285-311; « Contribution à l'histoire du contrôle judiciaire des normes en Allemagne (1815-1933) », E. ZOLLER (dir.), *Marbury v. Madison: 1803-2003. Un dialogue franco-américain*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 117-134; « Aperçu d'une histoire des fonctions de justice constitutionnelle en Allemagne (1815-1933) », C. GREWE, O. JOUANJAN, E. MAULIN, P. WACHSMANN (dir.), *La notion de justice constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 13-48.

⁽⁸⁵⁾ On peut considérer que la proposition de Kelsen d'introduire une Cour constitutionnelle monopolisant le contrôle de la loi et dont le rôle n'était pas de garantir les libertés mais d'assurer les droits de la minorité politique (*Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2^e éd., 1929, repr. dans: KELSEN, *Verteidigung der Demokratie*, éd. par M. Jestaedt et O. Lepsius, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, p. 209) avait aussi pour but de retirer précisément aux juges de carrière, représentant l'élite sociale conservatrice, le poids politique que leur donnait ou aurait pu leur donner le contrôle de la loi, notamment par l'application d'un principe d'égalité polymorphe capable d'arrêter les progrès de l'État social.

⁽⁸⁶⁾ Pour un tour d'horizon: Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, op. cit., t. 2, pp. 608 et s., not. p. 610, note 11.

admettre l'importance dans les *Principes de droit public*, en 1910, même s'il reste prudent, utilisant un argument traditionnel: « Si le juge est souverain, c'est lui à son tour qui peut devenir dangereux, *custodes ipsos quis custodiet* ⁽⁸⁷⁾ »? C'est d'ailleurs la raison pour laquelle il prend résolument partie en faveur du contrôle diffus pour empêcher toute concentration d'un tel pouvoir de critique de la loi ⁽⁸⁸⁾.

Sa doctrine, sur cette question, s'affermirait à l'occasion d'une note rédigée sous un arrêt *Tichit* du Conseil d'État ⁽⁸⁹⁾. Les éléments constitutifs de sa position se mettent alors en place.

Le contrôle de constitutionnalité des lois touche à la structure profonde de la constitution et non pas seulement à l'« idée formelle » de la constitution rigide et à la distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires selon la procédure de leur adoption. D'ailleurs, si l'on s'en tenait à cette surface formelle de la question, l'on devrait se borner à constater que les lois constitutionnelles de la Troisième République, par leur brièveté, leur objet (l'organisation des pouvoirs publics), n'offriraient guère de ressources permettant l'exercice d'un vrai contrôle de constitutionnalité. Toutefois: « Derrière l'idée formelle de faire des lois constitutionnelles qui ne soient pas votées de la même façon que les lois ordinaires, afin d'acquérir par là plus de solennité et plus de valeur, il y a cette idée matérielle qu'il existe une hiérarchie parmi les lois, qu'il y a des lois fondamentales et d'autres qui ne le sont pas, et que les lois ordinaires doivent être subordonnées aux lois fondamentales ».

Cette distinction doit se comprendre dans le cadre de la théorie de l'institution: les lois fondamentales ont un caractère « statutaire » et forment « les principes organiques sur lesquels repose l'État ». L'institution réalisant un équilibre entre les trois moments constitutifs de toute vie sociale — le « pouvoir », l'« ordre » et la « liberté » — les lois fondamentales sont évidemment du côté du statut, de l'ordre, et elles sont donc moins le fruit

⁽⁸⁷⁾ *Principes de droit public*, p. 76.

⁽⁸⁸⁾ *Ibid.*, note 2.

⁽⁸⁹⁾ Note sous CE 1er mars 1912, *Tichit*, *Sirey* 1913.III.137, reproduite dans *Notes d'arrêt, op. cit.*, t. 3, pp. 174 et s. (Les citations qui suivent sont tirées de cette note).

d'une différenciation volontaire, arbitraire et donc purement formelle entre ce qui est de la loi constitutionnelle et ce qui est de la loi ordinaire, qu'une nécessité intime dans la logique institutionnelle de l'État. Elles répondent au « besoin profond de stabilité » et explique pourquoi la vie sociale n'est pas un simple flux d'actes et d'événements, mais mouvement organisé au sein d'une structure. La garantie qu'apporte la forme de la loi constitutionnelle à la matière constitutionnelle est sans doute précieuse, mais elle ne change pas cette hiérarchie matérielle des lois. Elle est au fond contingente, quand la hiérarchie matérielles de lois est nécessaire et inhérente à l'institution. C'est pourquoi Hauriou n'entend pas se borner à voir dans la constitution ce que seule la volonté arbitraire des gouvernants aurait pu y mettre dans la forme de la loi constitutionnelle. Pour distinguer entre les deux espèces de lois, il faudrait un « procédé plus direct et plus efficace » et qui consisterait à « charger le juge d'opérer lui-même le triage des lois fondamentales, à mesure que les hasards des procès révéleraient le conflit entre les dispositions des lois ordinaires et les principes fondamentaux de l'organisation de l'État ».

On voit ainsi qu'Hauriou entend donner au juge une mission très vaste, lui permettant de déterminer par lui-même, au-delà des critères formels, ce qui relève matériellement des fondements de l'État ou non. On voit alors mal ce qui lui permettrait d'échapper au reproche traditionnel de politisation de la justice. Et pourtant, malgré sa conception large de la constitutionnalité et le rôle décisif reconnu au juge pour en déterminer l'étendue, la critique doit être repoussée: « C'est une erreur qui provient de ce qu'on ne distingue pas suffisamment les pouvoirs politiques et les pouvoirs juridiques. » Alors qu'on aurait pu penser que la séparation fondamentale entre pouvoirs politiques et pouvoir juridique aurait dû précisément inciter Hauriou à rejeter ou strictement limiter dans sa portée le contrôle juridictionnel des lois au motif de la politisation de la justice que celui-ci apporte avec lui, c'est le contraire qui se passe: cette séparation justifie le contrôle de constitutionnalité.

« Il n'y a de pouvoir politique, dans un État où existe la séparation des pouvoirs, que celui qui a la puissance d'empêcher une mesure de devenir exécutoire. » Sur la base de cette définition du pouvoir politique du point de vue juridique technique, Hauriou fixe

précisément la limite entre pouvoirs politiques et pouvoir juridique (qui deviendra « pouvoir de juridiction contentieuse ») entre l'exécutif et le juridictionnel avec cet argument que le propre du pouvoir exécutif est de rendre les mesures exécutoires, quand le propre de la justice est « de traiter, au point de vue du droit, les conflits provoqués par les mesures devenues exécutoires ».

Mais alors si tel est le cas, on comprend mal comment le pouvoir exécutif pourrait « assumer » la fonction juridictionnelle, comment la justice ne serait qu'une variété du pouvoir exécutif, selon des formules rappelées plus haut. Mais même si la juridiction agit par décision exécutoire, « un juge qui refuse d'appliquer une loi à une hypothèse déterminée n'empêche point cette loi de devenir exécutoire; il n'a point la prétention d'arrêter le Parlement dans son droit de légiférer, ni le chef de l'État dans sa promulgation ». Il en irait sans doute autrement si le juge avait le pouvoir d'annuler la loi et donc de mettre un terme à la force exécutoire de celle-ci. C'est pourquoi Hauriou exclut l'idée d'établir une « Cour de justice spéciale », qui serait dotée de pouvoirs extraordinaires à l'égard de la loi. Le contrôle de constitutionnalité des lois doit être l'affaire des juridictions ordinaires car celles-ci, enfermées dans le débat contentieux particulier dont elles sont saisies, agissent dans les limites des « pouvoirs de la juridiction contentieuse ». C'est seulement dans ces limites que l'on peut dire qu'elles n'exercent pas de « pouvoir politique », ne pouvant empêcher la force exécutoire de la loi, refusant seulement, le cas échéant, son application au cas particulier.

Cette distinction entre la loi constitutionnelle simplement formelle et la loi « fondamentale » matérielle, Hauriou l'approfondira par la suite à travers la différence qu'il introduit entre la « superlégalité constitutionnelle » et la « légitimité constitutionnelle »⁽⁹⁰⁾. La première correspond à la distinction formelle entre loi ordinaire et loi constitutionnelle, la seconde à cette hiérarchie matérielle mise en évidence dans la note de 1913.

La superlégalité constitutionnelle, pour être « complètement organisée » suppose le contrôle juridictionnel des lois ordinaires⁽⁹¹⁾. Mais Hauriou propose d'aller « plus loin ». Cette nouvelle concep-

(90) *Précis de droit constitutionnel*, pp. 276 et s., pp. 296 et s.

(91) *Ibid.*, p. 280.

tualité lui permet d'approfondir encore sa réflexion sur le contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois et d'envisager même le contrôle de la « loi constitutionnelle ». Toutefois, étendre ainsi la compétence des juges, c'est précisément courir le risque, du point de vue même d'Hauriou, de leur politisation et se profile à l'horizon le spectre d'un « gouvernement des juges » dont, dans un livre célèbre, Édouard Lambert vient de montrer, en 1921, les aspects délétères dans le système américain ⁽⁹²⁾.

Se fondant sur l'exposé de Lambert ⁽⁹³⁾, Hauriou considère que le contrôle américain de la constitutionnalité des lois « a dépassé la limite du contentieux pour empiéter sur le domaine de la politique » ⁽⁹⁴⁾. Mais cet état de choses est dû aux spécificités du système américain: si les cours prononcent de véritables « arrêts de règlement », se livrent à « une interprétation constructive des lois tellement hardies qu'elle aboutit à une déformation et à une correction », font au législateur « un procès de tendance », si elles obligent ce dernier à recourir à « des consultations officieuses *avant de faire la loi* » et adressent des injonctions pour empêcher fonctionnaires et particuliers d'appliquer la loi, cela tient à la culture du droit de *common law*. Le droit est *judge made* non pas seulement dans sa partie coutumière, mais aussi « dans sa partie légale en ce qui concerne le *statute law*, parce que, par entraînement, les juges américains traitent la loi écrite avec la même liberté que la coutume et l'interprètent par les principes coutumiers ». Hauriou ajoute une notation intéressante, mais qu'il emprunte à Édouard Lambert: la méthode d'enseignement du droit, passant exclusivement par le *case law*, fait que « les étudiants, futurs juges et futurs hommes d'affaires, ne pratiquent pas les recueils de lois, mais uniquement les recueils de jurisprudence » et qu'ainsi « la loi disparaît entièrement sous la glose jurisprudentielle » ⁽⁹⁵⁾.

Ce n'est pas l'*ethos* du juge, l'obligeant à pratiquer le *self restraint*, qui peut garantir que, dans l'activité de contrôle des lois,

⁽⁹²⁾ É. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, Giard, 1921.

⁽⁹³⁾ *Précis de droit constitutionnel*, pp. 306 et s.

⁽⁹⁴⁾ *Ibid.*, p. 312.

⁽⁹⁵⁾ Sur tous ces points: *ibid.*, pp. 312-313.

l'instance juridictionnelle soit ramenée à son rôle contentieux et donc aux limites du pouvoir juridictionnel séparé des pouvoirs politiques. Une telle garantie viendrait, en France, d'un effet objectif du système, lié à ce qu'Hauriou appelle le « régime administratif ». Celui-ci contiendrait mécaniquement le juge dans ses limites et rendrait le contrôle de constitutionnalité à la fois inoffensif et désirable.

Ce « régime administratif » consiste « en ce qu'un pouvoir politico-juridique, qui est le pouvoir exécutif ou administratif, est introduit comme intermédiaire entre la loi et le juge afin d'assumer dans l'application des lois tout ce qui n'est pas proprement le contentieux, c'est-à-dire afin de faciliter et au besoin d'imposer aux citoyens l'exécution des lois par une réglementation appropriée, par l'organisation de services publics, par des décisions exécutoires particulières »⁽⁹⁶⁾. Dans les pays anglo-saxons, selon Hauriou, les fonctionnaires n'ont pas d'autorité sur le public: « C'est le citoyen lui-même qui requiert du juge l'exécution des lois du droit public et le juge adresse en ce sens des injonctions à qui de droit »⁽⁹⁷⁾. »

Or, selon Hauriou, la Révolution a fait sortir la France hors de ce système qu'il appelle « l'état de droit judiciaire » pour consacrer l'« état de droit purement légal »: le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires a réalisé « par contre-coup une certaine séparation du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire » en tant qu'il « affranchit la loi de la domination exclusive du juge en enlevant à celui-ci, pour la donner à l'autorité exécutive, tous les pouvoirs de mise en train de la loi par voie de règle générale et en enfermant le juge rigoureusement dans l'interprétation contentieuse des cas particuliers »⁽⁹⁸⁾.

Même si ce modèle légicentré n'aura duré qu'un siècle, il laisse des traces profondes dans le système français du régime administratif qui ôte donc au juge tout pouvoir exécutif et notamment réglementaire (prohibition expresse des arrêts de règlement par le Code civil). Le témoignage de cette évolution constitue, aux yeux d'Hauriou, le livre important et célèbre de François Gény, *Méthodes*

⁽⁹⁶⁾ *Précis de droit constitutionnel*, pp. 123 et s.

⁽⁹⁷⁾ *Ibid.*, p. 125.

⁽⁹⁸⁾ *Ibid.*, pp. 313 et s.

d'interprétation et sources en droit privé positif ⁽⁹⁹⁾. Pourtant, même si la méthode d'interprétation du juge a osé « s'élever au-dessus de l'interprétation des textes par les considérations tirées de la volonté du législateur », si « le juge a conquis des pouvoirs prétoriens en ce sens qu'il juge plus librement chaque cause », l'étendue de ces pouvoirs nouveaux, qu'il s'agisse de la juridiction judiciaire ou administrative, est restée confinée dans les limites du cas d'espèce, de la cause à trancher et « le pouvoir prétorien de créer des règles générales » lui reste refusé: sa jurisprudence ne crée pas de « coutume générale obligatoire », puisque « tout esprit coutumier a été détruit ». « Il est donc bien vrai, conclut Hauriou, que le juge français est enfermé à perpétuité dans le contentieux ⁽¹⁰⁰⁾. » Et c'est ainsi que, contrôlant même la « légitimité constitutionnelle » des lois constitutionnelles, ce juge, circonscrit dans son cas, ne serait aucun danger pour le système politique, juste un régulateur juridique des pouvoirs politiques auxquels il resterait étranger.

5. *Remarque terminale.*

À bien des égards, la position d'Hauriou apparaît illusoire et faible. Même dans le « régime administratif », même cantonné à sa fonction « contentieuse », le juge développe une jurisprudence dont les effets dépassent toujours les limites du cas d'espèce. Il n'y a pas de « jurisprudence » sans « politique jurisprudentielle ». Dès lors, la « séparation » entre les pouvoirs politiques et le « pouvoir de juridiction contentieuse » est fondamentalement factice. De même, il y a une grande incohérence à considérer, d'abord, le pouvoir juridictionnel comme une « variété du pouvoir exécutif », puis à placer le pouvoir exécutif entre le pouvoir législatif et le pouvoir juridictionnel. Mais, surtout, le principal flottement de cette doctrine s'agissant de la fonction juridictionnelle consiste en ce que, d'une part, elle reconnaît l'importance sociale (et donc politique) fondamentale du conflit et, par voie de conséquence, du « contentieux », mais consi-

⁽⁹⁹⁾ La première édition paraît en 1899, la seconde en 1919. Cette seconde édition, en deux volumes, a fait l'objet d'une réédition récente: Paris, LGDJ, 1995.

⁽¹⁰⁰⁾ Pour cette citation et celles qui précèdent: *Précis de droit constitutionnel*, pp. 314-315.

dère, d'autre part, que, portant même sur des questions constitutionnelles (et donc politiques) fondamentales, le juge, limité à sa fonction contentieuse, pourrait rester ce qu'il devrait être, un « pouvoir juridique ». Au fond, ce que l'enseignement d'Hauriou, qui ne développe aucune théorie systématique de la fonction juridictionnelle, peut aujourd'hui nous offrir, c'est que sa distinction entre pouvoirs politiques et pouvoir de juridiction contentieuse ne tient pas. La critiquer nous invite à repenser le pouvoir et la fonction juridictionnels comme essentiellement « politiques ». En vérité, l'« institution » ne se divise pas de cette manière. Tout y est « politique ».

MARCO SABBIONETI

LE METAMORFOSI DELL'ILLECITO CIVILE:
INTERPRETAZIONE E CREAZIONE DEL DIRITTO NELLA
GIURISPRUDENZA DELLA *COUR DE CASSATION*
TRA OTTOCENTO E NOVECENTO

« Le législateur est un juge qui juge dans le général —
le personnage central est le juge. Il ne faut pas partir de
la loi mais du juge — charrue avant les boeufs. Le juge
est la cause de la loi ».

- Michel Villey -

1. La teoria classica della responsabilità e l'avvento del *machinisme*: la rottura dell'equilibrio codicistico e l'essor creativo della giurisprudenza. — 2. *Au-delà du Code civil*: la trasfigurazione giurisprudenziale della responsabilità nella testimonianza di un giurista d'eccezione. — 3. Il caso *Dame Painvin c. Deschamps*: la fedeltà al modello classico. — 4. La trasfigurazione giurisprudenziale della *faute*: l'emersione della nozione di *faute objective*. — 5. Dialogo tra corti e creatività giurisprudenziale: l'*arrêt Cames* ovvero il contributo decisivo del *Conseil d'Etat* al riconoscimento della teoria del rischio. — 6. L'*arrêt Teffaine*: l'invenzione giurisprudenziale del *risque professionnel*. — 7. Dall'*arrêt Teffaine* all'*arrêt Jand'heur*: le vicende dell'illecito civile tra la *responsabilité du fait des choses* e la teoria del rischio. — 7.1. La costruzione dottrinale della teoria del rischio. — 7.2. Responsabilità aquiliana e *sécurité sociale*: il difficile rapporto tra la teoria del rischio e la dogmatica civilistica. — 7.3. Dalla *responsabilité pour faute* alla presunzione assoluta di responsabilità: il confine (quasi) invisibile tra colpa e rischio. — 7.4. Il caso *Jand'heur c. Les Galeries belfortaises*: consacrazione della responsabilità oggettiva o recupero del *risque créé*?

1. *La teoria classica della responsabilità e l'avvento del machinisme: la rottura dell'equilibrio codicistico e l'essor creativo della giurisprudenza.*

La disciplina della responsabilità è, insieme al diritto delle suc-

cessioni ⁽¹⁾, l'ambito nel quale si manifesta con maggior chiarezza il ruolo creativo della giurisprudenza e l'esistenza di un vero e proprio *pouvoir prétorien* dei giudici ⁽²⁾. Mentre in materia successoria tale attività creativa assume più che altro la natura di una progressiva rivelazione del contenuto implicito di taluni principi generali del si-

(1) Cfr. C. BRENNER, *Du rôle créatif de la jurisprudence en droit des successions*, in « Archives de philosophie du droit », 50, Paris, Dalloz, 2007, pp. 149-162.

(2) La dottrina ha opportunamente sottolineato come « l'existence d'une création de droit par le juge relève de l'essence d'un processus spécifique, par lequel le droit est interprété pour les besoins de son application au cas, processus largement étranger à la procédure d'élaboration de la loi », cfr. P. DEUMIER, *Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation*, in « Archives de philosophie du droit », 50, 2007, pp. 49-76, cit., p. 53. La letteratura sul ruolo della giurisprudenza, e in particolare della *Cour de cassation*, tra interpretazione e creazione del diritto, è vastissima. Si vedano, e multis, J. MAURY, *Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit*, in *Mélanges Ripert*, I, Paris, LGDJ, 1950, p. 28 e ss.; F. ZENATI, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991; H. MUIR-WATT, *La motivation des arrêts de la Cour de cassation et l'élaboration de la norme*, in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, a cura di N. Molfessis, Paris, Economica, 2004. Sulla struttura degli *arrêts* e sul rapporto tra redazione della sentenza e interpretazione/creazione del diritto, cfr. A. TOUFFAIT-A. TUNC, *Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de cassation*, in « Revue trimestrielle de droit civil », 3, 1974, pp. 487-508. Gli autori descrivono in questi termini lo stile redazionale tipico dei giudici francesi: « la Cour de cassation procède par affirmation de principes dont elle ne fait même rien pour éclairer la portée. D'autre part, les constatations de fait qu'elle relève comportent normalement des appréciations, dont certaines sont discutables. Là encore, on trouve couramment des affirmations péremptoires, qui convainquent mal parce qu'elles cachent toute une discussion possible. Ainsi le juge français...ne motive en général sa décision que très formellement. Il refuse de l'argumenter: s'il doit répondre à tous les moyens, il n'a pas à répondre à tous les arguments. Il ne doit surtout pas recourir à des arguments d'ordre extra juridique, fussent-ils aussi pertinents que des considérations d'assurance dans une affaire d'accident, et encore moins à des niaiseries humanitaires. Peut-être ces principes ne constituent-ils qu'une façade: il est clair par exemple que la « découverte » de l'article 1384 s'inspire du souci d'indemniser les victimes d'accidents. La question pourtant est de savoir si cette façade est hereuse », ivi, p. 489 e s. Si tratta di una impostazione « qui coupe la justice de la vie », di cui si evidenziano i principali difetti: la difficoltà di cogliere con precisione l'esatta portata dei principi generali di volta in volta applicati, la tendenza a presentare alla stregua di mere constatazioni proposizioni dietro alle quali si celano questioni giuridiche particolarmente delicate, l'abitudine a procedere « par voie d'affirmation », generata dalla preoccupazione della certezza del diritto, da cui deriva « un certain immobilisme, une constance excessive, une force d'inertie ». Sul tema si veda anche R. LIBCHABER, *Retour sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation et le rôle de la doctrine*, in « Revue trimestrielle de droit civil », 3, 2000, p. 679 e ss.

stema ⁽³⁾, in materia di responsabilità extracontrattuale ci troviamo al contrario in presenza di una creazione *tout court*, nella sua duplice essenza: adattamento della norma al mutamento incessante dei *faits sociaux*; riempimento delle lacune presenti nell'ordinamento.

Non sorprende che la responsabilità extracontrattuale rappresenti l'ambito nel quale il menzionato *pouvoir prétorien* si manifesta in tutta la sua drammaticità. Si tratta, in effetti, di un vero e proprio *pilier* del sistema giuridico napoleonico, di un asse portante della complessa architettura codicistica, funzionale, nel nitore classico della sua concezione, alla promozione/conservazione dell'equilibrio proprietario consacrato dal Codice.

Come è stato lucidamente evidenziato, la traduzione legislativa della responsabilità aquiliana manifesta in maniera inequivocabile l'« intima corrispondenza tra la responsabilità per colpa e l'equilibrio interproprietario della società preindustriale » ⁽⁴⁾. I principi della responsabilità extracontrattuale rappresentano il sistema di sicurezza di un ordine economico-sociale ritenuto perfetto, capace di autoregolarsi, e le norme che li esprimono appaiono finalizzate a ristabilire l'armonia, l'ordine nelle relazioni tra individui proprietari, attuando un opportuno bilanciamento tra certezza e libertà, tra danno e risarcibilità. La *faute*, ovvero l'imputabilità soggettiva del danno, è il filtro essenziale attraverso il quale diventa possibile operare un tale bilanciamento, in un sistema giuridico nel quale, gioco-forza, « il principio generale di responsabilità non può che abbandonare la coincidenza perfetta del diritto col torto per specificarsi in riferimento ad altri elementi, ad altre tutele, altrettanto essenziali alla conservazione dell'equilibrio proprietario » ⁽⁵⁾.

Se ciò è vero, si comprende pertanto come, nel momento in cui tale equilibrio fondante inizia a venir meno — in maniera crescente nel corso dell'ultimo ventennio dell'Ottocento — la disciplina della responsabilità si trasformi inevitabilmente in uno dei luoghi caldi del

⁽³⁾ Cfr. C. BRENNER *Du rôle créatif de la jurisprudence en droit de successions*, cit., p. 150 e s. Sulla motivazione delle sentenze in generale, si veda il lavoro di C. PERELMAN-P. FORRIERS, *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978.

⁽⁴⁾ Cfr. G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 74.

⁽⁵⁾ Ivi, p. 73.

sistema privatistico, nel quale si concentrano con maggior virulenza le tensioni novatrici e le istanze creative.

È noto come tra le cause principali della rottura della originaria armonia codicistica vi sia il fenomeno inedito della produzione industriale e l'avvento del *machinisme* (6). Lo sviluppo della tecnica, la nascita di un nuovo sistema di produzione massificata di beni e servizi e la profonda alterazione del tessuto socio-economico che interessa in grado diverso i vari paesi europei sul finire del XIX secolo si riflette in modo drammatico sulla dogmatica civilistica (7), manifestandosi, in linea generale, attraverso un fenomeno di progressiva oggettivazione delle categorie giuridiche privatistiche (8).

(6) Lo sviluppo tecnologico e il dominio crescente delle macchine caratterizza la storia del diritto contemporaneo: « ce qui caractérise la civilisation actuelle c'est essentiellement son aspect mécanique. Une extraordinaire transformation du monde matériel s'est opérée, elle a commencé vers 1815 en Europe, s'est accélérée à partir de 1840, on a pu en constater les prodigieux résultats à la fin du XIX siècle et depuis elle n'a cessé de gagner en ampleur », cfr. C.-A. COLLIARD, *La machine et le droit privé français contemporain*, in *Le droit privé français au milieu du XX siècle — Etudes offertes à Georges Ripert*, Paris, LGDJ, 1950, pp. 115-137, cit., p. 115. Lo stesso autore sottolinea come « les transformations du monde économique, l'industrialisation de l'économie ont créé un désaccord entre l'état social et les règles des codes napoléoniens. Le phénomène de discordance est demeuré longtemps inaperçu de juristes qui se bornaient à enseigner le Code Napoléon ou le Code civil et l'isolaient de toute étude de la civilisation », ivi, p. 117.

(7) Si veda, sul tema, il saggio di G. CAZZETTA, *Critiche sociali al codice e crisi del modello ottocentesco di unità del diritto*, in *Codici — Una riflessione di fine millennio. Atti dell'incontro di studio Firenze, 26-28 ottobre 2000*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 309 e ss.

(8) La storiografia giuridica si è interessata in maniera crescente al *tournant* di fine Ottocento, periodo caratterizzato dal definitivo tramonto dell'*exégèse*, ovvero dalla rottura di schemi e mentalità consolidati e dalla riscoperta della naturale complessità del paesaggio giuridico. Cfr. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2009, p. 180 e ss., nonché, dello stesso autore, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 13 e ss. Come è stato notato, « la dimensione collettiva, mostrando un'impresa svincolata dalle tranquillizzanti assolutezze del modello proprietario, costringe a riflettere sulle nuove caratteristiche del lavoro "di massa" e a guardare per la prima volta all'aspetto concreto della produzione e ai suoi profili sociali. L'impalcatura dogmatica del modello individualistico è destabilizzata da un fenomeno la cui piena comprensione esige una ridefinizione degli stessi concetti di proprietà e di contratto », cfr. G. CAZZETTA, *Lavoro e impresa*, in *Lo Stato moderno in Europa*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 153. Tale periodo è definito « temps de troubles » da A.-J. ARNAUD, *Les juristes face à la société du XIX siècle à nos jours*, Paris, Puf, 1975, p. 75 e ss. La crisi di fine Ottocento, nei suoi riflessi sulla scienza giuridica, è sinteticamente descritta da C. JAMIN, *Dix-neuf cent*, in *Dictionnaire de la culture juridique*,

L'oggettivazione di tali categorie, se da un lato è funzionale alla tutela del credito e allo sviluppo della circolazione della ricchezza, dall'altro favorisce l'apertura del sistema a istanze solidaristiche, alle ragioni dell'equità e della giustizia sociale, e ne promuove pertanto la socializzazione, in linea con i postulati del solidarismo giuridico ⁽⁹⁾, che non tarda ad affermarsi quale dottrina *à la page*, nella sua rassicurante natura quietistico-compromissoria ⁽¹⁰⁾.

Paris, Puf, 2003, pp. 380-384. Per un'ampia ricostruzione dei caratteri di tale *tournant*, si veda J.-F. NIORT, *Homo civilis: contribution à l'histoire du Code civil français, 1804-1965*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004, II, p. 417 e ss. La dottrina francese ha parlato di « invention du social » e di « régénération républicaine » per descrivere, in termini sintetici, il rinnovato indirizzo del pensiero giuridico per effetto delle trasformazioni socio-economiche di fine Ottocento: cfr. C. JAMIN, *François Gény d'un siècle à l'autre*, in *François Gény, mythe et réalités. 1899-1999, centenaire de Méthode* d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique, a cura di P. Jestaz-C. Thomasset-J. Vanderlinden, Montréal, Blais, 2000, pp. 3-33, cit., p. 9. Si veda anche, per questa chiave di lettura, C. JAMIN, *L'oubli et la science. Regard partiel sur l'évolution de la doctrine privatiste à la charnière des XIX et XX siècles*, in « Revue trimestrielle de droit civil », 1994, pp. 815-827; M.-C. BELLEAU, *Les juristes inquiets: classicisme juridique et critique du droit au début du XX siècle*, in « Les cahiers de droit », XL, 1999, 3, pp. 507-544; P. JESTAZ-C. JAMIN, *En relisant Eugène Gaudemet*, in E. GAUDEMET, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, Paris, 2002; O. BEAUD, *Doctrines*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, cit., pp. 384-388; C. JAMIN, P.-Y. VERKINDT, *Droit civil et droit social: l'invention du style néo-classique chez les juristes français au début du XX siècle*, in *Le droit civil, avant tout un style ?*, a cura di N. Kasirer, Montréal, Les Éditions Thémis, 2003, p. 103 e ss.

⁽⁹⁾ Sul solidarismo si veda P. COSTA, *Civitas — Storia della cittadinanza in Europa*, III, *La civiltà liberale*, Roma, Laterza, 2001 cit., p. 76, nonché, dello stesso autore, *Alle origini dei diritti sociali: « Arbeitender Staat » e tradizione solidaristica*, in *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, a cura di G. Gozzi, Bologna, 1997, p. 277 e ss., in particolare, per il contesto francese, p. 302 e ss. Per la dottrina francese, si vedano sul tema i saggi di P. REMY, *La genèse du solidarisme*, in *Le solidarisme contractuel*, a cura di L. Grynbaum e di M. Nicod, Paris, 2004, e di P. MAZET, *Le courant solidariste*, ivi, p. 13 e ss. Il più efficace divulgatore della dottrina solidarista è senz'altro L. BOURGEOIS. Il saggio *Solidarité*, il manifesto del solidarismo, esce a Parigi nel 1896. Ma si vedano anche, dello stesso autore: *Essai d'une philosophie de la solidarité: conférences et discussions*, Paris, Alcan, 1902; prefazione a *Les applications sociales de la solidarité — leçons professées à l'École des hautes études en sciences sociales par C. Gide, H. Monod, G. Paulet, P. Brouardel*, Paris, Alcan, 1904. Cfr. inoltre di C. BOUGLE', *Note sur les origines chrétiennes du solidarisme*, in « Revue de métaphysique et de morale », 1906, p. 251 e ss., e *Le solidarisme*, Paris, V. Giard et E. Brière, 1907.

⁽¹⁰⁾ Cfr. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, cit., p. 190.

Si tratta di un processo che non esita a fare “vittime” autorevoli. Dogmi tradizionali e ultra-consolidati quali la nozione di autonomia privata, la nozione di diritto soggettivo, come pure la nozione tradizionale di contratto inteso quale prodotto del libero incontro delle volontà, subiscono radicali quanto inaudite revisioni. La nuova visione solidaristica che va affermandosi sollecita una rilettura del tradizionale rapporto tra diritto e volontà elaborato dal giusnaturalismo razionalistico e quindi una revisione della nozione classica di autonomia privata ⁽¹¹⁾ da cui deriva la profonda trasformazione di concetti apparentemente immutabili: il diritto soggettivo, per fare un esempio, cessa di essere un mero potere di volere, non si esaurisce più nella libera affermazione della volontà in ambito giuridico, ma viene a coincidere con la volontà colta nell’atto di perseguire un interesse legittimo, considerato in armonia con il bene della comunità e con l’ordine generale delle cose, diventa un « *pouvoir mis au service d’intérêts de caractère social, et exercé par une volonté autonome* » ⁽¹²⁾. Al contempo, in ambito contrattuale, la tensione oggettivante tipica del solidarismo provoca l’« *éclatement de la conception classique du contrat* » ⁽¹³⁾, il quale cessa di essere considerato la manifestazione per antonomasia della autonomia privata ed inizia ad essere colto alla stregua di un *fait social*, di una *charte de réglementation* ⁽¹⁴⁾, il cui contenuto deve interpretarsi in conformità alle esigenze dell’equità e della buona fede ⁽¹⁵⁾.

⁽¹¹⁾ Sul tema si veda il classico studio di E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé — Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, Rousseau, 1912. Si veda anche M. VILLEY, *Essor et décadence du volontarisme juridique*, in « Archives de philosophie du droit » — *Le rôle de la volonté dans le droit*, Paris, 1957, p. 87 e ss.

⁽¹²⁾ Cfr. R. SALEILLES, *De la personnalité juridique: histoire et théories. Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1911, p. 543.

⁽¹³⁾ L’espressione è di J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, Puf, 1992, p. 194.

⁽¹⁴⁾ Si vedano, sul tema, J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, Puf, 1996, p. 197 e C. M. HERRERA, *Les juristes face au politique. Le droit, la gauche, la doctrine sous la III République*, Paris, Editions Kimé, 2003, p. 10. L’oggettivazione del contratto, sorta di compromesso tra il modello contrattuale classico e il modello statutario-regolamentare darà vita a una vera e propria dottrina: il solidarismo

La responsabilità, in quanto capitolo fondamentale della dogmatica civilistica, non può restare estranea a questo intenso processo di revisione. Gli effetti del venir meno delle armonie dell'equilibrio proprietario tipiche del sistema economico-sociale liberale investono la disciplina della responsabilità mettendo in crisi e relativizzando il dogma principale sul quale essa da sempre si fonda, la *culpa*: « les sociétés industrielles se développaient en mettant en question la manière dont on avait pensé la régulation dans la société, c'est-à-dire le principe général de responsabilité » (16).

Georges Ripert sottolinea come il tumultuoso sviluppo economico-sociale che ha interessato la Francia a partire dalla fine dell'Ottocento abbia prodotto come risultato la divisione della società in due: da una parte vi è una « classe sociale des auteurs de dommages », dall'altra una « classe sociale de victimes » (17). I titolari dei mezzi di produzione, sfruttando le nuove possibilità offerte dalla tecnica, generano rischi sociali inediti, le cui conseguenze gravano sui soggetti deboli della catena produttiva, vittime designate della nuova società tecnocratica. Gli incidenti, inevitabili, si moltiplicano a dismisura e assumono un carattere nuovo, divengono « anonymes », « ténébreux », mentre il caso fortuito assorbe e vanifica progressivamente l'ambito di applicazione della colpa (18).

contrattuale. Cfr. C. JAMIN, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, in AA.VV., *Le contrat au début du XXI siècle. Etudes offertes à J. Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, p. 441 e ss.; L. GRYNBAUM, *La notion du solidarisme contractuel*, in *Le solidarisme contractuel*, a cura di L. Grynbaum-M. Nicod, Paris, Economica, 2004, p. 25 e ss.; T. REVET, *Objectivation ou subjectivation du contrat. Quelle valeur juridique ?*, in *La nouvelle crise du contrat*, a cura di C. Jamin-D. Mazeaud, Paris, Dalloz, 2003, p. 91 e ss.

(15) Saleilles lo ridefinirà affermando che esso « n'est pas le fait de maîtrise d'une volonté créatrice de droit; mais le procédé d'adaptation des volontés privées à l'utilisation des efforts communs, pour la satisfaction des intérêts individuels réciproques ». Ne deriva che esso deve essere interpretato e applicato « d'après le but social de ce procédé de solidarité juridique, et non d'après la fantaisie individuelle de chacun de ceux qui y prennent part », cfr. R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté: contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, Paris, Pichon, 1901, p. 229.

(16) Cfr. F. EWALD, *Histoire de l'Etat providence*, Paris, Grasset, 1996, p. 187 e s.

(17) Cfr. G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, LGDJ, 1948, p. 303.

(18) Cfr. L. JOSSERAND, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Paris, Rousseau, 1897, p. 105.

Alla fine, come nota epigrammaticamente Raymond Saleilles, « c'était l'irresponsabilité à peu près universelle »⁽¹⁹⁾.

È ancora possibile, di fronte a questo stato di cose, restare fedeli alle geometrie classiche tracciate dal legislatore napoleonico⁽²⁰⁾? La risposta non può che essere negativa⁽²¹⁾: « la démocratie ne peut admettre une organisation économique qui sépare dans l'exploitation les bénéfiques et les risques. Elle répudie la règle du Code civil qui fonde la responsabilité civile sur la faute commise; elle ne veut pas qu'il soit question de responsabilité, mais de réparation. Si elle ne trouve personne à qui elle puisse faire supporter les risques, elle demande que la collectivité les prenne elle-même à sa charge »⁽²²⁾.

L'oggettivazione della disciplina classica della responsabilità, imposta da evidenti ragioni di equità e di giustizia sociale⁽²³⁾, si realizza pertanto mediante il passaggio dalla *responsabilité* alla *réparation*, da un obbligo risarcitorio derivante da un evento dannoso soggettivamente imputabile, a un obbligo di riparazione che trae origine da un danno prodotto nell'esercizio di una attività oggettiva

(19) Cfr. R. SALEILLES, *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, Paris, Rousseau, 1897, p. 9.

(20) Per una esauriente ricostruzione del rapporto tra società industriale, scienza giuridica e nascita di una legislazione di carattere sociale, cfr. G. CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali*, Milano, Giuffrè, 2007, in particolare il saggio *Scienza giuridica, leggi sociali ed origini del diritto del lavoro*, ivi, pp. 69-169, e il saggio *Società industriale e silenzio del codice*, ivi, pp. 3-26.

(21) Chiarissima, in proposito, l'affermazione di Louis Josserand: « le problème de la responsabilité est autrement vaste que ne l'imaginèrent les jurisconsultes de Rome ou même ceux du Code civil: l'intensité de la vie moderne, la multiplicité des relations humaines et des transactions juridiques, la fréquence des risques ont dénoncé l'insuffisance d'une conception faite pour des peuples individualistes, dont la vie sociale était relativement peu développée », cfr. L. JOSSERAND, *Les transports*, Paris, Rousseau, 1910, p. 12.

(22) Cfr. G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, cit., p. 304.

(23) Jean Carbonnier, notando come, verso la fine del XIX secolo, « on avait senti l'insuffisance d'une responsabilité fondée exclusivement sur la faute, la nécessité de ne pas laisser sans réparation des dommages survenus fortuitement », sottolinea quali sono stati i fattori che hanno determinato la profonda revisione della disciplina della responsabilità aquiliana: lo sviluppo del *machinisme*; l'ascesa del proletariato; la presa di coscienza da parte delle vittime; lo sviluppo tecnico del sistema delle assicurazioni. Cfr. J. CARBONNIER, *Droit civil*, II, Paris, Puf, 2004, p. 2265.

vamente rischiosa. Assumere il concetto di riparazione quale nozione-chiave della disciplina della responsabilità significa sconvolgere l'orizzonte abituale, ribaltare schemi e modelli consolidati, provocare un totale mutamento di prospettiva⁽²⁴⁾. In tal modo, la vittima diventa un po' alla volta il protagonista principale dell'illecito civile: « le droit moderne ne regarde plus du côté de l'auteur de l'acte, mais du côté de la victime »⁽²⁵⁾.

Ciò diventa possibile nel momento in cui, al posto della responsabilità fondata sull'illecito, si inizia a concepire l'idea di una obbligazione « issue du fait de l'entreprise, du seul jeu de l'activité humaine, du cas fortuit »⁽²⁶⁾. Questo risultato è reso possibile dall'opera creativa della giurisprudenza, che ci proponiamo adesso di ripercorrere nelle sue tappe essenziali.

2. Au-delà du Code civil: la trasfigurazione giurisprudenziale della responsabilità nella testimonianza di un giurista d'eccezione.

Il 29 ottobre 1904, in occasione dei festeggiamenti per il centenario del Codice, Aléxis Ballot-Beaupré, primo Presidente della *Cour de cassation*⁽²⁷⁾ (nominato a partire dal 2 ottobre 1900,

⁽²⁴⁾ Significa anche riconoscere apertamente il fondamento politico della responsabilità civile e l'esigenza di assicurare una efficace conciliazione tra logica e politica, i due elementi costitutivi del fenomeno giuridico: « une fois compris la valeur purement politique de la responsabilité pour faute, on est conduit à rechercher les domaines où cette responsabilité peut vraiment influer sur la conduite des citoyens — et où elle conserve ainsi la valeur qui lui est attribuée — et celle où elle peut sans aucun danger pour la société être remplacée ou complétée par d'autres systèmes de réparation. Cette recherche, à nos yeux, devrait être un des principaux soucis des juristes en matière de responsabilité. Il est vraisemblable qu'elle conduira à reconnaître un rétrécissement du champ utile de la responsabilité pour faute, et un élargissement plus que corrélatif des règles de garantie », cfr. A. TUNC, *Logique et politique dans l'élaboration du droit, spécialement en matière de responsabilité civile*, in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, I, Paris, Sirey, 1963, pp. 317-339, cit., p. 332 e s.

⁽²⁵⁾ Cfr. G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, cit., p. 307.

⁽²⁶⁾ Cfr. L. JOSSERAND, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Paris, Rousseau, 1897, p. 105.

⁽²⁷⁾ Aléxis Ballot-Beaupré (1836-1917), Primo presidente della *Cour de cassation* dal 1900 al 1911, è celebre soprattutto per aver contribuito alla soluzione dell'*Affaire*, dimostrando la colpevolezza di Esterhazy, autore del falso *bordereau* all'origine dell'incriminazione del capitano Alfred Dreyfus per alto tradimento. Cfr. G.

in sostituzione di Charles Mazeaud), pronuncia un breve discorso destinato a passare alla storia. Le sue parole suggellano l'avvenuta desacralizzazione del monumento legislativo napoleonico, di cui pure si stanno celebrando i fasti.

Dopo aver reso omaggio al catechismo ufficiale della cultura giuridico-politica francese, dichiarando, come da copione, « qu'il n'existe pas, à proprement parler, d'autre source de droit civil que la loi », l'alto magistrato non esita ad offrire una interpretazione tutta personale dell'art. 4 del Titolo preliminare. Com'è noto, tale norma impone al giudice, sotto pena di *déni de justice*, l'obbligo di giungere in ogni caso a sentenza, precisando che egli non può rifiutarsi di decidere « sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi ». Ciò equivale a dire che il Codice, all'interno del quale secondo l'ideologia dell'epoca doveva necessariamente ricercarsi la soluzione, è privo di lacune.

Ecco però la precisazione decisiva di Ballot-Beaupré: la decisione del giudice non ha niente di meccanico: in caso di ambiguità di un articolo o in presenza di una apparente lacuna normativa, il giudice dispone dei « pouvoirs d'interprétation les plus étendus », ed ha la facoltà di « adapter libéralement, humainement, le texte aux réalités et aux exigences de la vie moderne » (28). Ne deriva una esplicita consacrazione del metodo storico-evolutivo, della *méthode historique*, metodo applicato di fatto dai giudici transalpini per tutta la seconda metà dell'Ottocento, ben prima della sua precisa formulazione teorica; e, al contempo, una chiara affermazione della creatività inista nell'operato della giurisprudenza.

Le parole di Ballot-Beaupré rappresentano una risposta indiretta alle sollecitazioni rivolte ai giudici dalla giusciviltistica più autorevole.

In quegli stessi anni, un giurista del calibro di Raymond

CANIVET, *La Cour de cassation dans l'affaire Dreyfus*, allocution d'ouverture au colloque organisé à Rennes, les 23 et 24 mars 2006, consultabile sul sito internet della *Cour de cassation* al seguente indirizzo: <http://www.courdecassation.fr/jurisprudence-publications/documentation-2/autres-publications-discours-2039/discours-2202/2006-2203/dans-affaire-8454.html>.

(28) Cfr. C. JAMIN, *Un modèle original: la construction de la pensée juridique française*, in « Bulletin d'information de la Cour de cassation », 596, 2004, p. 2. Su Ballot-Beaupré si sofferma anche P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 105.

Saleilles, prendendo atto della silenziosa ma costante applicazione della *méthode historique* da parte della giurisprudenza, aveva invitato i giudici francesi a uscire allo scoperto, a rinunciare al « paravent » dietro al quale dissimulavano il proprio *pouvoir prétorien*, svelando una volta per tutte il « fond initial de tous leurs raisonnements », ovvero i meccanismi alla base della decisione giudiziale e la sua intima creatività ⁽²⁹⁾.

All'origine di tale sollecitazione vi è proprio la considerazione delle innumerevoli « brèches inavouées » aperte nel tessuto del Codice e soprattutto della trasfigurazione giurisprudenziale della disciplina della responsabilità extracontrattuale, di « ce Protée qu' est...l'article 1382 ». Per dare la misura della trasformazione cui è andata incontro tale norma, Saleilles non esita a paragonare l'art. 1382 del Codice alla legge finanziaria, divenuta il « lieu géométrique de toutes les réformes que l'on veut faire passer par surprise ». La condotta della giurisprudenza, per questo, appare non dissimile da quella del parlamento, il quale « s'embusque derrière la loi de

(29) Si tratta di un eccesso di timidezza favorito dalla *forma mentis* tipica del giurista, sensibile all'ordine e alla prevedibilità. Ma si tratta anche della tendenza a dissimulare i meccanismi autentici che regolano l'applicazione giudiziale del diritto, ancora più radicata a seguito della diffusione del modello giuridico rivoluzionario: « sans doute, on veut rendre hommage, par cet excès de discrétion, à ce principe fondamental, que tout progrès réalisé par voie d'interprétation ne doit intervenir que sous le couvert de certaines règles qui constituent, à elles seules, tout l'art du juriste et sans lesquelles il n'y aurait plus qu'arbitraire, confusion et chaos. Je le veux bien, et je serai le premier à reconnaître la valeur de ces règles et de ces mécanismes, qui forment comme le Palladium de notre art et le secret de notre science de juristes; ce sont ces formes protectrices dont il devient de mode de sourire aujourd'hui, comme d'une défroque usée, et dont je vous montrerai, au contraire, l'utilité souveraine et l'inélectable nécessité; car sans elles nous tomberions dans l'anarchie judiciaire, laquelle est le pire des fléaux. Mais si on les croit usées, artificielles et vaines, c'est précisément parce qu'on a eu le tort de dissimuler le fait initial qui en constitue la justification et qui leur donne la vie, je veux dire le besoin primordial de faire servir le droit, avant tout, au progrès de la justice dans le monde. Et c'est parce qu'il en est ainsi, et qu'il y a là une vérité d'expérience consacrée par toute l'histoire de la législation, depuis les hardiesses du Préteur, jusqu' aux créations purement jurisprudentielles des Cours d'équité du droit anglais, en passant par les constructions savantes de notre Cour de cassation, qu'il ne faut pas craindre de dire ce qui est, et de reconnaître, sauf à se demander par quel procédé d'évolution juridique les choses se passent ainsi, que le sens et la portée des textes changent avec l'évolution de mœurs et des idées », cfr. R. SALEILLES, *Droit civil et droit comparé*, in « Revue internationale de l'enseignement », 61, 1911, p. 11 e ss.

budget pour introduire, sous forme d'additions ou de suppression de crédits, une foule de lois nouvelles en dehors de la procédure réglementaire de la loi » ⁽³⁰⁾.

È necessario al contrario rendere esplicite le tecniche ermeneutiche mediante le quali si tenta di soddisfare le esigenze della giustizia materiale. L'impiego non dissimulato del metodo storico-evolutivo fornisce agli interpreti lo strumento necessario per assicurare l'evoluzione del sistema senza doversi nascondere dietro al paravento puramente formale di un principio logico dotato di « frappe juridique »: « dès que l'on a pu s'abriter sous un principe rationnel qui ait une frappe juridique, on se croit en règle avec les disciplines du droit; peu importe que ce concept ne soit qu'une sorte de paravent introduit pour réaliser tel progrès que l'on avait en vue et de donner satisfaction à tel postulat imposé par l'équité. Alors pourquoi ne pas le reconnaître, pourquoi ne pas le dire ? Pourquoi ne pas mettre au premier plan ce qui, dans la conscience de ces juristes progressistes, était en effet le fond initial de tous leurs raisonnements ? » ⁽³¹⁾.

Ballot-Beaupré sceglie un'occasione altamente simbolica per dire a chiare lettere quello che tutti sanno, ma che nessuno dopo quasi un secolo di dominio dell'*Exégèse* ha il coraggio di riconoscere ufficialmente: che cioè la giurisprudenza, mediante quella che Pound chiamerà « spurious interpretation », crea diritto, utilizzando le norme come semplici appigli, come meri luoghi formali di validità, come vasi vuoti, da riempire attraverso la elaborazione di contenuti giuridici nuovi.

Quello che importa rilevare è il fatto che, agli inizi del Novecento, la consapevolezza della avvenuta trasfigurazione giurisprudenziale dell'art. 1382 è un dato acquisito e che proprio tale trasfigurazione viene invocata come principale prova a favore della tesi che riconosce ormai apertamente il ruolo creativo della giurisprudenza.

La disciplina della responsabilità extra-contrattuale ⁽³²⁾ è

⁽³⁰⁾ Ivi.

⁽³¹⁾ Ivi.

⁽³²⁾ La dottrina ha parlato non a caso di « évanescence du rôle et du domaine de la faute », cfr. G. ROUHETTE, *D'une faute à l'autre ?*, in « Droits », 5, 1987, p. 9 e ss., cit., p. 14. La vicenda della responsabilità extra-contrattuale è ricostruita, in ambito

uscita infatti letteralmente trasformata dal lento lavoro interpretativo della *Cour de cassation*: da articolo « écrit sur le roc », consacrazione icastica della responsabilità aquiliana, saldamente ancorata alla *faute*, è divenuto il fondamento della teoria del rischio, ovvero un criterio di attribuzione della responsabilità extracontrattuale ormai totalmente svincolato dal requisito della colpa in conseguenza di una ricostruzione rigorosamente oggettiva della fattispecie ⁽³³⁾.

In che modo è avvenuta una simile trasformazione?

francese, nell'imponente studio di A. VIGNON-BARRAULT, *Intention et responsabilité civile*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-en-Provence, 2004. Si veda anche la prefazione a tale lavoro, a cura di D. MAZEAUD, *ivi*, p. 13 e s. Il problema della responsabilità extra-contrattuale appassiona anche i giuristi italiani. Tra i più attivi, su questo fronte, è Giacomo Venezian. Questi, formatosi alla Scuola positiva di Ferri e affascinato dall'universo di *common law*, introduce la nozione di torto come « realtà oggettiva sociale »: cfr. G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana*, cit., pp. 265-300 e P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 48 e ss. Si tratta in effetti di uno dei temi più ardui e più affascinanti della storia del pensiero giuridico al punto che può essere assunto come osservatorio privilegiato delle contraddizioni, delle crisi, delle complessità di una intera epoca nella quale l'oggettivazione delle categorie privatistiche è funzionale alla socializzazione del sistema giuridico-politico ereditato dalla Rivoluzione. Per una ricostruzione storico-giuridica delle vicende della *faute*, si vedano J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, cit., p. 233 e ss., dove è ricostruita la storia che conduce dalla pena privata alla responsabilità; F. EWALD, *La faute civile, droit et philosophie*, in « Droits », n. 5, 1987, p. 45 e ss.; J.-L. GAZZANIGA, *Notes sur l'histoire de la faute*, *ivi*, p. 17 e ss.; L. HUSSON, *Les transformations de la responsabilité. Essai sur la pensée juridique*, Paris, Puf, 1947.

Salleilles si occupa di tale istituto a più riprese: P. RENCKER, *De la non-responsabilité conventionnelle* (Thèse de doctorat en droit, Dijon, 1893-1894), in « Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur », IV, 1894, p. 647-666; *Les accidents de travail et la responsabilité civile* (Essai d'une théorie objective de la responsabilité delictuelle), Paris, Rousseau, 1897; *Le risque professionnel dans le Code civil* (communication à la société d'économie sociale), in « Réforme sociale », XXXV, 1898, p. 634-649; *La responsabilité du fait des choses devant la Cour supérieure du Canada*, in « Revue trimestrielle de droit civil », X, 1911, pp. 23-59.

⁽³³⁾ Come è stato notato, il merito di ciò è in larga misura da ascrivere all'abilità dei redattori del Codice, i quali hanno saputo formulare in termini originali le norme in materia di illecito civile, a cominciare dall'art. 1382. Da questo punto di vista, l'originalità risiede proprio nella generalità di tale norma, che rappresenta un superamento della casistica tradizionale, evidente nella vaghezza — foriera di provvidenziali sviluppi giurisprudenziali — che ne connota la formulazione. Cfr. O. DESCAMPS, *L'esprit de l'article 1382 du Code civil ou de la consécration du principe général de responsabilité pour faute personnelle*, in « Droits », 41, 2005, p. 91 e ss.

Troviamo una sintesi magistrale di tale evoluzione storica in una relazione dello stesso Raymond Saleilles ⁽³⁴⁾, risalente al 1898, preparata in occasione di un intervento dinanzi alla *Société d'économie sociale* di Le Play ⁽³⁵⁾. Il fatto di parlare a una platea eterogenea offre al giurista borgognone il pretesto per ricostruire con una chiarezza esemplare la vicenda storico-giuridica della responsabilità extracontrattuale nel corso della seconda metà dell'Ottocento.

L'analisi prende le mosse dall'esame sommario degli effetti della rivoluzione industriale (ormai un *topos* nelle pagine dei più sensibili giuristi dell'epoca), della trasformazione delle tecniche di produzione, dell'avvento del *machinisme*. Lo sviluppo della grande industria, in effetti, ha posto i giuristi di fronte alla necessità di ripensare in radice la teoria della responsabilità extracontrattuale: l'asservimento alle macchine, moltiplicando le occasioni di incidenti e ridimensionando la contrallabilità dei processi produttivi, ha reso sempre più inappropriati i tradizionali schemi di imputazione legati a criteri soggettivi: « l'homme n'est plus la force dirigeante de l'outil; c'est l'outil qui l'asservit à son fonctionnement mécanique et brutal. Forcément l'ouvrier en subit les contre-coups: machines qui éclatent, engrenages qui vous entraînent, partout des forces en mouvement qui vous menacent; c'est le danger en permanence; et il faut compter avec la rapidité du travail, avec l'habitude surtout, la terrible habitude qui affranchit peu à peu des précautions initiales et qui conduit fatalement aux accidents les plus faciles peut-être à éviter. C'est un tant pour cent qu'il faut accepter. C'est la rançon de l'activité moderne » ⁽³⁶⁾.

Inizialmente, i giudici si mantengono fedeli ai principi tradizionali e assumono a fondamento della responsabilità del datore di lavoro l'art. 1382 del Codice. Ne deriva, come ovvia conseguenza, che, per ottenere il risarcimento, l'operaio deve provare la colpa del datore di lavoro, prova che è quasi sempre impossibile fornire nel

⁽³⁴⁾ L'opera di Saleilles in materia di responsabilità extracontrattuale è ricostruita da C. MASSIGLI, *Les travaux de Raymond Saleilles sur la théorie objective de la responsabilité extra-contractuelle*, in *L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, Rousseau, 1914, p. 437 e ss.

⁽³⁵⁾ Cfr. R. SALEILLES, *Le risque professionnel dans le Code civil* (communication à la Société d'économie sociale), in « *Réforme sociale* », XXXV, 1898, pp. 634-649.

⁽³⁶⁾ Ivi, p. 636.

contesto della grande industria, nella quale gli incidenti, per il modo in cui si producono, finiscono per essere “anonimi”: « si le dommage est facile à établir, la preuve de la faute, et aussi celle du lien de causalité entre la faute et le dommage, est souvent une preuve diabolique. Plus les forces que l’homme met en jeu sont multipliées par des mécanismes compliqués ou susceptibles d’agir au loin, plus les hommes sont pressés les uns contre les autres et rapprochés de ces machines dangereuses, plus il devient difficile de découvrir la véritable cause d’un accident et d’établir l’existence d’une faute qui l’aurait causé » (37).

A fronte dell’ingiustizia sostanziale derivante da tale impostazione, i giudici si sforzano di superare le rigidità del modello aquiliano, la cui inapplicabilità alla realtà inedita della grande industria appare sempre più evidente. La “fuga” dallo schema romanistico si realizza mediante una trasformazione progressiva della nozione di colpa nella pratica giurisprudenziale. Nel diritto comune classico, l’idea di colpa implicava, di per sé, la necessità di una ricerca concreta e individualizzata: occorreva accertare, caso per caso, se il verificarsi dell’incidente poteva essere previsto dal suo autore e se questi avrebbe potuto fare qualcosa per evitarlo, in modo da poter ricollegare il fatto illecito a un comportamento negligente.

Senonché, la ricerca della *faute*, quale presupposto essenziale della responsabilità, passa progressivamente in secondo piano, cedendo il passo alla semplice constatazione materiale della organizzazione industriale, e la colpa del datore di lavoro si esaurisce, senza bisogno di alcuna indagine soggettiva, nel fatto di utilizzare dei macchinari non sufficientemente perfezionati o nel fatto di avere un regolamento di fabbrica non sufficientemente rigoroso. La giurisprudenza, in altre parole, inizia a fare riferimento a un modello ideale di organizzazione industriale e ritiene provata la colpa tutte le volte in cui tale modello organizzativo non è integrato o appare lacunoso in alcuni suoi aspetti. In tal modo, il fondamento della responsabilità del datore di lavoro si risolve nel fatto materiale rappresentato dalla organizzazione difettosa del sistema produttivo senza che vi sia più alcuna necessità di ricorrere a criteri soggettivi di imputazione.

(37) Cfr. G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, cit., p. 307.

Ma anche tale soluzione si rivela ben presto insufficiente. Sovente, infatti, gli incidenti sono dovuti a vizi di costruzione delle macchine, vizi sconosciuti al datore di lavoro, e insuscettibili di per sé di integrare quel difetto di cura o di precauzione da cui la giurisprudenza faceva dipendere l'esistenza della responsabilità. Da qui la necessità di stabilire l'inversione dell'onere probatorio, obbligando il datore di lavoro a fornire la prova contraria, ovvero a dimostrare di aver fatto tutto il possibile per scongiurare il verificarsi dell'incidente.

Parte della dottrina tenta di raggiungere tale obiettivo ipotizzando l'esistenza di una obbligazione di garanzia ricompresa per legge all'interno del contratto di lavoro, trasformando cioè la responsabilità extracontrattuale in una ipotesi di responsabilità contrattuale dipendente da una clausola tacita ⁽³⁸⁾. Secondo tale impostazione, il fondamento della responsabilità extracontrattuale, nelle fattispecie in esame, deve individuarsi nella nozione di *garantie*, la cui origine deve ricercarsi nel diritto naturale dei contratti, nella espansione razionale degli accordi tra i privati, negli strumenti di garanzia insiti nella prassi contrattuale e nei principi generali che disciplinano la formazione, l'interpretazione e l'esecuzione del contratto.

La teoria della *garantie* puntava in tal modo a risolvere il problema facendo leva sulle risorse del sistema, di cui si postulava la capacità espansiva, tendeva ad « esaltare contro il legislatore il diritto civile come diritto esclusivo dei privati » e, al tempo stesso, inseriva « automaticamente nel contratto dei principi che ne rendevano meno terribile l'astratto ugualitarismo, l'assoluta preminenza dell'accordo dei singoli sulle nuove esigenze sociali » ⁽³⁹⁾. I fautori della tesi della *garantie* consideravano pertanto il datore di lavoro alla stregua di un assicuratore, il quale si impegna a risarcire il

⁽³⁸⁾ La tesi contrattuale è sostenuta da M. SAUZET, *De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels*, in «Revue critique de législation et de jurisprudence», 1883, pp. 597-640 e pp. 677-704 e da C. SAINCTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie. Accidents de transport et de travail*, Bruxelles, Bruylant, 1884.

⁽³⁹⁾ Cfr. G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico*, cit., p. 183.

lavoratore, in caso di incidente, salvo il caso di un comportamento colposo di quest'ultimo.

Altri autori riprendono tale impostazione ma ne circoscrivono la portata ritenendo che il datore di lavoro assuma non già un dovere di assicurazione bensì un dovere di sorveglianza⁽⁴⁰⁾. Questi, in altre parole, non si impegna a garantire l'incolumità del lavoratore, ma, più limitatamente, a prestare la propria sorveglianza, a fare cioè tutto il possibile per evitare che si produca l'evento dannoso. Il contratto di lavoro implica, in tal modo, da parte del datore di lavoro, l'assunzione di un obbligo di sorveglianza, variabile a seconda delle condizioni dell'industria, del ruolo e del margine di indipendenza del lavoratore e della libertà che gli viene concessa, e che dipende, a sua volta, dagli usi del luogo, dal tipo di industria, dalle condizioni della produzione.

Infine, una variante della tesi contrattuale è sostenuta da Adhémar Esmein nella sua nota all'*arrêt Teffaine*⁽⁴¹⁾. Questi fa propria la tesi della «*faute contractuelle*», ma non nel senso specifico teorizzato da Sauzet e da Saintelette e dai loro seguaci francesi, ma con riferimento ai principi generali che regolano il contratto di locazione. Il datore di lavoro, in questa prospettiva, è equiparato a un *locataire d'ouvrage*, il quale si obbliga a garantire gli operai (la cui attività costituisce l'oggetto del contratto di locazione) contro i rischi connessi all'utilizzo delle macchine impiegate nei processi produttivi. In tal modo, non siamo più in presenza di un obbligo di sicurezza di carattere assoluto, ma di una garanzia per vizi occulti, e sarà pertanto necessario fornire la prova del vizio e del nesso di causalità tra questo e l'evento dannoso. Si tratta di una clausola di garanzia, indipendente dall'idea di colpa, la quale ricollega l'esistenza della responsabilità all'accertamento del vizio.

La tesi della «*promesse de sécurité*», ovvero dell'assorbimento della «*faute délictuelle*» nella «*faute contractuelle*», nelle sue varie declinazioni, non incontra il favore della giurisprudenza. I giudici la ritengono fragile, vaga e incerta. Si sottolinea in particolare

(40) Tale tesi è sostenuta da P. RENCKER, *De la non-responsabilité conventionnelle*, Thèse de doctorat en droit, Dijon, 1893-1894, opera recensita da R. SALEILLES in «*Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*», IV, 1894, pp. 647-666.

(41) La nota si trova in «*Sirey*», I, 1897, p. 17.

come essa protegga esclusivamente l'operaio, il solo legittimato a invocare una clausola tacita del contratto, e non anche i terzi eventualmente coinvolti nell'incidente e non legati da vincoli contrattuali con il datore di lavoro; come, trattandosi di una clausola contrattuale, essa possa sempre essere vanificata da una clausola contraria di non-responsabilità, lasciando l'operaio privo di qualsiasi forma di tutela diversa dall'azione *ex art.* 1382; come, infine, stante la rilevanza sociale del problema, si renda sempre più urgente individuare una forma di tutela oggettiva, non rimessa a una contrattazione separata e incontrollabile. La tesi dell'assorbimento risulta inoltre poco plausibile in quanto non vi sono principi di ordine pubblico che impongano alle parti di riprodurre nel contratto il contenuto di obbligazioni legali esistenti di per sé, indipendentemente dai singoli accordi negoziali ⁽⁴²⁾.

È evidente, per questo, come il problema non sia quello di stabilire chi *vuole* ma quello di stabilire chi *deve* sopportare i rischi legati alla produzione: « le bon sens et la justice répondent que c'est forcément celui qui a la direction de l'affaire et qui assume, avec les risques, les chances de l'exploitation » ⁽⁴³⁾.

La giurisprudenza inizia allora a delineare i contorni di una

⁽⁴²⁾ Particolarmente significativa, per cogliere la posizione della giurisprudenza sul punto, è la sentenza pronunciata il 20 marzo 1893 dalla Corte di Appello di Rennes. Gli appellanti invocano a fondamento della responsabilità del datore di lavoro l'applicazione degli articoli 1135, 1728 e 1732 del Codice. L'imprenditore, in altre parole, viene parificato a un conduttore, tenuto a usare la cosa oggetto del contratto di locazione con la diligenza del buon padre di famiglia e a rispondere delle perdite o del deterioramento della stessa, salvo il caso di assenza di colpa. I giudici di seconde cure rigettano vigorosamente la tesi della vittima, affermando senza esitazione che essa postula una reificazione del lavoratore, mentre l'unica disciplina applicabile alla fattispecie degli infortuni sul lavoro resta la disciplina generale in tema di responsabilità extracontrattuale: « à moins d'admettre qu'au moment de la promulgation du code civil, l'ouvrier ait été, comme l'était autrefois l'esclave, assimilé à une chose dont le patron serait le preneur, il faut reconnaître, avec la grande majorité des jurisconsultes français, que le législateur a intentionnellement gardé le silence sur la responsabilité des accidents dont l'ouvrier peut être la victime, par ce double motif qu'entre des hommes libres et égaux en droits, le contrat de louage d'ouvrage et d'industrie porte exclusivement sur la quantité, la qualité, la rémunération du travail à exécuter et que la règle de l'art. 1382 est générale, absolue, applicable dans tous les cas », in « Dalloz », II, 1893, p. 526.

⁽⁴³⁾ Recensione a P. RENCKER, *De la non-responsabilité conventionnelle*, cit., p. 660.

teoria oggettiva della responsabilità, basata sul concetto di rischio, da utilizzare come schema giuridico tipico per la reintroduzione di un margine di giustizia materiale in tale ambito del diritto privato. I giudici individuano il fondamento della responsabilità del datore di lavoro in una obbligazione legale fondata su un quasi-delitto. Con la particolarità che essa nasce dal solo fatto dell'incidente, senza che sia necessario provare la colpa e senza la possibilità, per il datore di lavoro, di fornire la prova contraria.

Centrale, in quest'ottica, è lo spostamento dell'attenzione dall'art. 1382 all'art. 1384, il quale stabilisce la responsabilità per i danni provocati dalle cose in custodia in conseguenza del semplice fatto della direzione e della sorveglianza che si è tenuti a esercitare sulle stesse, indipendentemente da qualsiasi considerazione soggettiva e dalla ricerca della colpa. Il principio alla base di tale norma (« toute activité économique qui fonctionne pour autrui fonctionne au risque d'autrui ») viene recuperato e valorizzato nella sua potenzialità espansiva, in quanto norma in grado di fornire risposte giuridiche adeguate alle esigenze socio-economiche dell'epoca: il concetto di custodia, nel senso più elevato ed ampio del termine, viene ricollegato al soggetto che ha la direzione industriale ed economica di una cosa (e quindi degli impianti presenti in una moderna impresa), a colui che ne dirige il funzionamento e ne trae profitto. Conseguentemente, tutte le volte in cui un operaio non ha la direzione completa di una macchina ed è un semplice ingranaggio inserito in un complesso processo produttivo che si svolge anche indipendentemente da lui, la responsabilità per gli eventuali incidenti sarà attribuibile al soggetto che ha la direzione generale dell'impresa, che l'ha costituita e ne garantisce il funzionamento.

È evidente quale sia l'esito finale di tale linea interpretativa: l'idea di colpa è progressivamente espunta dall'ambito del delitto civile e la responsabilità dell'autore di un illecito non trova più il suo fondamento nella dimostrazione di un comportamento *fautif*, ma nello svolgimento di una attività oggettivamente rischiosa e come tale possibile fonte di obbligazioni: « le délit civil doit être caractérisé uniquement par sa matérialité, comme un fait de risques, un fait qui par lui-même se présente comme impliquant des risques, et pouvant en produire, mais il reste étranger à l'idée de faute. Car la

faute n'est à prendre en considération que lorsqu'on punit les gens et qu'on s'attaque à un mauvais vouloir de leur part. C'est le délit pénal. Mais le délit civil n'implique rien de ce genre: on exige réparation d'un dommage, parce que le fait réalisé, dans les conditions où il se présente, apparaît, dans sa matérialité même, comme constitutif de risques. Le délit civil, c'est en effet un pur risque professionnel » (44).

3. *Il caso Dame Painvin c. Deschamps: la fedeltà al modello classico.*

Applicare lo schema classico della responsabilità aquiliana alla grande industria e agli infortuni sul lavoro significa far dipendere l'accertamento dell'obbligo risarcitorio del datore di lavoro dalla dimostrazione della colpa, il cui onere grava interamente sulla vittima. La giurisprudenza si mantiene a lungo fedele a tale schema: « le fait extérieur n'était que la manifestation d'une faute, c'était la faute qui fondait la responsabilité parce que c'est elle qui avait été la cause initiale de l'accident, donc c'est cette source originaire, ce point de départ psychologique, qu'il fallait établir » (45).

Il risultato è, come sappiamo, l'irresponsabilità universale: pensare di risolvere il problema degli infortuni sul lavoro facendo di esso, come da tradizione, una « question de liberté métaphysique », rende impossibile fondare la pretesa risarcitoria, stante l'estrema difficoltà di provare il nesso causale tra l'evento dannoso e la colpa dell'imprenditore.

La decisione resa dalla Cassazione nel caso *Dame Painvin c. Deschamps* il 19 luglio 1870 rappresenta un importante esempio di applicazione al *machinisme* dei principi tradizionali in tema di responsabilità extracontrattuale (46).

L'infortunio che dà origine alla controversia si verifica all'interno di una lavanderia. A seguito dell'esplosione della caldaia, la

(44) *Le risque professionnel dans le Code civil*, cit., p. 645.

(45) Cfr. R. SALEILLES, *Les accidents de travail*, cit., p. 8.

(46) « C'est la thèse classique de la responsabilité qui triomphe », cfr. G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, I, Paris, Recueil Sirey, 1924, p. 301.

Signora Painvin subisce gravi e molteplici ustioni causate dall'acqua e dalla sabbia bollente espulse con violenza dall'impianto. I giudici di prime cure rigettano la domanda di risarcimento della vittima ritenendola sfornita di la prova: la Signora Painvin non ha dimostrato che l'evento dannoso è imputabile alla colpa o alla negligenza del datore di lavoro.

L'attore ricorre in appello affermando che il convenuto ha l'obbligo di fornire la prova della forza maggiore invocata a propria discolpa e che, in assenza di tale prova, deve considerarsi responsabile dell'evento dannoso. La Corte d'Appello, con sentenza del 9 gennaio 1869, conferma la sentenza di primo grado e respinge, per l'effetto, la domanda della Signora Painvin.

Il successivo ricorso presentato dinanzi alla *Cour de cassation* tenta di ribaltare l'esito della controversia facendo leva su un argomento essenziale, che rappresenta il cavallo di battaglia dei fautori della teoria del rischio: è iniquo imporre all'attore l'obbligo di fornire la prova della colpa del convenuto: è quest'ultimo, in quanto proprietario della macchina che ha causato l'incidente, l'unico responsabile dei danni legati al suo utilizzo. La colpa, in altre parole, è presunta, e tale presunzione trova fondamento nel *machinisme*, ovvero nel *risque industriel*, di cui si delinea chiaramente il profilo.

La tesi della Signora Painvin non convince la *Cour de cassation*: i giudici di legittimità, in ossequio alla teoria classica, ribadiscono come l'esistenza di una colpa legalmente imputabile costituisca il presupposto essenziale per esperire con successo un'azione di responsabilità. L'onere di fornire la prova di tale colpa è a carico dell'attore, il convenuto può limitarsi a contestare la pretesa di controparte senza essere tenuto ad allegare in giudizio i fatti posti a fondamento dell'eccezione liberatoria, come ad esempio il caso fortuito o la forza maggiore. Ne deriva che « celui qui poursuit la réparation du dommage causé par l'explosion d'une machine à vapeur doit établir, outre l'accident, la faute du propriétaire ou de ses agents, un pareil événement, qui peut être le résultat d'un cas fortuit et de force majeure, n'impliquant point nécessairement par lui-même la faute ou l'incurie du défendeur » (47).

Appare chiaro come, al tentativo della vittima di far leva su una

(47) La sentenza si può leggere in « Dalloz », I, 1870, p. 361.

responsabilità oggettiva, per *risque d'activité*, i giudici rispondano opponendo la nozione tradizionale di responsabilità, ovvero una responsabilità soggettiva, basata sulla colpa, che trova origine e fondamento nell'individuo responsabile. Ne deriva che il risarcimento del danno è subordinato a una ricerca psicologica, a un giudizio morale, presuppone una volontà ragionevole e libera, una colpa, in assenza della quale la dimostrazione del *fait dommageable* e del nesso causale non sono sufficienti a fondare la pretesa risarcitoria.

Si tratta dell'estremo esempio di applicazione di un paradigma sempre più inservibile a una realtà socio-economica in ebollizione, che reclama soluzioni nuove e più eque, al di là delle geometrie classiche e apparentemente intoccabili del *droit civil*. Vedremo come l'effervescenza delle corti porterà nel giro di pochi anni a un completo ribaltamento di prospettiva, che si tradurrà nella creazione, in larga misura giurisprudenziale, di un nuovo paradigma di responsabilità.

4. *La trasfigurazione giurisprudenziale della faute: l'emersione della nozione di faute objective.*

La disciplina della responsabilità extracontrattuale è costruita interamente attorno al requisito della colpa, a un *fait de volonté*, il quale deve assumere il carattere di una *faute spécialisée*, ovvero di una colpa che si pone quale causa immediata e diretta dell'evento dannoso⁽⁴⁸⁾. L'applicazione dell'art. 1382 presuppone pertanto una colpa soggettiva, ovvero la presenza di un fatto che, senza essere necessariamente intenzionale, deve però essere volontario, e porsi, in relazione alla *iniuria*, in una chiara relazione di causa-effetto⁽⁴⁹⁾.

Il progressivo ridimensionamento della centralità di tale rela-

⁽⁴⁸⁾ Si vedano ad esempio C. B. M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, V, Bruxelles, Société Typographique Belge, 1838, p. 48 e ss.; A. DURANTON, *Cours de droit civil suivant le Code français*, VII, Bruxelles, Société Belge de Librairie, 1841, p. 507 e s.; C. AUBRY-C. RAU, *Cours de droit civil français*, Paris, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1871, p. 754 e ss.; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, XX, Bruxelles, Bruylant, 1878, p. 405 e ss.

⁽⁴⁹⁾ « Un fait, même nuisible à autrui et imputable à son auteur, ne constitue un quasi-délit, qu'autant qu'il y a eu, de la part de ce dernier, soit faute positive, soit tout

zione costituisce una tappa essenziale nell'ambito del percorso giurisprudenziale che porta al riconoscimento della categoria del *risque professionnel*. In questa prospettiva, il fondamento della responsabilità extracontrattuale tende sempre più a identificarsi con un fatto materiale colpevole piuttosto che con un fatto volontario colto nella sua relazione soggettiva con l'evento dannoso: « la faute, tout en restant un fait volontaire, est désormais envisagée par son côté uniquement objectif: c'est ce que l'on peut appeler une faute objective, analogue à ce qu'est par exemple le délit pénal, lequel, pourvu qu'il soit volontaire, est caractérisé avant tout par sa matérialité. Telle est la transformation si curieuse, ou, si l'on veut, la déformation de l'idée de faute, telle qu'elle résulte de l'évolution de la jurisprudence en cette matière, et dans son application aux risques de l'industrie » (50).

Il processo di oggettivazione della responsabilità extracontrattuale, ovvero la crescente centralità assegnata al *fait fautif* a discapito dell'elemento volontaristico-intenzionale (51), emerge chiaramente nella importante sentenza pronunciata dalla *Cour de cassation* il 7 agosto 1895 (ormai alla vigilia dell'*arrêt Teffaine*) nel caso *Jousset c. Aubert* (52).

I giudici di legittimità cassano con rinvio una sentenza della Corte d'Appello di Rouen, che aveva respinto la richiesta di risarcimento presentata dai parenti della vittima in quanto, nella fattispecie, non risultava dimostrato il nesso di causalità tra la condotta colpevole del datore di lavoro e il verificarsi dell'evento dannoso. Si trattava in realtà di una vicenda nella quale l'esito della controversia

au moins négligence ou imprudence », cfr. C. AUBRY-C. RAU, *Cours de droit civil français*, VI, Paris, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1920, p. 365 e ss.

(50) Cfr. R. SALEILLES, nota a Cass. Civ. 16/06/1896, in « Dalloz », I, 1897, p. 436.

(51) Passaggio descritto chiaramente da Saleilles: « l'idée de faute ne disparaît pas, tout au contraire: mais ce n'est plus la faute personnelle, afférente à l'accident, que l'on va rechercher et que l'on veut faire apparaître comme l'anneau initial de cette série de chaînons successifs dont l'accident se trouve être comme l'aboutissement final: tout cela c'est un problème insoluble, une recherche inutile. La jurisprudence s'en tiendra à une faute extérieure impliquée dans la matérialité du fait, une faute qui va devenir objective comme s'il s'agissait d'un délit pénal », cfr. R. SALEILLES, *Les accidents de travail*, cit., p. 9.

(52) In « Dalloz », I, 1896, p. 81 e s.

sembrava certo *a priori*, dal momento che la condotta della vittima era la causa immediata e apparente dell'evento dannoso.

L'incidente ha luogo in una impresa tipografica e coinvolge un certo Jousset, un operaio minorenne, il quale, al momento del fatto, si trovava al lavoro in violazione della legge del 19 maggio 1874 « sur le travail des enfants et filles mineures dans l'industrie ».

Questa la dinamica dei fatti: Jousset, di sua iniziativa, abbandona il reparto composizione dove è impiegato e si reca nel reparto tiraggio, separato dal primo da un ampio corridoio. Il reparto tiraggio, occupato al completo dagli operai del turno di notte, presenta pericoli oggettivi che i giudici mettono in evidenza: è riempito quasi per intero dalla macchina preposta a tale funzione e rimane uno spazio esiguo per il passaggio degli operai, passaggio che è reso ancora più difficoltoso dalla presenza di una biella e di un volante che ne riducono ulteriormente la dimensione e dal fatto che il pavimento è reso scivoloso dalla presenza di olio. Giunto nel reparto tiraggio, senza ascoltare gli inviti alla prudenza degli altri operai, Jousset, scherzando con un compagno di lavoro, scivola, cade in avanti e finisce nei raggi della ruota della macchina, che lo colpiscono mortalmente.

I parenti della vittima fondano la pretesa risarcitoria sulla asserita violazione dell'art. 1382 del Codice e sulla violazione della legge che regolamenta l'orario di lavoro. I giudici di appello, tuttavia, applicano alla fattispecie la teoria classica, verificano in altre parole il fondamento della responsabilità del datore di lavoro utilizzando i principi tradizionali in tema di responsabilità extracontrattuale. Ne deriva che i fatti sui quali fanno leva gli attori, ovvero la violazione della legge del 19 maggio 1874 e la oggettiva pericolosità del reparto tiraggio, possono essere invocati a sostegno della colpa del datore di lavoro, solo a condizione che si fornisca la prova del nesso di causalità, « ces faits et circonstances ne peuvent engager la responsabilité du patron que s'ils ont eu avec l'accident une relation de cause à effet »⁽⁵³⁾. I giudici di seconde cure ritengono assente, nel caso di specie, la relazione causa-effetto, messa fuori gioco dalla condotta colpevole della vittima, che ha da sola determinato l'evento dannoso. Si afferma in particolare che il datore di lavoro è tenuto a

⁽⁵³⁾ Ivi, p. 82.

garantire gli operai contro gli incidenti nei quali possono incorrere anche per propria imprudenza, ma solo a condizione che « cete imprudence ait pu, d'une part, être normalement prévue, et, d'autre part, qu'elle se soit produite au cours du travail auquel les ouvriers étaient préposés » ⁽⁵⁴⁾: nessuna di tali condizioni viene ritenuta presente.

I giudici di legittimità, inaspettatamente, cassano la sentenza d'appello, ritenendo sussistente la colpa del datore di lavoro e individuando il fondamento almeno parziale del rapporto causa-effetto nella violazione della normativa in materia di orario di lavoro. Il fatto di aver trattenuto abusivamente l'operaio all'interno della tipografia oltre l'orario consentito è ritenuto una concausa dell'evento dannoso, in quanto, se non fosse rimasto illegalmente sul posto di lavoro, Jousset non avrebbe potuto porre in essere la condotta imprudente all'origine dell'incidente. La Corte, pertanto, enuncia il principio in base al quale « le patron qui retient un ouvrier mineur de seize ans à l'atelier au-delà de la limite fixée par la loi pour la durée de la journée de travail, commet une faute qui est en relation nécessaire avec les accidents survenus à l'ouvrier pendant la prolongation irrégulière de son travail ». Ne deriva che « le patron ne peut pas être exonéré de toute responsabilité, sous prétexte que l'accident aurait été causé par une imprudence propre à la victime » ⁽⁵⁵⁾. In altre parole, i giudici di legittimità stabiliscono una relazione necessaria tra la contravvenzione commessa dall'imprenditore e l'incidente di cui è vittima l'operaio durante il prolungamento indebito dell'orario di lavoro.

Risulta evidente, in tale pronuncia, lo “sfilacciamento” del nesso causale: mentre in condizioni normali, ove cioè l'incidente si fosse verificato nel regolare orario di lavoro, la condotta colpevole della vittima sarebbe stata sufficiente a escludere la responsabilità del datore di lavoro, il fatto che vi sia stata una violazione della disciplina legale sulla durata della giornata lavorativa viene ritenuto un elemento di per sé sufficiente a fondare la *faute* dell'imprenditore, *faute* che appare però meramente oggettiva, disgiunta dalla componente volontaristico-intenzionale e tendente sempre più a

⁽⁵⁴⁾ Ivi, p. 81.

⁽⁵⁵⁾ Ivi.

identificarsi con il semplice *risque professionnel*. La regola, nella sua chiarezza, è suscettibile di ulteriori generalizzazioni. Così, ad esempio, il semplice fatto della contravvenzione può essere sufficiente a fondare la responsabilità del datore di lavoro, non solo nel caso in cui l'incidente sia dovuto all'imprudenza dell'operaio, ma anche nel caso in cui esso derivi da una causa fortuita determinata o indeterminata.

La tesi alla base di tale pronuncia è oggetto di una critica serrata da parte dei sostenitori della teoria classica.

Marcel Planiol denuncia la superficialità che, pur nella sua apparente chiarezza, vizia il ragionamento della Cassazione. A suo giudizio, è necessario individuare un'altra formula attraverso la quale tentare di circoscrivere con precisione i limiti della responsabilità e stabilire se vi sia effettivamente una relazione causa-effetto tra la colpa e l'incidente che dovrebbe esserne la conseguenza. Ogni colpa è necessariamente relativa, nel senso che la sua portata, in quanto evento dannoso, è determinata dal contenuto della regola di cui costituisce la violazione. Dal momento che la colpa nasce dalla violazione di un dovere, vittime della condotta colpevole possono considerarsi soltanto quei soggetti che avrebbero potuto esigere l'adempimento di tale dovere, e soltanto entro i limiti precisi assicurati dalla tutela legale degli interessi violati. Ne deriva che, al fine di stabilire se una determinata condotta colpevole possa ritenersi causa di un evento dannoso e quindi fonte di responsabilità, è necessario stabilire se tale evento rientri fra quelli che la legge, mediante il suo contenuto dispositivo, mirava a scongiurare.

Oggettivare la responsabilità senza preoccuparsi di svolgere tale ricerca significa stravolgere il rapporto di causalità, significa « transformer un simple rapport de simultanéité en un rapport de causalité, et agrandir démesurément, sans utilité et sans raison, l'étendue de la responsabilité des fautes »⁽⁵⁶⁾. Planiol tenta pertanto di arginare la tendenza oggettivante legando la sussistenza del rapporto di causalità al contenuto dispositivo e alla natura degli interessi tutelati dalla disposizione regolamentare che si assume violata.

In ogni caso, a dispetto dei dubbi della dottrina più autorevole,

⁽⁵⁶⁾ Ivi.

siamo comunque in presenza di una pronuncia che, pur con talune incongruenze e fragilità teoriche, testimonia lo stato ormai avanzato di un complesso processo di trasfigurazione che attende solo di manifestarsi nella sua compiutezza.

5. *Dialogo tra corti e creatività giurisprudenziale: l'arrêt Cames ovvero il contributo decisivo del Conseil d'Etat al riconoscimento della teoria del rischio.*

La tendenza alla oggettivazione della responsabilità extracontrattuale, intesa come emancipazione dell'illecito civile dal requisito della *faute*, appare evidente in una fondamentale sentenza del *Conseil d'Etat*, la pronuncia resa nel caso *Cames* il 21 giugno 1895⁽⁵⁷⁾. Il giudice amministrativo, per la prima volta, riconosce in capo allo Stato una responsabilità *ex lege*, esistente a prescindere dalla colpa, in relazione agli incidenti di cui sono vittime gli operai impiegati nelle manifatture pubbliche. La responsabilità dello Stato, in altre parole, viene ricondotta al semplice fatto dell'incidente, indipendentemente dalla imputabilità dell'evento dannoso alla condotta colpevole dei suoi funzionari.

La controversia trae origine da una richiesta di indennizzo presentata al Ministero della Difesa dal Signor Cames, operaio in servizio presso l'arsenale di Tarbes. Costui, mentre era intento a forgiare una lastra di ferro mediante l'impiego di una pressa, veniva ferito gravemente alla mano sinistra da una scheggia di metallo, che provocava la completa atrofia dell'arto. Da qui la richiesta di risarcimento, opposta dall'Amministrazione, la quale sosteneva di non essere tenuta a corrispondere alcunché, per mancanza assoluta di colpa.

È estremamente interessante ripercorrere la relazione presentata dal commissario del Governo, articolata in tre parti: in primo luogo, si analizza la disciplina civilistica della responsabilità del datore di lavoro nei confronti degli operai in caso di infortunio; in secondo luogo, si verifica quali sarebbero le conseguenze della applicazione al caso di specie della giurisprudenza dei tribunali civili; infine, ci si domanda se le regole del diritto civile debbano

(57) In « Dalloz », III, 1896, p. 65 e s.

necessariamente trovare applicazione anche qualora il datore di lavoro sia rappresentato dallo Stato.

Il relatore sottolinea, innanzi tutto, come l'interpretazione dello stesso Codice, posta in essere in ordinamenti giuridici distinti, benché tra loro affini, abbia prodotto esiti differenti in relazione alla disciplina della responsabilità del datore di lavoro, al regime della prova e alla disciplina del rischio professionale. In Belgio e in Lussemburgo le corti superiori hanno fatto propria, con le debite differenze, la teoria contrattuale. In particolare, la *Cour de cassation de Belgique*, in una pronuncia dell'8 gennaio 1886 ⁽⁵⁸⁾, individua il fondamento della responsabilità del datore di lavoro nel *contrat de louage*, ipotizzando che esso contenga una promessa implicita di sicurezza. Il fondamento contrattuale della responsabilità non esclude tuttavia l'obbligo di dimostrare la *faute* del datore di lavoro, che resta a carico del danneggiato: « le contrat de louage de services intervenu entre le patron et son ouvrier n'est qu'une des espèces du louage d'ouvrage défini par l'art. 1710. En vertu de ce contrat, le patron prend l'engagement de veiller à la sécurité de son ouvrier pendant l'exécution du travail auquel il est employé. Mais, à défaut de stipulation expresse, ce contrat n'emporte pas garantie du patron envers l'ouvrier à raison de toutes espèces de dangers inhérents à ce travail, à moins que l'accident résultant de ce danger n'ait été la suite d'une faute ou d'un manque de prévoyance du patron. L'ouvrier qui prétend que, pendant l'exécution du travail, un accident est arrivé par la faute du patron, est tenu de prouver que celui-ci a manqué à ses obligations » ⁽⁵⁹⁾. Non si prevede pertanto alcun automatismo risarcitorio a vantaggio del danneggiato né tantomeno un effettivo alleggerimento della sua posizione processuale.

La *Cour suprême de justice du Luxembourg* impiega la tesi contrattuale in maniera assai più generosa, ritenendo che, con il *contrat de louage*, il datore di lavoro faccia proprio il « risque de l'industrie », di cui è tenuto a sopportare le conseguenze, a meno che non provi la colpa del danneggiato o il caso fortuito. I giudici lussemburghesi ritengono, in altre parole, che il « machinisme » crei

⁽⁵⁸⁾ In « Dalloz », II, 1886, p. 153 e s.

⁽⁵⁹⁾ Ivi, p. 153.

una presunzione di colpa: i danni connessi all'utilizzo delle macchine integrano di per sé una ipotesi di inadempimento contrattuale e obbligano il datore di lavoro a risarcire il danno, senza possibilità di invocare il carattere "anonimo" dell'incidente. Il datore di lavoro, per questo, è considerato alla stregua di un « *débiteur contractuel de la sécurité de l'ouvrier* »⁽⁶⁰⁾. Vi è poi la soluzione, ben nota, adottata dalla giurisprudenza ordinaria francese, che viene riassunta con uno schema semplice, ma efficace: « *faute de l'ouvrier: pas de responsabilité du patron; faute du patron: responsabilité; accident anonyme: pas de responsabilité si l'ouvrier ne peut prouver aucune faute définie du patron* »⁽⁶¹⁾.

(60) L'obbligo di garantire la sicurezza e l'incolumità del lavoratore è parte del contenuto implicito del *contrat de louage*, in particolar modo nell'ambito dei rapporti di lavoro della grande industria. È interessante seguire la serrata argomentazione dei giudici lussemburghesi: « *attendu que le contrat de louage de services ne consiste pas seulement dans ce qui est formellement exprimé, mais aussi dans ce qu'il implique virtuellement, à raison de la nature du contrat et de la position et qualité respectives des contractants; qu'ainsi, le contrat entre l'ouvrier et le patron oblige celui-ci, non seulement au payment du salaire promis, mais encore à veiller à la sécurité de l'ouvrier, et à le protéger contre les conséquences des dangers inhérents à son travail; que cette conséquence du contrat varie suivant les circonstances dans lesquelles le contrat est intervenu et suivant le rôle assigné dans chaque espèce à chacune des parties; qu'elle est d'autant plus caractérisée et plus étendue dans la grande industrie, dans laquelle l'ouvrier est appelé à faire un travail dangereux par lui-même et entouré de risques, et que le danger auquel il est exposé est imminent, continu, et en dehors de toute proportion avec le salaire qu'il touche; qu'alors c'est le patron qui fait les installations et qui règle le travail, sans que l'ouvrier ait conscience de l'étendue des dangers qu'il court, ni l'intelligence et les connaissances pour en apprécier l'imminence et l'intensité; que cette obligation entraîne celle de prévoir les causes, non seulement habituelles, mais simplement possibles, d'accident; que, quand l'ouvrier est lui-même dans l'impossibilité de veiller à sa sécurité, c'est au patron, en vertu du contrat, à installer tous appareils de préservation; qu'à ce prix seulement le patron agit en bon père de famille; que là, non seulement la moindre négligence ou imprudence compromettent la vie de l'ouvrier, mais encore l'emploi d'engins dangereux quoique non défectueux, dont ni lui ni l'ouvrier ne peuvent régler la marche, ni éviter les dangers, doivent être considérés comme constituant une faute grave; que c'est là une conséquence nécessaire des rapports juridiques qui se forment entre le patron et l'ouvrier; attendu qu'il s'ensuit que le patron industriel devient débiteur contractuel de la sécurité de l'ouvrier, qu'il doit garantir des conséquences du danger dans lequel il l'a volontairement placé, et qu'en vertu du principe des art. 1315, 1147, 1148 et 1302 cc., il ne peut être libéré de cette obligation que par la faute de l'ouvrier, ou par événement de force majeure* », *ivi*.

(61) « *Dalloz* », III, 1896, p. 65.

L'incidente nel quale è rimasto coinvolto l'attore ha tutte le caratteristiche di un « accident anonyme »: non è ravvisabile colpa alcuna né in capo al danneggiato né in capo all'Amministrazione, dal momento che l'attività svolta dalla vittima rientrava tra le normali mansioni dell'industria metallurgica e non aveva in sé nulla di particolarmente pericoloso, al punto da imporre l'impiego di speciali precauzioni, peraltro non richieste dagli usi industriali; non si fa infine alcun riferimento al vizio della materia impiegata, al cattivo stato dell'impianto o al suo difettoso funzionamento. Siamo per questo in presenza di un chiaro esempio di incidente senza autore, ovvero di una ipotesi di materializzazione del rischio professionale, quale possibile conseguenza dell'utilizzo di macchine in condizioni di assoluta normalità nell'ambito di un contesto industriale. Con ovvie conseguenze in relazione all'esito della richiesta risarcitoria: « si l'on applique à l'accident, dans les circonstances où il s'est produit, la doctrine en vigueur devant les tribunaux civils, la solution n'est pas douteuse: il n'y a aucun droit à indemnité en faveur du sieur Cames, puisqu'il ne prouve et n'allègue même aucune faute déterminée à la charge de l'Etat » ⁽⁶²⁾.

A questo punto, il commissario del governo sembra quasi provare sollievo all'idea di poter sfuggire alle secche del diritto civile, invocando la specialità del diritto amministrativo e la non assoggettabilità della responsabilità amministrativa alle regole del diritto comune. All'Amministrazione non può applicarsi né la disciplina del *contrat de louage*, né la disciplina generale in materia di responsabilità extracontrattuale. Il giudice speciale, pertanto, è libero di valutare discrezionalmente, alla luce della propria coscienza e dei principi generali del diritto amministrativo, « législation d'équité et non de droit écrit », la natura e il contenuto delle obbligazioni che nascono da un rapporto di lavoro di cui è parte l'Amministrazione. Tra tali obbligazioni non può non ricomprendersi anche il dovere dello Stato di tenere indenne il dipendente dai rischi oggettivamente legati allo svolgimento della attività lavorativa: « nous estimons, quant à nous, qu'en l'absence d'un texte qui s'y oppose, la justice veut que l'Etat soit responsable vis-à-vis de l'ouvrier des dangers que lui fait courir sa coopération au service

⁽⁶²⁾ Ivi, p. 65 e s.

public » (63). La cooperazione allo svolgimento di un servizio pubblico deve necessariamente prevedere la garanzia contro i rischi inerenti all'esecuzione delle mansioni ad esso collegate. Detto altrimenti, la teoria del *risque professionnel* trova completa cittadinanza nell'ambito del rapporto di lavoro di diritto pubblico.

È importante tuttavia sottolineare come il rappresentante del governo, prima di "salvarsi" sottraendo la vicenda di Monsieur Comes alla disciplina del diritto civile, non rinunci a offrire una interpretazione alternativa del testo del Codice. In ogni caso, sia che si ritenga applicabile la disciplina della responsabilità extracontrattuale, sia che si accolga la tesi della responsabilità *ex contractu*, il risultato non cambia: i pericoli oggettivamente connessi allo svolgimento dell'attività lavorativa, all'origine del cosiddetto *risque industriel*, fondano la responsabilità del datore di lavoro, a prescindere dal titolo, contrattuale o meno, posto a base della pretesa risarcitoria: « nous sommes, quant à nous, convaincus que rien dans le code civil ne s'oppose à ce que le patron soit déclaré responsable vis-à-vis de l'ouvrier des accidents auxquels ce dernier se trouve exposé par les conditions mêmes du fonctionnement de l'établissement industriel » (64).

Il *Conseil d'Etat*, facendo proprie le tesi del commissario del Governo, afferma un principio dotato di una evidente potenzialità espansiva, come la dottrina non manca immediatamente di segnalare: « en quoi la responsabilité de l'Etat-patron à l'égard de ses ouvriers peut-elle donc logiquement différer de celle de tout autre patron en matière de grande industrie? Quelle raison y aurait-il donc d'appliquer un régime spécial aux industries d'Etat, régime différent de celui de nos grandes compagnies industrielles ou de nos compagnies de transport » (65)?

6. L'arrêt Teffaine: l'invenzione giurisprudenziale del *risque professionnel*.

Il primo, decisivo, « fléchissement » (66) della giurisprudenza

(63) Ivi, p. 66.

(64) Ivi.

(65) Cfr. R. SALEILLES, nota a Cass. 16/06/1896, in « Dalloz », I, 1897, p. 434 e s.

(66) Termine usato, a proposito di tale pronuncia, da G. BAUDRY-LACANTINIERE,

della *Cour de cassation* nel senso del riconoscimento di un principio generale di responsabilità oggettiva si ha con la sentenza emessa il 16 giugno del 1896 nel caso *Guissez, Cousin et Oriolle c. veuve Teffaine*. La vicenda, nella sua tragica banalità, è indice di uno stato di fatto al quale non si potevano più applicare, per evidenti ragioni di giustizia materiale, i vecchi schemi romanistici.

Il 4 giugno del 1891, la macchina del rimorchiatore a vapore *Marie* esplose nei pressi di Chantenay, nella *Loire maritime*. Teffaine, il meccanico addetto al suo funzionamento, raggiunto da un getto di vapore, muore in seguito alle ustioni riportate. La vedova Teffaine agisce in giudizio contro i proprietari del rimorchiatore, datori di lavoro del marito. Questi, a loro volta, chiamano in causa il costruttore della macchina. Il 1 luglio 1892 il Tribunale rigetta la domanda della vedova Teffaine e, in conseguenza di ciò, dichiara inammissibile la chiamata in garanzia presentata dai convenuti. Il 19 maggio 1893 la Corte d'appello di Parigi, riformando la decisione di primo grado, accoglie la domanda e condanna i convenuti al risarcimento dei danni.

La Corte segue una linea argomentativa interessante, che non sarà tuttavia recepita dalla Cassazione. Ribadito, per i proprietari, l'obbligo di affidare a Teffaine una macchina perfettamente funzionante, accertata l'assenza di colpa nella condotta del meccanico e il fatto che l'incidente è stato causato da un vizio di costruzione, i giudici, in mancanza di specifiche previsioni contrattuali, fanno ricorso all'art. 1160 del Codice ⁽⁶⁷⁾. Tale norma consente all'interprete di colmare le lacune del contratto integrandone il contenuto mediante il ricorso alle clausole d'uso. Per determinare la clausola d'uso applicabile al caso di specie, la Corte ricorre a una interpretazione analogica: applica alla fattispecie la disciplina prevista dall'art. 1386, il quale stabilisce la responsabilità del proprietario per i danni provocati da un edificio a causa di un vizio di costruzione o di

Traité théorique et pratique de droit civil, cit., p. 301, il quale tuttavia ne sottovaluta la portata, ritenendo che si tratti di una applicazione estensiva dell'art. 1386. Affermazione plausibile soltanto in relazione alla sentenza di appello.

⁽⁶⁷⁾ « On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées ».

un difetto di manutenzione ⁽⁶⁸⁾. I proprietari della macchina a vapore sono pertanto ritenuti responsabili del danno causato dal vizio di costruzione (accertato in sede di consulenza tecnica d'ufficio) e vengono conseguentemente condannati a risarcire la vedova Teffaine.

La *Cour de cassation* rigetta integralmente la tesi dei giudici di appello. Il ricorso all'art. 1160 viene ritenuto illegittimo, in quanto tale norma può trovare applicazione solo in presenza di due condizioni essenziali: deve trattarsi effettivamente di clausole d'uso; tali clausole, benché implicite, devono ritenersi funzionalmente legate allo schema contrattuale adottato, al punto da costituirne un accessorio indispensabile. In caso contrario, ritenendole presupposte nel contratto, si finirebbe per violare la volontà negoziale legittimamente manifestata dalle parti. Nessuna di tali ipotesi risulta confermata dalla prassi, la quale dimostra invece come simili clausole, non essenziali al funzionamento della fattispecie negoziale, non possano in alcun modo considerarsi d'uso comune, essendo semmai imposte contro la volontà del datore di lavoro.

Ma i giudici di legittimità non fanno propria neppure l'interpretazione analogica dell'art. 1386. Non è infatti possibile assimilare l'esplosione di una macchina a vapore al crollo di un edificio. L'analogia potrebbe essere legittima solo nel caso di una macchina divenuta parte integrante di un immobile.

In tal senso aveva deciso una sentenza del 19 aprile 1887, in un altro caso di incidente sul lavoro. Si trattava, nella fattispecie, di un generatore, installato all'interno di un'officina che, a seguito di una rottura, era esploso scagliando i suoi componenti con tale violenza da demolire delle porzioni di muro e parte della tettoia. Una scheggia aveva colpito un operaio uccidendolo. La sentenza riconosceva che, dal momento che la macchina era incorporata nell'edificio in cui si trovava l'officina, si era in presenza di un danno rientrante fra quelli previsti dall'art. 1386: « la disposition de l'article 1386, relative au vice de construction du bâtiment, a pour base le principe que le propriétaire est responsable de plein droit des défauts qui y

⁽⁶⁸⁾ « Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction ».

sont inhérents...ce principe s'étend à tout ce qui en dépend par incorporation...il suit de là que le propriétaire ne peut s'exonérer de la responsabilité, qui est ainsi attachée à la propriété elle-même, en demandant à prouver qu'il n'a pu empêcher la ruine du bâtiment provenant du vice de construction de ce bâtiment ou de ce qui y est incorporé » (69).

Ma la vicenda Teffaine è ben diversa. In questo caso, infatti, la macchina che ha causato l'incidente non è incorporata in nessun edificio e non è quindi possibile ricomprenderla tra gli immobili disciplinati dall'art. 1386. Diversamente, si dovrebbe ritenere che tale norma debba trovare applicazione in relazione a qualsiasi strumento meccanico, il che è del tutto contrario al suo spirito.

A questo punto, messi da parte gli argomenti-chiave della sentenza d'appello, i giudici di legittimità avrebbero dovuto, a rigor di logica, applicare il sistema tradizionale fondato sull'art. 1382, ricollegando la responsabilità all'accertamento della *faute*, il che avrebbe comportato inevitabilmente la cassazione di tale sentenza.

Ma non è così. Le teorie tradizionali, del delitto o quasi-delitto e della responsabilità *ex contractu*, sono messe da parte. Il requisito della colpa, come criterio essenziale di imputazione della responsabilità extracontrattuale, si volatilizza, a favore di una soluzione che fa leva su una nozione di responsabilità di carattere oggettivo (70). I giudici di legittimità, infatti, decidono per la prima volta di applicare alla fattispecie l'art. 1384, secondo il quale « on est responsable, non seulement du dommage que l'on a causé par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre ou des choses que l'on a sous sa garde ». Ne deriva che la morte causata dall'esplosione di una macchina a vapore è assimilata al danno provocato da una cosa di cui si ha la custodia; con la conseguenza che il proprietario della macchina è considerato responsabile del danno, senza che abbia rilievo il profilo soggettivo o l'ignoranza del vizio di costruzione. Il proprietario — sottolinea

(69) In « Sirey », I, 1897, p. 20.

(70) Come sottolinea Raymond Saleilles, commentando tale pronuncia, « tout élément de volonté se trouve écarté, soit sous forme de contrat, soit sous forme de faute subjective et délictuelle. C'est une responsabilité purement objective, dérivant du fait lui-même et de sa matérialité ». Cfr. R. SALEILLES, *Les accidents de travail*, cit., p. 3.

infatti la pronuncia di legittimità — non può sottrarsi a tale responsabilità « en prouvant, soit la faute du constructeur de la machine, soit le caractère occulte du vice incriminé », ma solo dimostrando che l'incidente è dovuto a caso fortuito o a forza maggiore.

I giudici valorizzano la nozione di « garde », alla base dell'art. 1384, ritenendola espressione di un principio generale dell'ordinamento, dotato per questo di naturale efficacia espansiva ⁽⁷¹⁾. Viene così messa da parte l'impostazione sino ad allora dominante che considerava tale norma una semplice introduzione ai successivi articoli 1385 e 1386, i quali delimitano senza possibilità di applicazione analogica l'ambito di tale responsabilità.

Tale è, non a caso, la tesi sostenuta dinanzi alla Corte dal procuratore generale Sarrut, il quale insiste per la cassazione della sentenza d'appello: « l'art. 1384 n'a pas entendu formuler une règle absolue, applicable à toutes choses que le propriétaire aurait sous sa garde; il ne s'agit pas là d'un principe ayant une portée générale. Procédant en quelque sorte méthodiquement, l'art. 1384 indique dans son premier alinéa qu'il va être dérogé à la règle posée aux articles 1382 et 1383, dans certains cas, quant aux personnes et quant aux choses. Les exceptions concernant les personnes sont indiquées à l'art. 1384 dans les alinéas qui suivent; les exceptions concernant les choses sont indiquées aux articles 1385 et 1386. L'art. 1384 renvoie à ces deux articles, s'y réfère et sa disposition est précisée par celles de ces deux articles. En d'autres termes, on n'est responsable de plein droit, sans que la preuve d'une faute soit nécessaire, des choses que l'on a sous sa garde que dans deux cas, art. 1385, choses animées, art. 1386, ruine d'un bâtiment » ⁽⁷²⁾.

Secondo tale impostazione, nell'ambito della disciplina della responsabilità da quasi-delitto recipita dal Codice, assume una portata centrale la distinzione tra « choses animées » e « choses inanimées ». Il legislatore, in altre parole, stabilisce una responsabilità generale del proprietario solo in relazione ai danni causati dalle

⁽⁷¹⁾ Sul fondamento e l'estensione della nozione di *garde*, nonché sulla sua collocazione nell'ambito della teoria generale della colpa, si veda il saggio di H. MAZEAUD, *La faute dans la garde*, in « Revue trimestrielle de droit civil », XXIV, 1925, pp. 793-855.

⁽⁷²⁾ In « Dalloz », I, 1897, p. 440.

« choses animées », mentre, per i danni causati dalle « choses inanimées » il Codice esclude, in linea di principio, la responsabilità del proprietario, ad eccezione della fattispecie di cui all'art. 1386, a condizione però che sia fornita la prova del vizio di costruzione o del difetto di manutenzione dell'edificio ⁽⁷³⁾.

I giudici di legittimità non seguono le conclusioni del procuratore: l'art. 1384 è norma di carattere generale, e la nozione di « garde » attorno alla quale è costruita consente di fondare la piena responsabilità del datore di lavoro per i danni causati da cose animate o inanimate sottoposte alla sua custodia, con la sola eccezione dei danni causati da caso fortuito o da forza maggiore, che deve però assumere i caratteri di un « fait imprévisible », « irrésistible » e (necessariamente) « extérieur »: « l'idée de garde a une bien autre extension, elle se relie à cette idée de justice que, se servir d'une chose dans son intérêt et à son profit, c'est en assumer la surveillance d'abord, et les risques ensuite: rien n'est plus juste » ⁽⁷⁴⁾.

⁽⁷³⁾ Si tratta del resto di una linea interpretativa ampiamente consolidata. La scienza giuridica ottocentesca, all'unanimità, nega che dall'art. 1384 possa ricavarsi un principio generale di *responsabilité du fait des choses*: « cette première disposition de notre article n'est autre chose qu'une exception, ou plutôt c'est la limitation d'un grand principe d'imputation, on ne répond pas du fait d'autrui; voilà le principe. Excepté du fait des personnes dont on doit répondre; voilà la limitation. Mais quand et de quelles personnes doit-on répondre ? Cette responsabilité ne peut résulter que d'un devoir, autrement dit une obligation imposée à celui qui est chargé de répondre. Aucune obligation ne peut venir que de la loi ou de la volonté de l'homme manifestée par la convention: on ne peut donc répondre du fait d'autrui qu'en vertu de la convention ou de la loi », cfr. C. B. M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, cit., p. 104 e s.

Ancora più chiaro, sul punto, François Laurent: « toute présomption est d'interprétation étroite. Il est de principe qu'il n'y a pas de présomption légale sans texte et que les présomptions que la loi établit ne peuvent pas être étendues, fût-ce par voie d'analogie. Il en doit être surtout ainsi de la présomption de faute sur laquelle repose la responsabilité du fait d'autrui. Admettre un cas de responsabilité qui n'est pas prévu par le texte de la loi, ce serait rendre une personne responsable sans qu'elle fût en faute, sans qu'il y eût, du moins, une preuve de sa faute; on commence par présumer la faute, pour rendre ensuite la personne responsable d'un dommage qu'elle n'a pas causé; ce serait violer les principes du droit tout ensemble et les principes de la morale », cfr. F. LAURENT, *Principes de droit civil*, cit., p. 589.

⁽⁷⁴⁾ In « Dalloz », I, 1897, p. 437.

La *ratio* di tale estensione è presente nella stessa nozione romanistica di *custodia*, la quale ricomprende tutto ciò che rientra nella sfera di sorveglianza e di appropriazione materiale dell'individuo, e non può quindi essere circoscritta alle « choses animées ». L'applicazione analogica dell'art. 1384 diventa possibile nel momento in cui, dato tale presupposto, si afferma l'idea di una responsabilità fondata non sul diritto di proprietà ma sulla direzione industriale: « ce n'est plus le propriétaire que l'on considère, mais l'homme dans son activité extérieure, tel qu'il apparaît dans sa sphère d'action, action commerciale ou industrielle principalement. Ce que l'on a sous sa garde, c'est ce dont on a la maîtrise extérieure, tout ce que l'on revendique comme objet d'appropriation en le défendant contre les tiers, en le couvrant sous sa mainmise, ce que l'on manie directement, dont on se sert et dont on profite, source de bénéfices d'abord et par suite de risques corrélatifs. Ce sera donc avant tout l'outillage mécanique de la grande industrie » (75).

Tale pronuncia, dal carattere a suo modo rivoluzionario, comporta alcune conseguenze di rilievo: la vittima dell'incidente non è tenuta a fornire alcuna prova a sostegno del suo diritto al risarcimento, al di là della dimostrazione della esistenza di un nesso causale tra fatto della cosa ed evento dannoso; non è possibile al proprietario sottrarsi a tale responsabilità attraverso una clausola *ad hoc* inserita nel contratto concluso con il lavoratore; tale responsabilità può essere fatta valere nei confronti del proprietario non soltanto dai suoi dipendenti, ma anche da coloro che entrano in contatto con la cosa *una tantum*, in ragione dell'esecuzione del contratto, e persino da coloro che vi entrano in contatto per caso, non essendo legati da alcun rapporto giuridico con il proprietario; tale responsabilità sussiste solo ove le ferite o la morte siano state causate, materialmente e direttamente, dalla cosa, ove vi sia cioè un *damnum corpore datum*.

Si tratta della prima chiara traduzione a livello giurisprudenziale del menzionato processo di oggettivazione delle categorie giuridiche privatistiche con riferimento all'ambito peculiare della responsabilità extracontrattuale. L'esito finale di tale percorso sarà rappresentato dalla definitiva consacrazione della responsabilità oggettiva a partire dal principio della *responsabilité du fait des choses*,

(75) Cfr. R. SALEILLES, *Les accidents de travail*, cit., p. 25.

approdo nel quale taluni scorgeranno il riconoscimento almeno implicito della teoria del rischio.

7. *Dall'arrêt Teffaine all'arrêt Jand'heur: le vicende dell'illecito civile tra la responsabilité du fait des choses e la teoria del rischio.*

Lo sviluppo del *machinisme*, provocando come effetto collaterale la moltiplicazione degli incidenti e l'emersione del fenomeno inedito dell'*accident anonyme*, solleva il problema della insufficienza e della inservibilità del modello tradizionale di responsabilità aquiliana, consacrato dall'art. 1382 del Codice.

Abbiamo visto qual è la risposta della giurisprudenza: la elaborazione, a partire dall'art. 1384, di un principio generale di *responsabilité du fait des choses* che consenta di oggettivare il meccanismo di imputazione della responsabilità e il conseguente obbligo risarcitorio ⁽⁷⁶⁾. Il dovere di riparazione si fonda sul mero nesso causale, sul rapporto tra condotta e *fait dommageable*, mentre il legame con la *faute* appare sempre più inconsistente. Tuttavia, pur ridimensionando il legame consolidato tra illecito civile e volontà colpevole, i giudici si rifiutano deliberatamente di scivolare nel campo minato della teoria del rischio, e continuano a rendere omaggio alla *faute*, conservata sullo sfondo, alla stregua di un venerabile simulacro.

Volendo utilizzare una facile metafora di carattere matematico, si potrebbe dire che la vicenda dell'illecito civile, tra la fine Ottocento e i primi trent'anni del Novecento, ricorda un limite per x tendente ad infinito, dove l'infinito è rappresentato dalla teoria del rischio: la responsabilità, sempre più oggettivata, si avvicina progressivamente al *risque créé* senza mai identificarvisi.

Tale tendenza appare ancora più evidente con l'ultima pronuncia di cui ci occuperemo in questa rassegna, l'*arrêt Jand'heur*, in materia di responsabilità per i danni provocati dalla circolazione stradale.

(76) Cfr. H. CAPITANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, cit., p. 522.

7.1. *La costruzione dottrinale della teoria del rischio.*

L'*arrêt Teffaine* segna un punto di non ritorno nella vicenda storico-giuridica della responsabilità extracontrattuale, se è vero che la regola in esso contenuta « portait en elle le germe d'une extension indéfinie » (77). Con tale pronuncia si afferma con evidenza, in un ambito cruciale del diritto privato, la più volte ricordata tendenza alla oggettivazione delle categorie giuridiche, frutto della dottrina solidarista, il cui fine è il ridimensionamento del rigido individualismo alla base del *droit civil*. In questo senso, oggettivare la responsabilità extracontrattuale significa ridurre progressivamente la sfera di applicazione dell'art. 1382 a favore della disciplina della *responsabilité du fait des choses* (78). L'esito più significativo di tale processo di revisione è rappresentato dal superamento della nozione di *faute présumée* e dallo sviluppo della nozione di obbligazione legale, ricavabile implicitamente dalla disciplina dell'art. 1384.

La teoria della colpa presunta presuppone la responsabilità del proprietario e trova giustificazione esclusivamente in ragioni di ordine probatorio. Non è espressione di una responsabilità che sopravvive all'assenza di colpa, ma è un mero espediente giuridico volto ad alleggerire la posizione processuale della vittima di un incidente. La prospettiva muta radicalmente a partire dal momento in cui si accetta l'ipotesi che la responsabilità possa esistere a prescindere dall'accertamento della colpa. La nozione di *faute présumée*, in quest'ottica, non è altro che una nozione intermedia, necessariamente transitoria, nell'ambito di un processo di oggettivazione il cui esito finale è rappresentato dalla scomparsa del

(77) Cfr. Y. FLOUR, *Faute et responsabilité civile*, in « Droits », 5, 1987, p. 33.

(78) Come osserva icasticamente Raymond Saleilles, in nota a tale sentenza, « le jour où la substitution sera complète, la théorie du risque professionnel aura reçu droit de cité dans la jurisprudence ». Per effetto della crescente oggettivazione dell'illecito civile, l'art. 1382 trova d'ora innanzi applicazione solo nel caso in cui la condotta della vittima figuri tra le concause dell'evento dannoso. In tale ipotesi, se il comportamento colpevole della vittima è la causa esclusiva dell'incidente (configurandosi, nella prospettiva del datore di lavoro, quale caso fortuito estraneo al funzionamento delle cose in custodia), non vi sarà responsabilità di sorta. Diversamente, il contributo offerto dalla condotta della vittima alla causazione dell'evento avrà l'effetto di moderare l'entità del risarcimento dovuto, attenuando, senza tuttavia eliminarla, la responsabilità del datore di lavoro.

concetto di colpa e dalla riconduzione del nesso di causalità ad un puro fatto materiale, conseguenza dello svolgimento di una attività intrinsecamente pericolosa: « la théorie de droit commun, ce doit être celle de l'obligation légale, existant de plein droit, sans suppression possible, assurant au moins un minimum de réparation, en attendant que le reste puisse être obtenu sur le fondement de la thèse de la responsabilité contractuelle avec preuve de la faute du patron. Cette théorie de l'obligation légale, l'art. 1384 suffit à en fournir la base juridique » (79).

La trasfigurazione giurisprudenziale della responsabilità aquiliana realizzata dalla *Cour de cassation* a partire dalla interpretazione creativa dell'art. 1384, è oggetto di una elaborazione sistematica da parte della dottrina e riceve sul finire dell'Ottocento un espresso riconoscimento di carattere legislativo. I saggi di Raymond Saleilles e di Louis Josserand (80) e la legge del 9 aprile 1898 in materia di infortuni sul lavoro consacrano ufficialmente la teoria del rischio quale schema alternativo di imputazione della responsabilità extracontrattuale.

All'idea di colpa che, nell'ambito della responsabilità civile, rappresenta una sopravvivenza del sistema delle pene private, si

(79) Cfr. R. SALEILLES, recensione a P. RENCKER, cit., p. 664. L'autore delinea poi il passaggio dalla responsabilità oggettiva alla teoria del rischio: « la théorie objective est une théorie sociale qui considère l'homme comme faisant partie d'une collectivité et qui le traite comme une activité aux prises avec les individualités qui l'entourent. Je ne sais rien de faux et parfois d'humiliant comme cette idée de faute mise en avant pour les moindres actes de notre activité et les moindres manifestations de notre liberté. On qualifie d'imprudance ce qui est le fait ordinaire de tous ceux qui agissent; le malheur qui a fait qu'un accident est survenu devient une faute et un délit. En réalité, neuf fois sur dix, ceux qui parlent de faute, et les magistrats les premiers, savent que tout le monde en aurait fait autant; seulement les autres auraient eu la chance de ne faire mal à personne. C'est une question de hasard et non une question de faute. S'il en est ainsi, appelons donc les choses par leur nom. Laissons cette idée de faute de côté et disons simplement, ce qui sera plus équitable au point de vue social, et plus conforme à l'idée même de la dignité individuelle, que chacun en agissant court des risques, et que là où un malheur arrive par suite d'un fait volontaire et libre, l'auteur du fait paiera les risques. C'est le prix de la liberté », cfr. R. SALEILLES, *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, Paris, Pichon, 1890, p. 404.

(80) Cfr. L. JOSSERAND, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Paris, Rousseau, 1897.

sostituisce l'idea di un *fait fautif*, cioè di un fatto che di per sé, nella sua materialità, appare colpevole. In tal modo, l'esistenza dell'illecito civile presuppone la presenza di un fatto colpevole accertato nella sua materialità, e prescinde dall'analisi della volontà o dalla ricerca delle reali intenzioni dell'autore: « le fait d'être l'auteur direct d'un dommage implique non pas responsabilité, si le mot responsabilité renferme une idée de volonté fautive, mais implique acceptation des risques et dette d'indemnité » (81). Si passa così da una responsabilità per colpa a una *responsabilité pour risque*: il fondamento dell'obbligo di riparazione è individuato nella nozione di rischio, inteso come « principe de réparation lié à une appréhension statistique et collective de la réalité des dommages » (82).

Il baricentro della responsabilità extracontrattuale subisce in tal modo una rilevante evoluzione: non è più una questione di attribuzione di colpa, ma una questione di regolamentazione del rischio in quanto conseguenza dell'esercizio di una attività complessa: « la vie moderne, plus que jamais est une question de risques. Donc, on agit. Un accident se produit, il faut forcément que quelqu'un en supporte les suites. Il faut que ce soit ou l'auteur du fait ou sa victime. La question n'est pas d'infliger une peine, mais de savoir qui doit supporter le dommage, de celui qui l'a causé ou de celui qui l'a subi. Le point de vue pénal est hors de cause, le point de vue social est seul en jeu. Ce n'est pas à proprement parler une question de responsabilité, mais une question de risques: qui doit les supporter » (83)?

La responsabilità fondata sul rischio è una responsabilità oggettiva, causale, la sua esistenza prescinde dall'accertamento della imputabilità soggettiva dell'evento dannoso e da un giudizio di carattere morale e si fonda sulla mera esistenza di un *fait dommageable* collegato causalmente all'esercizio di una attività potenzialmente pericolosa (84). Il *risque professionnel*, nella ricostruzione proposta da Saleilles, è un rischio di carattere industriale, è un fenomeno strettamente legato allo sviluppo della grande industria.

(81) Cfr. R. SALEILLES, *Les accidents de travail*, cit., p. 58.

(82) Cfr. F. EWALD, *La faute civile, droit et philosophie*, cit., p. 49.

(83) Cfr. R. SALEILLES, *Les accidents de travail*, cit., p. 5.

(84) Cfr. J. CARBONNIER, *Droit civil*, cit., p. 2257.

L'imprenditore, dando vita all'impresa, e cioè a un organismo produttivo complesso, se da un lato beneficia dei vantaggi della produzione, dall'altro ha l'obbligo di sopportare i rischi ad essa intrinsecamente connessi. Deve farsi carico, per usare l'espressione piuttosto cruda di Tarbouriech, dell'« *amortissement du matériel humain* »⁽⁸⁵⁾.

Sarà Louis Josserand a dare pieno sviluppo alla nozione di rischio quale presupposto della responsabilità *sans faute*, portando alle estreme conseguenze il processo di oggettivazione della responsabilità extracontrattuale mediante una riformulazione del principio che ne costituisce il fondamento: « *une personne est responsable chaque fois qu'elle supporte en définitive un dommage* »⁽⁸⁶⁾. Ciò equivale a dire che l'evento dannoso, da solo, "crea" il responsabile, indipendentemente dall'indagine sui profili soggettivi dell'illecito. Si tratterà soltanto di capire chi, tra l'autore del danno e la vittima, sia di volta in volta tenuto a sopportarne le conseguenze.

Nella prospettiva di Josserand, il rischio e quindi l'evento dannoso da cui deriva l'obbligo risarcitorio non ha necessariamente carattere industriale, non può circoscriversi all'ambito della grande industria, ma deve avere portata generale. In tal modo, Josserand sostituisce all'obbligazione « *du fait de l'industrie* » l'obbligazione « *née du fait des choses* », e alla nozione di « *risque professionnel* » la nozione più ampia di « *risque créé* ». Essa trova piena cittadinanza nel testo dell'art. 1384, la cui formulazione generale non consente di delimitarne la sfera di operatività, quale fondamento della responsabilità oggettiva, al solo ambito della produzione industriale.

Parlare di rischio creato significa postulare che il caso fortuito, ovvero le conseguenze dell'evento dannoso provocato dall'attività lecita di un soggetto, devono essere sopportate da chi ne è la causa occasionale. In questo senso, il « *rapport étroit* » con la cosa diventa la condizione necessaria e sufficiente per fondare la responsabilità del custode, a prescindere dalla natura della cosa che ha provocato l'incidente, dal luogo in cui esso ha avuto luogo e dalle caratteristi-

⁽⁸⁵⁾ Citato da L. JOSSERAND, *La responsabilité du fait des choses inanimées*, cit., p. 104.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. L. JOSSERAND, *La responsabilité du fait des choses inanimées*, cit., p. 107 e s.

che soggettive delle persone coinvolte. Attraverso una generalizzazione della portata applicativa del principio posto a fondamento della responsabilità « du fait des choses », la teoria del « risque professionnel » approda così alla teoria del « risque créé » o al cosiddetto « système de la responsabilité du seul fait des choses », di cui Jossierand enuncia sinteticamente il contenuto: « il proclame que celui-là doit supporter en définitive le cas fortuit, le fait des choses, qui a dirigé la force dommageable et occasionné le préjudice souffert en créant un risque dans son intérêt; il estime que la faute n'est point la seule source possible de responsabilité et que le cas fortuit doit être mis à la charge de celui qui l'a déterminé, provoqué, bien plutôt que de celui qui l'a tout simplement subi » (87).

Pochi anni dopo, Léon Duguit, coerente con il sociologismo positivista di impronta durkheimiana che caratterizza tutta la sua opera, saluta con favore la crescente marginalizzazione della teoria classica della responsabilità. Il passaggio dalla responsabilità al rischio, in questa prospettiva, è il frutto del superamento delle « vapeurs spiritualistes » (88) dell'individualismo giuridico, provocato dalla progressiva socializzazione del diritto. La *faute*, quale presupposto esclusivo della responsabilità, ha senso soltanto in un orizzonte giuridico popolato di individui singoli, nel quale l'unico criterio regolatore dei rapporti intersoggettivi è rappresentato dalla autonomia della volontà, dalla possibilità di volere il giusto, obbligandosi mediante il contratto, e dalla possibilità di volere *contra ius*, obbligandosi a risarcire le conseguenze di un illecito.

La socializzazione del diritto complica notevolmente il paesaggio giuridico liberale: il protagonista dell'ordinamento è ormai il gruppo sociale, più o meno organizzato, e in modo particolare l'impresa, quale realtà produttiva che assume un ruolo sempre più rilevante nel panorama socio-economico di inizio Novecento (89). La centralità del gruppo favorisce lo spostamento dell'attenzione dalla imputabilità al rischio: essenziale, per fondare la responsabilità, non

(87) Ivi, p. 114.

(88) Espressione utilizzata da J. CARBONNIER, *Droit civil*, cit., p. 2262.

(89) Come sottolinea Cazzetta « la dimensione collettiva del lavoro spinge l'intera scienza giuridica a confrontarsi con la società industriale abbandonando le separazioni ottocentesche », cfr. G. CAZZETTA, *Lavoro e impresa*, cit., p. 154.

è più la ricerca della *faute*, ma la individuazione del patrimonio tenuto a sopportare il rischio collegato all'attività svolta dal gruppo considerato: « ce n'est pas une question d'imputabilité qui se pose, mais seulement une question de risque. C'est la question de savoir quel est le patrimoine qui doit supporter définitivement le risque s'attachant à l'activité du groupe considéré. Il peut naître alors une responsabilité objective et non plus une responsabilité subjective »⁽⁹⁰⁾.

7.2. *Responsabilità aquiliana e sécurité sociale: il difficile rapporto tra la teoria del rischio e la dogmatica civilistica.*

Tra la fine dell'Ottocento e i primi vent'anni del Novecento si affermano in dottrina numerose teorie sulla responsabilità oggettiva, a testimonianza della forza e della vitalità di un fenomeno giuridico in piena espansione.

René Demogue, nel suo *Traité des obligations*, ce ne offre un elenco esaustivo. Oltre ai soliti Saleilles e Josserand, vi compaiono i lavori di Duguit, di Emmanuel Lévy, di Hauriou, di Tesseire, di Porcherot, e persino le opere della dottrina straniera, in particolare i lavori di Venezian, di Coviello e di Mataja. Tali teorie, pur con le loro differenze, sono accomunate dal tentativo di superare il rigido individualismo alla base del sistema classico della responsabilità extracontrattuale e dal tentativo di attribuire un fondamento di carattere oggettivo e sociale all'obbligo di riparazione conseguente al verificarsi di un illecito⁽⁹¹⁾.

Era inevitabile, come osserva Carbonnier⁽⁹²⁾, che l'essor apparentemente inarrestabile della teoria del rischio finisse presto o tardi per suscitare perplessità e apprensione nella civilistica dominante. In effetti, la dottrina maggioritaria stigmatizza la tendenza interpretativa volta ad individuare nel I comma dell'art. 1384 l'espressione di un principio generale di *responsabilité sans faute*. Si

⁽⁹⁰⁾ Cfr. L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Alcan, 1912, p. 139.

⁽⁹¹⁾ Cfr. R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, III, Paris, Rousseau, 1923, p. 449 e ss.

⁽⁹²⁾ Cfr. J. CARBONNIER, *Droit civil*, cit., p. 2262.

tratta di una impostazione « plus généreuse que réfléchie »⁽⁹³⁾: l'art. 1384 non stabilisce una ipotesi di *responsabilité-risque* in opposizione al modello tradizionale della *responsabilité-faute*, ma prevede semmai una presunzione di colpa, più o meno rigorosa, a seconda dei casi, la quale comunque non fa venir meno i tradizionali criteri di imputabilità dell'evento dannoso⁽⁹⁴⁾.

Le obiezioni ampiamente prevedibili che vennero mosse contro l'idea di una responsabilità oggettiva fondata sulla nozione di rischio facevano leva sulle conseguenze morali e sociali connesse a tale teoria. Si sottolineava in particolare come essa, da un lato, disconoscesse la libertà morale della persona umana, in palese contraddizione con i principi fondanti del sistema giuridico post-rivoluzionario, e come, dall'altro, minacciasse di portare a una completa paralisi dell'iniziativa economica e della libertà di impresa per effetto della insostenibile moltiplicazione dei costi, anche a prescindere dallo sviluppo di un adeguato sistema di assicurazioni, ritenuto un palliativo non sufficiente.

Le resistenze dottrinali alla generalizzazione della teoria del rischio dimostrano quanto sia radicata nella coscienza dei civilisti l'idea che la responsabilità extracontrattuale non sia altro che l'« organisation juridique technique de la responsabilité mo-

⁽⁹³⁾ Così E. BARTIN in AUBRY-RAU, *Cours de droit civil français*, cit., p. 375. Secondo l'autore, il principio della *responsabilité-risque* può semmai, pur con qualche cautela, individuarsi nel testo dell'art. 1386 (responsabilità del proprietario per i danni cagionati da un edificio). Sarebbe tuttavia « téméraire » ricavare da tale norma un principio generale valido per ogni ipotesi di *responsabilité du fait des choses*.

⁽⁹⁴⁾ Decisamente orientata in tal senso è la dottrina dell'*Exégèse*: « il y a donc des cas dans lesquels l'homme répond du fait d'autrui. Au premier abord, cela paraît contraire à toute justice: les fautes étant personnelles, chacun ne doit répondre que de celles qu'il a commises et qui seules peuvent lui être imputées. Telle est, en effet, la règle universelle et sans exception. L'art. 1384 n'y déroge qu'en apparence; il déclare certaines personnes responsables du fait de ceux dont elles doivent répondre; mais pourquoi en répondent-elles ? C'est qu'étant tenues de diriger et de surveiller leurs actions, s'ils commettent un dommage, la législation suppose que le fait dommageable est arrivé pour manque de surveillance, donc pour une faute. La responsabilité du fait d'autrui résulte donc d'une faute, de même que le délit et le quasi-délit; c'est à vrai dire un quasi-délit, puisqu'il dérive d'une négligence. Mais il y a cette différence, et elle est grande; c'est que la responsabilité du fait d'autrui est fondée sur une présomption de faute », cfr. F. LAURENT, *Principes de droit civil*, cit., p. 589.

rale »⁽⁹⁵⁾. Ciò significa che, nel momento in cui tale teoria pretende di fondare la responsabilità sul semplice nesso di causalità, in realtà distrugge l'idea morale, « qui, seule, peut justifier la responsabilité »⁽⁹⁶⁾. L'effetto inaccettabile della teoria del rischio, in questa prospettiva, è quello di sovrapporre il dovere di riparazione alla responsabilità per colpa, con l'effetto solo apparentemente paradossale di eliminare l'idea di responsabilità dall'ambito del diritto civile: « dans le désir d'élargir le domaine de la responsabilité, la théorie du risque fait disparaître en réalité l'idée même de responsabilité »⁽⁹⁷⁾.

L'errore commesso dai sostenitori della responsabilità oggettiva, sull'onda della dottrina solidarista, è stato quello di fondare giuridicamente l'estensione del dovere di riparazione mantenendosi all'interno della disciplina tradizionale della responsabilità. Da qui una serie di confusioni e contaminazioni inaccettabili.

La teoria del rischio, nei termini in cui è stata elaborata, fuoriesce dall'ambito della responsabilità, risolvendosi semmai in un mero problema di ripartizione degli oneri connessi all'esercizio di una attività economica o allo sfruttamento della proprietà; come dimostra il fatto che la vicenda, non appena ha raggiunto una consistenza scientifica e un rilievo sociale adeguati, ha abbandonato l'ambito del diritto privato per diventare parte integrante del nascente sistema della *sécurité sociale*, assumendo pertanto un carattere eminentemente pubblicistico. Si tratta, in altre parole, di una dottrina spuria, di dubbia identità giusprivatistica, certamente non omogenea al sistema, una materia di confine, un tema da *lois spéciales*⁽⁹⁸⁾.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 1949, p. 218.

⁽⁹⁶⁾ Ivi, p. 211.

⁽⁹⁷⁾ Ivi, p. 217.

⁽⁹⁸⁾ Non è questa, come si intuisce, la posizione dei fautori della teoria del rischio, i quali, al contrario, ritengono che essa sia perfettamente omogenea al sistema. Così, ad esempio, Raymond Saleilles, non nascondendo le sue riserve nei confronti della opportunità di una legislazione speciale, preferisce costruire tale teoria a partire dall'*assouplissement* delle norme esistenti, quindi, essenzialmente, per via giurisprudenziale e dottrinale: « je suis loin de m'opposer à ce que l'on fasse en France une loi sur la responsabilité industrielle. Il y a là un terrain nouveau qui demande une réglementation nouvelle, à condition que la réglementation ne soit pas trop étroite et qu'elle ne devienne pas tyrannique. Mais je crois qu'en attendant la loi, nous pouvons découvrir dans le

Paul Esmein, in un lungo saggio pubblicato all'inizio degli anni Trenta, coglie lucidamente tale profilo ⁽⁹⁹⁾: la responsabilità aquiliana deve essere tenuta rigorosamente distinta dall'obbligo di garanzia contro i danni eventuali derivanti dall'esercizio di una attività rischiosa. Il disagio della dottrina e le posizioni contraddittorie che sono emerse al riguardo sono la conseguenza inevitabile del tentativo tanto infelice quanto irrazionale di elaborare una regola « combinant, pour les appliquer en même temps, le principe de responsabilité et l'idée de garantie » ⁽¹⁰⁰⁾: la confusione potrà invece essere superata nel momento in cui risulterà chiaro che si tratta di nozioni appartenenti ad ambiti diversi, di idee indipendenti che, per funzionare, « doivent être appliquées distributivement ».

Esmein riprende, in parte, una tesi già avanzata da Planiol molti anni prima nelle sue *Etudes sur la responsabilité civile* ⁽¹⁰¹⁾. Questi attaccava frontalmente la « théorie nouvelle », prendendo spunto proprio dall'*arrêt Teffaine*, del quale dava un giudizio impietoso: « plus j'étudie ces questions, plus je reste convaincu de la nécessité de l'idée de faute. Tout cas de responsabilité sans faute, s'il était admis, serait une injustice sociale. Ce serait, pour le droit civil, l'équivalent de ce qu'est, pour le droit pénal, la condamnation d'un innocent. Pour s'en convaincre, il suffit de lire l'arrêt de la Cour de cassation, du 16 juin 1896, qui a été tant admiré et tant prôné par les partisans de la doctrine nouvelle: une machine à vapeur avait fait explosion et tué un homme; l'explosion était due à un vice de

Code civil lui-même, non seulement le principe, mais l'application même du risque industriel. C'est à la jurisprudence, qui d'ailleurs a déjà commencé à se faire là-dessus un système plus ou moins large et élastique, par voie d'interprétation. Je suis loin de dire que cela doit suffire à tout: mais je tiens que, comme principe, c'est excellent. Je suis d'une école qui tend de plus en plus à accorder beaucoup à la jurisprudence et à attendre beaucoup d'elle, beaucoup plus que la loi », cfr. R. SALEILLES, *Le risque professionnel dans le Code civil*, cit., p. 645.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. P. ESMEIN, *Le fondement de la responsabilité contractuelle rapproché de la responsabilité délictuelle*, in « Revue trimestrielle de droit civil », XXXII, 1933, p. 627-692.

⁽¹⁰⁰⁾ Ivi, p. 692.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. M. PLANIOL, *Etudes sur la responsabilité civile*, in « Revue critique de législation et de jurisprudence », XXXIV, 1905, pp. 277-292, XXXV, 1906, pp. 80-99, XXXVIII, 1909, pp. 282-301.

construction. Qui était en faute ? C'était le constructeur de la machine. Qui a payé l'indemnité ? Ce fut le client qui avait acheté la machine. Il n'y a pas deux façons de qualifier une pareille solution: elle est monstrueuse » (102).

Il giudizio, a ben vedere, è lapidario: la teoria del rischio è contraria al buon senso, all'equità, e, nella misura in cui viola un principio cardine del diritto privato, anche alla stessa giustizia materiale, tanto invocata dai suoi sostenitori. Planiol smonta i presupposti teoretici di tale dottrina. Essa, in relatà, pretende di « *déplacer les cas fortuits* », pretende cioè di individuare un responsabile, anche quando tale obiettivo è palesemente impossibile. Ciò avviene perché tale teoria assume come punto di partenza l'assioma, del tutto infondato, in base al quale « *l'homme n'a jamais le droit de nuire à l'homme* » (103), e ne ricava la conclusione che ogni atto che provoca un danno o una perdita debba necessariamente avere un responsabile.

È vero il contrario: affinché la creazione di un rischio determini un effetto giuridicamente rilevante è necessario che l'attività che lo ha generato sia di per sé « *fautive* » o « *irrégulière* », è necessario in altre parole che essa sia illegittima (104). Ciò significa che lo svolgimento di una attività rischiosa obbliga soltanto nella misura in cui l'evento dannoso sia il risultato della violazione di una regola prestabilita: « *la création d'un risque nouveau ne rend son auteur responsable des dommages qui s'en suivront que parce qu'il existe une règle de droit antérieurement admise et lui défendant de créer ce risque* » (105).

La responsabilità presuppone pertanto l'illiceità (nel senso

(102) Ivi, p. 279.

(103) Ivi, p. 290.

(104) La critica alla teoria del rischio si fonda in parte su argomenti non dissimili da quelli impiegati per smontare la nozione di *abus du droit*. La nozione di *risque* si rivela contraddittoria e infondata per due ragioni molto semplici: in primo luogo, perché essa ha l'effetto di dilatare a dismisura l'ambito della responsabilità; in secondo luogo, perché, ricollegando l'origine dell'obbligo risarcitorio al compimento di una attività lecita, benché oggettivamente pericolosa, essa pare fondarsi sull'assunto che l'esercizio di un diritto generi responsabilità, il che risulta inaccettabile nella prospettiva rigorosamente liberal-borghese propria del grande civilista parigino.

(105) Ivi, p. 291.

preciso di contrarietà a una legge o a un regolamento) dell'atto dal quale deriva l'evento dannoso. In assenza di tale presupposto, il rischio è legittimo e le eventuali conseguenze pregiudizievoli che possono derivarne sono giuridicamente irrilevanti: « si le risque créé n'a pas une origine fautive et se justifie par l'exercice d'un droit, la responsabilité du dommage souffert par autrui disparaît nécessairement » (106). Il risultato evidente è quello di concepire la colpa in termini estremamente ampi, allo scopo di ricomprendervi anche le ipotesi di responsabilità oggettiva, ovvero i casi nei quali mancano i presupposti per la imputabilità soggettiva della *iniuria*. Il rischio, in tal modo, viene riassorbito nella nozione di *faute*, la quale conserva intatta la sua assoluta centralità nell'ambito della dogmatica privatistica (107).

Le critiche formulate nel corso degli anni a carico della teoria del rischio vengono infine raccolte e sintetizzate in maniera assai efficace nel *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile* di Mazeaud, che si sofferma a lungo sulla necessità della colpa quale fondamento della responsabilità civile e sulla confutazione della *responsabilité pour risque* (108).

(106) Ivi.

(107) La dottrina dominante resta fedele a tale principio. Così, ad esempio, François GénY, pur non escludendo per il futuro la possibilità dell'affermarsi di un nuovo paradigma, ribadisce la centralità della *faute* quale categoria irrinunciabile del sistema di diritto privato e, prima ancora, della cultura giuridica *tout court*. Notando come la teoria del rischio tragga origine dall'idea imposta da un « certain souffle de déterminisme » e da una « vague aspiration de mutualité limitée », il giurista lorenese ne evidenzia gli eccessi, frutto del tentativo non ancora riuscito di operare una sintesi tra le ragioni della giustizia e le esigenze della utilità sociale. Da qui i dubbi su di essa, condivisi dalla maggioranza dei suoi colleghi: « n'est-elle pas trop large, avec sa formule excessive, et, quand elle supprime toute exigence psychologique ou morale chez l'auteur responsable, pour se contenter du seul lien de causalité, n'arrive-t-elle pas à renverser complètement les termes de la situation antérieure, à déplacer purement et simplement, sous prétexte de responsabilité, la charge du risque, et, prétendant redresser une injustice, à en instituer une plus choquante encore, à menacer toute activité, bref à dépasser, jusqu'à les méconnaître absolument, les *desiderata* de notre sentiment juridique ? », cfr. F. GENY, *Risque et responsabilité*, in « Revue trimestrielle de droit civil », I, 1902, pp. 812-849, cit., p. 821.

(108) Cfr. H. MAZEAUD-L. MAZEAUD-A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, I, Paris, Editions Montchrestien, 1957, p. 419 e ss.

I capi principali attorno ai quali si articola la requisitoria di Mazeaud sono il rifiuto della concezione materialista del fenomeno giuridico (che ne costituisce il presupposto), secondo la quale il diritto ha la funzione esclusiva di regolare il rapporto tra patrimoni, per cui i rapporti intersoggettivi si risolvono in definitiva in una ripartizione di oneri e di benefici di ordine patrimoniale; la negazione della asserita maggior conformità al principio di equità di tale teoria; la confutazione dell'argomento storico, che ricollega la perdita di centralità della *faute* alla progressiva differenziazione tra responsabilità penale, caratterizzata dall'elemento personalistico, e responsabilità civile, dove acquista rilievo il solo *fait fautif*; l'affermazione della inservibilità a livello giudiziario e della pericolosità sociale di tale teoria.

Essa, pertanto, anche nella versione più plausibile del *risque-profit*, non può avere la pretesa di soppiantare la colpa quale fondamento della responsabilità extracontrattuale, ma può al limite essere utilizzata per giustificare soluzioni legislative speciali ⁽¹⁰⁹⁾, estranee al sistema codicistico, rese necessarie da circostanze ben precise, la cui regolamentazione non può avere l'effetto di rimettere

⁽¹⁰⁹⁾ D'altra parte, come ha sottolineato Ewald, la specialità della teoria del rischio e, prima ancora, del fenomeno degli *accidents de travail*, deriva dal fatto che essa mette apertamente in discussione la razionalità politico-giuridica liberale, il suo modo di delimitare i confini tra diritto e morale. Il momento in cui emerge con maggior evidenza tale conflitto di razionalità è il momento del processo, in quanto il *droit social* si presenta come naturalmente a-giudiziario, postula in altre parole una soluzione non conflittuale ma *lato sensu* amministrativa delle controversie. Da qui, fra l'altro, la già ricordata tendenza a scivolare dall'ambito della responsabilità a quello della sicurezza sociale: « ce sera le grand point de clivage, la vraie ligne d'opposition: faut-il ou non continuer à subordonner l'indemnisation des ouvriers à une pratique judiciaire de type processuel ? Faut-il ou non maintenir le procès ? Subordonner le droit de l'ouvrier à l'exercice d'une procédure judiciaire ? Toute solution, toute proposition de réforme sera jugée à cette toise: donnera-t-on lieu à procès ? Penser dans le cadre du droit classique de la responsabilité revenait à maintenir la prévalence du juge et du judiciaire. L'invention du risque professionnel est liée à cet impératif: donner un droit à l'ouvrier, mais qui ne donne pas lieu à procès, qui, loin d'alimenter l'antagonisme entre le capital et le travail, y mette au contraire un terme. Un droit, donc, où la fonction judiciaire soit purement constatative, d'*expertise*. Le droit social, puisque c'est lui qui va naître, a d'abord été réfléchi comme un droit a-judiciaire », cfr. F. EWALD, *Histoire de l'Etat providence*, cit., p. 240.

in discussione la validità di una nozione capitale della dogmatica privatistica ⁽¹¹⁰⁾.

Ciò spiega, nonostante le molteplici suggestioni suscitate dall'*arrêt Teffaine*, le resistenze giurisprudenziali a scorgere nell'art. 1384 del Codice il fondamento di una responsabilità oggettiva propriamente intesa. I giudici, a dispetto della crescente tensione oggettivante, non abbandonano l'idea che tale fattispecie si fondi sulla *faute*; con la conseguenza che la presunzione di colpevolezza viene meno qualora il custode fornisca la prova contraria.

Un esempio lampante di tale tendenza "conservatrice" si ha nella vicenda *Coulange et Senton et Compagnie La Paix c. Piketty*, decisa con sentenza del 29 aprile 1913 ⁽¹¹¹⁾.

Piketty, con un contratto concluso in data 4 febbraio 1907, si obbliga a consegnare ai Signori Coulange e Senton ventimila metri cubi di pietre, trasportate via fiume, impegnandosi a pagare le spese di scarico. Nel mese di maggio del 1908, in conseguenza di uno sciopero dei *débardeurs*, i Signori Coulange e Senton accettano di provvedere personalmente allo scarico della merce, mediante propri dipendenti, utilizzando a tal fine una gru di proprietà di Piketty. Nel corso delle operazioni di scarico, mentre la gru sta sollevando dalla barca una benna carica di pietre, l'improvvisa rottura della catena provoca la caduta della benna, la quale colpisce la barca uccidendo un operaio e ferendone gravemente un altro.

Coulange e Senton, insieme alla compagnia di assicurazioni *La Paix*, agiscono in giudizio contro Piketty, citandolo dinanzi al Tribunale di Commercio della Senna, allo scopo di ottenere il rimborso delle somme che, in conformità alla legge del 9 aprile 1898, hanno

⁽¹¹⁰⁾ « Il est d'une bonne politique, c'est-à-dire d'une bonne organisation des rapports entre citoyens, de faire peser certains risques sur certaines personnes. Il était certainement indispensable de faire peser sur les entreprises les risques des accidents du travail. On doit également se demander si les automobilistes et motocyclistes, parce qu'ils créent des risques contre lesquels ils peuvent s'assurer et contre lesquels ils s'assurent s'ils sont prudents, ne pourraient pas se voir chargés de ces risques. Mais il s'agit là de problèmes relativement précis, dont la solution est d'ailleurs infiniment plus complexe qu'on ne l'imagine parfois. La faute doit certainement rester le fondement de l'ensemble de la responsabilité », cfr. H. MAZEAUD-L. MAZEAUD-A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, cit., p. 436.

⁽¹¹¹⁾ In « Dalloz », 1913, I, p. 427 e ss.

dovuto versare alla *Caisse nationale des retraites* per assicurare il pagamento di una rendita annuale vitalizia a favore della vedova e dei figli dell'operaio defunto e a favore dei congiunti dell'operaio ferito.

Gli attori fondano la propria azione di rivalsa sulla applicazione dell'art. 1384, ovvero sulla disciplina della *responsabilité du fait des choses*, così come interpretata dalla *Cour de cassation* in occasione del caso *Teffaine*. Il convenuto, in particolare, è tenuto a risarcire i danni provocati dalla cosa in custodia (nel caso di specie, la gru), a meno che non provi che il *fait dommageable* è stato provocato da caso fortuito o da forza maggiore. La *cause inconnue*, ovvero l'ignoranza della causa che ha determinato l'incidente, non può essere assimilata al caso fortuito e non può pertanto essere invocata al fine di dimostrare la mancanza di responsabilità del custode.

Il Tribunale di Commercio, con sentenza del 12 maggio 1910, e successivamente la Corte d'appello di Parigi, con sentenza del 29 giugno 1911, rigettano la domanda degli attori.

Le due pronunce si fondano su una lettura tradizionale dell'art. 1384.

I giudici di commercio, seguiti dai giudici di seconde cure, sostengono che la presunzione di colpa alla base di tale norma è destinata a venire meno non solo dinanzi alla prova del caso fortuito e della forza maggiore, ma anche dinanzi alla prova della assenza di colpa del custode. Nel caso di specie, il consulente tecnico d'ufficio nominato dal Tribunale ha accertato che la maglia della catena che ha ceduto provocando l'incidente, benché resa più sottile dall'usura, era comunque in grado di sopportare un carico ben maggiore di quello che la gru stava trasportando al momento del cedimento. Con la conseguenza che nessuna negligenza può riscontrarsi nella condotta del convenuto, al quale l'incidente non è in alcun modo imputabile.

In altre parole, a differenza di quanto sostenuto dalla Cassazione nella vicenda *Teffaine*, i giudici ritengono che la *cause inconnue*, ovvero la prova che l'incidente *non* è dovuto a un vizio di costruzione della cosa, integra di per sé gli estremi del caso fortuito, ed è quindi sufficiente a vanificare la presunzione di colpa stabilita dall'art. 1384.

Il consigliere Michel-Jaffard, giudice relatore, nel presentare la causa ai colleghi, non manca di ricordare l'*affaire Teffaine*, stigmatizzando i fraintendimenti e le interpretazioni distorte cui tale pronuncia ha dato adito, specie in dottrina. La corrente di idee dominante in quegli anni, alla quale si deve la promulgazione della legge del 1898, aveva avuto l'effetto di forzare oltre misura la portata dell'art. 1384, sino al punto di ritenere esistente la responsabilità del custode pur nella impossibilità di determinare la causa dell'evento dannoso: « de là cet arrêt de rejet de la chambre civile du 16 juin 1896, rendu contrairement aux conclusions de M. le procureur Sarrut, qui ne fut pas sans émouvoir quelques juristes. On crut y voir consacrée l'opinion de ceux qui voulaient faire découler la responsabilité du dommage causé par les choses du seul droit de propriété, dont elle devenait ainsi une sorte de charge légale. Le commentaire triomphant de M. Saleilles, qui accompagne au Dalloz cet arrêt, le donnait clairement à entendre » ⁽¹¹²⁾.

Al contrario, secondo il relatore, i sostenitori di tale pronuncia, scorgendo in essa il presupposto per il riconoscimento giurisprudenziale della teoria del rischio, hanno commesso l'errore di concentrarsi sugli *ob iter dicta*, perdendo di vista l'argomento essenziale che ne costituisce il fondamento: la condanna del proprietario del rimorchiatore si basa sulla dimostrazione che l'incidente è stato causato da un vizio di costruzione, sufficiente in quanto tale a escludere il caso fortuito o la forza maggiore. Ne deriva che qualora non sia possibile determinare la causa di un incidente, esso deve rientrare nel novero degli « accidents fortuits déjouant toute prévision et ne pouvant engager aucune responsabilité », con la conseguenza che il custode non può esserne considerato responsabile.

7.3. *Dalla responsabilità pour faute alla presunzione assoluta di responsabilità: il confine (quasi) invisibile tra colpa e rischio.*

Lo sviluppo coerente (nel senso di una ulteriore oggettivazione) del principio contenuto nell'*arrêt Teffaine* si ha in tre sentenze, concentrate tra il 1919 e il 1924.

⁽¹¹²⁾ Ivi, p. 429.

La prima della serie, il caso *Chemin de fer de l'Ouest c. demoiselle Marcault*, deciso dalla Cassazione il 21 gennaio del 1919, ha ad oggetto una richiesta di risarcimento presentata contro le ferrovie francesi per i danni provocati dall'esplosione di una locomotiva in sosta su un binario della Gare Saint-Lazare. È importante sottolineare il fatto che la macchina era stata verificata al momento della costruzione, era stata sottoposta a regolari manutenzioni e aveva superato tutti i controlli prescritti. Non poteva quindi considerarsi viziata. Nonostante ciò, i giudici ritengono il custode responsabile dei danni provocati dall'esplosione.

Il principio contenuto nell'art. 1384 viene reinterpretato in chiave estensiva, accantonando il requisito del vizio quale presupposto della responsabilità per danni cagionati da cose in custodia: « la présomption de faute établie par l'art. 1384, à l'encontre de celui qui a sous sa garde la chose inanimée qui a causé le dommage, ne peut être détruite que par la preuve d'un cas fortuit ou de force majeure ou d'une cause étrangère qui ne lui sont pas imputables »⁽¹¹³⁾. Ciò equivale a dire che l'art. 1384 stabilisce una presunzione assoluta di responsabilità nei confronti del custode di una cosa inanimata, presunzione che viene meno soltanto di fronte alla prova che l'evento dannoso è stato causato da caso fortuito o da forza maggiore, a nulla rilevando l'allegazione della *cause inconnue*.

La dottrina mette lucidamente in evidenza il contenuto implicito e i possibili sviluppi futuri di tale sentenza⁽¹¹⁴⁾.

Essa presuppone il superamento della distinzione tra *fait des choses* e *fait de l'homme*. È ovvio infatti che « sous le fait de la chose apparaît nécessairement le fait de l'homme », ovvero, detto altrimenti, se la cosa può essere lo strumento del danno, non può mai esserne la causa. L'espressione *responsabilité du fait des choses* non è altro che una *fictio*, mediante la quale è possibile imputare la responsabilità dell'evento dannoso al soggetto che ha la *garde* della cosa. La colpa, quindi, consiste nell'utilizzare la cosa, nel servirsene, non nel fatto di aver determinato in concreto la situazione di pericolo dando direttamente avvio alla catena causale dalla quale è derivato l'incidente.

⁽¹¹³⁾ In « Dalloz », I, 1922, p. 25.

⁽¹¹⁴⁾ Si veda la nota di Georges Ripert, *ivi*, p. 25 e ss.

Tutto ciò, oltre ad alleggerire notevolmente l'onere probatorio della vittima, pone le premesse per il superamento di una distinzione irrazionale, osservata costantemente dalla giurisprudenza: quella tra i danni causati materialmente da una cosa inanimata, ai quali sarebbe applicabile la disciplina dell'art. 1384, e i danni causati da una cosa inanimata sottoposta all'azione diretta dell'uomo, fattispecie che rientrerebbe invece nella sfera di operatività dell'art. 1382. Con la conseguenza inammissibile che, nel caso in cui il danno sia provocato da una cosa azionata direttamente dall'uomo, la vittima è obbligata a fornire la prova della *faute* del proprietario o dell'utilizzatore della cosa, trovandosi quindi in una situazione processuale particolarmente pesante. La fedeltà a tale distinzione ha effetti considerevoli nella misura in cui impedisce l'applicazione del principio della responsabilità oggettiva alla fattispecie sempre più comune degli incidenti causati dalla circolazione stradale. Il superamento di tale schema interpretativo, le cui premesse sono già presenti implicitamente in questa decisione, sarà all'origine di uno dei più celebri e significativi *revirement* della giurisprudenza d'oltralpe.

La seconda pronuncia che interessa segnalare, nella linea interpretativa che stiamo analizzando, è il cosiddetto « affaire des résines » ⁽¹¹⁵⁾, ovvero la sentenza emessa dalla Cassazione il 16 novembre del 1920 nel caso *Compagnie française des tramways électriques et omnibus de Bordeaux c. Chemin de fer du Midi* ⁽¹¹⁶⁾.

La controversia trae origine da una richiesta di risarcimento danni presentata dalla *Compagnie française des tramways* a seguito di un incendio sviluppatosi il 2 luglio del 1906 nella stazione marittima di Brienne, a Bordeaux. L'incendio, alimentato da alcuni fusti di resina depositati all'interno della stazione, si propaga rapidamente

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, cit., p. 302, il quale sottolinea come con tale sentenza apparve chiaro *urbi et orbi* il significato e la portata della linea interpretativa inaugurata dalla Cassazione: « cette évolution de la Cour de cassation était demeurée inconnue du grand public jusqu'à ce que l'affaire des résines en ait montré les conséquences véritables. Les décisions de la Cour de cassation dans cette affaire engendrèrent une véritable surprise. Elles n'étaient pourtant, en matière de responsabilité pour cause d'incendie, que l'expération de la thèse depuis longtemps élaborée ».

⁽¹¹⁶⁾ In « Dalloz », I, 1920, p. 169 e s.

all'esterno, raggiunge la pubblica via e distrugge i binari, i tralicci e gli impianti di trasmissione utilizzati dalla compagnia di trasporti.

La Corte d'appello di Bordeaux, con sentenza del 16 luglio 1917, rigetta la richiesta di risarcimento, utilizzando argomenti simili a quelli che abbiamo già incontrato nelle pronunce precedenti, in particolare nel caso *Coulange et Senton et Compagnie La Paix c. Piketty*: l'accertamento della responsabilità presuppone che la causa del danno sia intrinseca alla cosa in custodia. È necessario in altre parole che il danno derivi da un vizio inerente alla natura della cosa. Dal momento che i fusti di resina non sono di per sé suscettibili di infiammarsi, l'incidente deve essere imputato a caso fortuito o a forza maggiore o a una causa sconosciuta, con la conseguenza che il convenuto non può essere considerato responsabile dell'evento dannoso.

La sentenza di rigetto pronunciata dalla Corte d'appello ha un duplice fondamento. Essa si basa in primo luogo su una interpretazione rigorosamente esegetica dell'art. 1384: il danno può considerarsi causato da una cosa in custodia soltanto se deriva da un vizio proprio di quest'ultima e non anche nell'ipotesi in cui la cosa abbia agito da mero « agent de transmission ». In secondo luogo, l'affermazione dell'assenza del nesso causale può giustificarsi, almeno implicitamente, in base alla stessa teoria del rischio. Essa postula infatti la responsabilità del custode o del soggetto che trae vantaggio dall'utilizzo della cosa. Ma i danni, anche in tal caso, devono essere direttamente imputabili alla cosa. In caso contrario, anche alla luce della teoria del *risque-profit*, il custode non può essere considerato responsabile dell'evento dannoso.

La Cassazione supera tale impostazione concentrandosi sulla nozione di *garde*: la responsabilità *ex art. 1384* si fonda sulla violazione dei doveri insiti nell'obbligo di custodia e non sul *fait de la chose* in quanto tale; ciò significa che il custode può essere considerato responsabile non solo quando non ha impedito alla cosa di essere la causa diretta del danno, ma anche nel caso in cui non le ha impedito di porsi quale agente di trasmissione, come è avvenuto nella fattispecie in esame.

I giudici di legittimità, in tal modo, ribaltano la sentenza della Corte d'appello adottando una interpretazione mista, nella quale la presunzione di colpa si combina con elementi propri della teoria del

rischio, riducendo al massimo l'ambito di rilevanza del caso fortuito: « la présomption de faute édictée par l'art. 1384 à l'encontre de celui qui a sous sa garde la chose inanimée qui a causé un dommage, ne peut être détruite que par la preuve d'un cas fortuit ou de force majeure ou d'une cause étrangère qui ne lui soit pas imputable. Il ne suffit pas au gardien de prouver qu'il n'a commis aucune faute, ni que la cause du dommage est demeurée inconnue. Il n'est pas nécessaire que la chose ait un vice inhérent à sa nature, susceptible de causer le dommage, l'art. 1384 rattachant la responsabilité à la garde de la chose, non à la chose elle-même » (117).

Il principio affermato nelle due pronunce appena richiamate viene ripreso a distanza di pochi anni dalla stessa Corte di cassazione (con sentenza del del 29 luglio 1924) nel caso *Epoux Bessières c. Compagnie des voitures L'Abeilles*, nel quale i giudici di legittimità applicano per la prima volta il principio della responsabilità oggettiva agli incidenti causati dalla circolazione stradale (118).

(117) Ivi.

(118) In « Dalloz », I, 1925, p. 5 e ss. Per rendersi conto del carattere pionieristico di una simile giurisprudenza, è utile leggere le pagine di Ambroise Colin, nelle quali vengono descritte con particolare vivacità e successivamente sottoposte a critica serrata le resistenze che da molte parti ostacolano lo sviluppo di una adeguata disciplina giuridica degli incidenti stradali: « chaque fois qu'une voix se fait entendre pour protester contre les excès de quelques chauffards neurasthéniques, pour demander qu'on les empêche de nuire, soit par de nouvelles dispositions, soit, plus modestement, par l'application des textes existants, les personnages plus ou moins autorisés, qui s'improvisent les représentants de l'Automobilisme, clament aussitôt qu'on en veut à leurs établissements. Ils invoquent, selon l'occurrence, tantôt la prospérité de l'industrie, et tantôt son marasme, quelques fois l'un et l'autre tout ensemble, suivant que l'auditoire leur semble commander qu'on nie la « crise » ou qu'on l'exagère. Ils font un tableau poussé au noir de leurs usines fermées, de leurs ouvriers réduits au chômage; ils cherchent à amener leur personnel, heureusement plus modérés qu'eux-mêmes, et jusqu'à présent, semble-t-il, assez réfractaires à ces excitations, contre les partisans de règlements plus efficaces ou de lois plus équitables. A les croire, l'adoption de ces mesures serait le signal de la ruine pour les milliers de travailleurs qui vivent de l'automobile. Une presse furibonde fait chorus à ces déclamations qui, à force de retentir en toute occasion, et jusqu'à la tribune, finissent par impressionner les esprits crédules, et par incliner de trop nombreux fabricants à solidariser leur cause avec celle des chauffards dont ils seraient cependant les premiers intéressés à faire disparaître l'engance trop justement détestée. Car l'industrie automobile n'a rien à perdre, elle a même tout à gagner à ce que le public se sente enfin efficacement défendu contre d'intolérables excès. L'industrie consiste à fabriquer des voitures et non pas à causer des accidents »,

Abbiamo visto come l'interpretazione ampia dell'art. 1384, tendente a scorgere in esso la consacrazione di un principio generale dell'ordinamento e non una semplice norma di transizione tra la responsabilità per colpa e le successive ipotesi di responsabilità presunta, non trovasse applicazione in giurisprudenza nelle ipotesi in cui il danno fosse stato cagionato da una cosa in custodia *azionata* direttamente dall'uomo. In tal caso, secondo i giudici, non poteva parlarsi propriamente di *fait de la chose*, ma solo di *fait personnel*.

Una simile linea interpretativa emerge chiaramente nel caso *Veuve Goffin c. Compagnie des mines de Béthune* ⁽¹¹⁹⁾ deciso dalla *Chambre des Requêtes* con sentenza del 22 marzo del 1911. I giudici di legittimità, confermando la decisione della Corte di appello di Douai, rigettano la domanda di risarcimento diretta contro la società titolare dell'automobile che ha provocato l'incidente in quanto l'attore non fornisce la prova della condotta colpevole dell'autista. La norma di riferimento per gli incidenti stradali, fenomeno inedito ma in rapidissima espansione, resta pertanto l'art. 1382: « la responsabilité du propriétaire d'une voiture automobile ne peut être engagé par le fait de son préposé que si celui-ci a commis une faute dans la direction de la voiture. Et la preuve de cette faute incombe à la victime ou à ses ayants droit » ⁽¹²⁰⁾.

Ritroviamo una impostazione analoga nella sentenza emessa il

cfr. A. COLIN, *L'accident d'automobile et la loi*, in « Revue politique et parlementaire », 1908, pp.120-147, cit., p. 121.

⁽¹¹⁹⁾ In « Dalloz », I, 1911, p. 354 e s.

⁽¹²⁰⁾ Ivi. È interessante soffermarsi sulla motivazione completa della Corte: « attendu que le pourvoi critique l'arrêt attaqué en ce que, après avoir constaté que Goffin avait été écrasé par l'automobile de la Compagnie des mines de Béthune, il aurait, en violation de l'art. 1384 interverti la charge de la preuve en prétendant obliger la veuve Goffin à justifier d'une faute commise, et aussi en ce qu'il n'aurait point suffisamment tenu compte de ce qu'aux termes de l'art. 14 du décret du 10 mars 1899, le conducteur d'une automobile doit non seulement être maître de sa vitesse, mais encore ralentir ou même arrêter le mouvement toutes les fois que le véhicule pourrait être une cause d'accident, de désordre ou de gêne dans la circulation; attendu qu'il s'agit dans la cause, non de la responsabilité de la chose dans les termes de l'art. 1384, mais de la responsabilité résultant du fait du préposé auquel elle était confiée, et que, par suite, il incombait à la victime ou à ses ayants cause de prouver la faute; et attendu qu'il ressort des constatations de l'arrêt attaqué que l'accident est arrivé de nuit, que l'automobile était éclairé, qu'il marchait à une allure très modérée et que, dans l'état où Goffin se trouvait sur la route, le conducteur a pu arriver sur lui sans l'apercevoir; que, de

6 gennaio del 1922 dalla Corte di appello di Parigi nel caso *Epoux Bessières*, non dissimile dal precedente ⁽¹²¹⁾.

Un'automobile, appartenente alla società cooperativa *L'Abeille*, condotta da un certo Saverne, a seguito di una sbandata, aveva attraversato il marciapiede, sfondando la vetrina del negozio appartenente alla Signora Bessières e ferendo la proprietaria. La consulenza tecnica disposta dalla Corte accerta il perfetto stato di manutenzione della vettura. Allo stesso tempo, il procedimento penale per lesioni aperto a carico di Saverne si chiude con una sentenza di assoluzione. Conseguentemente, la Corte di appello di Parigi rigetta la domanda di risarcimento in quanto l'attore non ha fornito la prova della colpa del conducente.

La soluzione della Corte di appello di Parigi, analogamente a quella adottata dalla Cassazione nel caso *Goffin*, va incontro agli strali della dottrina. Da una parte, si censura la distinzione tra *fait de la chose* e *fait personnel* operata dai giudici, a seconda che la cosa sia o meno soggetta all'azione diretta dell'uomo ⁽¹²²⁾; dall'altra, si

l'ensemble des faits ainsi établis, le juge de fond a pu, sans encourir la censure de la cour de cassation, déduire que la preuve d'une faute n'était pas fournie... ».

⁽¹²¹⁾ In « Dalloz », I, 1925, p. 5 e ss.

⁽¹²²⁾ « Il était plus difficile encore de comprendre la distinction assez souvent proposée entre l'automobile livrée sans direction à la force de son moteur ou de son poids, et l'automobile mal dirigée par son conducteur. On l'avait défendue en disant que, dans le premier cas seulement, il y a *fait de la chose*. Mais l'expression elle-même est fautive: la chose est un instrument et non une cause. Que la faute de l'homme consiste à abandonner une voiture qui se met en marche d'elle-même, ou à mal diriger la voiture qu'il conduit, il y a dans les deux cas une faute démontrée ou présumée; ce sont simplement les conséquences de la faute qui grandissent par l'emploi de la chose inanimée », così G. RIPERT, nota a Cass. Civ., 29/07/1924, ivi, p. 6. Il carattere artificioso della distinzione tra *fait personnel* e *fait de la chose* è chiaramente evidenziato da Mazeaud, il quale propone una soluzione ben più lineare, basata sul requisito della "perdita di controllo" quale condizione fondante la responsabilità *ex art. 1384*: « pour que cette disposition puisse jouer, il faut que le gardien ait commis une faute dans la garde, autrement dit qu'il ait perdu la garde matérielle, le contrôle de sa chose. Dès qu'il a perdu ce contrôle, sa responsabilité est engagée en vertu de l'art. 1384, alors même qu'il est l'auteur direct ou indirect du mouvement dont la chose se trouve animée... Lorsqu'un accident d'automobile se produit, quelle qu'en soit la cause, on peut dire que la voiture échappe au contrôle de son gardien, que celui-ci en perd la garde matérielle. S'il y a accident, hors le cas où l'homme l'a volontairement causé, c'est que le conducteur n'a plus été le maître de sa machine. Il a donc commis la faute dans la garde; il a manqué

sottolinea con forza l'esigenza di non lasciare senza tutela le vittime della circolazione stradale.

In questo senso, Albert Wahl propone espressamente di applicare la teoria del rischio agli incidenti stradali ⁽¹²³⁾. La sua critica fa leva sull'art. 1385, il quale, come sappiamo, stabilisce una presunzione di responsabilità, per *culpa in vigilando*, a carico del proprietario di un animale o del soggetto che lo utilizza ⁽¹²⁴⁾. Wahl sottolinea la assoluta irrazionalità di un sistema che, se da un lato prevede una presunzione di responsabilità a carico del proprietario di un animale, dall'altro riconosce la pressoché totale irresponsabilità del proprietario di un'automobile. La disparità di trattamento è conseguenza di un vuoto normativo, di una lacuna del Codice, inevitabile se si pensa che esso è stato redatto quando ancora i veicoli a trazione meccanica non erano stati inventati.

La soluzione appropriata, tuttavia, non consiste nella mera estensione della disciplina dell'art. 1385 agli incidenti stradali. La presunzione di responsabilità sancita da tale norma, infatti, può essere vinta mediante la prova del caso fortuito, della forza maggiore o della condotta colpevole della vittima. Il regime giuridico applicabile agli incidenti causati dalla circolazione stradale, stante la gravità del fenomeno, deve essere ben più aspro. Wahl considera tale fattispecie del tutto assimilabile, sotto il profilo della responsabilità, a quella degli incidenti sul lavoro ⁽¹²⁵⁾.

à l'obligation mise à sa charge par l'art. 1384; sa responsabilité est engagé», cfr. H. MAZEAUD, *La faute dans la garde*, cit., p. 817 e p. 819.

⁽¹²³⁾ Cfr. A. WAHL, *La responsabilité civile relative aux accidents d'automobiles*, in « Revue trimestrielle de droit civil », VII, 1908, pp. 5-48.

⁽¹²⁴⁾ Ivi, p. 20 e ss.

⁽¹²⁵⁾ In questo senso si esprime con estrema chiarezza anche Ambroise Colin: « la loi de 1898 a opéré, en matière d'accidents du travail, une véritable révolution juridique, en substituant au système romain de la faute, le système moderne du *risque*, plus judicieux, semble-t-il, et plus pratique, lorsqu'il s'agit d'un sinistre dû à l'utilisation d'une force mécanique. Les dommages qui résultent, en effet, de l'entreprise, doivent rentrer dans ses frais généraux. On ne saurait en rejeter la charge sur le patrimoine d'autrui. Ce sont là des idées qui parurent choquantes à beaucoup de personnes en 1898 mais qui sont aujourd'hui universellement acceptées. Leur extension à des matières voisines et analogues serait conforme à la fois à l'équité et à la logique juridique. Ainsi, nous dirions dans notre matière que, si un engin périlleux est jeté dans la circulation, les risques inhérents à son fonctionnement, doivent être supportés par celui qui en retire du

Il relatore della legge del 1898 sottolineava come le trasformazioni sperimentate dall'industria nel corso del XIX secolo, modificando radicalmente il sistema produttivo, avevano moltiplicato i pericoli legati allo svolgimento dell'attività lavorativa, con la conseguenza che gli strumenti di tutela previsti per l'operaio o per l'artigiano, « maître de son outillage », si erano rivelati, nel nuovo contesto industriale, del tutto inadeguati. È sufficiente sostituire l'operaio con il pedone e l'imprenditore con il proprietario o conducente del veicolo per scorgere la profonda analogia tra il *risque industriel* e il rischio generato dalla circolazione stradale: « ces considérations sont suffisantes pour justifier, en matière d'automobile, une législation spéciale basée sur le risque dérivant de la propriété. Le principe qu'un avantage nouveau concédé au détriment de l'ensemble des citoyens ou à l'aide des sacrifices imposés à l'ensemble des citoyens doit être compensé par l'obligation de réparer le préjudice résultant de cette concession ou de rembourser la valeur des sacrifices qu'elle impose est loin d'être inconnu » ⁽¹²⁶⁾.

I coniugi Bessières ricorrono in cassazione adducendo la violazione e la falsa applicazione degli articoli 1384 e 1315 del Codice. La Corte, inaspettatamente, accoglie il ricorso applicando alla fattispecie il principio di diritto elaborato in occasione delle pronunce del 1919/1920: la presunzione di colpa stabilita dall'art. 1384 « pèse sur le propriétaire d'une automobile en cas d'accident causé par la voiture à un piéton ». Ciò significa che la responsabilità della società a cui appartiene l'automobile viene meno solo nel caso in cui si fornisca la prova che l'incidente è dovuto a caso fortuito, a forza maggiore o a una causa esterna non imputabile. Allo stesso tempo, la Corte stabilisce che l'assoluzione dell'autista dall'accusa di lesioni

plaisir ou du profit plutôt que par le public. Appliqué à l'automobilisme... le système du *risque* aboutirait aux règles suivantes: responsabilité en principe du propriétaire (ou de l'occupant) de l'automobile; exonération du responsable s'il démontre, non pas une faute quelconque de la victime, mais une faute *grave*; exonération également dans l'hypothèse de la *force majeure*, pourvu qu'il ne s'agisse pas d'une défectuosité de la machine; exonération enfin au cas où il est démontré que l'accident est dû au fait d'un tiers autre que le préposé propriétaire », cfr. A. COLIN, *L'accident d'automobile et la loi*, cit., p. 136.

⁽¹²⁶⁾ Ivi, p. 24.

colpose non fa stato nel processo civile ai fini dell'accertamento della responsabilità extracontrattuale.

Si tratta della prima significativa applicazione del principio della responsabilità oggettiva al fenomeno della circolazione stradale.

È evidente come le pronunce appena esaminate accentuino ulteriormente la tendenza alla oggettivazione della responsabilità extracontrattuale inaugurata con l'*arrêt Teffaine*. La dottrina non tarda a rendersene conto, sottolineando come, se da un lato la Cassazione ha, in linea di principio, respinto « le système brutal dit système de la responsabilité des choses inanimées », dall'altro ha raggiunto un risultato analogo esagerando la portata della nozione di *garde*, rendendo pressoché invincibile la presunzione di responsabilità a carico del custode: « c'est substituer le système du risque au système de la faute, car, dans beaucoup de cas, il sera impossible à l'auteur du préjudice de démontrer d'une manière directe le cas fortuit, la force majeure ou l'existence d'une cause du préjudice qui lui soit étrangère »⁽¹²⁷⁾.

L'*arrêt Bessières*, in ogni caso, sarà all'origine di un orientamento interpretativo che, salvo sfumature marginali⁽¹²⁸⁾, troverà continue conferme negli anni successivi, sino ad arrivare al celeberrimo *arrêt Jand'heur* del 13 febbraio 1930.

7.4. *Il caso Jand'heur c. Les Galeries belfortaises: consacrazione della responsabilità oggettiva o recupero del risque créé?*

La trasfigurazione giurisprudenziale della responsabilità extracontrattuale, che ha inizio sul finire dell'Ottocento, giunge a pieno compimento nella prima metà del secolo successivo, con una sen-

⁽¹²⁷⁾ Cfr. G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, cit., p. 296 e s.

⁽¹²⁸⁾ Così, ad esempio, Georges Ripert fa dipendere l'applicabilità dell'art. 1384 dal requisito della necessaria pericolosità della cosa: « pour chaque dommage, les tribunaux auront à dire si le gardien peut être présumé en faute à raison des dangers que la chose gardée présentait pour les tiers. Il ne faut pas dissimuler que la distinction peut être dans certains cas difficile à faire. Mais une règle trop rigide apparaîtrait bien vite comme injuste dans des cas particuliers où l'usage de la chose ne comporte aucune obligation de surveillance », in « Dalloz », I, 1925, p. 7.

tenza celeberrima, l'*arrêt Jand'heur*, pronunciato dalle *Chambres Réunies* il 13 febbraio del 1930 ⁽¹²⁹⁾.

In esso si affronta un fenomeno all'epoca in fase ancora embrionale, destinato però ad assumere un'importanza crescente nell'ambito delle controversie di diritto civile: la tutela giuridica contro i danni provocati dalla circolazione stradale e in particolare il problema della applicabilità dell'art. 1384 alle automobili in quanto *species* della categoria generale « choses inanimées ».

Si tratta di una pronuncia sontuosa, di un vero e proprio *arrêt solennel*: il rapporto del giudice relatore Le Marc'hadour, come pure la relazione del procuratore generale, costituiscono degli autentici saggi di storia giuridica nei quali, con dovizia di riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, viene ricostruita la complessa vicenda della *responsabilité du fait des choses* e la progressiva emersione di una nozione oggettiva di responsabilità. All'analisi della giurisprudenza sviluppatasi sul tema a partire dagli anni Settanta dell'Ottocento, si unisce l'esame delle teorie dei padri della codificazione, Domat e Pothier, dei lavori preparatori, le opere di Loqué e di Fenet, il pensiero dei primi interpreti del Codice, Demolombe, Aubry e Rau, infine delle opere dei giuristi successivi, Larombière, Saleilles, Josserand, Ripert.

L'impressione, al di là del profilo propriamente tecnico-giuridico, è quella di trovarsi in presenza della chiara affermazione della esistenza del *pouvoir prétorien* e della natura creativa della interpretazione giurisprudenziale; del recupero di una nozione classica e pre-rivoluzionaria del diritto, visto come cosa dei *jurisconsultes*, un diritto che progredisce grazie all'opera incessante delle corti, e all'attività ordinante della dottrina, che ha il compito di predeterminare, mediante la elaborazione di adeguate *constructions juridiques*, le coordinate fondamentali lungo le quali i giudici sono chiamati ad assicurare lo sviluppo organico dell'ordinamento.

L'*arrêt Jand'heur* trae origine da una richiesta di risarcimento danni presentata dalla vedova omonima, in nome proprio e in qualità di tutrice della figlia, Lise Jand'heur, la quale, il 22 aprile del 1925 era stata travolta e gravemente ferita da un'automobile con-

⁽¹²⁹⁾ In « Dalloz », I, 1930, pp. 57-70. Cfr. H. CAPITANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, cit., p. 519 e ss.

dotta da un dipendente della società *Les Galeries belfortaises*. Con sentenza del 7 luglio 1925, il tribunale di Belfort dichiarava applicabile alla fattispecie l'art. 1384 e, per l'effetto, riteneva la società convenuta responsabile dell'evento dannoso, in quanto provocato da una cosa in custodia. La Corte d'appello di Besançon, con sentenza del 29 dicembre 1925, ribaltava la pronuncia di primo grado: posto che l'automobile, al momento dell'incidente, era azionata dall'autista, tale Steullet, l'evento dannoso doveva imputarsi al *fait de l'homme* e non al *fait de la chose*, con la conseguenza che la pretesa risarcitoria poteva fondarsi esclusivamente sulla violazione dell'art. 1382 e presupponeva pertanto la dimostrazione della *faute*.

La Cassazione, con sentenza del 21 febbraio 1927, riformava la pronuncia d'appello per violazione e falsa applicazione degli articoli 1382 e 1384. Ambroise Colin, in veste di giudice relatore, metteva in evidenza l'infondatezza e l'illegittimità della tesi della Corte di Besançon, in quanto « la loi ne distingue pas suivant que la chose qui a causé le dommage était ou non actionnée par la main de l'homme », mentre è sufficiente che si tratti « d'une chose soumise à la nécessité d'une garde en raison des dangers qu'elle peut faire courir à autrui »⁽¹³⁰⁾. La Corte d'appello di Lione, con sentenza del 7 luglio 1927, facendo propria la tesi censurata dalla Cassazione, confermava la pronuncia dei giudici di Besançon. Da qui la necessità del procedimento dinanzi alle *Chambres réunies*.

Particolare attenzione viene posta, in entrambe le relazioni, nel ripercorrere le vicissitudini giurisprudenziali della nozione di *garde*, essenziale per comprendere l'esatta portata della disciplina della responsabilità presunta.

⁽¹³⁰⁾ Ivi, p. 60. Si tratta di una posizione scontata, visto che lo stesso Colin, come sappiamo, aveva espressamente sostenuto la necessità di estendere la teoria del rischio all'ambito degli incidenti stradali: « réclamer pour les auteurs d'accidents d'automobile l'application du *droit commun*, cela signifie que l'on entend leur conserver le bénéfice de l'article 1382 du Code Civil. Mais cet article ne constitue pas tout le droit en matière de responsabilité. Les articles 1385, 1386, la loi de 1898 expriment le droit relatif aux dommages causés par des animaux, par des bâtiments, par des entreprises industrielles, en un mot le droit afférent à la majeure partie de ce qu'on appelle les *accidents*. Ces textes assurément n'ont pas été écrits pour la circulation automobile, mais l'article 1382 non plus. Le *droit commun* dont on se réclame, c'est donc l'absence d'une législation appropriée », cfr. A. COLIN, *L'accident d'automobile et la loi*, cit., p. 137.

Il legislatore napoleonico, secondo i primi interpreti del Codice, non aveva previsto alcuna fattispecie generale di responsabilità *du fait des choses inanimées*: l'art. 1384, I comma, nella sua parte finale, non faceva altro che rinviare al successivo art. 1385, il quale, a sua volta, nel progetto preliminare, non costituiva una norma a sé stante, ma rappresentava il paragrafo conclusivo dello stesso art. 1384. Le cose oggetto di custodia potevano essere soltanto animali o edifici, disciplinati espressamente dal successivo art. 1386: questa, come sappiamo, è la tesi sostenuta dal procuratore generale Sarrut in occasione dell'*affaire Teffaine*. Si trattava però di una posizione eccessivamente rigida, priva di solidi appigli dottrinali, il cui effetto era quello di svuotare di contenuto la disposizione dell'art. 1384, con conseguenze inique e risultati pratici contrari alle più elementari esigenze della giustizia materiale.

Il relatore ricorda come la giurisprudenza, a seguito dell'avvento del *machinisme* e del progressivo costituirsi di un orientamento dottrinale favorevole alla oggettivazione della responsabilità, aveva tentato in un primo momento di far leva sull'art. 1382, sforzandosi di estenderne il più possibile l'ambito di applicazione: è l'*assouplissement* teorizzato da Saleilles, che trova nell'art. 1382 il suo terreno d'elezione.

Ciò nonostante, estendere sino al limite di rottura, e anche oltre, la portata dell'art. 1382 non può bastare: residua sempre, infatti, il requisito della *faute*, resta l'obbligo di fornire la prova, spesso impossibile, della imputabilità soggettiva dell'evento dannoso. Ecco allora il passaggio all'art. 1384, interpretato estensivamente, nel quale si concentra la portata creativa dell'*arrêt Teffaine*: tale norma ha carattere generale e assoluto, la nozione di *garde* si estende a qualsiasi cosa oggetto di custodia, animata o inanimata, senza eccezioni. Residua tuttavia un elemento mobile e indeterminato, il « *fait de la chose* », all'origine della responsabilità del custode-datore di lavoro, nozione dal contenuto piuttosto indeterminato. Se è facile infatti immaginare quale causa di un evento dannoso la condotta di un animale, è meno facile immaginare, quale origine di un *fait dommageable*, la condotta di una cosa inanimata. Ecco il motivo per il quale la giurisprudenza, in un primo momento, ha interpretato l'espressione « *fait de la chose* » quale sinonimo di « *vice de la chose* ». Con la conseguenza che, qualora non fosse

fornita la prova del vizio, il custode non poteva essere considerato responsabile dell'evento dannoso e non era tenuto a risarcire la vittima.

La pronuncia contraria emessa dal giudice del rinvio, da cui deriva la necessità del procedimento dinanzi alle *Chambres Réunies*, è tanto più significativa in quanto si pone da sola in aperto contrasto con un indirizzo giurisprudenziale univoco e ormai ampiamente consolidato.

Sono due in particolare le tesi sulle quali fanno leva i giudici lionesi nella sentenza impugnata.

La prima può sembrare alquanto insidiosa, se non altro per il suo contenuto totalmente inedito. I giudici di seconde cure ritengono che l'interpretazione data all'art. 1384, quale norma contenente una presunzione assoluta di responsabilità, superabile solo con la prova del caso fortuito o della forza maggiore, sia in realtà in aperto contrasto con la disposizione dell'art. 1352 del Codice⁽¹³¹⁾. Tale norma precisa che solo le presunzioni assolute o *iuris et de iure*, tassativamente indicate, non ammettono prova contraria. Di conseguenza, a giudizio della Corte d'appello, il sistema elaborato nel corso di oltre vent'anni dalla giurisprudenza della Cassazione si fonderebbe su una palese violazione dell'art. 1352 e in generale su un completo travisamento del sistema delle presunzioni elaborato dal legislatore.

Tale interpretazione si rivela però radicalmente infondata. L'esame sistematico degli articoli 1384-1386 consente di mettere in luce come, in tale ambito, gli autori del Codice abbiano introdotto un sistema autonomo, indipendente dalla disciplina generale delineata dall'art. 1352. L'art. 1384 ammette la prova contraria solo in taluni casi, tassativamente indicati: la possibilità di sottrarsi alla responsabilità per l'evento dannoso dimostrando « qu'il n'ont pu empêcher le fait » è concessa solo a determinati soggetti, ovvero al padre, alla madre, ai precettori e agli artigiani. Al contrario, i

⁽¹³¹⁾ « La présomption légale dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe. Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes ou dénie l'action en justice, à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire, et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires ».

committenti, indicati dal paragrafo successivo, non godono di un analogo regime probatorio. Essi vanno esenti da responsabilità solo nel caso in cui forniscano la prova del caso fortuito o della forza maggiore. Gli interpreti estendono tale regime anche alle ipotesi successive, ovvero agli animali in custodia e alle cose inanimate. Il risultato è che la presunzione speciale creata dall'art. 1384, con l'unica eccezione appena menzionata, non viene meno di fronte alla prova dell'assenza di colpa, essendo invece necessaria la prova del caso fortuito, della forza maggiore o la prova della colpa della vittima.

La tesi principale sulla quale si fonda la sentenza della corte lionese fa leva sulla inapplicabilità dell'art. 1384 al caso di specie. Tale norma, applicabile se la lesione è causata direttamente dalla cosa, risulta inammissibile laddove la macchina sia soggetta al controllo dell'uomo, giacché, in questo caso, « le fait de l'automobile dirigée se confond nécessairement avec celui de l'homme »: siamo in presenza di una condotta, di un atto di volontà, non di una semplice custodia, con la conseguenza che non si può più parlare di un semplice fatto della cosa, ma di una responsabilità personale del soggetto agente: « dit que l'accident imputé à une voiture automobile en mouvement, sous l'impulsion et la direction de l'homme, alors qu'aucune preuve n'existe qu'il soit dû à un vice propre de la voiture, ne constitue pas un dommage causé par une chose que l'on a sous sa garde dans les termes de l'art. 1384 c.c.; déclare, en conséquence, que l'accident dont la mineure Jand'heur a été victime ne peut engager la responsabilité du conducteur ou de son commettant qu'autant qu'il est la suite d'une faute établie; que, partant, la charge de prouver une faute à l'encontre du conducteur incombe à la victime et à ses représentants légaux » ⁽¹³²⁾.

Si tratta di una interpretazione errata dell'art. 1384: tale norma, stante il suo tenore letterale, non giustifica in alcun modo la limitazione postulata dalla Corte d'appello, ma deve al contrario essere interpretata facendo ricorso al principio classico *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*: dal momento che il Codice parla semplicemente di « fait de la chose », senza nulla aggiungere, l'interpretazione dei giudici lionesi tesa a circoscrivere la presun-

⁽¹³²⁾ In « Dalloz », I, 1930, p. 60.

zione di responsabilità *ex art.* 1384 alla sola ipotesi in cui l'evento dannoso derivi « *directement de la chose, d'un vice propre de la chose, abstraction faite de l'activité présente de l'homme* » risulta del tutto priva di fondamento ⁽¹³³⁾. La dottrina, ad opera, in particolare, di Josserand, non esita a stigmatizzare il carattere fittizio di tale distinzione e le conseguenze inique che ne derivano: « *il serait surprenant que la responsabilité du gardien fût atténuée par la mise en marche du véhicule, c'est-à-dire au moment précis où son utilisation devient vraiment dangereuse...La distinction entre la garde et la conduite est une distinction factice et presque byzantine: une automobile n'est jamais autant sous la garde de son propriétaire que lorsque celui-ci est au volant* » ⁽¹³⁴⁾.

I giudici di legittimità, conseguentemente, confermano la tesi già formulata nella sentenza del 1927 e affermano l'applicabilità dell'art. 1384 anche alla fattispecie degli incidenti stradali, riconoscendo pertanto alla vedova Jand'heur il diritto al risarcimento.

La decisione della Corte infonde un rinnovato vigore ai sostenitori della teoria del rischio, che vedono in essa una sorta di « *bulletin de victoire* », come se una volta per tutte fosse stato introdotto nell'ordinamento francese il principio in base al quale « *chacun est responsable du risque qu'il a créé ou des choses qui lui appartiennent et dont il a la garde* ».

Emblematico, a questo riguardo, il commento scritto di getto da Louis Josserand ⁽¹³⁵⁾.

Questi nota con soddisfazione come i giudici, abbandonando la distinzione tra « *garde* » e « *conduite* », rinunciando al presupposto della necessaria pericolosità della cosa e al requisito del « *vice inhérent* », sostituendo infine la presunzione di colpa con la presunzione di responsabilità, abbiano compiuto un passo decisivo nella

⁽¹³³⁾ Da notare, inoltre, il definitivo superamento del requisito della pericolosità quale presupposto indispensabile per l'applicazione dell'art. 1384. Sino ad allora, in molti casi, la giurisprudenza riteneva che alle cose oggettivamente non pericolose, e quindi non bisognose di custodia, non potesse applicarsi tale norma, ma soltanto la disciplina degli artt. 1382 e 1383. Cfr. Cass. Civ. 21/02/1927 in « *Dalloz* », I, 1927, p. 97; Cass. Civ. 16/07/1928 in « *Dalloz* », I, 1929, p. 33.

⁽¹³⁴⁾ Ivi, p. 68.

⁽¹³⁵⁾ Cfr. L. JOSSERAND, *La responsabilité du fait des automobiles devant les Chambres réunies de la Cour de cassation*, in « *Dalloz hebdomadaire* », 1930, pp. 25-28.

direzione della sostituzione della nozione di rischio al concetto tradizionale di colpa, « concept vieilli, qui, sans doute, est toujours indispensable, mais qui ne suffit plus à supporter, sur une base désormais trop étroite, l'édifice devenu formidable et pesant, de la responsabilité »⁽¹³⁶⁾. In questa prospettiva, la presunzione di colpa e la presunzione di responsabilità non sono altro che espedienti tecnici in grado di agevolare la transizione dalla « faute prouvée » al « risque ».

In realtà, la dottrina dominante nega che l'*arrêt Jand'heur* possa essere interpretato come l'atto di definitiva consacrazione di un processo evolutivo ormai compiuto, che dalla teoria della responsabilità per colpa conduce alla teoria del *risque créé*, passando per la teoria della responsabilità oggettiva.

Henri Capitant osserva come la nozione di responsabilità presunta, impiegata dalla Corte nel caso *Jand'heur*, non sia altro che un sinonimo della nozione di *faute présumée*. Parlare di presunzione di responsabilità, in altre parole, non significa aderire alla teoria del rischio. Capitant, a ben guardare, nega che la giurisprudenza della Cassazione, a partire dal caso *Teffaine*, possa essere letta come un'accettazione (e una conseguente elaborazione) della teoria del rischio: si tratta in realtà di un mero « glissement » verso la teoria della responsabilità oggettiva, non di una definitiva sostituzione del fondamento della responsabilità extracontrattuale.

La nozione di *risque créé* è estremamente pericolosa nella misura in cui è difficile delimitarne con esattezza la sfera di operatività. Essa, anche per la sua facilità di applicazione, è dotata di una naturale capacità espansiva. Accoglierla significa, per questo, rassegnarsi ad eliminare la nozione di colpa dall'ambito dell'illecito civile; il che, a dispetto delle convinzioni dei suoi fautori, non rappresenta in alcun modo un progresso del pensiero giuridico⁽¹³⁷⁾.

Una posizione analoga è espressa da Georges Ripert, che è addirittura più radicale nel sostenere, anche alla luce di tale giurisprudenza, l'infondatezza della teoria del rischio, che non può in

⁽¹³⁶⁾ Ivi, p. 28.

⁽¹³⁷⁾ Cfr. H. CAPITANT, *La responsabilité du fait des choses inanimées d'après l'arrêt des Chambres réunies du 13 février 1930*, in « Dalloz hebdomadaire », 1930, pp. 29-32.

alcun modo assurgere al rango di criterio alternativo di imputabilità, da affiancare al criterio ordinario della responsabilità aquiliana: « si la théorie de la responsabilité du fait des choses n'était qu'une manifestation de la théorie du risque, nous aurions, à côté du principe général de la responsabilité délictuelle, une règle particulière de reponsabilité objective; la première puiserait sa source dans la faute, la seconde dans le risque créé. Rien ne nous autorise à dire que nos lois civiles connaissent cette double règle »⁽¹³⁸⁾.

Al di là delle divergenze dottrinali, dimostrazione evidente delle difficoltà che si oppongono alla revisione del modello classico di responsabilità, quello che ci preme sottolineare, per concludere, sono le parole con le quali il procuratore generale termina la sua requisitoria.

Siamo di fronte a un espresso riconoscimento del *pouvoir prétorien* della giurisprudenza, alla presa d'atto che la creatività dell'interpretazione giurisprudenziale si realizza attraverso il canale privilegiato della *méthode historique* e dell'*assouplissement*.

Paul Matter ha in mente le parole pronunciate da Ballot-Beaupré in occasione dei festeggiamenti per i cento anni del Codice e, prima ancora, le ininterrotte riflessioni di Raymond Saleilles, dalle quali è derivato un profondo ripensamento del ruolo e delle funzioni dei principali attori del palcoscenico giuridico e in definitiva una riappropriazione del diritto ad opera dei *jurisconsultes*, oltre le secche mortifere dell'esegesi.

Le considerazioni conclusive del procuratore sintetizzano infatti in modo mirabile l'essenza dello storicismo metodologico elaborato dal giurista borgognone: « cette jurisprudence depasse-t-elle les termes de la loi ? Nullement. Dans son texte même, elle a cherché son principe et sa base. Tout au plus peut-on dire qu'elle a adapté à des besoins nouveaux un texte dont les arrêts précédents n'avaient pas envisagé toute la portée, et cela encore est dans vos traditions. Peut-être conviendrait-il ici de vous rappeler les phrases qu'à ce sujet consacrait justement un grand magistrat quand il disait que la jurisprudence opère une oeuvre créatrice: qu'en présence de tous les changements opérés dans les idées, dans les moeurs, dans les institutions, dans l'état économique de la France, on doit adapter

⁽¹³⁸⁾ In « Dalloz », I, 1930, p. 59.

libéralement, humainement, le texte aux réalités et aux exigences de la vie moderne » ⁽¹³⁹⁾. Ritroviamo quindi, espressamente citata, la tesi di Raymond Saleilles sul ruolo essenziale della giurisprudenza, quale organo chiamato a « donner à la loi toute la vitalité progressive d'un principe qui opère et qui agit ».

La parabola giurisprudenziale percorsa dalla disciplina della responsabilità extracontrattuale, chiudendosi idealmente con l'*arrêt Jand'heur*, offre una chiara testimonianza dell'essenziale ruolo creativo svolto dalle corti: i giudici, insieme alla dottrina e alle sue *constructions juridiques*, sono i veri artefici del progresso del sistema giuridico, al di là delle pie illusioni del legicentrismo rivoluzionario.

⁽¹³⁹⁾ Ivi, p. 70.

DOLORES FREDA

STARE DECISIS?
IL GIUDICE ASSEDIATO NELL'INGHILTERRA
DELL'OTTOCENTO

1. « It is best, stare decisis ». — 2. La dottrina del precedente vincolante. — 3. I mali della giustizia inglese: i *Judicature Acts* 1873-1875. — 4. La riforma dei *Reports*: il *Council of Law Reporting*. — 5. All'attacco del « judge made law ». — 6. Da “oracoli del diritto” a professori. — 7. La *Oxford School of Jurisprudence* e la nascita della dottrina universitaria.

1. « *It is best, stare decisis* ».

L'epoca esatta dell'emersione della dottrina del precedente vincolante in Inghilterra è stata al centro del dibattito storiografico inglese della prima metà del Novecento: dibattito ampio e acceso, innescato da un saggio di Holdsworth apparso sulla *Law Quarterly Review* ⁽¹⁾ seguito, in maniera quasi incessante, da una serie di articoli a firma di Allen ⁽²⁾, Goodhart ⁽³⁾ e dello stesso Holdsworth ⁽⁴⁾. Quest'ultimo aveva affermato che la moderna teoria dello *stare decisis* — pur con alcune « reservations » destinate ad attenuarsi fortemente o a venire interamente meno nel secolo succes-

(1) W.S. HOLDSWORTH, *Case Law*, in « *Law Quarterly Review* », L, 1934.

(2) C.K. ALLEN, *Case Law: an Unwarrantable Intervention*, in « *Law Quarterly Review* », LI, 1935. Vedi inoltre, dello stesso autore, *Law in the Making*, Oxford, Clarendon Press, 1964, pp. 161-235.

(3) A.L. GOODHART, *Precedent in English and Continental Law*, e *Case Law: a Short Replication*, entrambi in « *Law Quarterly Review* », L, 1934.

(4) W.S. HOLDSWORTH, *Precedents in the Eighteenth Century*, in « *Law Quarterly Review* », LI, 1935. Vedi, inoltre, gli interventi di T.E. LEWIS, *The History of Judicial Precedent*, in « *Law Quarterly Review* », CLXXXII, CLXXXIII, 1930; CLXXXVII, 1931; CXC, 1932.

sivo ⁽⁵⁾ — si fosse sostanzialmente consolidata già nel corso del Settecento; Allen e Goodhart, dal canto loro, avevano ritenuto anacronistica tale asserzione, replicando che non era possibile parlare di un pieno sviluppo e di una compiuta elaborazione della dottrina in oggetto prima del XIX secolo. Benché tali critiche non possano non ritenersi fondate, nella misura in cui fanno risalire lo sviluppo della dottrina del precedente vincolante — nella sua forma e pratica moderna — a un'epoca meno risalente (nel XVIII secolo mancavano infatti, come meglio vedremo in seguito, alcune delle condizioni necessarie ad una sua piena e coerente elaborazione), va però rilevato come la seconda metà del Settecento costituisca senz'altro un momento centrale per la posizione dei fondamenti della dottrina stessa.

In un noto passo dei *Commentaries on the Laws of England*, pubblicati tra il 1765 e il 1769 ⁽⁶⁾, William Blackstone ⁽⁷⁾ afferma, in

⁽⁵⁾ Che i precedenti sono “evidence” del diritto; che i giudici, in presenza di alcune condizioni, possono discostarsene; che la “reason” a essi sottesa ne costituisce la parte vincolante; che la loro autorevolezza varia a seconda della corte da cui promanano: W.S. HOLDSWORTH, *Case Law*, cit., p. 184 ss.

⁽⁶⁾ Il primo volume nel 1765, il secondo nel 1766, il terzo e il quarto, rispettivamente, nel 1768 e 1769.

⁽⁷⁾ Sorprendentemente pochi, fino a un'epoca assai recente, gli scritti biografici dedicati a Blackstone: tra i primi, oltre alla nota biografica premessa al primo dei due volumi di *Reports*, pubblicati dopo la sua morte a opera di J. CLITHEROW, *The Biographical History of Sir William Blackstone, Reports of Cases Determined in the Several Courts of Westminster Hall, from 1746 to 1779, Preface containing Memoirs of his Life*, London, 1781; e al vittoriano, a tratti iconoclasta, G.P. MACDONNELL, *Sir William Blackstone (1723-1780)*, in « Dictionary of National Biography », 1885; D.A. LOCKMILLER, *Sir William Blackstone*, Chapel Hill, NC, 1938; e L.C. WARDEN, *The Life of Blackstone*, Charlottesville, VA, 1938. Meno risalenti i lavori di I.G. DOLITTLE, *Sir William Blackstone and his Commentaries on the Laws of England (1765-69): a biographical approach*, in « Oxford Journal of Legal Studies », III, 1983, e *William Blackstone. A Biography*, Leeds, Maney & Son Ltd., 2001; fino al recentissimo e completo studio di W. PREST, *William Blackstone. Law and Letters in the Eighteenth Century*, Oxford, University Press, 2008, il quale ha evidenziato l'assoluta carenza di fonti archivistiche in materia (cfr. il suo *Reconstructing the Blackstone Archive: or, Blundering After Blackstone*, in « Archives », XXXI, 2006). Al contrario, moltissimi sono gli studi dedicati ai *Commentaries*: si vedano per tutti, oltre al già menzionato lavoro di Dolittle, gli ormai classici W.S. HOLDSWORTH, *Some Aspects of Blackstone and his Commentaries*, in « Cambridge Law Journal », III, 1932; A.V. DICEY, *Blackstone's Commentaries*, in « Cambridge Law Journal », III, 1932; e gli atti del convegno svoltosi presso l'Università di Adelaide

quello che può essere considerato il primo chiaro riconoscimento dell'*authority* delle decisioni passate, che « it is an established rule to abide by former precedents, where the same points come again in litigation », che i giudici sono vincolati a decidere in maniera conforme ai casi precedenti nelle questioni analoghe future, e ciò « al fine di tenere la bilancia della giustizia con mano salda ed equa, e senza che essa ondeggi sotto la spinta dell'opinione di volta in volta diversa di ciascun magistrato; e, inoltre, al fine di mantenere fermi i principi giuridici solennemente stabiliti e dichiarati nelle decisioni precedenti, principi che hanno reso certo e fissato in norme permanenti ciò che prima era incerto o indifferente. Da tale regola nessun giudice può discostarsi a proprio piacimento, avendo giurato di giudicare non secondo il proprio arbitrio, ma secondo il diritto e le consuetudini del regno, e inoltre non avendo egli alcun potere di creare nuove norme ma soltanto quello di esporre e affermare quelle già esistenti » (8). Il *common law*, continua Blackstone, è infatti costituito da un coacervo di « maxims and customs » (9), massime giuridiche e consuetudini le quali sono conoscibili e la cui applicabilità può essere determinata esclusivamente dai giudici delle corti inglesi (10). Questi ultimi sono « the depositary of the laws, the living oracles », tenuti a decidere i casi sottoposti alla loro attenzione

il 14-15 dicembre 2007 (*“William Blackstone (1723-1780): Life, Thought, Influence”*), raccolti nel volume a cura di W. PREST, *Blackstone and his Commentaries. Biography, Law, History*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2009.

(8) « to keep the scale of justice even and steady, and not liable to waver with every new judge's opinion; as also because the law in that case being solemnly declared and determined, what before was uncertain, and perhaps indifferent, is now become a permanent rule, which it is not in the breast of any subsequent judge to alter or vary from, according to his private sentiments: he being sworn to determine, not according to his own private judgment, but according to the known laws and customs of the land; not delegated to pronounce a new law, but to maintain and expound the old one », W. BLACKSTONE, *The Commentaries on the Laws of England*, Oxford, Clarendon Press, 1783, vol. I, p. 69. [È mia la traduzione dall'inglese dei brani riportati nel testo e nelle note. La punteggiatura originale è stata interamente rispettata].

(9) Ivi, p. 67. L'autore continua spiegando che « they are one and the same thing. For the authority of these maxims rests entirely upon general reception and usage; and the only method of proving, that this or that maxim is a rule of the common law, is by shewing that it hath been always the custom to observe it », ivi, p. 68.

(10) « How are these maxims to be known, and by whom is their validity to be determined ? The answer is, by the judges in the several courts of justice », ivi, p. 69.

secondo « the law of the land », la cui conoscenza « deriva loro dall'esperienza, dallo studio (...) e dalla padronanza delle decisioni giudiziali di coloro che li hanno preceduti » (11).

Chiare le istanze di certezza giuridica sottese alla costruzione blackstoniana: decidere in conformità a quanto già statuito in passato rende il diritto certo e conoscibile e, soprattutto, lo sottrae all'arbitrio dei giudici, i quali non devono fare altro che dichiarare un diritto preesistente, costituito dalle consuetudini osservate da tempo immemorabile nel regno. Per l'autore dei *Commentaries*, infatti, le decisioni dei giudici non sono che la più importante e autorevole « evidence », prova, manifestazione, dell'esistenza di quel diritto consuetudinario che è il *common law* (12). L'affermazione della vincolatività del precedente da parte di Blackstone appare, dunque, chiaramente esprimere quella concezione “dichiarativa” — già affermata da Edward Coke e Matthew Hale (13) e contro la quale si sarebbero scagliati con veemenza Jeremy Bentham e John Austin —, destinata a diventare una delle più celebri *fictiones* del *common law*, secondo la quale il giudice non ricoprirebbe un ruolo creativo quanto, piuttosto, dichiarativo di un diritto teoricamente rinvenuto nella tradizione giuridica consuetudinaria preesistente, diritto che si manifesterebbe proprio nelle decisioni delle corti di giustizia (14). E tale concezione appare rafforzata dall'indicazione delle stesse cause di esclusione del ricorso alla pratica dello *stare decisis*, la quale ammette eccezione, precisa Blackstone, soltanto quando la decisione precedente sia « most evidently contrary to reason; (...) contrary to

(11) *Ibidem*.

(12) « And indeed these judicial decisions are the principal and most authoritative evidence, that can be given, of the existence of such a custom as shall form a part of the common law », e « we may take as a general rule that the decisions of courts of justice are the evidence of what is common law », ivi, rispettivamente, pp. 69, 71.

(13) Secondo M. BARBERIS, *Europa del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 99, l'enfaticizzazione da parte di Coke e Hale degli aspetti più tradizionali del diritto inglese, primo tra tutti la sua derivazione da usi e consuetudini immemorabili dichiarati nelle decisioni dei giudici, avrebbe avuto lo scopo di osteggiare il tentativo degli Stuart di importare in Inghilterra modelli giuspolitici di matrice continentale.

(14) « the laws of England, which is, general immemorial custom, or common law, from time to time declared in the decisions of the courts of justice », W. BLACKSTONE, *The Commentaries*, cit., p. 73.

the divine law; (...) manifestly absurd or unjust »⁽¹⁵⁾. Anche in tali ipotesi, infatti, il giudice del nuovo caso non crea nuovo diritto ma, al contrario, non fa che correggere una cattiva interpretazione o un errore del giudice precedente⁽¹⁶⁾: pertanto, il primo non può che dichiarare la decisione passata « not law », e non « bad law », essendo essa, a causa dell'erronea interpretazione da parte del secondo, non conforme al diritto consuetudinario del regno⁽¹⁷⁾. In conclusione, anche in tali casi il giudice non pone in essere una nuova norma ma, restituendo il diritto alla sua corretta interpretazione, rinviene e dichiara la norma idonea, esatta, già contenuta nel deposito normativo fornito dal *common law*.

In sintesi, nonostante Blackstone sia il primo a parlare dell'esistenza di una « general rule »⁽¹⁸⁾ che impone ai giudici di osservare i casi precedenti nella decisione delle questioni future, di una “regola” vera e propria non si tratta. In realtà, ci troviamo di fronte a una prima enunciazione dell'autorità del precedente evidentemente assai lontana dalla concezione moderna, enunciazione che, a ben guardare, si riduce al riconoscimento ossequioso di una pratica diffusa, ma soltanto tendenzialmente osservata. Manca, infatti, ogni indicazione di canoni certi e inequivocabili, di “norme” in senso proprio circa l'osservanza delle decisioni passate: le parole dell'insigne giurista appaiono più che altro dettate da quella reverenza nei confronti del passato e della tradizione giuridica inglese che permea l'intera sua opera. Nondimeno, non può negarsi che i *Commentaries* costituiscano il primo tentativo di definire, in quella che può essere ritenuta la prima completa trattazione teorica dei principi del *common law*, la funzione dei giudici in Inghilterra.

⁽¹⁵⁾ Ivi, pp. 69-70. Ancora: « The doctrine of the law then is this: that precedents and rules must be followed, unless flatly absurd or unjust: for though their reason be not obvious at first view, yet we owe such a deference to former times as not to suppose they acted wholly without consideration », ivi, p. 70.

⁽¹⁶⁾ « Sometimes may happen that the judge may *mistake* the law », ivi, p. 71.

⁽¹⁷⁾ « But even in such cases the subsequent judges do not pretend to make a new law, but to vindicate the old one from misrepresentation. For if it be found that the former decision is manifestly absurd or unjust, it is declared, not that such a sentence was *bad law*, but that it was *not law*; that is, that it is not the established custom of the realm, as has been erroneously determined », ivi, p. 70.

⁽¹⁸⁾ Ivi, p. 71. In un passo precedente (p. 69) aveva parlato di una « established rule ».

È proprio il passaggio dalla teoria alla prassi dei tribunali e la conseguente necessità di applicare la concezione in oggetto alla realtà dei casi concreti discussi presso le corti di Westminster a determinare un ulteriore passo in avanti nell'affermazione della regola dello *stare decisis*. Benché anche Blackstone avesse ricoperto il ruolo di giudice della Court of King's Bench nell'ultimo decennio della sua vita a partire dal 1770 ⁽¹⁹⁾, e benché fosse uno stimato, attento e coscienzioso magistrato, egli rimase sostanzialmente un accademico, un grande professore di diritto destinato a legare la sua fama ai *Commentaries*, piuttosto che alle decisioni rese in tribunale. È William Murray, nominato nel 1756 *Chief Justice* della stessa corte col titolo di Baron Mansfield ⁽²⁰⁾, grande estimatore dell'opera di Blackstone e chiaro ispiratore di alcune sue sezioni ⁽²¹⁾, a segnare, con le sue celebri sentenze, un punto di svolta nell'elaborazione della dottrina del precedente vincolante.

Lord Mansfield, destinato a ricoprire la carica di giudice supremo del King's Bench per più di trenta anni (fino al 1788) e considerato uno tra i più grandi e influenti magistrati che l'Inghilterra abbia avuto, accoglie pienamente la concezione blackstoniana, riconoscendo apertamente l'autorità dei casi precedenti e ponendola a fondamento della sua tecnica decisoria. La sua adesione è espressa in molte delle sue più note pronunzie, tra cui la decisione del caso *Rex v. Weathley*. Si tratta di un caso di frode discusso presso il King's Bench nel 1761 e riportato da James Burrow nella raccolta di *Reports* pubblicata nel 1766 ⁽²²⁾: un tale Thomas Weathly, birraio

⁽¹⁹⁾ Sull'attività di giudice di Blackstone vedi, in particolare, H.G. HANBURY, *Blackstone as a Judge*, in « American Journal of Legal History », III, 1959.

⁽²⁰⁾ La figura di Lord Mansfield è stata oggetto di moltissimi saggi e opere monografiche: si vedano, tra le principali biografie, gli ormai classici C.H.S. FIFOOT, *Lord Mansfield*, Oxford, Clarendon Press, 1936, contenente una dettagliata analisi delle decisioni del giudice; e E. HEWARD, *Lord Mansfield*, Chichester and London, Barry Rose, 1979. Più recente e ricca di nuove informazioni l'opera di J. OLDHAM, *The Mansfield Manuscripts and the Growth of English Law in the Eighteenth Century*, North Carolina, University Press, 1992.

⁽²¹⁾ Soprattutto quelle relative al diritto commerciale e al sistema di *equity*.

⁽²²⁾ « Indictment for knowingly selling Amber-Beer short of the due and just Measure », *Rex v. Wheatly*, in J. BURROW, *Reports of Cases adjudged in the Court of King's Bench Since the Time of Lord Mansfield's*, London, Worrall and Tovey, 1766, vol. II, p. 1125. Mansfield non ci ha lasciato alcuna raccolta di *Reports*: le sue decisioni sono

londinese « di cattiva fama e comprovata disonestà » era stato accusato di « aver scientemente venduto birra ambrata in misura minore di quanto pattuito a un certo Richard Webb con l'intenzione di frodarlo (...), consegnandogli sedici galloni della bevanda, e non diciotto come avrebbe dovuto, (...) al prezzo di quindici scellini (...), arrecando in tal modo grave danno all'attore (...) e alla pace e alla dignità del nostro sovrano » (23). I legali del convenuto avevano negato l'imputazione penale, obiettando che si trattava di un mero inadempimento contrattuale e citando, a supporto delle proprie argomentazioni, una serie di precedenti in materia. Lord Mansfield, dopo aver attentamente esaminato le decisioni passate indicate, accoglie l'obiezione della difesa ritenendola fondata e dichiarando che i precedenti vanno osservati in quanto provano che « il diritto in materia è chiaramente fissato e stabilito su basi fondate; ad ogni modo, qualunque sia il suo fondamento, è opportuno rispettarlo in quanto è stato precedentemente fissato e stabilito » (24). Analogamente, nel caso *Rex v. Inhabitants of Underbarrow and Bradley-Field*, una questione in materia di *settlement* (assegnazione di proprietà) discussa presso la stessa corte nel 1766, Lord Mansfield afferma senza mezzi termini che « it is best, stare decisis ». A suo avviso, spiega, « non è opportuno discostarsi dai casi precedentemente decisi, e ciò soprattutto per evitare di modificare e capovolgere pronunzie consolidate, il che produrrebbe gravi conseguenze » (25).

riportate nell'opera dei *reporters* James Burrow, Henry Cowper, Sylvester Douglas, Charles Durnford ed Edward Hyde East e, in misura minore, nelle raccolte di Thomas Leach e dello stesso Blackstone.

(23) « That Thomas Wheatly (...), Brewer, being a Person of evil Name Fame and of dishonest Conversation, and devising and intending to deceive and defraud One Richard Webb of his Moneis, (...), falsely fraudulently and deceitfully did sell and deliver (...) to the said Richard Webb 16 Gallons and no more of certain Malt Liquor commonly called Amber, FOR AND AS 18 Gallons of the same Liquor (...). And He the said Thomas Wheatly did receive of the said Richard Webb the Sum of 15 Shillings (...) for 18 Gallons (...); To the great Damage and Fraud of the said Richard Webb (...), and against the Peace of our Sovereign Lord the King his Crown and Dignity », *ibidem*.

(24) « Therefore the Law is clearly established and settled; and I think on *right* Grounds: But on whatever Grounds it might have been originally established, yet it ought to be adhered to, after it is established and settled », *ivi*, p. 1128.

(25) « For *several* reasons (...) we should not depart from the adjudged cases; but *chiefly* for the inconvenience of altering and overturning *settled* determinations. It is

Un'ulteriore affermazione in merito si rinviene in un celebre caso di stampa di libelli « sediziosi e scandalosi (...), osceni ed empî » (*Rex v. John Wilkes*) ⁽²⁶⁾ risalente al 1770, in cui l'illustre giudice, dopo aver prodotto e consultato diversi precedenti relativi a una questione formale posta dalla difesa in ordine al verdetto di condanna dell'imputato, dichiara che « è necessario tenere la stessa condotta in presenza di casi analoghi: ciò che decidiamo oggi deve essere conforme ai casi decisi in precedenza e costituirà un precedente nei casi analoghi futuri » ⁽²⁷⁾.

Completa, dunque, appare la fiducia nutrita da Lord Mansfield nella saggezza dei propri predecessori: l'osservanza delle decisioni passate sembra essere la stella polare destinata a guidare ogni sua scelta decisoria. Anche quando, dopo aver ripercorso con estrema accuratezza la catena di *authorities* nella materia di volta in volta in discussione, egli si dice incline a seguire una direzione diversa, dichiara di essere tenuto a rispettare i precedenti esistenti. Nel caso *Rex v. William Pedley*, ad esempio, caso in materia di incendio doloso risalente al 1782, egli spiega che diversi precedenti stabiliscono che l'incendio appiccato dal conduttore all'immobile del locatore non integra la fattispecie dell'incendio doloso (*arson*) e, dunque, non costituisce *felony*, essendo il conduttore in possesso del bene a seguito di un contratto pluriennale (*lease*) mentre, affinché si abbia la commissione del suddetto reato, è necessario che l'incendio venga appiccato a un bene che si trovi materialmente nel possesso di altri. Mansfield lamenta l'ingiustizia della norma, la quale sembra riconoscere un maggior interesse al bene incendiato in capo al conduttore, il quale può possederlo anche per un periodo assai

best, *stare decisis*. The Overturning settled Determinations would be of very bad Consequence: They ought not to be shaken », *Rex v. Inhabitants of Underbarrow and Bradley-Field*, in J. BURROW, *A Series of the Decisions of the Court of King's Bench upon Settlement Cases*, London, Worrall and Tovey, 1768, vol. II, p. 545.

⁽²⁶⁾ *Rex v. Wilkes*, in J. BURROW, *Reports of Cases*, cit., p. 2527 ss.

⁽²⁷⁾ « For, we must act alike in all Cases of like Nature: And what we do now, ought to be agreeable to former Precedents, and will become a Precedent in future Cases of a like Kind », *ivi*, p. 2542. Vedi, inoltre, nello stesso senso, i casi *Rex v. Shipley*, in S. DOUGLAS, *Reports of Cases argued and determined in the Court of King's Bench*, London, Stevens & Sons, 1831, vol. IV, p. 173; e *Pistol v. Sarah Rccardson*, *ivi*, vol. III, p. 366: « when by the authorities, a certain construction has been established, the Court is equally bound, in cases exactly similar, to adhere to that construction ».

limitato, piuttosto che al proprietario locatore. Cionondimeno, e anche se a malincuore, egli dichiara senza alcuna esitazione che il diritto sul punto in questione « is firmly settled » e, di conseguenza, non può essere modificato se non con l'intervento del legislatore ⁽²⁸⁾. Affermazioni simili si rinvencono nei casi *O'Neil v. Marson* e *Ingle v. Wordsworth*, entrambi discussi presso il King's Bench nel 1764 e 1762. Nel primo il direttore della prigione di Marshalsea era stato accusato di essere il responsabile della fuga di un detenuto, si era difeso invocando la causa di forza maggiore e gli avvocati, tanto dell'attore quanto del convenuto, avevano esposto le proprie difese citando a supporto ogni possibile *authority* esistente. Lord Mansfield, dopo aver ascoltato attentamente entrambe le parti e aver preso atto dell'assenza di precedenti a favore dell'imputato, dichiara, non senza riluttanza, che i casi citati dal difensore dell'attore, benché a suo avviso siano « very hard », estremamente severi, nondimeno devono essere osservati in quanto « too strong to get over », tanto fortemente consolidati da non poter non essere tenuti da conto ⁽²⁹⁾. Il secondo caso concerne, invece, una questione procedurale relativa a un'azione di *replevin* (azione diretta al recupero di un bene mobile ingiustamente sottratto al legittimo proprietario e detenuto da altri) in cui oggetto della discussione è il diritto o meno del convenuto, uscito vittorioso dall'azione, alle spese processuali. In particolare, si discute dell'ammissibilità dell'istanza in un'azione diversa da quelle previste dallo *Statute of William III*, il quale contemplava espressa-

(28) « The law is now established and settled, that if a tenant set fire to the house of his landlord, he is not guilty of Arson. The legal definition of this crime is burning the house of *another*; and it was lately determined in *Breeme's Case*, by the unanimous opinion of NINE JUDGES, that it is not felony to burn a house of which the offender is in *possession* by virtue of a *lease for years*; and this was also the title in *Holme's Case*, which is now confirmed to be good law. I very much lament that the law is so settled. (...) yet to decide that he who has so trifling an interest in a house as a year a month or a day, should not be guilty of Arson by burning it, would, in my conception, require great deliberation. But as that point of the present case, it is firmly settled, and the legislature alone can alter it », *Rex v. Pedley*, in T. LEACH, *Cases in Crown Law determined by the Court of King's Bench*, London, Butterworth, 1815, vol. I, p. 242.

(29) « But it appears that there is no Case to be found, on the Side of the Defendant. The Cases are hard: But they are too strong to be got over. (...). There is no going into the Reason of them. I doubt it is impossible to get over them », *O'Neil v. Marson*, in J. BURROW, *Reports of Cases*, cit., vol. V, p. 2814.

mente le *actions of trespass, assault, false imprisonment* ed *ejectment*, ma non quella di *replevin*: anche in tal caso Mansfield, dopo aver affermato che sarebbe stato giusto, in nome della « natural justice », assegnare al convenuto il diritto alle spese, è costretto ad ammettere che « the matter is too fully settled to be now gone into », che la materia è pienamente consolidata e, dunque, non c'è alcun margine per poter indagare e valutare la *ratio* della norma stessa ⁽³⁰⁾.

Tale fedele adesione all'autorità dei casi precedenti da parte del grande giurista trova la sua ragione nella necessità di assicurare ai consociati la certezza del diritto. Il ragionamento di Lord Mansfield alla base delle pronunzie da lui rese in tribunale è espresso con chiarezza nel caso *Whitfield v. Lord Le Despencer et al.*, risalente al 1776. Oggetto della questione è l'esperibilità di un'azione penale contro il direttore generale di un ufficio postale in cui un impiegato, addetto allo smistamento della corrispondenza, si era appropriato di una banconota inserita in una missiva affidata all'ufficio affinché fosse recapitata secondo le indicazioni del mittente. In particolare, una volta accertata la commissione del reato da parte dell'impiegato, la discussione verteva sulla configurabilità della responsabilità personale in capo al direttore sia in quanto a capo dell'ufficio postale, sia in quanto in rapporto di principale-subordinato rispetto all'impiegato colpevole. Lord Mansfield, dopo aver esaminato i precedenti in materia, ritenne che nessuna azione fosse esperibile contro il direttore dell'ufficio postale: fino al 1699, anno della decisione del fondamentale caso *Lane v. Cotton*, mai nessuna azione di questo tipo era infatti mai stata posta in essere; e tale decisione, in cui si affermava che non potesse essere intentata alcuna azione contro il direttore generale di un ufficio postale per il fatto causato da negligenza o colpa di un sottoposto ⁽³¹⁾, costituiva « a solemn

⁽³⁰⁾ *Ingle v. Wordsworth*, ivi, vol. III, p. 1284. Vedi, inoltre, i casi *Swan v. Broome*: « we are very sorry to find ourselves obliged to reverse a common recovery upon such an objection to it; and we have struggled hard to try if it could, by any legal means, be supported. But, notwithstanding our inclinations to support it, we can not help declaring our opinion that, in point of law, this judgment is erroneous and ought to be reversed », ivi, p. 1602; e *Doe d. Baynton v. Wotton*: « The authorities, I am afraid, are too strong to get over », in H. COWPER, *Reports of Cases adjudged in the Court of King's Bench*, London, Strahan, 1800, vol. I, p. 189.

⁽³¹⁾ « In the year 1699 (...) a solemn judgment was given, that an action on the

judicial decision » mai posta in discussione negli anni a seguire e dunque, a suo avviso, un'« authority by which the court is bound », un precedente assolutamente vincolante ⁽³²⁾. La ragione della convinzione circa la vincolatività del caso menzionato, chiaramente esposta a conclusione dell'opinione resa da Mansfield, è costituita dal fatto che « il paese l'ha ritenuta una decisione definitiva (...), gli avvocati l'hanno annotata come tale, il Parlamento e il popolo ne hanno preso atto, ogni soggetto che a partire da quel momento ha inviato una missiva ne è stato consapevole; al tempo stesso, i molti atti legislativi da allora emanati al fine di regolamentare e migliorare i servizi postali (...) hanno a loro volta riconosciuto, non disciplinando specificamente il punto in oggetto, la validità della decisione. Da allora le poste sono state derubate centinaia di volte, ma nessuna azione del genere è stata esperita. (...). Tale solenne decisione non è mai stata capovolta, il che pone la questione al di sopra di ogni discussione » ⁽³³⁾. Il caso precedente citato è, dunque, assolutamente imprescindibile e vincolante per i giudici tenuti a decidere la nuova questione non soltanto in quanto mai posto in discussione per quasi cento anni, ma perché su tale decisione riposa l'affidamento dei consociati e, dunque, le loro aspettative e la loro condotta.

A ben vedere, sono proprio le stesse istanze di certezza giuridica a imporre, talvolta, la necessità di conciliare il principio — teorico — del rigido ossequio dell'*authority* delle decisioni precedenti con la realtà — pratica — dei casi concreti occorsi in tribunale.

case would *not* lie against the Post-master General, for a loss in the office by the negligence or fault of his servant », *Whitfield v. Lord Le Despencer et al.*, ivi, p. 766.

⁽³²⁾ « The authority of Lane v. Cotton (...) was decisive for the defendants, having remained unquestioned and uncontroverted from the year 1699 (...). The case Lane v. Cotton (...) is an authority by which the court is bound. It is a solemn judicial decision, and has stood uncontroverted for near a century », ivi, p. 758.

⁽³³⁾ « The nation understood it to be a judgment (...); the bar have taken notice of it as a judgment; the parliament and the people have taken notice of it, every man who has sent a letter since has taken notice of it; many acts of parliament for the regulation and improvement of the Post-office, and other purposes relative to it, have passed since, which by their silence have recognised it. The mail has been robbed a hundred times since, and no action whatever has been brought (...). If there could have been any doubt therefore before the determination of Lane v. Cotton, the solemn judgment in that case having stood uncontroverted ever since, puts the matter beyond dispute. Therefore, we are clearly of opinion that the action will not lie », ivi, p. 766.

Tale tensione tra teoria e prassi è evidente nel caso *Robinson v. Bland*, un caso in materia debitoria risalente al 1760. Lord Mansfield, dopo aver inizialmente distinto tra debiti di gioco, il recupero dei quali mediante azione in giudizio è proibito dal diritto statutario, e debiti derivanti da prestito, per ottenere il pagamento dei quali il creditore è legittimato a intentare un'*action of assumpsit*, pone la questione degli interessi maturati sulla somma dovuta dal debitore. «La regola generale è sempre stata», egli afferma, «quella di calcolare gli interessi spettanti al creditore fino al momento della proposizione dell'azione da parte di quest'ultimo»; eppure tale norma gli appare del tutto «unreasonable», in quanto non consente al creditore, di fatto, di recuperare quanto effettivamente gli spetta, e cioè gli interessi calcolati fino al momento del giudizio⁽³⁴⁾. Così Mansfield, dopo aver consultato gli altri giudici presenti e aver confrontato l'operato delle corti di *common law* con quello della Court of Chancery, dichiara che la materia in esame «is not founded in law, but upon a mistake», non si fonda sul diritto quanto, piuttosto, su un'erronea interpretazione dello stesso⁽³⁵⁾. La soluzione da lui adottata «in justice» — ma si potrebbe quasi dire *in equity* — gli consente di “correggere” l'errore derivante dall'estensione analogica all'*assumpsit* di quanto previsto per il caso dell'azione di *trespass*⁽³⁶⁾. Egli conclude giustificando la propria posizione, del tutto contraria a tale estensione analogica, in tal modo:

⁽³⁴⁾ «The only question remaining is, what interest he is entitled to receive. I find the general rule has been, upon all contracts carrying interest, to stop interest, the day that the writ is sued out. This is certainly unreasonable; for the party can never have (by this rule) what he is entitled to, due interest. (...) Interest (...) should be paid down to the last act which the Court has done to ascertain the sum. (...) I think, in this case, the interest must be carried down to this time (...); but I am glad of an opportunity to have this matter settled», *Robinson v. Bland*, in W. BLACKSTONE, *Reports of Cases*, cit., vol. I, p. 260.

⁽³⁵⁾ «The Court of Chancery has, in these matters of interest, a *concurrent* jurisdiction with Courts of law (...). It would be absurd, that two concurrent jurisdictions should be different in their principles; (...). Chancery, they always compute down to the time of the last act done by the Court», *ivi*, pp. 261-263.

⁽³⁶⁾ «The mistake (...) arises from the officer's looking upon an action of *assumpsit* as merely an action of *trespass*: and as in common actions of *trespass*, damages are only recovered to the day of suing the writ, therefore they computed in the same manner here», *ivi*, p. 264.

« quando una decisione erronea su cui si basino diritti di proprietà si è consolidata e ha messo radici, i giudici sono tenuti a osservarla finché il legislatore non ritenga opportuno modificarla: in caso contrario, la nuova decisione produrrebbe effetti retroattivi andando a minare diritti già acquisiti. Ma l'emendare norme procedurali non produce tali biasimevoli effetti: di conseguenza, queste ultime possono essere senz'altro modificate in tutti i casi in cui siano assurde o sconvenienti »⁽³⁷⁾. Mansfield non intende, dunque, sovvertire le decisioni di chi lo ha preceduto. Al tempo stesso, facendo propria la concezione blackstoniana in base alla quale il giudice non è tenuto a osservare le decisioni passate assurde o ingiuste ma ha il dovere, discostandosene, di restituire il diritto alla sua corretta interpretazione, sente di dover rimediare all'ingiustizia della norma esistente emendando una pratica giuridica la quale gli appare fondata non sul diritto ma, appunto, su un'erronea interpretazione dello stesso da parte dei giudici precedenti. Egli sente, dunque, la necessità di conformarsi, in caso di precedenti « absurd or inconvenient », a una *ratio* più vera, più giusta e più aderente alle esigenze derivanti dalla realtà dei casi concreti, ristabilendo, in tal modo, l'equilibrio tra ossequio della tradizione da un lato, e rispetto della *reason*, fondamento del *common law*, dall'altro. Va infine notato come tale operazione gli consenta di inserire nella decisione quell'elemento equitativo che tanta parte avrebbe avuto nell'elaborazione e nello sviluppo del diritto di proprietà e, soprattutto, — benché nessuna branca giuridica appaia essersi sottratta all'influenza dell'insigne magistrato — del diritto commerciale, probabilmente il maggiore contributo di Lord Mansfield al diritto inglese.

La necessità di adeguare il *common law* — pur nel rispetto delle *authorities* passate — alle nuove istanze economico-sociali del tempo è ancor più evidente nel caso *Barwell v. Brooks* trattato presso il King's Bench nel 1784. La questione in discussione — la possibilità di una donna sposata di essere citata in giudizio per un debito

(37) « Where an error is established and has taken root, upon which any rule of property depends, it ought to be adhered to by the Judges, till the Legislature thinks proper to alter it: lest the new determination should have a retrospect, and shake many questions already settled: but the reforming erroneous points of practice can have no such bad consequences; and therefore they may be altered at pleasure, when found to be absurd or inconvenient », *ibidem*.

contratto in costanza di matrimonio — appare immediatamente obsoleta e ormai anacronistica agli occhi di Mansfield. « La regola generale esclude la responsabilità contrattuale della donna maritata », egli afferma, ma « poiché i costumi della società si modificano nel tempo, il diritto deve adeguarvisi »⁽³⁸⁾. Ma come operare la necessaria conciliazione tra ossequio del *precedent* e nuove pressanti esigenze poste dai casi concreti nella prassi quotidiana dei tribunali? Attraverso l'“invenzione” del concetto di *ratio decidendi*. Nel caso *Fisher v. Prince*, una questione di *trover* (azione diretta al risarcimento dei danni subiti da un soggetto a seguito della sottrazione di un bene mobile) risalente al 1762, i precedenti citati dall'attore per negare che i beni debbano essere depositati presso la corte non sono ritenuti in alcun modo vincolanti da Mansfield, il quale solennemente dichiara che « the reason and spirit of cases make law, not the letter of particular precedents », che il diritto deriva dalla *ratio* sottesa ai singoli casi, e non certo dalle circostanze particolari proprie di ciascuno di essi⁽³⁹⁾. Analogamente, in un caso di bancarotta fraudolenta (*Rust et al. v. Cooper*) trattato presso il King's Bench nel 1777, Lord Mansfield rifiuta di aderire ai precedenti citati in supporto dell'inammissibilità dell'azione di *trover* intentata dall'attore per il risarcimento dei danni derivanti dalla sottrazione fraudolenta dei beni ai creditori, affermando che, sebbene non esistano casi analoghi ad avvalorare l'ammissibilità dell'azione, la sottrazione fraudolenta di beni è nulla e l'atto con il quale è stata posta in essere è invalido in quanto « the law does not consist in particular cases; but in general principles, which run through the

(38) « The question is, whether a married woman can be sued for a debt of her own contract? The general principle of law is against her liability. But quicquid agant homines is the business of the Courts, and as the usages of society alter, the law must adapt itself to the various situations of mankind », *Barwell v. Brooks*, in S. DOUGLAS, *Reports of Cases*, cit., vol. III, p. 371. Ma vedi anche un caso di *lease* discusso nel 1777, in cui Mansfield, dopo aver esaminato la catena di precedenti in materia, dichiara: « I have arranged all the cases that have been determined in Westminster Hall in order of time; and when I come to state them, you will be surprised to see they stand so little in the way, as *binding* authorities, against justice, reason and common sense. (...) they are themselves so many contradictions », *Pugh v. Duke of Leeds*, in H. COWPER, *Reports of Cases*, cit., vol. II, p. 714.

(39) *Fisher v. Prince*, in J. BURROW, *Reports of Cases*, cit., vol. III, pp. 1363-1364.

cases, and govern the decision of them »⁽⁴⁰⁾. Fino a dichiarare, nel celebre caso *Jones v. Randall*, avente ad oggetto un'azione di *assumpsit* (azione nascente dall'inadempimento contrattuale) risalente al 1774, che « il contratto stipulato dalle parti non è contrario al diritto statutario; e non esiste alcun precedente che lo definisca illegale. (...) Ciononostante, si può decidere che lo sia in base ai principi del diritto. Il diritto inglese sarebbe davvero uno strano diritto se si basasse esclusivamente sui precedenti giudiziari. Essi servono soltanto a illustrare con certezza i principi a essi sottesi. E il *common law*, il quale non comprende il diritto fissato dagli *statutes*, si fonda proprio su tali principi sottesi alle decisioni dei tribunali »⁽⁴¹⁾. Proprio tali principi logico-giuridici, rinvenibili attraverso l'attività interpretativa del giudice, gli consentono di evitare di rendere il precedente un dogma incontrovertibile, da applicare passivamente e “meccanicamente”, garantendogli — attraverso il ricorso al proprio potere discrezionale — la possibilità di sottrarsi all'autorità di decisioni passate ormai anacronistiche. « Sarebbe davvero strano », conclude infatti Mansfield, « se, dopo un tale incremento di traffici, commerci e attività, fosse necessario risalire ai tempi di Riccardo I alla ricerca di un precedente in cui rinvenire il diritto »⁽⁴²⁾.

Tale atteggiamento, il quale permetteva al giudice di mantenere l'equilibrio tra *authority* dei *precedents* da un lato e *principles*

⁽⁴⁰⁾ *Rust v. Cooper*, in H. COWPER, *Reports of Cases*, cit., vol. II, p. 632. Vedi, inoltre, nello stesso senso, *Rex v. Charles Bembridge*, in S. DOUGLAS, *Reports of Cases*, cit., vol. III, p. 332: « The law does not consist of particular cases, but of general principles, which are illustrated and explained by these cases ».

⁽⁴¹⁾ « the contract is against no positive law: It is admitted too, that there is no case which says it is illegal: But it is argued, and rightly, that notwithstanding it is not prohibited by any positive law, nor adjudged illegal by any precedents, yet it may be decided to be so upon principles; and the law of *England* would be a strange science indeed if it were decided upon precedents only. Precedents serve to illustrate principles, and to give them a fixed certainty. But the law of *England*, which is exclusive of positive law, enacted by statute, depends upon principles; and these principles run through all the cases according as the particular circumstances of each have been found to fall within the one or other of them », *Jones v. Randall*, in H. COWPER, *Reports of Cases*, cit., vol. I, p. 39.

⁽⁴²⁾ « It would be strange if, after so large an increase of commerce, art and circumstances accruing, we must go to the time of Richard I to find a case and see what is law », *ivi*, p. 40.

dall'altro, tra tradizione e *reason*, gli valse — nonostante la sua estrema popolarità — non poche gelosie in vita e più di una critica di incoerenza da parte dei posteri. Ma tale attitudine nasceva dalla necessità di conciliare teoria — la concezione teorica di matrice blackstoniana — e prassi in presenza delle nuove e pressanti istanze provenienti dalla società (specie riguardo al diritto di famiglia e alla proprietà) e, soprattutto, dal mondo dei traffici e del commercio⁽⁴³⁾. Era necessario “adattare” il bagaglio giuridico tradizionale ai nuovi bisogni del mercato, approntare strumenti contrattuali agili, prevedere garanzie efficaci: tale scopo poteva essere assolto soltanto facendo un uso intelligente delle decisioni passate, ponendosi in modo “dialettico” e pragmatico rispetto alla tradizione. D'altra parte, e benché le pronunzie di Mansfield costituiscano senza alcun dubbio un importante tassello nella storia dell'emersione della dottrina del precedente vincolante, una teoria in senso proprio all'epoca ancora non esisteva: l'osservanza delle decisioni passate costituiva una pratica diffusa, ma una pratica fondata su alcune enunciazioni di principio, e non certo su un insieme di regole precise e precostituite. Di più: si trattava di una pratica che ammetteva, come abbiamo visto, diverse eccezioni dettate da considerazioni di opportunità e convenienza. Bisognerà attendere il 1834, anno della pubblicazione del trattato *The Science of Legal Judgment* di James Ram (1793-1870)⁽⁴⁴⁾, per la prima compiuta teorizzazione della regola dello *stare decisis*.

2. *La dottrina del precedente vincolante.*

« A case decided is called a precedent; and is an authority, which, under many circumstances, binds a court to make the same decision in a future similar case »⁽⁴⁵⁾: così Ram enuncia la dottrina

⁽⁴³⁾ C.H.S. FIFOOT, *Lord Mansfield*, cit., p. 13, ha sottolineato che tra il 1690 e il 1750 furono riportati ben centotrentasei casi in materia di *negotiable instruments* e quarantotto in materia di *marine insurance*.

⁽⁴⁴⁾ J. RAM, *The Science of Legal Judgment. A Treatise designed to show the materials whereof, and the process by which, the Courts of Westminster Hall construct their Judgments and adapted to practical and general Use in the Discussion, and Determination of Questions of Law*, London, Maxwell, 1834.

⁽⁴⁵⁾ Ivi, p. 197.

in base alla quale la decisione di un caso precedente costituisce un'*authority* ed è, dunque, vincolante per i giudici dei casi analoghi futuri. Il mutamento di prospettiva rispetto alle posizioni finora illustrate è evidente fin dal capitolo introduttivo del trattato, in cui l'autore dichiara, senza mezzi termini, che i giudizi dei tribunali sono, insieme allo *statute law* posto in essere dal Parlamento inglese e al diritto romano applicato dalla Court of Chancery, dalle Ecclesiastical Courts e dalla Court of Admiralty, una delle fonti del diritto inglese ⁽⁴⁶⁾. È errato, a suo avviso, affermare che i giudici “dichiarano” e non “creano” il diritto: la decisione di una corte costituisce un corpo unitario derivante dalla fusione di « certain materials » (come, ad esempio, il diritto statutario, le consuetudini, le massime, la *reason*, il diritto naturale, il diritto romano-canonico, le norme procedurali, le *opinions*, i casi precedenti), i quali fanno tutti parte del *common law*; e, se è vero che tali materiali, singolarmente considerati, non sono certamente creati dal giudice ma preesistono alla sua attività interpretativa, il coacervo normativo che da essa deriva è senz'altro opera e “creazione” dello stesso. In tal senso, dunque, « a judgment is creative of law » ⁽⁴⁷⁾. L'abbandono della teoria dichiarativa risulta ancor più chiaramente dalla notazione con la quale, nell'ambito dello stesso discorso, Ram afferma esplicitamente che la decisione dei magistrati dei tribunali di Westminster « is law, although the materials are ill chosen or improperly applied » ⁽⁴⁸⁾, è fonte di diritto e, quindi, deve essere osservata dai giudici dei casi analoghi futuri (che non possono, né devono discostarsene così come prevedeva la concezione blackstoniana), anche qualora essa sia erronea o inopportuna. Fino a quando non sia stato

⁽⁴⁶⁾ « There are three kinds of legislation, by which the laws of England are made. (...) A third manner of making law is, to wait for facts that shall occasion a lawsuit; on which facts, when the suit arises, a court of law gives judgment; a judgment that is constructed of certain materials which are law, and is when delivered part of the law of the land », *ivi*, pp. 17-18.

⁽⁴⁷⁾ « When, with reference to the Courts of Westminster Hall, it is said “the judges are to declare law, not to make the law”, “*jus dicere et non jus dare*”, the proposition is not (...) correct. A court, when it constructs a judgment, forms it of certain materials, which are law; those materials the court does not make, and so far the judgment is not creative of law. But the judgment or body, into which the materials are wrought, is law; (...) a judgment is creative of law », *ivi*, pp. 18-19.

⁽⁴⁸⁾ *Ibidem*.

espressamente revocato, infatti, e benché possa essere « shocking », « extraordinary » o, addirittura, parzialmente contrario al dettato di una norma statutaria, « the case is law » (49).

Il riconoscimento da parte di Ram di un sostanziale “potere legislativo” alle corti centrali londinesi è seguito da una descrizione dettagliata delle “regole” che lo disciplinano e che il giudice è tenuto a osservare nell’assolvimento delle sue funzioni. Innanzitutto, l’autore distingue la maggiore o minore autorità dei casi precedenti in base alle corti di provenienza: peso maggiore è senz’altro riconosciuto alle decisioni della House of Lords, mentre subito dopo vengono, per autorevolezza, le pronunzie rese dalle corti centrali di Westminster (50). Ram distingue poi i precedenti a seconda che la decisione sia stata presa all’unanimità e che ne sia indicata o meno la *ratio decidendi*. Ancora, distingue l’ipotesi dell’esistenza di una singola decisione precedente da quella in cui le decisioni passate sono due o più (e per questo più autorevoli), fino al caso della presenza di « a strong and uniform train of decisions », una serie di precedenti concordi, i quali determinano la formazione di una vera e propria prassi giurisprudenziale, la quale si pone come strettamente vincolante per i giudici dei casi analoghi futuri (51). L’autorità dei precedenti, attraverso l’enucleazione di una vera e propria disciplina “di dettaglio”, è graduata non soltanto in base al numero delle decisioni, ma anche alla durata della loro osservanza, al loro grado di uniformità, all’autorevolezza e al prestigio dei giudici che le hanno pronunziate (52). Seguono ulteriori “norme” concernenti le

(49) « so long as a judgment, which a Court of Westminster Hall has delivered, stands unreversed, the case is law, although it is a “shocking decision”, or is an “extraordinary” case, or “has produced considerable mischief”, and “ought not to have been decided as it was”, or even has the effect partly to repeal an Act of Parliament » , *ivi*, p. 19.

(50) « Among the principal authorities in law are decided cases, namely, cases decided by the House of Lords, or by a Court of Westminster Hall sitting in bank, or at nisi prius. These different decisions, however, do not bear the same value », *ivi*, p.47. Ancora, in uno dei capitoli conclusivi del trattato, Ram afferma che « generally speaking, a judgment given by the House of Lords is of greater authority, than is a judgment given by a Court of Westminster Hall », *ivi*, p. 253.

(51) « the doctrine being settled, or the point closed, it is to be adhered to », *ivi*, pp. 229-230.

(52) *Ivi*, pp. 196 ss., 308 ss.

ipotesi di precedenti discordanti, contraddittori, contrari a « reason and common experience » (gli unici da cui ci si possa discostare con certezza), fondati sull'errore di diritto o su un'*authority* "debole", oppure produttivi di ingiustizia sostanziale ⁽⁵³⁾, tutte esemplificate da casi occorsi in tribunale e dall'opinione resa in materia dai più illustri giudici del tempo.

La ragione per cui Ram sottolinea il carattere "normativo" delle decisioni passate è — in quella che può essere considerata la prima esplicita enunciazione della dottrina del precedente vincolante — ancora una volta la garanzia della certezza giuridica ⁽⁵⁴⁾. Fin dalle prime pagine del trattato, egli aveva affermato che soltanto un atto del Parlamento può modificare una decisione passata: una volta che un precedente si sia consolidato, infatti, le corti sono tenute a osservarlo per evitare di introdurre un elemento di incertezza nell'ordinamento ⁽⁵⁵⁾. Ram dichiara espressamente che tre sono le ragioni per cui è opportuno rifarsi ai precedenti nella risoluzione dei casi futuri: « la certezza del diritto, (...) l'uniformità delle pronunzie dei tribunali, (...) e la probabilità che sulle decisioni passate si fondino stipulazioni successive » ⁽⁵⁶⁾, ragioni tutte riconducibili a nient'altro che alla certezza giuridica. Qualora si tratti poi di decisioni particolarmente autorevoli o perché consolidate da lungo tempo (più di trenta anni è il tempo richiesto dalla "contabilità normativa" dell'autore), o per una delle altre ragioni sopra enunciate, le corti sono « obliged », vincolate a osservarle anche nel caso in cui le pronunzie siano contrarie a una norma statutaria: « those decisions the courts may regret, but cannot overthrow » ⁽⁵⁷⁾. L'unica

⁽⁵³⁾ Ivi, pp. 215-216.

⁽⁵⁴⁾ « A chief object at which, in constructing their judgments, the court attentively look is, certainty in the law », ivi, p. 24.

⁽⁵⁵⁾ « the Courts of Westminster Hall may not be able to overturn, or even to shake it, and on the contrary may be bound to follow and establish it; and the force of an Act of Parliament may be required to root it out of the law of the land », ivi, p. 19.

⁽⁵⁶⁾ « A reason, constantly adverted to as a ground on which to adhere to a former decision is, the importance of certainty in the law. Another reason is, the great importance that there should be a uniformity of decision in the different courts of Westminster Hall. A third reason is, the probability that many transactions have taken place upon the footing of the former decision », ivi, p. 202. Ancora, a p. 231: « A ground of such adherence is, the inconvenience of uncertainty in the law ».

⁽⁵⁷⁾ « So great is the force of decisions which have taken place during a long

ipotesi in cui i tribunali possono prendere le distanze da un caso precedente — ipotesi in cui è chiaramente ravvisabile una forma embrionale dell'attuale regola del *distinguishing* — è quella in cui i giudici, dopo aver attentamente valutato la decisione o le decisioni passate in materia, affermino che il caso presente è “diverso”, “si distingue” dai precedenti e, pertanto, non può essere disciplinato in maniera analoga ⁽⁵⁸⁾.

Il mutamento di prospettiva rispetto all'*authority* del precedente, emerso chiaramente nel trattato di Ram, è testimoniato da alcune celebri pronunzie coeve. « Il nostro sistema di Common Law consiste nell'applicare a nuove fattispecie le regole di diritto che deriviamo dai principi giuridici e dai precedenti giudiziari; e, nell'interesse dell'uniformità, della coerenza e della certezza del diritto, siamo tenuti ad applicare tali regole, a meno che esse non appaiano chiaramente irrazionali e inopportune, a tutti i casi che si presentano; e non siamo liberi di disattenderle, e di rifiutare la loro applicazione analogica ai casi a cui non sono state ancora giudizialmente applicate, quando non le riteniamo così opportune e razionali come quelle che noi stessi avremmo potuto rinvenire. Mi sembra di estrema importanza osservare tale principio nella decisione dei casi, non soltanto in vista della definizione delle fattispecie concrete, ma nell'interesse della scienza giuridica stessa » ⁽⁵⁹⁾: così il giudice Parke

period, as thirty years, or have otherwise become well established, that, although those decisions are a departure from an act of Parliament, the courts are obliged to follow them, notwithstanding their effect is, to an extent, to repeal the act », *ivi*, p. 238. Vedi, inoltre, p. 248: « When, by the course of time, or otherwise, a case decided become settled law, the courts cannot reverse it ».

⁽⁵⁸⁾ « When it is desirable to withhold a present case from coming within the range of settled, but objectable law, a way to accomplish this desire, and a mode, which it may often be the duty of the court to adopt is, to distinguish the present case from the former case, or out of the rule or doctrine that constitutes the settled law, wished to be avoided », *ivi*, p. 249.

⁽⁵⁹⁾ « Our comon-law system consists in the applying to new combinations of circumstances those rules of law which we derive from legal principles and judicial precedents; and for the sake of attaining uniformity, consistency and certainty, we must apply those rules, where they are not plainly unreasonable and inconvenient to all cases which arises; and we are not at liberty to reject them, and to abandon all analogy to them, in those to which they have not yet been judicially applied, because we think that the rules are not as convenient and reasonable as we ourselves could have devised. It appears to me to be of great importance to keep this principle of decision steadily in view, not

(membro del *Judicial Commettee* del Privy Council dal 1833 e *Baron* della Court of Exchequer dal 1834 al 1856) nel caso *Mirehouse v. Rennel*, un caso in materia di *advowson* (il diritto di proporre un soggetto per un beneficio ecclesiastico resosi vacante) discusso presso la House of Lords nel 1833, sanzionava ufficialmente la dottrina del precedente vincolante. Le affermazioni dell'illustre magistrato, contenute in un passo destinato a essere immediatamente e generalmente accolto quale *locus classicus* dell'enunciazione della regola dello *stare decisis*, sono state ritenute dagli studiosi, pur nella consapevolezza dell'inesistenza di un momento preciso in cui si possa ravvisare l'esatta "data di nascita" della moderna dottrina, fondamentali ai fini della sua chiarificazione ed enucleazione teorica ⁽⁶⁰⁾. Nello stesso giro di anni Lord Tenderden (*Chief Justice* della Court of King's Bench dal 1818) dichiarava, nel caso *Selby v. Bardons*, una questione di *replevin* (azione intentata allo scopo di riottenere il possesso di un bene ingiustamente detenuto da altri) trattata presso il King's Bench nel 1832, che « the decisions of our predecessors, the Judges of former times, ought to be followed and adopted, unless we can see very clearly that they are erroneous, for otherwise there will be no certainty in the administration of the law », è necessario seguire e adottare le decisioni emanate dai giudici in passato, pena l'incertezza del diritto, salvo il caso in cui esse siano manifestamente erranee ⁽⁶¹⁾.

Ma è nella seconda metà del secolo che si assiste alla "consacrazione" della dottrina del precedente vincolante: è la decisione del caso *Beamish v. Beamish*, emanata nel 1861 dalla House of Lords, a rappresentare un vero e proprio punto di svolta in materia. Oggetto della questione la validità o meno di un matrimonio in assenza di un celebrante che avesse preso gli ordini sacri, questione in cui la corte, essendo i *Lords* equamente divisi rispetto alla decisione da prendere,

merely for the determination of the particular case, but for the interests of law as science », *Mirehouse v. Rennel*, in C. CLARK, W. FINNELLY, *Reports of Cases heard and decided in the House of Lords*, London, Clarke, 1835, vol. I, p. 546.

⁽⁶⁰⁾ Così, C.K. ALLEN, *Law in the Making*, cit., pp. 232-233; e J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, London, Butterworths, 1979, pp. 173-174.

⁽⁶¹⁾ *Selby v. Bardons*, in R.V. BARNEWALL, J.L. ADOLPHUS, *Reports of Cases argued and determined in the Court of King's Bench*, London, Saunders & Benning, 1833, vol. III, p. 17.

si era pronunciata per l'invalidità delle nozze in base alla regola che per revocare un precedente (nel caso di specie, la decisione della stessa corte *Rex v. Millis* del 1844) fosse necessaria la maggioranza dei voti degli astanti. Lord Campbell, allora Cancelliere del regno e presidente della corte, dichiarò che la House of Lords fosse sempre tenuta a rispettare i propri precedenti, « essendo le sue pronunzie vincolanti per tutte le corti inferiori e tutti i sudditi del regno; diversamente, se le sue decisioni non fossero state vincolanti anche per i suoi giudici, la corte si sarebbe arrogata la facoltà di modificare il diritto, e di legiferare grazie alla propria autorità » (62). Il significato della pronunzia — la quale sarebbe stata confermata nel caso *London Tramways Co. v. London County Council* del 1898 — appare in tutta la sua importanza se si considera che fino alla fine degli anni venti del secolo le decisioni della House of Lords non erano tenute in gran conto dai membri della *legal profession* in quanto esse, non motivate, erano rese dai pari del regno (dunque, giudici laici e non di professione), spesso influenzati da motivazioni meramente politiche. Significativo è il fatto che, fino alla fine del XVIII secolo, non esistessero raccolte di casi decisi dalla Camera Alta, la cui giurisdizione appariva come ammantata di un'aura misteriosa e quasi sacrale (63). A partire dagli anni venti dell'Ottocento, la corte introdusse una serie di modifiche procedurali che condussero alla professionalizzazione dei suoi giudici (64): le questioni iniziarono a

(62) « The law laid down as your *ratio decidendi*, being clearly binding on all inferior tribunals, and on all the rest of the Queen's subjects, if it were not considered as equally binding on your Lordships, this House would be arrogating itself the right of altering the law, and legislating by its own separate authority », *Beamish v. Beamish*, in C. CLARK, W. FINNELLY, *House of Lords Cases on Appeals and Writ of Error, Claims of Peerage and Divorces during the Sessions 1847-1866*, London, Spettigue & Ferrance, 1849-66, vol. IX, p. 273.

(63) Nel 1698 Sir Bartholomew Shower aveva dato alle stampe, in modo anonimo, alcuni resoconti di casi decisi dalla House of Lords (*Cases in Parliament resolved and adjudged upon Petitions and Writs of Error*) ma i Pari ritennero la compilazione un oltraggio alla corte. Ciò impedì la pubblicazione di *Reports* relativi alla giurisprudenza della Camera Alta per circa un secolo, fino ai *Reports of Cases upon Appeals and Writs of Error determined in the High Court of Parliament* di Brown editi nel 1784.

(64) Cfr., in proposito, le osservazioni di J. EVANS, *Change in the Doctrine of Precedent during the Nineteenth century*, in *Precedent in Law*, a cura di L. Goldstein, Oxford, Clarendon Press, 1987, pp. 48-51. Per un più approfondito studio sulla storia

essere decise da un piccolo gruppo di pari presieduto da un giudice di professione (lo stesso Cancelliere o un altro *Deputy Speaker* allo scopo delegato), fu poi stabilito che il presidente fosse coadiuvato da altri due magistrati finché, negli anni trenta, almeno sette togati facevano normalmente parte della corte, mentre nel 1844 i pari furono definitivamente esclusi dalle decisioni in materia giuridica. La House of Lords assunse, dunque, intorno alla metà del secolo, anche grazie ad alcune ulteriori celebri pronunzie⁽⁶⁵⁾, la funzione di giudice supremo del paese. E proprio il riconoscimento da parte di tale supremo organo giudicante, nel caso *Beamish v. Beamish*, della vincolatività dei propri precedenti non soltanto per i suoi stessi giudici ma anche per le altre corti del regno, costituisce la prima esplicita affermazione della nozione che le decisioni di una corte di grado superiore sono strettamente vincolanti per i giudici delle corti inferiori. Tale pronunzia, dunque, non soltanto testimonia il definitivo mutamento di prospettiva e di mentalità in relazione al peso e al valore delle decisioni passate, ma anche lo sviluppo e il mutamento dei rapporti tra le diverse corti inglesi, rapporti che si sarebbero definitivamente precisati soltanto negli anni settanta del secolo, a seguito dell'emanazione dei *Judicature Acts*.

3. *I mali della giustizia inglese: i Judicature Acts 1873-1875.*

La dottrina del precedente vincolante non avrebbe potuto trovare concreta e compiuta attuazione senza la generale riforma e riorganizzazione del sistema giudiziario inglese degli anni 1873-1875, riforma destinata a ridisegnare le funzioni delle diverse corti e a modificare i rapporti tra esse intercorrenti⁽⁶⁶⁾. In realtà, se è vero

della House of Lords tra XIX e XX secolo, vedi R. STEVENS, *Law and Politics: The House of Lords as a Judicial Body, 1800-1976*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1979.

⁽⁶⁵⁾ Vedi, per tutti, *Perry v. Whitehead*, in cui Lord Eldon, a capo della Court of Chancery per circa trenta anni (1801-1827), già nel 1801 affermava che « una norma giuridica posta dalla House of Lords non può essere revocata dal Cancelliere (...) e rimane in vigore a meno che non intervenga la stessa House of Lords a modificarla », *Perry v. Whitehead*, in F. VESEY JR., *Cases argued and determined in the High Court of Chancery*, London, Butterworth, 1817, vol. VI, p. 544.

⁽⁶⁶⁾ Più ampiamente, sui *Judicature Acts*, W.S. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, London, Sweet & Maxwell, 1927, vol. I, pp. 634-650, vol. XV, pp. 128-138;

che i *Judicature Acts* rappresentano il momento culminante di un processo che avrebbe rivoluzionato tanto l'ordinamento giudiziario quanto il sistema procedurale, il mutamento ebbe luogo, a partire dagli anni trenta del secolo, gradualmente e attraverso diverse fasi caratterizzate dall'emanazione di una profusione di atti legislativi: l'*Uniformity Process Act* del 1832, i tre *Common Law Procedure Acts* del 1852, 1854 e 1860, i *Chancery Practice Amendment Acts* del 1850, 1852, 1858 e 1860 e, infine, a più di quaranta anni dal primo provvedimento, i *Judicature Acts* del 1873 e 1875.

È stato osservato che la riforma del sistema giudiziario e processuale non fu né ispirata né voluta dai membri della *legal profession*, ma che ebbe luogo, piuttosto, “a dispetto” di essi (67). Lo sviluppo dell'industria e del commercio, l'incremento della popolazione e delle ricchezze provenienti dall'immenso impero coloniale inglese avevano reso gran parte del diritto vigente, sviluppatosi attraverso la sedimentazione nel tempo di rimedi intorno alle originarie *forms of action* medievali, ormai obsoleto e bisognoso di riforma: e la riforma era richiesta a gran voce, dalle colonne dei principali periodici dell'epoca, da un'opinione pubblica sempre più informata e partecipe. Se il *Times*, il *London Spectator* o l'*Edinburgh Review* (68) tuonavano contro gli abusi del sistema giudiziario e contro coloro che ne erano ritenuti i responsabili — la ristretta e

A.H. MANCHESTER, *Law Reform in England and Wales 1840-80*, in « Acta Juridica », 1977 e, più di recente, P. POLDEN, *The Judicature Acts*, in *The Oxford History of the Laws of England, 1820-1914*, a cura di W., Cornisch, J.S. Anderson, R. Cocks, M. Lobban, P. Polden, K. Smith, Oxford, University Press, 2010, vol. XI, p. 757 ss. Il carattere rivoluzionario dei provvedimenti, gli ideali che li animarono, ma anche le promesse non mantenute dalla riforma, sono state oggetto di un accurato studio di J.L.H. JACOB, *The Reform of Civil Procedural Law and Other Essays in Civil Procedure*, London, Sweet & Maxwell, 1982, pp. 301-321.

(67) Ivi, pp. 206-207. Sulla prima fase della riforma vedi W.S. HOLDSWORTH, *The Movement for Reforms in the Law (1793-1832)*, *The Principal Pioneers of Law Reform*, e *Brougham's Speech of 1828*, tutti in « Law Quarterly Review », LVI, 1940; E.R. SUNDERLAND, *The English Struggle for Procedural Reforms*, in « Harvard Law Review », XXXIX, 1925-26; e C.S.C. BOWEN, *Progress in the Administration of Justice during the Victorian Period*, in *Select Essays in Anglo-American Legal History*, a cura di E. Freund, W.E. Mikell, Boston, Little, Brown & Co., vol. I, 1907.

(68) Ma anche la *Westminster Review*, la *Saturday Review* e l'*Illustrated London News*. Sulle campagne di stampa dei principali periodici dell'epoca, ivi, p. 729 ss.

potente casta dei giudici e degli avvocati —, la penna di Charles Dickens tratteggiava un potente quanto deprimente ritratto della giustizia inglese del tempo denunciandone le iniquità. L'autore, in una celebre e indimenticabile pagina del romanzo *Casa Desolata*, pubblicato tra il 1852 e il 1853, descrivendo con pungente ironia la « Corte di Giustizia del Gran Cancelliere », immersa in una fitta coltre di nebbia e « in uno stato di brancolamento e confusione », i cui membri erano « nebulosamente impegnati in una delle mille fasi di una causa interminabile, a sgambettarsi a vicenda su scivolosi precedenti, a brancolare immersi fino al ginocchio nei tecnicismi, a picchiare contro muraglie di parole con la fronte cinta di peli di capra e di crini, dandosi un'aria di equità come tanti attori », rivolgeva un atto d'accusa non soltanto nei confronti della Chancery, « perfetta per gli avvocati, ma fonte d'infelicità per le vittime », ma del sistema giudiziario tutto ⁽⁶⁹⁾.

Le campagne di stampa, l'attività e le pubblicazioni della *Law Amendment Society*, istituita nel 1844, e, più tardi, della *National Association for the Promotion of Social Science* fondata da Lord Brougham nel 1857, recavano l'influenza del pensiero di Jeremy Bentham e dei suoi seguaci (tra cui lo stesso Brougham), pensiero che avrebbe avuto — come meglio vedremo in seguito — un impatto profondo e duraturo nel campo della riforma del diritto e, in particolare, dell'amministrazione della giustizia ⁽⁷⁰⁾. Al contrario di quanti, conservatori membri della *legal profession*, avevano continuato a tessere le lodi del sistema giudiziario inglese, Bentham ne

⁽⁶⁹⁾ « Questa è la Corte di Giustizia del Lord Cancelliere, che ha case in rovina e terre inaridite in ogni contea; che ha un mentecatto esausto in ogni manicomio e un morto in ogni cimitero; che ha un litigante rovinato, dalle scarpe malridotte e dal vestito frusto, in giro a far debiti e a elemosinare tra i conoscenti; che dà ai danarosi potenti abbondanti mezzi per abusare del diritto; che esaurisce così le finanze, la pazienza, il coraggio, la speranza; sconvolge i cervelli e infrange i cuori; e non c'è uomo onesto tra i suoi professionisti che non darebbe — e spesso non dà — questo consiglio: "Soffrite qualsiasi torto, ma non venite qui!" », C. DICKENS, *Casa Desolata*, trad. it. di E. Capriolo, Torino, Einaudi, 1995, pp. 7-9.

⁽⁷⁰⁾ Sull'influenza di Bentham sulle riforme inglesi del XIX secolo vedi in particolare, tra i molti lavori esistenti, J.F. DILLON, *Bentham's Influence in the Reforms of the Nineteenth Century*, in *Select Essays*, cit.; e J. ZAGDAY, *Bentham on Civil Procedure*, in *Jeremy Bentham and the Law*, a cura di J.W. Keeton, G. Schwarzenberger, London, Stevens, 1948.

aveva infatti denunciato con veemenza le mancanze e le incongruenze, definendolo « a fathomless and boundless chaos, made up of fiction, tautology, technicality and inconsistency », un impenetrabile e sconfinato caos normativo fatto di artifici, tautologie, cavilli e contraddizioni destinati ad incrementare i ritardi nell'amministrazione della giustizia o, addirittura, a impedirne il corso ⁽⁷¹⁾. Nonostante i suoi caustici e irriverenti interventi non conducessero, nella pratica, ad alcuna materiale emanazione di un codice di diritto processuale, essi ebbero l'importante effetto di richiamare l'attenzione dei giuristi sulle mancanze e sui difetti del vigente sistema procedurale tanto di *common law* che di *equity* e di porre la questione della riforma del diritto e della sua amministrazione all'ordine del giorno.

Fu Henry Brougham a inaugurare, attraverso un celebre discorso tenuto nel 1828 presso la House of Commons, il movimento riformatore del sistema giudiziario. Dopo aver illustrato — pare, parlando ininterrottamente per più di sei ore — le principali disfunzioni dell'organizzazione delle corti e della procedura da esse seguita, egli propose la nomina di una commissione incaricata di riferire ufficialmente sullo stato della giustizia inglese ⁽⁷²⁾. Una prima commissione, deputata ad indagare lo stato del funzionamento delle corti di *common law*, produsse, tra il 1829 e il 1834, sei rapporti. Due ulteriori commissioni, nominate nel 1850 — l'una allo scopo di riferire sul sistema procedurale delle corti centrali di Westminster, l'altra su quello proprio della Court of Chancery — stilarono tre ulteriori rapporti (1851, 1852-53 e 1860), i quali avrebbero costituito le basi dei *Common Law Procedure Acts* del 1852, 1854 e 1860 e dei *Chancery Practice Amendment Acts* del 1850, 1852, 1858 e 1860. Esito principale di tali provvedimenti legislativi fu l'inizio di un graduale processo di unificazione dei due sistemi, originariamente distinti, del *common law* e dell'*equity*, il primo amministrato dalle corti di Westminster fin dal XII secolo, il secondo sviluppatosi in

⁽⁷¹⁾ J. BENTHAM, *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, in *The Collected Works of Jeremy Bentham*, a cura di J.H. Burns e H.L.A. Hart, London, The Athlone Press, 1977, vol. I, p. 189.

⁽⁷²⁾ Più ampiamente, sul discorso di Brougham, W.S. HOLDSWORTH, *The Movement for Reforms*, cit., p. 340.

seno alla Chancery a partire dal XV secolo proprio per far fronte alle lacune del primo (73). L'originaria completa separazione tra i due complessi normativi dava luogo a molteplici inconvenienti: si trattava, infatti, di due sistemi giuridici indipendenti i quali, caratterizzati da propri e distinti principi, modalità, procedure e rimedi, non erano soltanto diversi e rivali, ma assai spesso in aperta contraddizione tra loro. Ampie categorie di diritti, ignorate dalle corti di *common law*, ad esempio, ricevevano tutela dalla Chancery; talvolta, invece, diritti teoricamente riconosciuti dalle prime venivano tutelati dalla seconda a causa dell'esasperato tecnicismo delle *forms of action* — le formule necessarie ad azionare il processo innanzi ai tribunali di *common law* —, che spesso finiva con l'imbrigliare l'azione stessa delle corti di Westminster. Noto è il rimedio equitativo dell'ingiunzione (*injunction*) attraverso la quale la Chancery poteva paralizzare, anche per anni, l'*iter* processuale di un caso innanzi a una delle corti di *common law*, mentre alcune questioni incidentali sorte nell'ambito di un processo pendente innanzi alla Court of Chancery — ma anche il semplice riconoscimento dei danni alla parte lesa — richiedevano il necessario intervento di una delle corti di Westminster. Frequenti erano poi i conflitti di giurisdizione: i limiti della sfera giurisdizionale di ciascun tribunale erano a tal punto incerti e controversi che spesso una stessa azione era presentata sia *in equity* che *in law*, e ciò dava luogo a lungaggini processuali (74) e a costi esorbitanti e, non di rado, a decisioni contraddittorie o a situazioni paradossali in cui, soltanto dopo lunghi anni di dispendiose udienze, le parti in lite si accorgevano di aver adito erroneamente una corte piuttosto che l'altra (75). Il tutto esasperato dalla presenza di mol-

(73) Sulla riforma della Chancery cfr. M. LOBBAN, *Preparing for Fusion: Reforming the Nineteenth-Century Court of Chancery, Part II*, in « Law and History Review », XXII, 2004.

(74) Secondo i dati riportati da C.S.C. BOWEN, *Progress in the Administration of Justice*, cit., p. 523, più di trecento casi erano in attesa di giudizio presso la Court of King's Bench agli inizi del 1837 e ottocentocinquantanove presso la Chancery nel 1839.

(75) « L'Equità rimanda le questioni alla Legge, la Legge le rimanda all'Equità; la Legge scopre che non può far questo, l'Equità trova che non può far quello; né l'una né l'altra possono far nulla senza che questo procuratore prepari l'istruzione e quell'avvocato compaia per A, quel procuratore prepari l'istruzione e questo avvocato compaia per B, e così via per tutto l'alfabeto come in un abbecedario. E in questo modo, per anni

teplici altre corti, sorte in tempi diversi e sviluppatesi del tutto separatamente, tra cui la Court of Admiralty e le Ecclesiastical Courts — sostituite, queste ultime, tra il 1857 e il 1858, dalla Court of Probate e dalla Court for Divorce and Matrimonial Causes ⁽⁷⁶⁾ —, ciascuna delle quali seguiva forme procedurali diverse, sistemi probatori diversi, e perfino una diversa terminologia (il medesimo atto recava normalmente un nome diverso a seconda del tribunale in cui veniva posto in essere).

La riforma del sistema giudiziario e procedurale subì una netta e decisa accelerazione con la nomina, nel 1867, di una *Royal Judicial Commission*: tale ultima commissione, istituita « allo scopo di indagare sul funzionamento e sull'efficienza » dei diversi tribunali e, in particolare, « sugli effetti della presente separazione e distinzione della loro giurisdizione » ⁽⁷⁷⁾, avrebbe prodotto, nel 1868 e 1869, i due rapporti destinati a rivoluzionare e ricostruire interamente il sistema delle corti inglesi. Il graduale avvicinamento di *equity* e *common law* ad opera dei *Common Law Procedure Acts* non era stato, infatti, in grado di garantire il completo ed efficiente funzionamento della macchina giudiziaria, ancora appesantita, nonostante gli accorgimenti procedurali introdotti dai diversi provvedimenti legislativi susseguitisi tra il 1850 e il 1860, dalla persistente separazione dei tribunali. Nelle osservazioni introduttive al *First Report* del 1868, i Commissari lamentavano che, nonostante in alcuni casi fosse

e anni, per vite e vite, ciascuno prosegue ricominciando sempre da capo per non finire mai », C. DICKENS, *Casa Desolata*, cit., p. 97.

⁽⁷⁶⁾ A quest'ultima venne affidata la competenza in materia di divorzio, fino ad allora ottenibile soltanto via parlamentare.

⁽⁷⁷⁾ « Whereas We have deemed it expedient for divers good causes and considerations that a Commission should forthwith issue to inquire into the operation and effect of the present constitution of Our High Court of Chancery of England, Our Superior Courts of Common Law at Westminster, Our Central Criminal Court, Our High Court of Admiralty of England, the Admiralty Courts of Our Cinque Ports, Our Courts of Probate and of Divorce of England, the Courts of Common Pleas of Our Counties Palatine of Lancaster and of Durham respectively, and the Courts of Error and of Appeal from all the said several Courts, (...) and into the operation and effect of the present separation and division of jurisdictions between the said several Courts », *Judicature Commission, First Report of the Commissioners presented to both Houses of Parliament by Command of Her Majesty, Parliamentary Papers 1868-1869*, London, Eyre & Spottiswoode, 1869, pp. 3-4.

stato riconosciuto alla Chancery il potere di decidere le questioni incidentali e quello di assegnare i danni alle parti senza dover più ricorrere alle corti di *common law*, nonostante fosse stato ammesso al suo interno il ricorso alla giuria (tratto distintivo della procedura *in law*), e fosse stato viceversa riconosciuto alle corti di *common law* il potere di utilizzare l'*injunction* (strumento tipico della Chancery), tali innovazioni trovavano applicazione soltanto in modo assai limitato e restrittivo. Pertanto, la parziale riforma del sistema non era riuscita a eliminare le interferenze e i conflitti tra le corti: in conclusione, i principali mali della giustizia inglese erano stati soltanto mitigati ma non estirpati ⁽⁷⁸⁾. La Commissione, dunque, entro nove mesi dall'investitura, si proponeva « di individuare i cambiamenti e le miglorie da apportare al sistema (...) in modo da rendere l'amministrazione della giustizia rapida, economica e soddisfacente » ⁽⁷⁹⁾.

Fu subito chiaro ai nuovi commissari che un'efficace riforma e correzione del sistema giudiziario avrebbe potuto aversi soltanto attraverso l'unificazione delle diverse magistrature del regno in un'unica corte suprema investita della funzione potere di giudicare

(78) « In consequence of these Reports several acts of Parliament have been passed for the purpose of carrying out to a limited extent the recommendations of the Commissioners. By virtue of these Acts the Court of Chancery is now, not only empowered, but bound to decide for itself all questions of Common Law without having recourse, as formerly, to the aid of the Common Law Courts, whether such questions arise incidentally in the course of the suit, or constitute the foundation of a suit, in which a more effectual remedy is sought for the violation of a common law right or a better protection against its violation than can be had at Common Law. The Court is further empowered (...) in certain cases to award damages for breaches of contract or wrongs as at Common Law; and Trial by Jury, — the great distinctive feature of the Common Law, — has recently, for the first time, been introduced into the Court of Chancery. On the other hand, (...) a limited power has been conferred on Courts of Common Law to grant injunctions (...). The alterations (...) have no doubt introduced considerable improvements into the procedure both of the Common Law and Equity Courts, but (...) would at best have mitigated but not removed the most prominent of those evils. (...) Much therefore of the old mischief still remains, notwithstanding the changes which have been introduced », *ivi*, pp. 6-7.

(79) « to ascertain whether any and what changes and improvements (...) may be advantageously made as to provide for the more speedy, economical, and satisfactory dispatch of the judicial business now transacted by the same Courts », *ivi*, p. 4.

con pieni poteri tanto in materia di *common law* che di *equity* ⁽⁸⁰⁾. Tale soluzione avrebbe posto fine, una volta per tutte, ai conflitti e alla sovrapposizione di giurisdizione tra i diversi tribunali ⁽⁸¹⁾. Appariva, inoltre, necessario procedere a una semplificazione del sistema procedurale vigente al fine di garantire l'uniformità e la celerità della trattazione dei casi: ciò sarebbe stato possibile soltanto "fondendo" il carattere conciso delle più semplici e brevi tra le *forms of action* di *common law* — le quali, numerosissime e ipertecniche, andavano abolite — con l'assenza di tecnicismo e la chiarezza espositiva tipiche, invece, delle dichiarazioni *in equity* ⁽⁸²⁾. *Last but not least*, il sistema degli appelli, assai complesso, farraginoso e inefficiente, anch'esso condizionato dalla divisione tra *common law* ed *equity*, doveva essere completamente riformato. Secondo il sistema vigente, infatti, mentre nelle corti di *common law* le decisioni della giuria sulle questioni di fatto erano sostanzialmente inappellabili, le pronunzie finali (dunque, in fatto e diritto) del Common Pleas, del King's Bench e dell'Exchequer potevano essere impugnate, soltanto in caso di errore di fatto o di diritto, innanzi alla Court of Exchequer Chamber e, successivamente, alla House of Lords. Avverso le sentenze della Court of Chancery, invece, era ammissibile un ricorso ordinario in appello alla Court of Appeal in Chancery o, a scelta delle parti, alla House of Lords. Quest'ultima era inoltre competente a decidere gli appelli promossi contro i giudizi della Court of Appeal in Chancery. Le decisioni della Court

⁽⁸⁰⁾ « We are of opinion that the defects above adverted to cannot be completely remedied by any mere transfer or blending of jurisdiction between the Courts as at present constituted; and that the first step towards meeting and surmounting the evils complained of will be the consolidation of all the Superior Courts of Law and Equity, together with the Courts of Probate, Divorce and Admiralty, into one Court, to be called "Her Majesty's Supreme Court", in which Court shall be vested all the jurisdiction which is not exercisable by each and all the Courts so consolidated », *ivi*, p. 9.

⁽⁸¹⁾ « This consolidation would at once put an end to all conflicts of jurisdiction. No suitor could be defeated because he commenced his suit in the wrong Court, and sending the suitor from equity to law or from law to equity, to begin his suit over again in order to obtain redress, will be no longer possible », *ibidem*.

⁽⁸²⁾ « The best system would be one, which combined the comparatively brevity of the simpler forms of Common Law pleading with the principle of stating, intelligibly and not technically, the substance of the facts relied upon as constituting the plaintiff's or the defendant's case, as distinguished from his evidence », *ivi*, p. 11.

of Probate e della Court for Divorce and Matrimonial Causes dovevano essere impugnate direttamente innanzi alla House of Lords, mentre il *Judicial Committee* del Privy Council era competente a rivedere le pronunzie della Court of Admiralty. Tutti i tribunali d'appello erano costituiti dai medesimi magistrati delle corti di primo grado: la Court of Exchequer Chamber era formata da tutti i giudici, in composizione diversa a seconda delle materie da trattare, delle corti di *common law*; la Court of Appeal in Chancery dai giudici della stessa Chancery distinti in due ulteriori sub-corti, una costituita dal solo *Lord Chancellor*, l'altra da tutti gli altri membri della Chancery; la House of Lords era, infine, soltanto parzialmente costituita, almeno fino alla metà dell'Ottocento, da giudici togati. Tale organizzazione dei tribunali d'appello dava luogo a notevoli inconvenienti e lungaggini processuali, non avendo i giudici delle diverse corti, normalmente impegnati nelle udienze di primo grado, la possibilità di dedicare se non un tempo assai limitato alla giurisdizione d'appello. Il Cancelliere, inoltre (ma lo stesso problema riguardava, in parte, anche i membri della House of Lords), non poteva giudicare in appello durante le sessioni del Parlamento: di conseguenza, durante tale periodo, la Court of Appeal in Chancery rimaneva operativa per non più di due giorni alla settimana. La procedura e i tempi della giustizia d'appello erano, infine, assai disomogenei: nell'ambito della giurisdizione di *equity*, cinque anni era il termine per impugnare una decisione innanzi alla Court of Appeal in Chancery e due innanzi alla House of Lords; il sistema di *common law* prevedeva, invece, sei anni per adire tanto l'Exchequer Chamber, che la Camera Alta. Al tempo stesso, i costi per le parti in lite erano altissimi. *Rebus sic stantibus*, i commissari raccomandarono che si procedesse alla trasformazione del sistema vigente in uno più semplice e uniforme, proponendo l'abolizione dei tribunali di secondo grado esistenti — tanto di *common law* che di *equity* — e la loro sostituzione da parte di un'unica corte d'appello; al tempo stesso, i commissari proposero che la House of Lords conservasse il ruolo di giudice di ultima istanza del regno ⁽⁸³⁾.

⁽⁸³⁾ « For these various and discordant systems of appeal we recommend the substitution of the scheme embodied in the following suggestions: we propose that in the place of the Court of Exchequer Chamber, and of the Court of Appeal in

I suggerimenti della *Royal Judicial Commission* furono integralmente recepiti dai *Supreme Court of Judicature Acts*, il primo emanato nel 1873 ed entrato in vigore nel 1875, il secondo — contenente una serie di emendamenti al primo — emanato nel 1875⁽⁸⁴⁾. I due provvedimenti legislativi, infatti, facendo propri i risultati dei due rapporti stilati dalla commissione d'inchiesta, abolirono la doppia giurisdizione di *common law* ed *equity* istituendo una Supreme Court of Judicature in cui venivano fuse tutte le corti preesistenti e a cui veniva attribuita una competenza giurisdizionale unitaria comprendente entrambi i sistemi giuridici⁽⁸⁵⁾. Più in particolare, la Supreme Court era costituita da una High Court of Justice, la quale veniva ad assorbire la competenza in materia civile e penale delle preesistenti corti centrali di *common law* (il Common Pleas, il King's Bench e l'Exchequer), di *equity* (la Chancery) e di una serie di altre corti minori (tra cui la Court of Probate, la Court for Divorce and Matrimonial Causes, la Court of Admiralty e la Central Criminal Court o Old Bailey)⁽⁸⁶⁾ e che era distinta in cinque sezioni dotate tutte della stessa competenza (dunque, sia *in law* che *in equity*), ma specializzate per materia: la Chancery Division, la Probate, Divorce and Admiralty Division, la Queen's Bench Division, la Common Pleas Division e l'Exchequer Division (le ultime tre furono poi

Chancery, both which Courts, as now constituted, would cease to exist, there should be established, as a part of the Supreme Court, a Court of Appeal (...). In the meantime, we recommend that there should be a right to appeal to the House of Lords », *ivi*, pp. 23-24.

⁽⁸⁴⁾ *Supreme Court of Judicature Act 1873, 36 & 37 Victoria*; e *Supreme Court of Judicature Act 1873, 38 & 39 Victoria*. Un'utile sintesi dei contenuti dei due atti legislativi è fornita da J.F. STEPHEN, *The Supreme Court of Judicature Acts 1873, 1874, and 1875, consolidated*, London, Stevens & Sons, 1875.

⁽⁸⁵⁾ *Supreme Court of Judicature Act 1873, 36 & 37 Victoria*, *cit.*, cap. LXVI, § 3, pp. 1-2, § 16, p. 7, § 24, pp. 12-14. In caso di conflitto tra *common law* ed *equity* si stabilì che dovesse prevalere l'*equity* (*ivi*, § 25, p. 16).

⁽⁸⁶⁾ *Ibidem*. L'High Court assommava in sé anche la competenza delle Courts of Common Pleas di Lancaster e Durham e delle corti penali itineranti e, inoltre, la giurisdizione di appello per i ricorsi avverso le sentenze emanate dalle corti di *petty* e *quarter sessions* e dalle *county courts* (giurisdizione che sarà in gran parte trasferita dall'*Administration of Justice (Appeal) Act* alla Court of Appeal nel 1934). Rimasero escluse la London Court of Bankruptcy fino al 1883, e le Chancery Courts delle contee di Lancaster e Durham fino al *Courts Act* del 1971.

inglobate in un'unica Queen's Bench Division nel 1881) ⁽⁸⁷⁾. I provvedimenti del 1873-75 istituirono, inoltre, sempre nell'ambito della Supreme Court, un'unica Court of Appeal, in cui si assommavano le competenze di tutte le corti di secondo grado fino ad allora esistenti e che era pertanto competente a conoscere, a mezzo di una procedura rapida (il termine per ricorrere in appello era ridotto a sei mesi), uniforme e semplificata, tanto la materia di *equity* che di *common law* ⁽⁸⁸⁾, ovvero a decidere tutti gli appelli aventi ad oggetto le pronunzie di ciascuna *division* della High Court in materia civile ⁽⁸⁹⁾. Al di sopra della Supreme Court la House of Lords (o meglio, l'*Appellate Committee* della Camera Alta) competente a decidere, sempre per la materia civile e dietro presentazione di una semplice richiesta o *petition*, le sentenze emanate dalla Court of Appeal, salvo il caso di decisioni c.d. *final*, definitive ⁽⁹⁰⁾. La materia degli appelli sarebbe stata poi precisata da un ulteriore atto legislativo, l'*Appellate Jurisdiction Act* del 1876, il quale avrebbe fissato lo schema definitivo della giurisdizione di ultima istanza, affidata alla House of Lords e al *Judicial Committee* del Privy

⁽⁸⁷⁾ Ivi, § 4, p. 2, § 31, pp. 19-23. A seguito del *Courts Act* del 1971, le tre divisioni odierne sono la Chancery Division, la Queen's Bench Division e la Family Division.

⁽⁸⁸⁾ « In every civil cause or matter commenced in the High Court of Justice law and equity shall be administered by the High Court of Justice and the Court of Appeal respectively », ivi, § 24, pp. 12-14. L'adesione ai suggerimenti dei commissari è evidente nell'ultimo articolo del paragrafo: « The High Court of Justice and the Court of Appeal respectively, in the exercise of the jurisdiction vested in them by this Act in every cause or matter pending before them respectively, shall have power to grant, and shall grant, either absolutely or on such reasonable terms and conditions as to them shall seem just, all such remedies whatsoever as any of the parties thereto may appear to be entitled to in respect of any and every legal or equitable claim properly brought forward by them respectively in such cause or matter; so that, as far as possible, all matters so in controversy between the said parties respectively may be completely and finally determined, and all multiplicity of legal proceedings concerning any of such matters avoided », ivi, p. 14.

⁽⁸⁹⁾ Ivi, § 4, p. 2, § 6, p. 3, § 18, p. 8, § 19, p. 9. Gli appelli in materia penale erano di competenza della Court of Crown Cases Reserved istituita nel 1848, abolita nel 1907 e sostituita dalla Court of Criminal Appeal, a sua volta trasformata in Criminal Division della Court of Appeal nel 1966.

⁽⁹⁰⁾ La competenza in materia penale, relativa alle sentenze della Court of Criminal Appeal, verrà acquisita nel 1907.

Council ⁽⁹¹⁾. I *Judicature Acts* diedero vita, infine, a un nuovo e uniforme sistema procedurale che unificava e semplificava il rito previsto *in law* e *in equity* liberandolo dall'esperato tecnicismo delle rigide, oscure e antiquate *forms of action*, le quali furono abolite e sostituite da una sorta di "atto di citazione" unico, il c.d. *writ of summons* ⁽⁹²⁾.

Un sistema di tribunali ordinato, unitario, caratterizzato dall'esistenza di una procedura uniforme e, soprattutto, gerarchizzato quale quello introdotto dai *Supreme Court of Judicature Acts*, in cui chiare e definite erano l'estensione e i limiti della sfera giurisdizionale delle diverse corti — sistema destinato a rimanere sostanzialmente invariato, nonostante alcuni successivi sviluppi ed emendamenti, fino ai giorni nostri ⁽⁹³⁾ — rendeva chiaramente indispensabile una graduazione precisa dell'autorità delle loro pronunzie. Se, infatti, prima della riforma del sistema giudiziario i tribunali centrali di Westminster e la Chancery erano stati, come abbiamo visto, assai spesso in competizione e in conflitto tra loro in ordine alla competenza nelle diverse materie, i *Judicature Acts* ponevano fine allo stato caotico e confusionario dell'amministrazione della giustizia attraverso l'unificazione delle corti esistenti in un unico tribunale competente tanto in materia di *common law* che di *equity*. Al tempo stesso, semplificavano una volta per tutte il complesso sistema degli appelli, istituendo un'unica corte di secondo grado e fissando, in maniera definitiva, una chiara e rigida gerarchia tra corti di prima e seconda istanza e, di conseguenza, una precisa graduazione dell'importanza delle loro pronunzie. Prima della riforma e della costruzione di tale ordinato sistema giurisdizionale, l'enucleazione di regole certe e definite in ordine all'autorità delle decisioni precedenti dei diversi tribunali non sarebbe stata possibile: la riforma si poneva, pertanto, quale tassello indispensabile al fine della compiuta elaborazione della dottrina dello *stare decisis*.

⁽⁹¹⁾ Competente per gli appelli provenienti dalle colonie, per quelli in materia di diritto ecclesiastico, di *letters patent* e concernenti gli interessi della Corona.

⁽⁹²⁾ *Supreme Court of Judicature Act 1873*, 36 & 37 *Victoria*, cit., *Schedule*, §§ 1-8, pp. 48-49.

⁽⁹³⁾ Le regole processuali fissate dai *Judicature Acts* sarebbero state parzialmente emendate nel 1883, 1925, 1935, 1937, e 1944 e rifulse, a più di novanta anni dalla loro emanazione, nelle nuove *Rules of the Supreme Court* emanate nel 1965.

4. *La riforma dei Reports: il Council of Law Reporting* ⁽⁹⁴⁾.

Ulteriore requisito indispensabile all'affermazione della *binding force* delle decisioni passate e, dunque, alla definitiva teorizzazione della dottrina del precedente vincolante, il perfezionamento e la standardizzazione dei *Reports*, le raccolte di casi giudiziari discussi presso le corti centrali di Westminster ⁽⁹⁵⁾. Tali raccolte, compilate a partire dalla fine del XIII secolo da studenti di diritto, praticanti, avvocati e giudici a fini didascalici e, al tempo stesso, pratico-processuali, prima in forma anonima e secondo un ordine cronologico annuale (i c.d. *Year Books*), poi — a partire dal XVI secolo — con l'indicazione del nome del *reporter* (i c.d. *Private* o *Named Reports*), venivano originariamente redatte privatamente, a scopo didascalico e pratico, per uso personale, senza alcuna ufficialità e, almeno fino alla seconda metà del XVI secolo, senza alcun intento di pubblicazione. Ciò determinò una totale assenza di uniformità e una grandissima varietà stilistica e contenutistica, e diede vita — almeno fino all'avvento e alla diffusione della stampa in Inghilterra — alla proliferazione di numerosissimi testi qualitativamente molto diversi gli uni dagli altri e spesso totalmente inaffidabili circa la loro paternità e correttezza testuale. In via generale, è possibile dire che, tra il XVI e il XVIII secolo, esistevano tre diverse categorie di *Reports*: una dozzina di testi di riconosciuta qualità e autorevolezza, opera di giuristi di fama (tra cui Coke, Plowden, Dyer e Croke); un nutrito gruppo di raccolte di scarso valore (tra cui quelle di Barnar-

⁽⁹⁴⁾ Preziosa, per la redazione di questo paragrafo, la disponibilità del Segretario del *Council*, Mr. Kevin Laws, il quale, rispondendo pazientemente alle mie numerose domande, mi ha permesso di consultare presso la sede londinese i volumi inediti dei registri ufficiali del *Council* relativi agli anni 1863-1865. A lui e al suo staff vanno i miei più sentiti ringraziamenti.

⁽⁹⁵⁾ Più ampiamente, sulla storia del *law reporting* dal XIII al XX secolo, i classici W.S. HOLDSWORTH, *A History*, cit., vol. II, pp. 525-556, vol. V, pp. 355-374, vol. VI, pp. 551-574, vol. XII, pp. 102-146, vol. XIII, pp. 424-444, vol. XIV, pp. 249-275; H. VAN VECHTEN VEEDER, *The English Reports, 1292-1865*, in « Harvard Law Review », I, 1901; e P.H. WINFIELD, *The Chief Sources of English Legal History*, Harvard, University Press, 1925, pp. 145-199. Vedi, inoltre, J.H. BAKER, *An Introduction*, cit., pp. 151-158; C.K. ALLEN, *Law in the Making*, cit., pp. 222-235; J.P. DAWSON, *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, The University of Michigan Law School, 1967, pp. 64-99; e, più di recente, P. POLDEN, *The Education of Lawyers*, in *The Oxford History*, cit., vol. XI, pp. 1211-1222.

diston, Atkyns, Siderfin, Ambler ed Espinasse), notoriamente erronee e inaffidabili; e una serie piuttosto numerosa di compilazioni di qualità intermedia (tra cui, per citare solo le più note, l'opera di Bulstrode, Strange e Blackstone). La stessa introduzione della stampa avrebbe contribuito, inizialmente, a complicare lo stato dei *Reports*: essa determinò, infatti, la frequente immissione sul mercato da parte di stampatori senza scrupolo di edizioni "pirata" delle principali raccolte, in genere pubblicate postume e, di conseguenza, prive di ogni revisione e autorizzazione da parte degli autori. Altre volte la qualità delle raccolte venne resa ancora peggiore da traduzioni improvvisate ed erronee dal *law-french* (lingua adoperata nelle corti di *common law* fino al 1731), all'inglese.

Ne risultò una gran mole di « flying reports » dalla dubbia paternità, « contenenti errori talmente grossolani da incentivare piuttosto che estinguere le liti »⁽⁹⁶⁾. Per tali ragioni Sir Harbottle Grimstone, nella sua prefazione al terzo volume dei *Reports* di Sir George Croke, pubblicato nel 1657, avrebbe definito « infelix lolium et steriles avenae » la « moltitudine di svolazzanti reports, i cui autori sono tanto incerti quanto l'epoca della loro redazione, e in cui le motivazioni delle decisioni sono tanto oscure quanto coloro che le hanno pronunziate ». Tali raccolte, « essendo stati spesso abusati e invocati i nomi celebri e onorati dei nostri saggi e dotti magistrati per assicurare una paternità illustre a testi indigesti frutto di plagio », avrebbero avuto, a suo avviso, il duplice effetto di trarre in inganno gli studenti di diritto e, al tempo stesso, di generare disprezzo per il *common law*⁽⁹⁷⁾. Soltanto col tempo la diffusione della stampa

⁽⁹⁶⁾ « These late and flying reports, most of them being incerti temporis and of late published, not by the authors themselves (who were well known to be profoundly learned), nor yet by them during their lives fitted and prepared for the press, but after their deaths, thus published by others, yet not known by whom, having not named themselves, and these reports not without many gross mistaking in them, whereby they do rather cherish than extinguish law suits », E. BULSTRODE, *The Reports of Cases and Matters in the Law given in the Court of King's Bench, Preface*, London, Rawlins, Roycroft and Flesher, 1688.

⁽⁹⁷⁾ « A multitude of flying reports (whose authors were as uncertain as the times when taken, and the causes and reasons of the judgments as obscure, as by whom judged) have of late surreptitiously crept forth. We have been entertained with barren and unwanted products, *infelix lolium et steriles avenae*, which not only tends to the depraving of the first grounds and reason of our students at the Common Law and the

avrebbe dato luogo a un notevole miglioramento qualitativo dei *Reports*, permettendo la circolazione di raccolte sempre più uniformi, complete, accurate, affidabili e accessibili. Il che avrebbe agevolato il reperimento e la citazione dei casi passati e facilitato, di conseguenza, l'utilizzo delle compilazioni come fonte di *authority* e, per tale via, lo sviluppo della dottrina del precedente vincolante.

Se il giudice Holt, ancora agli inizi del XVIII secolo, inveiva sdegnato contro gli esistenti « scrambling reports », *Reports* talmente ingarbugliati e di cattiva qualità da rischiare di far apparire i *common lawyers* ai posteri « a parcel of blockheads », una massa di imbecilli ⁽⁹⁸⁾; se lo stesso Blackstone deplorava nei *Commentaries* i resoconti di casi redatti a partire dal regno di Enrico VIII, a suo avviso rozzi e spesso contraddittori a causa dell'inaccuratezza, dell'errore e dell'incapacità dei loro compilatori ⁽⁹⁹⁾; mentre Lord Mansfield, definendo « loose notes » molti tra i *Reports* esistenti, si vedeva costretto a proibirne la citazione in tribunale ⁽¹⁰⁰⁾, i *Reports*

young practitioners thereof, who by such false light are misled, (...) but also to the contempt of our Common Law itself and divers of our former grave and learned Justices and Professors thereof, whose honoured and reverend names have in some of said books been abused and invocated to patronize the indigested crudities of those plagiarists; the wisdom, gravity, and justice of our present justices not deeming or deigning them the least approbation or countenance in any of their courts », H. GRIMSTON, *Address to the Students of the Common Law of England*, in G. CROKE, *The Reports of Sir George Croke, one of the Justices of the Court of King's Bench, and of Common Bench: of such select Cases as were adjudged in the said Courts*, London, Rawlins, 1683, vol. III.

⁽⁹⁸⁾ *Slater v. May*, in R. RAYMOND, *Reports of Cases argued and adjudged in the Courts of King's Bench and Common Pleas*, London, Lintot, 1743, vol. II, p. 1072.

⁽⁹⁹⁾ « and from the reign of Henry the eight to the present time this task has been executed by many private and contemporary hands; who sometimes through haste and inaccuracy, sometimes through mistake and want of skill, have published very crude and imperfect (perhaps contradictory) accounts of one and the same determination », W. BLACKSTONE, *The Commentaries*, cit., p. 72.

⁽¹⁰⁰⁾ Egli dichiarò che Siderfin « did not seem to know what the court was going upon », che Comberbach non aveva capito le argomentazioni dei difensori e che i *Reports* di Raymond erano « too inaccurate to be relied on as authorities » (*Cooper v. Chitty*, in J. BURROW, *Reports of Cases*, cit., vol. I, p. 20). Egualmente, a proposito dei *Reports* di Bumbury, affermò che il *reporter* « never meant that those cases should have been published: they are very loose notes » (*Tinkler v. Poole*, ivi, vol. V, p. 2657). I suoi strali non risparmiarono neppure Blackstone, i cui *Reports* vennero da Mansfield definiti

di James Burrow, pubblicati in cinque volumi tra il 1756 e il 1772 e contenenti casi discussi presso la Court of King's Bench tra il 1736 e il 1772, avrebbero segnato un vero e proprio spartiacque rispetto alle precedenti compilazioni ⁽¹⁰¹⁾. La tecnica di redazione dei casi impiegata dal *reporter* che, in virtù della carica di *Master of the Crown Office* ricoperta dal 1733 al 1782, godeva del privilegio di poter essere sempre presente alle udienze in tribunale e di avere accesso ai *Records*, gli archivi ufficiali delle corti centrali, è da lui descritta nella prefazione al primo volume della raccolta ⁽¹⁰²⁾. In particolare, essa contemplava la puntuale, sintetica, e accurata annotazione delle questioni dibattute in tribunale, con la distinta indicazione dei fatti di causa, delle argomentazioni degli avvocati, della decisione finale e della motivazione dei giudici ⁽¹⁰³⁾. L'esempio di Burrow, destinato a non essere mai più abbandonato, sarebbe stato presto seguito dai *reporters* Henry Cowper e Sylvester Douglas, autori di due raccolte di casi decisi dal King's Bench, rispettivamente, tra il 1774 e il 1778 e tra il 1778 e il 1784. I due *reporters*, attraverso la loro opera, avrebbero dato un fondamentale contributo al miglioramento qualitativo e alla standardizzazione della tecnica di *law reporting*. Mentre Cowper affermava, nella prefazione alla propria compilazione, di aver annotato in maniera concisa le azioni e le argomentazioni delle parti in lite, dichiarando, al tempo stesso, di

« not very accurate » (*Hassells v. Simpson*, in S. DOUGLAS, *Reports of Cases*, cit., vol. I, p. 93).

⁽¹⁰¹⁾ J.P. DAWSON, *The Oracles*, cit., p. 77, ha parlato in proposito di « a new era in law reporting ».

⁽¹⁰²⁾ « When I entered upon that Office, I thereby came to have all the Records and Rule-books on the *Crown* side of the Court in my own Power, and could inspect and transcribe them at Pleasure: Besides which, as I never after that Time stirred out of the Court till it rose, I was sure to miss nothing that passed in it. Add to this that I had *now*, by my Situation in the very Middle of the Court, better convenience both of Hearing and Writing, than I had had at the Bar, in the outermost Rows », J. BURROW, *Reports of Cases*, cit., vol. I, p. 2.

⁽¹⁰³⁾ « I pledge my Credit and Character that the *Case* and *Judgment*, and the *Out-lines* of the Ground or Reason of Decision are right. (...) I have *omitted* all Cases where the Question turned upon Facts and Evidence *only*; or where the Order followed almost of *Course*, in Consequence of Maxims fully settled; or was *not contested*. I have *omitted* common *Sentences* in ordinary criminal Prosecutions; and, in short, every thing which I thought could not be of general Use », ivi, p. 9.

aver riportato le decisioni dei giudici con la maggiore accuratezza possibile (104); Douglas, dal canto suo, asseriva di aver provveduto, prima dell'inserimento di ciascun caso nei propri *Reports*, alla consultazione del *Record* ufficiale e delle annotazioni degli altri *reporters*, alla verifica di tutti i riferimenti alle decisioni precedenti citate e all'inserimento di un *abstract* relativo a ciascun caso, premurandosi perfino di corredare la raccolta di una tavola delle materie trattate e di un indice sia dei casi riportati che di quelli citati (105).

Rimaneva un ultimo problema da risolvere, quello derivante dalla consuetudine di annotare nelle raccolte anche questioni decise molto tempo prima rispetto alla loro pubblicazione, costringendo i giuristi a un'attesa di due o tre anni prima di poter disporre di compilazioni a stampa contenenti le decisioni più recenti. Per ovviare a tale inconveniente, sul finire del secolo i *reporters* Charles Durnford ed Edward Hyde East introdussero — dando origine a una prassi tuttora vigente — l'ulteriore innovazione di dare alle stampe le decisioni della Court of King's Bench con regolarità e immediatamente dopo la loro emanazione da parte del tribunale (106). Essi pubblicarono infatti, tra il 1785 e il 1800, la prima serie regolare di *Reports*, i *Term Reports*, così detti proprio in quanto i casi in essi contenuti venivano stampati subito dopo la fine di

(104) « My great object has been, not to swell the work by unnecessary length of pleading, or by the arguments delivered by counsel on each side: But to state the former as concisely, and to give the scope of the latter (...) in as a comprehensive a manner, as the nature and importance of the subject would admit. (...). With respect to the judgment of the Court, I have endeavoured to be as faithful, accurate, and full, as the assistance of short hand, and the most earnest attention, could enable me to be », H. COWPER, *Reports of Cases*, cit., vol. I, p. 4.

(105) S. DOUGLAS, *Reports of Cases*, cit., vol. I, pp. 12-18. E questo perché « deductions (...) established in the adjudication of particular causes become, in a manner, part of the text of the law. Succeeding judges receive them as such and, in general, consider themselves as bound to adhere to them no less strictly than to express dictates of the legislature », *ivi*, p. 8.

(106) « the primary object (...) is to remedy the inconvenience felt by every part of the profession of waiting two or three years, till some gentleman of experience and ability has collected matter sufficient to form a complete volume », C. DURNFORD, E.H. EAST, *Reports of Cases argued and determined in the Court of King's Bench*, London, Whieldon, 1787, vol. I, p. 3.

ciascuna sessione giudiziaria (o *term*) in cui erano stati discussi. La pubblicazione di serie regolari di *reports* si diffuse presto anche presso le altre corti attraverso i c.d. *Authorized Reports*, raccolte compilate da *reporters* legati stabilmente ai diversi tribunali (normalmente in numero di due per corte), le quali godettero per qualche tempo del privilegio della citazione esclusiva in udienza dei casi in esse contenuti⁽¹⁰⁷⁾. Ma il sostanziale monopolio così istituito ebbe l'effetto di incrementare il prezzo delle raccolte, di rendere i casi inutilmente prolissi e di generare irregolarità e spesso notevoli ritardi nella pubblicazione delle compilazioni. Così, nel 1832, i giudici del King's Bench — presto seguiti dai colleghi delle altre corti — decisero di "liberalizzare" la citazione in udienza dei casi contenuti anche in raccolte diverse da quelle autorizzate, spesso più aggiornate e generalmente disponibili più a buon mercato, purché "certificate" dalla sottoscrizione di un *barrister*⁽¹⁰⁸⁾. Sfortunatamente, tale rimedio si sarebbe presto rivelato peggiore del male che intendeva curare in quanto, a fronte del notevole e ormai acquisito miglioramento della tecnica adoperata nel riportare i casi derivante dalla maggiore accuratezza testuale e dalla più rapida e regolare pubblicazione delle sentenze, incominciarono a proliferare numerosissime raccolte di varia provenienza e qualità, spesso contenenti versioni diverse degli stessi casi, compilate e pubblicate al solo scopo di trarne il maggiore profitto possibile e, pertanto, vendute dagli editori a prezzi assai elevati⁽¹⁰⁹⁾. Al tempo stesso, le compilazioni

⁽¹⁰⁷⁾ Henry Blackstone compilò una raccolta di casi per il Common Pleas nel 1788, Vesey Junior per la Court of Chancery nel 1789, Anstruther per l'Exchequer nel 1792 e Dow per la House of Lords nel 1812.

⁽¹⁰⁸⁾ W.S. HOLDSWORTH, *Sources and Literature of English Law*, Oxford, Clarendon Press, 1952, p. 102. Secondo J.P. DAWSON, *The Oracles*, cit., p. 81, quaranta *barristers* furono costantemente impiegati nella redazione di serie regolari di *Reports* fino al 1849, mentre altri quaranta li assistevano o lavoravano alla redazione di ulteriori serie.

⁽¹⁰⁹⁾ Secondo C.K. ALLEN, *Law in the Making*, cit., p. 231, tra la fine del XVIII secolo e l'istituzione dell'*Incorporated Council* nel 1865 furono pubblicate più di trecento diverse serie di *reports*. W.S. HOLDSWORTH, *Sources and Literature*, cit., pp. 102-103, ha affermato che in trenta anni le varie serie di *reports* — autorizzate e non — si moltiplicarono a tal punto da richiedere da parte del giurista che volesse disporre di un set completo delle raccolte esistenti, l'acquisto di sedici serie di *Authorized Reports* a un costo di trenta sterline l'anno e di cinque serie di compilazioni "non autorizzate" a quindici sterline l'anno.

redatte dai *reporters* legati alle corti, non sempre stampate con continuità e spesso pubblicate con grave ritardo, pativano la concorrenza dei più economici, a volte più affidabili e di certo immediatamente disponibili periodici giuridici del tempo, i quali avevano preso a pubblicare con successo i resoconti delle decisioni dei tribunali. Primo fra tutti il *Law Journal*, fondato nel 1822, il quale produceva settimanalmente i *Reports* delle pronunzie delle corti principali ⁽¹¹⁰⁾, seguito dal *Legal Observer* (1830), dal *Jurist* (1838), dal *Law Times* (1843) e dal *Weekly Reporter* (1852) ⁽¹¹¹⁾.

La situazione, divenuta ormai insostenibile, fu denunciata nel 1848 dalla neonata *Law Amendment Society*: se già nel 1843 la *Verulam Society* si era data tra le sue finalità — purtroppo senza alcun successo — quella di individuare un sistema che consentisse un maggiore controllo da parte della *legal profession* sulla redazione e sulla pubblicazione dei *Reports* delle decisioni delle corti centrali, la più fattiva *Law Amendment Society* istituì una commissione allo scopo di fare il punto sul sistema di *law reporting* delle sentenze dei tribunali ⁽¹¹²⁾. La commissione, nella sua prima relazione del 1849, dopo aver evidenziato i mali del sistema esistente, caratterizzato da un'indiscriminata proliferazione di *Reports* di dubbia qualità, da lungaggini nella loro pubblicazione e da costi esorbitanti, e dopo aver sottolineato la necessità dell'accessibilità delle raccolte da parte degli operatori del diritto al fine di garantire l'uniformità nell'amministrazione della giustizia ⁽¹¹³⁾, richiamava l'attenzione dei giuristi

⁽¹¹⁰⁾ P. POLDEN, *The Education of Lawyers*, cit., p. 1214, riporta che un abbonamento ai *Reports* pubblicati dal *Law Journal* era acquistabile al prezzo di tre sterline, cifra decisamente inferiore rispetto alle dieci necessarie per gli *Authorized Reports*.

⁽¹¹¹⁾ Vedi, sui periodici e le riviste giuridiche dell'Ottocento inglese, R.A. COSGROVE, *Victorian Legal Periodicals*, in « Victorian Periodicals Newsletter », I, 1975; D. IBBETSON, *Legal Periodicals in England 1820-1870*, in « Common Law and European Legal History », XXVIII, 2006; e P. POLDEN, *The Education of Lawyers, The Oxford History*, cit., pp. 1201-1211.

⁽¹¹²⁾ « To consider what improvements, if any, may be made in the present system of Reporting, and generally in the mode of publication of Law Books », *Report of a Special Committee on the Law Reporting System*, 1849, p. 1.

⁽¹¹³⁾ *Ivi*, pp. 2-8. Il *Report* concludeva: « To sum up in a few words the evils and inconveniences of the existing system of Law Reporting, there is no guarantee afforded to the public that the judicial exposition of the law will be reported at all, or reported

sui benefici che sarebbero loro derivati dall'organizzazione di un « voluntary system of Law Reports » in seno alla *legal profession* stessa ⁽¹¹⁴⁾. Tale primo tentativo di riforma — più che altro un appello, dato che, in realtà, la relazione non conteneva alcuna concreta indicazione circa le modalità attraverso le quali procedere alla riorganizzazione del sistema — era destinato a rimanere inascoltato. Nel 1853 la commissione preparò però un nuovo rapporto « allo scopo di individuare i correttivi da apportare al sistema di law reporting esistente » ⁽¹¹⁵⁾, definito « defective and pernicious » ⁽¹¹⁶⁾. Nel rapporto veniva espressamente affermato che « i precedenti giudiziari sono (...), per dirla con Bentham, *Judge-made law* e, dopo esser stati lungamente osservati, acquistano la stessa forza di legge dei provvedimenti statutari; e, se è dovere dello Stato far sì che il diritto del Paese sia universalmente noto, non c'è alcuna ragione per cui la pubblicazione del Diritto dichiarato dai Giudici debba essere meno formale e completa di quella del Diritto dichiarato dal Potere legislativo » ⁽¹¹⁷⁾. La relazione ancora una volta sottolineava, ribadendo gli inconvenienti e le mancanze del sistema di redazione dei *Reports*, la necessità di procedere a una riforma che consentisse ai giuristi di disporre, a costi molto meno gravosi e assai più celermente, di raccolte complete e accurate ⁽¹¹⁸⁾. Si proponeva, dunque, invocando a tal fine l'intervento dello Stato, l'istituzione di una

correctly — or in time to prevent mistakes — or, in such a manner, with respect to conciseness, form, and price, as to be accessible to those whom it so vitally affects », *ivi*, p. 8.

⁽¹¹⁴⁾ *Ivi*, p. 14.

⁽¹¹⁵⁾ « To consider what improvement, if any, may be made in the present system of Law Reporting », *Law Reporting Reform. Special Committee on Law Reporting*, 1853, p. 1.

⁽¹¹⁶⁾ *Ivi*, p. 2.

⁽¹¹⁷⁾ « Judicial precedents are (...), to use the language of Bentham, *Judge-made laws*, and, when long acted upon, become of equal force with the express enactments of the Legislature; and if it is the duty of the State to make the Law of the land universally known, there can be no reason why the publication of the Law declared from the Bench should be less formal and less complete than that of the Law declared by the Legislature », *ibidem*.

⁽¹¹⁸⁾ « to prevent a variety of printed versions of the same case; to make the books of Reports contain all judicial decisions (...); to insure at once expedition, accuracy, completeness, and cheapness in the Reports, has long been a desideratum in the Profession », *ivi*, p. 3.

commissione permanente di esperti di nomina regia a cui affidare ufficialmente la supervisione della redazione e della pubblicazione delle decisioni dei tribunali ⁽¹¹⁹⁾. Ma il Governo non volle interessarsi alla questione, destinata a rimanere irrisolta per un ulteriore decennio.

Nonostante diverse riviste giuridiche caldeggiassero la riforma dei *Reports* negli anni seguenti ⁽¹²⁰⁾, soltanto nel 1863 il discorso fu ripreso dall'avvocato William Daniel, il quale sottopose un documento a sua firma prima ufficiosamente ai colleghi del *Bar* — il corpo degli avvocati inglesi —, poi in versione ampliata e ufficiale, sotto forma di lettera aperta, all'allora *Solicitor-General* (poi Cancelliere dal 1872) Sir Roundell Palmer. Lo scritto, ancora una volta, ribadiva le anomalie e i costi del sistema di produzione dei *Reports* esistente — vi erano, sottolineava Daniel, ben sedici diverse raccolte di *Authorized Reports* in circolazione, a cui si aggiungevano altre cinque serie “irregolari”, il che generava « enormous expense, prolixity, delay and irregularity in publication » — ⁽¹²¹⁾ e caldeggiava l'intervento del *Bar* e la nomina di un comitato, costituito da avvocati e giudici, il quale si occupasse gratuitamente (rendendo, in tal modo, un « servizio pubblico ») della scelta degli editori e dei *reporters* delle decisioni delle corti e sovrintendesse, al tempo stesso, alla loro pubblicazione ⁽¹²²⁾. I giudici, dal canto loro, avrebbero dovuto impegnarsi a rivedere e correggere i casi riportati, mentre la

⁽¹¹⁹⁾ Ivi, pp. 4-5.

⁽¹²⁰⁾ Il *Jurist* nel 1854, il *Law Magazine* nel 1855.

⁽¹²¹⁾ « 1. Confusion and uncertainty in the law, producing perplexity in the administration of justice (...). 2. The difficulty of digesting the enormous mass of constantly accumulating materials (...). 3. The expence to the practitioner (...). All these evils are attributable to one cause: The multiplication of contemporaneous Reports », W.T.S. DANIEL, *Suggestions for an Alteration in the present System of Law Reporting submitted for the Consideration of the Bar*, p. 1.

⁽¹²²⁾ « I propose that this should now be undertaken by the Bar as an Institution of the State; and that arrangements should be made for the proper appointment of Reporters, to be approved of by the Judges (...). I suggest (...) the appointment of a Joint Committee of the four Inns (...) to be called *The Council of Reporting* (...). I propose that this body should act gratuitously (...), that they should have the appointment and removal of all the Editors and Reporters, and the management and direction of all the affairs, financial and otherwise, relating to the printing and sale of the Reports », W.T.S. DANIEL, *A Letter to Sir Roundell Palmer, Knt., M.P., Her Majesty's*

legal profession tutta avrebbe sottoscritto un abbonamento annuale, al costo di dieci sterline, per l'acquisto della serie completa delle raccolte così prodotte ⁽¹²³⁾. Il programma di Daniel, supportato da uno scritto dell'avvocato Nathaniel Lindley (poi giudice del Common Pleas dal 1897 al 1900 e della House of Lords dal 1900 al 1905) allegato in appendice, fu discusso dal *Bar* presso il Lincoln's Inn sul finire dello stesso anno: esito della riunione, alla quale presero parte circa settecento membri del *Bar*, fu la nomina di un'ulteriore commissione d'inchiesta incaricata di predisporre — finalmente — un concreto programma di riforma del sistema di *law reporting*. La questione aveva ormai assunto rilevanza pubblica e numerosi furono i quotidiani e i periodici che si pronunciarono a favore del progetto del *Bar*: il *Times*, in particolare, in un articolo pubblicato nel dicembre dello stesso anno, deplorava, in modo assai incisivo, il fatto che « le decisioni dei Giudici, tranne che per le parti in causa, non sono altro che aria. Aria che passa attraverso venti diverse trombe generando venti note diverse. Esistono svariate versioni di ogni caso, e nessuna di esse è autorevole. Laddove, come accade nel novantanove per cento dei casi, il giudice si pronunzi oralmente, una numerosa turba di gentiluomini si precipita ad annotare la propria versione della decisione, e ogni versione differisce dall'altra. Tali resoconti vengono poi stampati in raccolte tanto elaborate quanto lente a pubblicarsi, o tanto rapidamente edite quanto inaccurate e, quando capita che vengano citate in tribunale, il Giudice non si fa scrupolo di disattenderle (...). Tale situazione genera non soltanto indecorose discussioni tra avvocati e giudici, ma anche una grave incertezza nel diritto » ⁽¹²⁴⁾.

La commissione, dopo aver ampiamente dibattuto durante l'anno seguente lo schema proposto da Daniel, lo accolse pienamente dando vita infine, nel 1865, al *Council of Law Reporting*, organo ufficiale composto da sedici membri, tra cui otto *barristers*

Solicitor-General, on the Present System of Law Reporting, Its Evils, and the Remedy, pp. 30-32.

⁽¹²³⁾ « I propose that full and complete reports of cases shall be prepared and submitted to the Judge (...). I should suggest the following scale of annual subscription: For the entire Series: £10 », *ivi*, pp. 32-34.

⁽¹²⁴⁾ *The Times*, 2 dicembre 1863.

scelti dagli Inns of Court ⁽¹²⁵⁾ e due *solicitors* selezionati dalla Law Society, le *societates* deputate alla formazione dei giuristi inglesi, le quali si impegnarono anche a finanziare il progetto nella sua fase iniziale. Il *Council* — il quale nel 1875 sarebbe stato trasformato nell'*Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales* con sede presso il Lincoln's Inn ⁽¹²⁶⁾ — era investito del compito di raccogliere e pubblicare, nella serie semi-ufficiale dei *Law Reports* ⁽¹²⁷⁾, sotto il diretto controllo della *legal profession*, con regolarità e a un prezzo accessibile, le sentenze pronunziate dalle corti superiori inglesi. In pratica, mentre in passato le compilazioni venivano redatte presso ciascun tribunale da avvocati interessati ai profitti derivanti dalla vendita di pubblicazioni assai richieste dai giuristi, con l'istituzione del *Council* si stabiliva che uno o più *reporters* venissero stabilmente assegnati dal *Council* stesso a ciascuna corte, a seguito di approvazione del rispettivo *Chief Justice*, e fossero stipendiati dai diversi tribunali allo scopo di riportarne regolarmente e al fine della pubblicazione le decisioni.

I *reporters* nominati dal *Council* incominciarono la loro attività sul finire dell'anno, e i primi *Law Reports* contenenti le decisioni del Queen's Bench, del Common Pleas e dell'Exchequer, subito seguiti da una prima serie di *Equity Reports*, videro la luce all'inizio del 1866 ⁽¹²⁸⁾. Originariamente essi constavano di undici serie diverse — sei dopo l'emanazione dei *Judicature Acts* e la riorganizzazione delle

⁽¹²⁵⁾ Inizialmente il Gray's Inn e il Serjeants' Inn rifiutarono la loro cooperazione, aderendo al progetto soltanto in un momento successivo, tra il 1866 e il 1867 (il Serjeants' Inn fu poi soppresso nel 1877).

⁽¹²⁶⁾ La sede del *Council* fu spostata in *Fleet Street*, presso il Serjeant's Inn, nel 1917, dove rimase fino alla distruzione dell'edificio durante i bombardamenti della Seconda Guerra Mondiale. Essa si trova oggi in *Chancery Lane*.

⁽¹²⁷⁾ Vedi, per una ricostruzione accurata delle origini dei *Law Reports*, W.T.S. DANIEL, *The History and Origin of the Law Reports*, London, Clowes & Sons, 1884; e N. LINDLEY, *The History of the Law Reports*, in « Law Quarterly Review », I, 1885. Lo spirito dei *Law Reports*, i caratteri e gli scopi dell'impresa del *Council* sono stati illustrati da F. POLLOCK, *English Law Reporting*, in « Law Quarterly Review », XIX, 1903, editore degli stessi dal 1895 al 1935. Più sintetico il saggio di W. LATEY, *A short History of the Law Reports, 1865-1965*, pubblicato a cura del *Council* nel 1965, centenario della fondazione.

⁽¹²⁸⁾ La pubblicazione e la distribuzione dei *Law Reports* fu originariamente affidata alla stamperia W. Clowes & Sons, ed è oggi espletata dalla Eastern Press Ltd. di Londra e Reading.

corti nel 1873-75 — vendute al prezzo di cinque sterline annue, ridotte a quattro nel 1885 grazie all'enorme successo commerciale dell'iniziativa ⁽¹²⁹⁾. Accanto ai *Law Reports* le *Weekly Notes*, serie comprendente casi degni d'interesse editi in forma abbreviata, avvisi legali, risultati d'esame e inserzioni pubblicitarie di testi giuridici ⁽¹³⁰⁾, il cui scopo era quello di prendere il posto dei diversi periodici in circolazione ⁽¹³¹⁾. I *Law Reports*, pubblicati a partire dal 1891 quattro volte l'anno e comprendenti anche gli *Appeal Cases*, andarono dunque ad assorbire le precedenti raccolte esistenti sostituendosi agli *Authorized Reports* i cui autori, con poche eccezioni, si unirono ai *reporters* nominati dal *Council* ⁽¹³²⁾. Notevole la differenza qualitativa tra le vecchie e le nuove compilazioni: queste ultime, molto più accurate delle prime, contenevano infatti, oltre ai fatti di causa e alle argomentazioni dei difensori, la trascrizione completa delle pronunzie delle corti e l'indicazione della motivazione (o delle motivazioni, in caso di giudice collegiale) della decisione. Esse, inoltre, pur non essendo "esclusive" — nel senso che non impedivano la citazione in udienza con pari autorità di casi provenienti da raccolte redatte da *reporters* diversi da quelli prescelti dal *Council*, purché membri del *Bar* ⁽¹³³⁾ — godevano di grandis-

⁽¹²⁹⁾ P. POLDEN, *The Education of Lawyers*, cit., p. 1218, riporta che nel 1885 ben cinquemilaquattrocento soggetti sottoscrissero l'abbonamento alla serie completa dei *Reports*.

⁽¹³⁰⁾ Le *Weekly Notes* sarebbero state rimpiazzate, nel 1953, dai *Weekly Law Reports*, sempre pubblicati settimanalmente, ma allo scopo di garantire la rapida acquisizione da parte dei *lawyers* del testo completo dei casi più utili e interessanti. Tali casi sarebbero stati poi editi, con maggiore completezza, negli "ordinari" *Law Reports*.

⁽¹³¹⁾ In realtà il *Law Journal*, il *Law Times*, il *Weekly Reporter* (poi assorbito dal *Solicitor Journal* nel 1906) continuarono a pubblicare i casi decisi dalle corti. Ad essi si aggiunsero il *Times Law Reports* nel 1884 e l'*All England Reports* nel 1936. Oggi sopravvivono soltanto gli *All England Reports*, insieme ai resoconti delle principali decisioni dei giudici pubblicati quotidianamente dal *Times* grazie alla collaborazione dei *barristers*.

⁽¹³²⁾ Accanto ai *Law Reports* furono pubblicati, a partire dal 1891 e con l'intento di mettere a disposizione dei *lawyers* gli antichi *Reports* delle Corti di *common law* e della Court of Chancery ancora utili e attuali, i *Revised Reports*, poi superati dalla monumentale opera degli *English Reports*, editi nel 1900.

⁽¹³³⁾ « It is now understood that the only indispensable condition for any report of a decided case being admitted to citation is that it must be vouched for on the face of it by a member of the Bar who was present at the decision. But in case of divergence

simo prestigio e autorità. Il fatto stesso che i giudici — dando luogo a una prassi destinata ad affermarsi negli anni e ad arrivare fino ai giorni nostri — “cooperassero” alla redazione delle sentenze, rivedendo personalmente i *Reports* successivamente alla loro compilazione da parte dei giuristi incaricati o fornendo ai *reporters* una copia delle proprie decisioni e degli altri documenti necessari prima della pubblicazione, le dotava indubbiamente di un alto grado di affidabilità, certezza e, soprattutto, autorevolezza in ordine a quanto deciso in tribunale.

La storia dello sviluppo della dottrina del precedente vincolante appare, pertanto, intimamente ed inestricabilmente legata a quella del *law reporting*: l'affinamento della tecnica di redazione delle raccolte di casi, il miglioramento qualitativo dei *Reports* derivante dalla maggiore accuratezza testuale e dalla completezza contenutistica delle decisioni, insieme alla sistematica e rapida pubblicazione delle compilazioni avrebbero fortemente contribuito all'affermazione della regola dello *stare decisis*. Se il diritto inglese doveva fondarsi sulle decisioni passate, era assolutamente necessario che i resoconti delle stesse fossero affidabili, completi e conoscibili. È vero che i miglioramenti dei *Reports* descritti furono in parte determinati — in un processo in cui causa ed effetto appaiono difficilmente distinguibili — dalla teorizzazione stessa della dottrina del precedente vincolante e dalla conseguente necessità, avvertita in seno agli operatori del diritto, di avere a propria disposizione raccolte di giurisprudenza di qualità in cui poter agevolmente reperire le decisioni passate. Appare, però, al tempo stesso innegabile che la teoria della *binding force* del precedente non avrebbe potuto affermarsi se non in presenza di compilazioni standardizzate nella forma, complete e affidabili nei contenuti, pubblicate con regolarità e celerità e, pertanto, agevolmente reperibili ai fini della

between different reports of the same judgment, the ‘authorised’ report is taken to represent the deliberate expression of the judge’s opinion », F. POLLOCK, *A First Book of Jurisprudence*, London, Macmillan, 1911, p. 306. Anche oggi i casi riportati al di fuori dei *Law Reports* sono ritenuti vincolanti allo stesso modo di quelli in esse inclusi in quanto il *Bar* svolge un’attività di controllo sui contenuti delle raccolte. Ciononostante, la *Supreme Court Practice Direction* del 2001 ha stabilito che i *Law Reports* debbano sempre essere citati « in preference » rispetto alle raccolte non ufficiali riconoscendo loro, in tal modo, una superiore autorità.

citazione dei casi in tribunale quali i *Law Reports* messi a punto dal *Council* ⁽¹³⁴⁾.

5. *All'attacco del « judge made law ».*

Da quanto osservato nei paragrafi precedenti emerge chiaramente che, almeno fino alla seconda metà del XIX secolo, mancavano le condizioni necessarie alla compiuta elaborazione ed esplicita affermazione della regola dello *stare decisis*: senza un chiaro e preciso ordine gerarchico che fissasse la reciproca posizione e i rapporti tra le corti e senza un organizzato, regolare e affidabile sistema di redazione e pubblicazione delle loro pronunzie non sarebbe stato possibile il passaggio dalla concezione blackstoniana dichiarativa del precedente — l'affermazione di principio secondo cui i casi già decisi non sarebbero altro che « evidence » di un diritto consuetudinario esistente da tempo immemorabile meramente “dichiarato” dai giudici —, all'enucleazione di una più sistematica, coerente e strutturata dottrina dell'autorità delle decisioni passate, in base alla quale il precedente è “legge” proprio in quanto posto dai giudici ⁽¹³⁵⁾. La riorganizzazione e la semplificazione del sistema dei tribunali, la riforma e la conseguente professionalizzazione dei magistrati della House of Lords, il ruolo attivo esercitato dalla *legal profession* tutta (non soltanto i *barristers*, ma anche i giudici) nella redazione e nella pubblicazione delle raccolte di casi ebbe l'effetto di rafforzare in questi ultimi la consapevolezza della loro funzione di “artefici” del diritto i quali, attraverso le proprie decisioni, ponevano norme giuridiche che *dovevano* essere osservate. Di qui la necessità, sempre più sentita in seno ai magistrati inglesi, di procedere all'enucleazione di regole chiare, precise e rigide circa come, quando e cosa

⁽¹³⁴⁾ Ancora oggi il volantino pubblicitario dei *Reports* pubblicati dal *Council* (i *Law Reports*, i *Weekly Law Reports*, gli *Industrial Cases Reports* pubblicati a partire dal 1972, i *Business Law Reports* editi dal 2007 e i *Public and Third Sector Law Reports* disponibili dal 2009, insieme agli indici indispensabili alla loro consultazione — il *Cumulative Index* o “Pink Book” e il *Consolidated Index* o “Red Book”) insiste sui vantaggi derivanti dall'accuratezza testuale, dalla rapida disponibilità e dai costi contenuti dei casi pubblicati.

⁽¹³⁵⁾ Si vedano, a questo proposito, le osservazioni di J. EVANS, *Change in the Doctrine of Precedent*, cit., pp. 35-36.

fosse da ritenersi vincolante nella definizione delle questioni in tribunale; di qui l'affermazione esplicita della regola dello *stare decisis*. In definitiva, mentre a partire dal XVII secolo il processo di riconoscimento dell'*authority* dei precedenti aveva avuto inizio attraverso una lenta, graduale e a tratti impercettibile accettazione da parte dei giuristi di una prassi generalmente e quasi "inconsciamente" seguita nelle corti di *common law*, nel XIX secolo, a seguito del verificarsi dei mutamenti esaminati, si assiste — pur nella consapevolezza dell'impossibilità di individuare un momento esatto a cui far risalire la nascita della moderna dottrina del precedente vincolante — alla sua esplicita teorizzazione e piena affermazione.

Eppure le ragioni dell'elaborazione della dottrina del precedente vincolante nella sua forma più matura, se ravvisate esclusivamente negli ampi poteri dei tribunali e nella loro nuova organizzazione, nell'autorità dei giudici e nel loro desiderio di mettere ordine nella massa informe delle sentenze delle corti inglesi, non appaiono interamente soddisfacenti. La piena comprensione delle motivazioni dell'emersione della regola dello *stare decisis* richiede infatti un esame più approfondito, il quale tenga conto di ulteriori "variabili", meno strettamente legate al mondo della prassi e dei tribunali, ma non meno rilevanti. A ben guardare, dunque, le ragioni della compiuta teorizzazione dell'autorità del *precedent* sembrano piuttosto da ricondursi alla reazione dei *common lawyers* a due ulteriori eventi di enorme portata prodottisi nell'Inghilterra dell'Ottocento: da un lato l'affermazione del positivismo giuridico nella prima metà del secolo ⁽¹³⁶⁾, dall'altro la nascita della dottrina universitaria nella sua seconda metà.

⁽¹³⁶⁾ Le radici culturali del positivismo giuridico inglese sono state indagate da M. LOBBAN, *Custom, Nature and Authority, The Roots of English Legal Positivism*, in *The British and their Laws in the Eighteenth Century*, a cura di D. Lemmings, Woodbridge, The Boydell Press, 2005. L'influenza del positivismo giuridico sull'elaborazione della dottrina del precedente vincolante è stata negata da N. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge, University Press, 2008, pp. 37-48. J. EVANS, *Change in the Doctrine of Precedent*, cit., p. 68 ss.; e M. LOBBAN, *The Common Law and English Jurisprudence 1760-1850*, Oxford, Clarendon Press, 1991, pp. 288-289, hanno dal canto loro ritenuto che l'affermazione positivista del diritto come insieme di regole "poste" e l'approccio analitico sviluppato da Bentham e Austin avrebbero influito sui giudici nel senso di consentire loro la concettualizzazione e la delimitazione del campo della teorizzazione del diritto necessarie all'enucleazione della dottrina stessa.

Noto a tutti è il violento attacco sferrato da Jeremy Bentham al *common law*. Il filosofo inglese, partendo da una puntuale e feroce critica dei *Commentaries* di Blackstone, esaminava le ragioni per cui il diritto inglese gli appariva interamente da riformare⁽¹³⁷⁾. Bentham aveva frequentato le lezioni di Blackstone a Oxford nel 1763 e nello stesso anno era stato ammesso al *Lincoln's Inn*. Pur avendo ricevuto la *call to the Bar* sei anni dopo, precocemente disgustato dal tecnicismo, dagli ingenti costi e dall'inaccessibilità del diritto inglese, aveva esercitato la professione forense per breve tempo e senza alcun entusiasmo, dedicandosi interamente allo studio della filosofia⁽¹³⁸⁾. Proprio lo studio di Locke, Hume, Helvetius e Beccaria avevano rafforzato in lui l'idea che il *common law* andasse riformato, e che tale riforma dovesse essere improntata al principio dell'utile appreso attraverso tali letture. La critica al diritto e ai giuristi inglesi, unita all'idea di riformare l'intero sistema di *common law* — i suoi interessi spaziavano dal diritto processuale a quello penale/penitenziario a quello costituzionale — rappresenta il motivo centrale di tutta la sua opera. Essa non poteva non prendere le mosse dai *Commentaries* di Blackstone, testo che all'epoca rappresentava una sorta di monumento al diritto inglese⁽¹³⁹⁾ e che, agli occhi del filosofo, incarnava un acritico, retorico e compiaciuto ossequio nei

(137) Sul conflittuale rapporto tra Bentham e Blackstone vedi J.H. BURNS, *Bentham and Blackstone: a lifetime's Dialectic*, in *Empire and Revolutions*, a cura di G.J. Schochet, Washington, Folger Institute, 1993; e I. DOOLITTLE, *Jeremy Bentham and Blackstone's Lectures*, in «Bentham's Newsletter», VI, 1982. In "difesa" di Blackstone, R. CROSS, *Blackstone v. Bentham*, in «Law Quarterly Review», XCII, 1976; e I. DOOLITTLE, *Sir William Blackstone*, cit., p. 99 ss., i quali dubitano della buona fede di Bentham nella critica ai *Commentaries*; mentre W.S. HOLDSWORTH, *Some Aspects*, cit., p. 274 ss., attribuisce il feroce attacco benthamiano allo spirito innovatore della nuova epoca. Più in generale, sulla reazione del filosofo alla visione blackstoniana del diritto cfr. G.J. POSTEMA, *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford, Clarendon Press, 1986; M. LOBBAN, *The Common Law*, cit.; e D. LIEBERMAN, *The Province of Legislation Determined: Legal Theory in Eighteenth Century Britain*, Cambridge, University Press, 1989.

(138) Le notizie biografiche su Bentham sono tratte da W.S. HOLDSWORTH, *A History*, cit., vol. XIII, p. 41 ss. Per un *excursus* generale sul pensiero e l'opera di Bentham vedi inoltre, più di recente, M. LOBBAN, *Theories of Law and Government*, in *The Oxford History*, cit., vol. XI, pp. 72-84.

(139) I *Commentaries* continuarono a essere pubblicati per tutto il XIX secolo.

confronti della tradizione giuridica del paese ⁽¹⁴⁰⁾ e, di conseguenza, una vera e propria apologia dei mali peggiori che affliggevano il *common law*. In *A Fragment on Government*, pubblicato in versione anonima nel 1776, e, soprattutto, in *A Comment on the Commentaries*, opera incompiuta redatta negli anni 1774-76 ma pubblicata solo nel 1928, Bentham esamina nei dettagli — assai criticamente e in tono fortemente sarcastico — l'introduzione all'opera di Blackstone, mettendo sotto accusa quel « labyrinth of confusion » e « miserable sophistry » ⁽¹⁴¹⁾ che il giurista, a suo avviso, aveva costruito e che egli, dal canto suo, intendeva distruggere.

Bentham sottolinea innanzitutto la natura di diritto di produzione giudiziale del *common law* — sua è la celebre definizione di « judge made law » —: esso, in quanto tale, gli appare assolutamente arbitrario e, pertanto, foriero di grave incertezza giuridica ⁽¹⁴²⁾. La stessa concezione dichiarativa del precedente enunciata da Blackstone e condivisa dai giuristi inglesi è per il filosofo niente altro che una *fictio*, o meglio, un vero e proprio inganno perpetrato dai giudici ai danni dei consociati (se non sono i giudici a creare il diritto limitandosi a rinvenire e “dichiarare” norme già esistenti nella tradizione giuridica consuetudinaria del paese come si pretenderebbe, egli osserva, esse debbono esser state necessariamente poste da qualcun altro, il quale è però irreperibile!) ⁽¹⁴³⁾. Secondo Bentham, inoltre, il *common law* è un diritto caratterizzato da estrema frammentarietà, disordine e dispersione, al punto da non poter essere neppure definito vero e proprio “diritto”: esso, non essendo mai stato formalmente emanato da un legislatore (*unenacted law*) ⁽¹⁴⁴⁾, si presenta infatti come una massa informe e caotica (« the

⁽¹⁴⁰⁾ J.H. BURNS, *Bentham and Blackstone* cit., p. 263, ricorda che Bentham definiva « hydrophobia of innovation » l'ostilità nei confronti di ogni riforma propria di Blackstone e dei suoi seguaci.

⁽¹⁴¹⁾ J. BENTHAM, *A Comment*, cit., p. 201.

⁽¹⁴²⁾ « What is called the Unwritten Law is made not by the people but by Judges: the substance of it by Judges solely: the expression of it, either by Judges, or by Lawyers who hope to be so », ivi, p. 223.

⁽¹⁴³⁾ « What our Author means to say by this, I take it, is that a Judge is to determine according to what is his private judgment », ivi, p. 196.

⁽¹⁴⁴⁾ « The Common Law is but the Shadow of the Statute Law, although it came before it. (...). As a system of general rules, the Common Law is a thing merely

dark Chaos of Common Law » (145)), contenuta in un numero così ampio di volumi — le raccolte di *Reports* — da non poter essere in alcun modo accessibile e conoscibile da parte dei cittadini (146). Bentham, infine, definisce il *common law* « ex post facto law », un diritto posto in essere dai giudici dopo la commissione del fatto da parte del reo e, dunque, un insieme di norme retroattive totalmente imprevedibili e incerte: celebre è l'assimilazione del modo in cui i giudici producono il diritto a quello in cui il padrone educa il cane, cioè punendolo, e in tale maniera mostrandogli la regola da seguire, soltanto dopo che l'animale si sia comportato in un certo modo (147). Tale diritto, abilmente maneggiato da una casta di astuti giuristi (che il filosofo chiama, dispregiativamente, « judge and Company » o, peggio, « the harpies of the law » (148)) nel proprio interesse e ai danni dei cittadini (149), appare al filosofo, in definitiva, oscuro, incerto e inconoscibile (150).

Applicando al diritto la dottrina filosofica utilitaristica, Bentham elabora la teoria della codificazione: se la morale, il diritto e

imaginary (...). Once more, to give a gross idea of it, what is the *Common Law*? What, but an assemblage of fictitious regulations faigned after the images of these real ones that compose the Statute Law? », e « As to Common Law, where is it prescribed? How can it be prescribed? What is there in it to prescribe? Who made it? Who expressed it? Of whom is it the Will? », ivi, rispettivamente, pp. 119-120, 43.

(145) Ivi, p. 198.

(146) « The Judge in a narrow, ill-contrived room, where a hundred perhaps can see, where fifty perhaps can hear, where twenty perhaps can bestow themselves at such ease as to profit from their hearing, announces these judicial acts *viva voce*. Of these twenty, if any one publish what is announced, he is to be punished: so saith the Law. Thus it is that the acts of Judges are made known by them to the 8 millions of people who are concerned to know them », ivi, p. 193.

(147) « It is the judges (as we have seen) that make the common law. Do you know how they make it? Just as a man makes laws for his dog. When your dog does anything you want to break him of, you wait till he does it, and then beat him for it. This is the way you make laws for your dog: and this is the way the judges make law for you and me », J. BENTHAM, *Truth versus Ashburst*, in *The Works of Jeremy Bentham*, a cura di J. Bowring, New York, Russell & Russell, 1962, vol. V, p. 235.

(148) Ivi, p. 237.

(149) « The lies and nonsense the law is stuffed with, form so thick a mist, that a plain man, nay, ever a man of sense and learning, who is not in the trade, can see neither through nor into it », ivi, p. 233.

(150) J. BENTHAM, *A Comment*, cit., p. 161 ss.

l'economia devono fondarsi sull'utile, e se l'azione collettiva e sociale è legittima soltanto in quanto in grado di promuovere la massima felicità per il maggior numero di soggetti (« the greatest happiness of the greatest number »⁽¹⁵¹⁾), è necessario procedere alla posizione di un'efficace legislazione⁽¹⁵²⁾. Di qui l'entusiastica propaganda del filosofo per la codificazione, propaganda svolta attivamente, lungo l'intero arco della sua vita, attraverso una straordinaria quantità di scritti — tra i principali, *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation* (1789), *Papers upon Codification* (1817), *Codification Proposal* (1822) e *Constitutional Code* (1830) — e di progetti di riforma legislativa inviati ai governanti di diversi paesi del mondo come, ad esempio, le lettere al Presidente americano Madison del 1811 e allo Zar Alessandro I di Russia del 1815. La legislazione è per Bentham l'unico strumento in grado di assicurare la certezza giuridica attraverso la posizione di norme generali e precostituite. Il rimedio da lui proposto per contrastare l'irrazionalità e l'incertezza del *common law* è, dunque, la riforma radicale e integrale del diritto inglese attraverso la redazione di un corpo completo di norme che compendia tutto il diritto in ogni sua branca: il *Pannomion*. Tale complesso normativo, comprensivo dell'intero ordinamento giuridico e redatto attraverso una serie di operazioni tecniche che il filosofo definisce appunto « codification » (altro suo celebre neologismo), deve essere caratterizzato dalla completezza e dall'eshaustività nella trattazione delle materie disciplinate, dalla chiarezza, dalla precisione e dalla concisione della formulazione normativa, dalla compattezza e dalla maneggevolezza dell'opera e, naturalmente, dalla sua conoscibilità⁽¹⁵³⁾.

La concezione benthamiana, fondata su una visione legalistica

⁽¹⁵¹⁾ J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, in *The Collected Works*, cit., p. 17 ss.

⁽¹⁵²⁾ Sul rapporto tra la concezione del diritto di Bentham e la dottrina utilitaristica vedi P. SHOEFIELD, *Jeremy Bentham, the Principle of Utility, and Legal Positivism*, in « Current Legal Problems », LVI, 2003.

⁽¹⁵³⁾ « A code formed upon these principles (...) would speak a language familiar to everybody: each one might consult it at his need. It would be distinguished from all other books by its greater simplicity and clearness. The father of a family, without assistance, might take it in his hand and teach it to his children », J. BENTHAM, *A Comment*, cit., p. 209.

e antigiusprudenziale dell'ordinamento, era quanto di più lontano si potesse immaginare dalla tradizione giuridica inglese. Si trattava, infatti, di un'ideologia in base alla quale il diritto non è che quello posto in essere da un atto volontaristico di un sovrano/legislatore: essa presupponeva, dunque, il primato del potere legislativo su quello giudiziario e la totale subordinazione del giudice alla legge scritta. Ciò non poteva non lasciare interdetti quelli che da sempre erano stati considerati, per dirla con Blackstone, « the living oracles » del diritto inglese, i venerabili depositari della tradizione giuridica del paese. Per secoli il *common law* era stato elaborato da un coeso e ristretto gruppo di *sacerdotes juris* nelle aule dei tribunali e negli Inns of Courts, per secoli essi ed essi soltanto avevano rivelato gli *arcana* di un diritto indecifrabile da parte di chiunque altro. L'idea della redazione di un codice completo, che regolasse ogni possibile caso concreto, avrebbe reso, dal loro punto di vista, l'attività interpretativa del giudice pressoché inutile, trasformandola in una meccanica dichiarazione della volontà del legislatore e cancellando ogni suo potere discrezionale. Non solo: Bentham, come abbiamo visto, aveva messo alla berlina quello che all'epoca era considerato dai *common lawyers* un dogma assolutamente intoccabile: la teoria dichiarativa del precedente vincolante. Egli, accusando i giudici di ricorrere a tale *fictio* per giustificare la dispotica creazione (per giunta retroattiva!) da parte loro di nuove norme giuridiche e di dare vita, in tal modo, a un diritto massimamente incerto e arbitrario, aveva opposto al *judge made law* la razionalità e l'efficienza della legislazione.

Tale costruzione non poteva non generare apprensione nei *common lawyers* i quali, saldamente ancorati all'idea del diritto come corpo normativo elaborato dai tribunali, temevano e respingevano ogni ingerenza esterna nella propria — autorevole e remunerativa — attività interpretativa. E i loro timori non erano infondati: la legislazione, infatti, grazie a un significativo incremento dell'attività normativa del Parlamento tra la fine del Settecento e gli inizi dell'Ottocento, aveva assunto sempre maggiore importanza nell'ordinamento inglese⁽¹⁵⁴⁾. È stato stimato che il numero di *Statutes* emanati durante ciascuna sessione legislativa tra la seconda metà del XVIII secolo e il

(154) Cfr., in proposito, J. HOPBIT, *Patterns of Parliamentary Legislation 1660-*

primo ventennio del XIX fosse di più di quattro volte superiore rispetto a quello relativo agli ultimi dieci anni del XVII⁽¹⁵⁵⁾. Se già intorno alla metà del Settecento il Cancelliere Hardwicke lamentava che « i testi contenenti il diritto statutario sono diventati così voluminosi da impedire a qualunque giurista, anche di lunga e comprovata esperienza, di dominare la legislazione relativa ai casi di proprio interesse », e se lo stesso Blackstone rilevava che il diritto statutario inglese « è divenuto dieci volte più ampio » rispetto ai tempi di Coke, sul finire del secolo John Huntingford notava che, rispetto ai tempi — non lontani — dell'autore dei *Commentaries*, il numero di *statutes* esistenti si era addirittura duplicato⁽¹⁵⁶⁾. Di qui i frequenti attacchi dei *lawyers* nei confronti degli atti legislativi emanati dal Parlamento, da essi spregiativamente ritenuti frutto di ignoranza e falsità, inappropriati circa le finalità da raggiungere e, soprattutto, erronei nella forma e oscuri nel significato⁽¹⁵⁷⁾: attacchi che chiaramente esprimevano un atteggiamento fortemente antagonista nei confronti del potere legislativo.

Nonostante le resistenze agli interventi del Parlamento da parte dei membri più conservatori della *legal profession*, l'Ottocento fu per l'Inghilterra il secolo delle grandi riforme legislative. La crescita socio-economica del paese, lo sviluppo dei traffici e delle ricchezze, la prosperità economica unita all'avanzamento sociale, avevano reso necessari, come già accennato, numerosi interventi legislativi i quali avrebbero sottoposto il Parlamento a un'attività addirittura frenetica. Le principali riforme di cui il paese fu teatro — i numerosi tentativi di codificazione del diritto penale, la serie di riforme del diritto processuale che avrebbero condotto all'emanazione

1800, in « Historical Journal », XXIX, 1996; e D. LIEBERMAN, *The Province*, cit., pp. 12-17.

⁽¹⁵⁵⁾ Secondo P.D.G. THOMAS, *The House of Commons in the Eighteenth Century*, Oxford, University Press, 1971, p. 61, negli anni 1760-1820 furono emanati una media di duecentocinquantaquattro *statutes* per sessione contro i cinquantotto emanati nel periodo 1689-1702. W. PREST, *Law Reform in Eighteenth-Century England*, in *The Life of the Law*, a cura di P. Birks, London — Rio Grande, The Hambledon Press, 1993, pp. 113-123, ha parlato dell'esistenza di tre “picchi” legislativi tra il 1700 e il 1760.

⁽¹⁵⁶⁾ Le citazioni sono tratte da D. LIEBERMAN, *The Province*, cit., p. 14.

⁽¹⁵⁷⁾ È questa la posizione di Blackstone nei confronti della legislazione in materia di caccia; ma frequenti furono anche le critiche di Mansfield allo *statute law*. Ivi, pp. 17-18.

zione dei *Judicature Acts* ⁽¹⁵⁸⁾, la legislazione sociale (le *Poor Laws*) —, lungamente al centro del dibattito politico nazionale e destinate a mutare il volto di diversi settori del diritto inglese, furono ispirate, direttamente o indirettamente, dal pensiero di Bentham ⁽¹⁵⁹⁾. Non è un caso che Henry Brougham affermasse, in uno dei suoi discorsi, che « l'epoca del riformismo giuridico e quella di Jeremy Bentham coincidono. Egli è il padre della più importante tra le riforme, quella fondamentale del miglioramento della condizione umana. Nessuno prima di lui ha neanche lontanamente pensato di denunciare i difetti del sistema giuridico inglese » ⁽¹⁶⁰⁾.

Se è vero che sul Continente le dottrine illuministiche sulla codificazione nate dalla crisi dello *jus commune* tra la fine del XVIII e gli inizi del XIX secolo si erano concretizzate nei programmi di riforma politico-legislativa dei sovrani assoluti illuminati che avrebbero condotto alle prime codificazioni nazionali, in Inghilterra la costruzione benthamiana, la quale recava una forte influenza di tali ideologie progressiste e in cui l'idea codificatoria trovava la sua più lucida e matura teorizzazione, non ebbe seguito. Ciononostante, l'impatto del pensiero di Bentham nel paese fu fortissimo. Benché molte sue opere venissero pubblicate in un momento successivo rispetto alla redazione da parte dell'autore, esse circolarono moltissimo, a partire dai primi anni dell'Ottocento, grazie alla traduzione e alla pubblicazione in francese di alcuni suoi manoscritti ad opera di Etienne Dumont ⁽¹⁶¹⁾. Tale edizione dell'opera di Bentham

⁽¹⁵⁸⁾ L'*Uniformity of Process Act*, emanato nel 1832, fu seguito da ulteriori provvedimenti legislativi in materia procedurale nel 1838, 1854 e 1860. Significativo è, inoltre, che la dizione degli allegati ai *Judicature Acts* del 1873 e 1875 conteneva norme processuali sia proprio « code of procedure and pleading », « codice » di procedura.

⁽¹⁵⁹⁾ Si veda, in proposito, S.E. FINER, *The Transmission of Benthamite Ideas, 1820-59*, in *Studies in the Growth of Nineteenth Century Government*, a cura di G. Sutherland, London, Routledge, 1972, pp. 11-32.

⁽¹⁶⁰⁾ « The age of law reform and the age of Jeremy Bentham are one and the same. He is the father of the most important of all the branches of reform, the leading and ruling department of human improvement. No one before him had even seriously thought of exposing the defects in our English System of Jurisprudence », H. BROUGHAM, *Speeches upon questions related to public rights, duties, and interests*, Edinburgh, Black, 1838, vol. II, pp. 287-288.

⁽¹⁶¹⁾ I *Traité de Législation civile et pénale, Précédés de Principes généraux de Législation, et d'une Vue d'un Corps complet de Droit*, pubblicati in tre libri nel 1802.

contribuì non soltanto a diffonderne il pensiero e la fama all'estero, ma anche a far sì che i suoi meriti venissero riconosciuti — più lentamente, ma non meno ampiamente — in patria. Già negli anni venti del secolo egli era considerato il più grande riformista che l'Inghilterra avesse avuto, mentre grandissima fu la diffusione delle sue idee dopo la pubblicazione, curata da John Bowring negli anni 1838-1843, dei suoi scritti in undici volumi. L'influenza del pensiero di Bentham fu notevole anche grazie all'opera dei suoi numerosi seguaci (non soltanto Brougham con la *Law Amendment Society*, ma anche Stuart Mill e John Austin) i quali contribuirono a diffonderne il pensiero rendendolo meno “indigesto” — una volta privato degli accenti più radicali e caustici — alla parte più conservatrice del paese nell'ambito dei dibattiti svolti in seno alle commissioni d'inchiesta e alle assemblee parlamentari. La presenza stessa dell'espressione « judge made law » in alcuni tra i principali quotidiani dell'epoca ⁽¹⁶²⁾ e — come abbiamo visto — nello stesso rapporto presentato nel 1853 dalla commissione istituita dalla *Law Amendment Society* allo scopo di riformare il sistema di *law reporting* rivela il notevole grado di penetrazione dell'ideologia benthamiana negli ambienti del diritto, della politica e della cultura dell'Ottocento inglese.

Un ruolo fondamentale nella diffusione del pensiero di Bentham e delle ideologie continentali in Inghilterra fu svolto da John Austin ⁽¹⁶³⁾, discepolo e “perfezionatore” delle teorie del grande utilitarista ⁽¹⁶⁴⁾. Pur essendo le sue tesi più moderate rispetto a quelle propugnate dal maestro e pur assumendo egli una posizione critica nei confronti di alcune delle posizioni di Bentham, Austin

Solo nel 1864 l'opera sarebbe stata tradotta in inglese (*The Theory of Legislation*) dall'americano Robert Hildreth.

⁽¹⁶²⁾ Ad esempio, nel *Daily Telegraph* (cit. in W.T.S. DANIEL, *The History*, cit., p. 238).

⁽¹⁶³⁾ Si vedano, tra i molti scritti su Austin, W.E. RUMBLE, *The Thought of John Austin*, London and Dover, The Athlone Press, 1985; W.L. MORISON, *John Austin*, London, Arnold, 1982; e, più sinteticamente, R.W. DIAS, *Jurisprudence*, London, Butterworths, 1970, pp. 385-405; e M. LOBBAN, *The Common Law*, cit., pp. 223-256.

⁽¹⁶⁴⁾ Austin, in una lettera diretta a Bentham risalente al 1819, dichiarava apertamente « di non avere altro desiderio che diffondere le sue dottrine », cit. in W.E. RUMBLE, *The Thought*, cit., p. 18.

aderì sostanzialmente alla tesi benthamiana della superiore bontà della codificazione e del primato della legislazione sul *judge made law*. Se è vero, infatti, che egli ammetteva la necessità dell'esistenza della c.d. « judicial law », in quanto a suo avviso nessun legislatore avrebbe mai potuto prevedere ogni possibile caso futuro ⁽¹⁶⁵⁾, e se, inoltre, è vero che riconosceva al diritto di formazione giudiziale il merito di aver assicurato nei secoli lo sviluppo del *common law*, talvolta trascurato da un legislatore non sempre competente e capace ⁽¹⁶⁶⁾, egli rimproverava ai giudici — così come aveva fatto Bentham — di ricorrere alla *fictio* della teoria dichiarativa del precedente per occultare la propria attività creativa delle norme giuridiche ⁽¹⁶⁷⁾, e subordinava il loro potere (esistente, a suo avviso, soltanto in quanto ad essi delegato dal sovrano) a quello del legislatore ⁽¹⁶⁸⁾. Al tempo stesso, se il più conservatore e meno radicale Austin riteneva che per “codificazione” dovesse intendersi essenzialmente una sistemazione del diritto esistente, e non anche una

⁽¹⁶⁵⁾ « A law or rule may be set or established in either of two *modes*: namely, in the *properly* legislative mode (or in the way of *direct* legislation), or in the *improperly* legislative mode (or in the way of *judicial* legislation) », J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law*, a cura di R. Campbell, London, Murray, 1885, vol. I, p. 35.

⁽¹⁶⁶⁾ « There is more of stability and coherency in judiciary law than might, at first blush, be imagined », *ivi*, vol. II, p. 647. L'ambivalenza del pensiero austiniiano rispetto al diritto di formazione giudiziale è stata evidenziata da W.E. RUMBLE, *The Thought*, *cit.*, p. 109 ss. L'accettazione del *common law* e delle sue forme da parte di Austin, la sua creazione di un sistema concettuale utile a capire (e non a rimpiazzare) il diritto esistente, e le contraddizioni nascenti dal tentativo di conciliare *judge made law* e codificazione sono state evidenziate da M. LOBBAN, *The Common Law*, *cit.*, pp. 234-244; e *Was there a Nineteenth Century "English School of Jurisprudence"*, in « Journal of Legal History », XVI, 1995, I, pp. 40-46.

⁽¹⁶⁷⁾ « The childish fiction employed by our judges, that judiciary or common law is not made by them, but is a miraculous something made by nobody, existing, I suppose, from eternity, and merely *declared* from time to time by the judges », J. AUSTIN, *Lectures*, *cit.*, vol. II, p. 634.

⁽¹⁶⁸⁾ « Sovereignty, being unlimited and incapable of any legal limitation, includes the judicial as well as the legislative power. The judicial powers implied in sovereignty are in our own times commonly delegated wholly or in part. (...) Laws emanating immediately from a subordinate authority, consists of laws established obliquely, or by judicial decisions: namely, by the decisions of subordinate tribunals: for laws, as has already been observed, are occasionally made in this oblique manner by the sovereign himself », *ivi*, pp. 520-523.

riforma politica e sostanziale del diritto, cionondimeno egli considerava la redazione di un codice in Inghilterra indispensabile al fine di assicurare la certezza giuridica all'interno del confuso, frammentato e caotico ordinamento di *common law* ⁽¹⁶⁹⁾.

Il processo di codificazione avviatosi nell'Europa continentale e l'acceso dibattito in materia sviluppatosi in Inghilterra grazie alla diffusione del pensiero di Bentham e Austin, dominante tra gli anni venti e settanta del secolo, ebbero l'effetto di stimolare la "reazione" dei giuristi inglesi, i quali sentirono l'esigenza, sempre più pressante, di ancorare anche il sistema di *common law* a criteri di certezza giuridica che lo rendessero immune dalle critiche ad esso mosse dai fautori della codificazione su entrambe le sponde della Manica ⁽¹⁷⁰⁾. Negli anni in cui Bentham opponeva all'incerto e arbitrario "judge made law" proveniente dalle corti inglesi un monumento di certezza giuridica quale il *Code Napoléon*, i *common lawyers* fecero quadrato a difesa del proprio sistema giuridico affermando, attraverso la compiuta elaborazione teorica di una dottrina che riconosceva una pratica generalmente e quasi "inconsciamente" seguita da tempo, che il diritto dovesse essere posto dai giudici nelle aule dei tribunali attraverso l'ossequio dell'autorità delle decisioni passate. Si trattava dell'espressione della volontà dei giuristi di restituire centralità al diritto giurisprudenziale all'interno dell'ordinamento inglese, ribadendo la centralità del ruolo dei giudici attraverso il riconoscimento ad essi non soltanto di un potere meramente "dichiarativo", ma di

⁽¹⁶⁹⁾ « Every system of judiciary law has all the evils of a system which is really vague and inconsistent » e « a rule of judiciary law is less accessible and knowable than a statute law: (...) judiciary law (generally speaking) is not only applied in haste, but is also *made* in haste (...), in the hurry of judicial business, and not with the mature deliberation which legislation requires (...). A rule of judiciary law is always (strictly speaking) an *ex post facto* law. (...). A system of judiciary law (...) is nearly unknown to the bulk of the community, (...) is attested by the disputable records of private reporters, (...) is never or rarely comprehensive. (...). Judiciary law must be irregular, bulky, difficult to access; the statutory one may be systematic, compact and cognoscible », ivi, pp. 650-660.

⁽¹⁷⁰⁾ Circa le ragioni della compiuta elaborazione della regola dello *stare decisis*, cfr. le sintetiche quanto condivisibili osservazioni di G. CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 337-338. Sul processo di « positivizzazione in forma giudiziale » che avrebbe interessato il sistema di *common law* nell'Ottocento, vedi, inoltre, M. BARBERIS, *Europa del diritto*, cit., p. 92 ss.

una più diretta funzione “creativa” del diritto nel sistema di *common law*. La definitiva ed esplicita teorizzazione di una più articolata, coerente e strutturata dottrina del precedente vincolante — tassello fondamentale della quale sarebbe stata la celebre decisione *London Tramways Co. v. London County Council* emanata nel 1898 dalla House of Lords, in cui la corte avrebbe ribadito ciò che aveva già affermato nel 1861, e cioè di essere vincolata dai propri precedenti⁽¹⁷¹⁾ — consentiva ai giudici di reagire alle spinte codificatorie legittimando, in tal modo, la propria tradizionale funzione. Alle accuse d’incertezza mosse al *common law* e alla demolizione positivista della teoria dichiarativa, i giudici inglesi rispondevano ancora il loro operato a una regola esplicita e chiara e, dunque, altrettanto certa benché di segno opposto, rispetto alle norme fissate attraverso la codificazione: la regola dello *stare decisis*.

6. *Da “oracoli del diritto” a professori.*

« Se si ponesse sotto forma di caso a un gruppo di eminenti avvocati il quesito se il diritto inglese possa essere insegnato o meno all’Università, non c’è alcun dubbio sulla loro risposta. Essi risponderebbero unanimemente e senza alcuna esitazione che il diritto inglese deve essere appreso e non può essere insegnato, e che l’unico luogo in cui può essere appreso è il tribunale o lo studio di un avvocato »⁽¹⁷²⁾: così Albert Venn Dicey (1835-1922) nella lezione inaugurale tenuta all’All Souls College dell’Università di Oxford nell’aprile del 1883. L’illustre professore, dopo aver descritto i pregi e (soprattutto) i difetti dell’impostazione prevalentemente pratica dell’educazione giuridica in Inghilterra, avrebbe insistito sulla necessità dell’insegnamento universitario del *common law* e sull’impor-

(171) Difficoltà nascenti da una rigida applicazione del principio hanno portato la corte, nel 1966, a invertire la rotta dichiarando di potersi discostare dai propri precedenti.

(172) « If the question whether English law can be taught at the Universities could be submitted in the form of a case to a body of eminent counsel, there is no doubt whatever as to what would be their answer. They would reply with unanimity and without hesitation, that English law must be learned and cannot be taught, and that the only places where it can be learned are the law courts or chambers », A.V. DICEY, *Can English Law be Taught at the Universities?*, London, Macmillan, 1883, p. 1.

tanza del rinnovamento della letteratura giuridica esistente ad opera dei professori universitari. Ciononostante, Dicey si vedeva costretto ad ammettere che « l'avvocato il quale ritiene che i segreti della sua professione possano essere appresi soltanto con la pratica (...) ha una forte argomentazione a sostegno della propria tesi. Egli può fare affidamento sull'esperienza uniforme delle generazioni che lo hanno preceduto. Di istruzione o insegnamento vero e proprio i giuristi inglesi, perfino negli ultimi venticinque anni, ne hanno ricevuto poco o niente » (173). La formazione dei *common lawyers* aveva infatti avuto luogo, fin da epoca medievale, al di fuori delle Università, prima — fino alla seconda metà del XVII secolo — presso le antiche corporazioni degli avvocati o Inns of Court, poi — a partire dalla fine dello stesso secolo — presso singoli studi legali o “chambers”.

Gli Inns of Court sorsero a Londra intorno alla metà del Trecento come ostelli (*hospitia* o *inns*) destinati ad alloggiare i giuristi venuti in città per la trattazione dei processi presso le corti centrali, ma presto si trasformarono, durante il XV secolo, in stabile dimora e centro di istruzione giuridica di studenti di diritto e praticanti (174). Non è un caso che essi fossero definiti, a partire

(173) « The barrister who manteins or thinks that the mysteries of his art can be learned by practice only has (...) one strong argument in support of his conviction. He can rely on the uniform experience of many generations. Of direct instruction or tuition English lawyers have, till within the last twenty-five years, received nothing whatever », *ibidem*.

(174) L'origine, l'organizzazione e il funzionamento degli Inns of Court sono stati oggetto dei fondamentali studi di J. H. BAKER, *The Third University of England, The Inns of Court and the Common-Law Tradition*, London, The Selden Society, 1990; *The Legal Profession and the Common Law: Historical Essays*, London and Ronceverte, The Hambledon Press, 1986, pp. 3-74; *The Common Law tradition: Lawyers, Books and the Law*, London — Rio Grande, The Hambledon Press, 2000, p. 29 ss. Cfr., inoltre, W. C. RICHARDSON, *A History of the Inns of Court: with Special Reference to The Period of The Renaissance*, London, Baton Rouge, 1975. Per quanto concerne gli Inns in età Tudor e Stuart, vedi W. R. PREST, *The Inns of Court under Elizabeth I and the Early Stuarts, 1590-1640*, London, Longman, 1972; mentre, per il periodo compreso tra la fine del XVII e la prima metà del XVIII secolo, cfr. D. LEMMINGS, *Gentlemen and Barristers: the Inns of Court and the English Bar, 1680-1730*, Oxford, Clarendon Press, 1990. Per una più sintetica ma non meno puntuale descrizione della storia degli Inns, cfr. l'ormai classico W. S. HOLDSWORTH, *A History* cit., vol. VI, p. 493 ss.; e il più recente lavoro di M. LOBBAN, *The English Legal Profession and its Education in Historical Perspective*, in

dall'età Tudor, « the Third University of England » ⁽¹⁷⁵⁾: mentre, infatti, presso le antiche Università di Oxford e Cambridge si teneva l'esclusivo insegnamento del diritto romano e canonico ⁽¹⁷⁶⁾, era presso tali *societates* che l'educazione legale dei giuristi inglesi aveva luogo. Essa era caratterizzata da un'impostazione prevalentemente pratica: lo studente che fosse stato ammesso da uno dei quattro Inns (il Middle Temple, l'Inner Temple, il Gray's Inn e il Lincoln's Inn) era tenuto, per un periodo compreso tra cinque e sette anni, ad assistere alle udienze in tribunale e, soprattutto, a prendere parte a un determinato numero di esercitazioni pratiche, nonché di attività conviviali (*commons*), tenute presso l'Inn di appartenenza. Si trattava di un *training* prevalentemente orale incentrato, per lo più, sui c.d. "readings", solenni *lecturae* tenute due volte l'anno lungo l'arco di diverse settimane e aventi ad oggetto i maggiori *statutes* vigenti, e "moots", una sorta di "processi simulati", svolti quotidianamente e, in forma più solenne, due volte l'anno, i quali constavano della discussione di *quaestiones* giuridiche, solitamente piuttosto complesse, originate dalla formulazione di uno o più casi reali o ipotetici ⁽¹⁷⁷⁾. Trascorso con profitto tale periodo di studio, l'aspirante giurista avrebbe potuto iniziare a svolgere il patrocinio legale nelle

Un progetto di ricerca sulla storia dell'avvocatura, a cura di G. Alpa, R. Danovi, Bologna, Il Mulino, 2003, pp. 221-239.

⁽¹⁷⁵⁾ Si ritiene che l'espressione sia stata adoperata per la prima volta nel trattato di G. BUC, *The Third Universitie of England or a Treatise of the Foundations of all the Colledges, Ancient Schools of Priviledge, and of Houses of Learning, and Liberall arts, within and about the most famous Cittie of London*, stampato in appendice all'opera di J. STOW, *The Annales or Generall Chronicle of England*, London, Howes, 1615, ma sembra che il primo ad averla effettivamente utilizzata sia stato, nel 1577, William Harrison (un'edizione critica dell'opera di Harrison è stata curata da F.J. Furnwall: W. HARRISON, *The Description of England in Shakespeare's Youth*, London, 1877). In tal senso, J.H. BAKER, *The Third University*, cit., p. 23.

⁽¹⁷⁶⁾ Sull'insegnamento del diritto presso le Università di Oxford e Cambridge vedi, più ampiamente, *The History of the University of Oxford, II. Late Medieval Oxford*, a cura di J.I. Catto, R. Evans, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 281-313; *The History of the University of Oxford*, a cura di J. McConica, Oxford, Clarendon Press, 1986, pp. 257-283; e D.R. LEADER, *A History of the University of Cambridge*, Cambridge, University Press, 1988, pp. 192-201.

⁽¹⁷⁷⁾ La pratica dei *readings* e *moots* è stata accuratamente descritta nell'introduzione a *Readings and Moots at the Inns of Court in the Fifteenth Century*, a cura di J.H. Baker, London, The Selden Society, vol. II, p. XXXIII ss.

corti centrali ⁽¹⁷⁸⁾ e, successivamente, ricevere l'ambita "call to the bench" da parte dell'Inn di appartenenza, a seguito della quale avrebbe assunto la più elevata e importante qualifica di *bencher* — presupposto, quest'ultimo, indispensabile per la futura nomina a *serjeant at law* (avvocato di ordine superiore).

Tale sistema di istruzione giuridica era destinato a entrare in crisi intorno alla metà del XVII secolo. Gli Inns of Court avevano ormai perso il loro originario ruolo sociale e prestigio culturale e la pratica dei *learning exercises* entrò in una fase di stagnazione ed *impasse* da cui non sarebbe più riemersa. La sempre maggiore "concorrenza" da parte della letteratura giuridica a stampa e, dunque, dello studio individuale rispetto all'antico sistema orale e collettivo della *lectura* e della *disputatio*, il passaggio dalla procedura orale a quella scritta nelle corti di *common law* e, soprattutto, il declino del sistema di promozione professionale interno agli Inns cui *readings* e *moots* erano stati funzionali, ne resero il declino inevitabile e insuperabile ⁽¹⁷⁹⁾. I *learning exercises*, divenuti niente altro che sterili esercizi formali, svuotati del loro originario valore e significato, furono sospesi nel 1642 a seguito della temporanea chiusura degli Inns dovuta alla Guerra Civile e, nonostante il tentativo di reintrodurli con la Restaurazione nel 1660, erano destinati a cessare definitivamente con la fine del secolo. La crisi che aveva investito gli Inns, trasformatisi in poco più che associazioni di categoria prive di

⁽¹⁷⁸⁾ A partire dal 1547 fu stabilito che per patrocinare a Westminster fossero necessari non meno di otto anni di "pratica" svolta presso uno degli Inns of Court. Per un esame più dettagliato della disciplina del patrocinio legale presso le corti centrali a partire dalla metà del XVI secolo, vedi W. R. PREST, *The English Bar, 1550-1700*, nella raccolta da lui stesso curata *Lawyers in Early Modern Europe*, cit., p. 65 ss.

⁽¹⁷⁹⁾ W.C. RICHARDSON, *A History*, cit., p. 312, ha parlato in proposito di « a profound lethargy » da cui gli Inns non si sarebbero mai più risvegliati. Per una lucida analisi delle ragioni della crisi del sistema della *legal education* negli Inns a partire dalla seconda metà del XVII secolo, cfr. J.H. BAKER, *The Common Law tradition*, cit., p. 47 ss.; *The Third University*, cit., pp. 21-22; W. PREST, *The Inns of Court*, cit., pp. 124-136; e M. LOBBAN, P. POLDEN, *The Education of Lawyers*, in *The Oxford History*, cit., vol. XI, pp. 1175-1201. D. LEMMINGS, *Gentlemen and Barristers*, cit., pp. 25-30, ha posto in relazione la crisi degli Inns e del loro sistema didattico con la diminuzione del numero degli studenti dovuto alla crisi demografica da un lato, alla pressione fiscale gravante sulla *gentry* (da cui proveniva la maggior parte dei *socii*) a causa della guerra contro la Francia dall'altro.

ogni funzione didattica ⁽¹⁸⁰⁾, non risparmiò neppure le antiche Università di Oxford e Cambridge: se agli inizi del Settecento lezioni di diritto civile erano ancora tenute presso entrambe le Università, a Oxford, intorno alla metà del secolo, il titolo di *Doctor of Civil Law*, conseguibile dopo il *Bachelor of Arts* da parte di coloro che volessero intraprendere la carriera diplomatica o quella forense presso le Ecclesiastical Courts e la Court of Admiralty, non richiese più né la frequenza di lezioni, né il superamento di esami. Analoga la situazione a Cambridge, dove le lezioni di diritto civile, requisito teoricamente indispensabile al conseguimento tanto del titolo di *Bachelor of Law* quanto di *Doctor of Law*, divennero praticamente inesistenti, così che allo studente che volesse ottenere la laurea o il dottorato, bastava risiedere per tre anni presso uno dei *colleges* dell'Università ⁽¹⁸¹⁾.

Rebus sic stantibus, agli studenti di diritto e ai praticanti non rimase altro da fare che rimboccarsi le maniche e, in assenza di una guida nel difficile studio del *common law*, affidarsi esclusivamente a mezzi propri. Alcuni si associarono in gruppi di mutua assistenza, dando vita a veri e propri *clubs* o *mooting societies* in cui incontrarsi, alla presenza di più anziani ed esperti avvocati, per discutere questioni giuridiche e tenere esercitazioni ⁽¹⁸²⁾. Mentre associazioni del genere continuarono a essere create lungo tutto il Settecento, si

⁽¹⁸⁰⁾ D. LEMMINGS, *Blackstone and Law reform by Education: Preparation for the Bar and Lawyerly Culture in Eighteenth-Century England*, in «Law and History Review», XVI, 1998, p. 235; e B. ABEL-SMITH, R. STEVENS, *Lawyers and the Courts, A Sociological Study of the English Legal System 1750-1965*, London, Heinmann, 1967, p. 17, hanno definito gli Inns dell'epoca, rispettivamente, « dining clubs » e « residential clubs for lawyers ».

⁽¹⁸¹⁾ W.S. HOLDSWORTH, *A History*, cit., vol. XII, pp. 83-85. Sulla crisi dell'insegnamento del diritto presso le Università di Oxford e Cambridge durante il XVIII secolo vedi, inoltre, J.L. BARTON, *Legal Studies*, in *The History of the University of Oxford, Vol. V, The Eighteenth Century*, a cura di L.S. Sutherland, L.G. Mitchell, Oxford, Clarendon Press, 1986; e P. SEARBY, *A History of the University of Cambridge*, vol. III, 1750-1870, Cambridge, University Press, 1997.

⁽¹⁸²⁾ Sulla nascita e la diffusione di tali *societies*, cfr. J.H. BAKER, *Legal Education in London, 1250-1850*, London, The Selden Society, 2007, pp. 15-17; D. LEMMINGS, *Professors of the Law: A History of the English Barristers in the Eighteenth Century*, Oxford, University Press, 2000, p. 142 ss.; *Blackstone and Law Reform*, cit., pp. 245-249; e M. THALE, *London Debating Societies in the 1790s*, in «Historical Journal», XXXII, 1989.

affer mò verso la fine del secolo, divenendo prassi consolidata già negli anni settanta, il c.d. *pupillage*: in pratica, lo studente veniva ammesso, previo pagamento di un corrispettivo annuale, a godere del privilegio di frequentare lo studio di un avvocato per un paio di anni per poter apprendere, attraverso libero accesso ai testi e alle carte dello studio e attraverso l'osservazione e l'imitazione del *dominus*, i segreti della complicata arte forense ⁽¹⁸³⁾. Nessuna attività didattica in senso proprio si svolgeva *in chambers*, sebbene alcuni avvocati incoraggiassero la creazione di *discussion clubs* da parte dei praticanti e sebbene talvolta, ma assai più raramente, acconsentissero a tenere veri e propri corsi di lezioni. Si trattava, in definitiva, di uno studio arduo, solitario e totalmente incentrato sulla pratica.

Un primo tentativo di porre rimedio a tale stato di cose, in cui lo studente era praticamente abbandonato a se stesso e ai propri sforzi individuali nello studio del *common law*, fu fatto da parte degli stessi Inns of Court: nel 1753 il Gray's Inn istituì un primo corso di lezioni ⁽¹⁸⁴⁾, seguito dal Lincoln's Inn nel 1799 ⁽¹⁸⁵⁾, ma entrambi i corsi — episodici e al di fuori di ogni schema didattico organizzato — ebbero scarso successo e vita breve. Si trattava, inoltre, di tentativi di riforma interni al mondo degli stessi pratici e, dunque, alla pratica rivolti: la prassi ormai consolidata del *pupillage* aveva condotto al rafforzamento dell'idea — destinata ad avere lunga durata — che l'insegnamento teorico del diritto fosse inutile, se non dannoso. Al tempo stesso, aveva impedito la produzione di una letteratura giuridica idonea allo scopo: è chiaro, infatti, che gli avvocati presso i quali studenti e praticanti svolgevano il proprio apprendistato, impegnati nella quotidiana pratica forense, non avevano il tempo necessario alla redazione di manuali d'insegnamento. Eppure, sebbene lentamente, qualcuno iniziava a rendersi conto dei mali pro-

⁽¹⁸³⁾ Cfr., sull'affermazione e i caratteri del *pupillage*, J.H. BAKER, *Legal Education*, cit., pp. 17-24; P. POLDEN, *Barristers*, in *The Oxford History*, cit., vol. XI, p. 1023 ss.; e D. LEMMINGS, *Professors of the Law*, cit., p. 131 ss.

⁽¹⁸⁴⁾ Esso fu affidato a Danby Pickering e tenuto fino al 1769, anno in cui fu sospeso, pare per lo scarso successo. In tal senso, *ivi*, pp. 126-127.

⁽¹⁸⁵⁾ Già nel 1795 Michael Nolan aveva proposto l'istituzione di un corso di lezioni, ma la proposta non aveva avuto seguito. Le prime *lectures* in diritto internazionale furono tenute da James Mackintosh nel 1799, mentre nel 1810 Joseph Chitty avrebbe tenuto un corso in diritto commerciale. *Ivi*, pp. 128-129.

dotti dall'assenza di un sistema istituzionale organizzato d'istruzione giuridica, ponendo le basi del movimento di riforma che si sarebbe sviluppato nel XIX secolo: nel 1758 William Blackstone, nominato *Vinerian Professor of English Law* presso l'Università di Oxford, dava inizio al primo corso universitario di diritto inglese ⁽¹⁸⁶⁾. In realtà, l'illustre professore aveva iniziato a tenere le proprie lezioni, accolte dagli studenti con grande favore, presto divenute estremamente popolari e successivamente raccolte nei *Commentaries*, già durante l'anno accademico 1753-54. Due anni dopo, Charles Viner, autore del celebre *Abridgment of Law and Equity* pubblicato tra il 1742 e il 1757, aveva lasciato i propri beni in eredità all'Università di Oxford affinché una cattedra di diritto inglese (appunto la *Vinerian Chair of Common Law*) e diverse borse di studio in materia vi fossero istituite ⁽¹⁸⁷⁾, facendo di Blackstone il candidato ideale a ricoprire l'incarico d'insegnamento. Così, per la prima volta e per più di un decennio (Blackstone avrebbe insegnato fino al 1766), il *common law* divenne oggetto d'insegnamento universitario: nella lezione inaugurale del corso, tenuta nel 1758 e posta a prefazione del primo volume dei *Commentaries*, Blackstone descriveva « the long and

⁽¹⁸⁶⁾ Cfr., su William Blackstone e la *Vinerian Chair*, P. NEILL, *Blackstone, Oxford, and the Law*, in *All Souls under the Ancien Régime. Politics, Learning, and the Arts*, c. 1600-1850, a cura di S.J.D. Green, P. Horden, Oxford, University Press, 2007, p. 278 ss.; e D. LEMMINGS, *Blackstone and Law Reform*, cit.

⁽¹⁸⁷⁾ « I give to the chancellor, masters, and scholars of the university of Oxford, all my books (...) to be disposed and sold, and the money arising thereby to be applied (...) for the nomination, appointing and establishing of a professorship of the common law in the said university; and to put it upon a proper foot, that young gentlemen who shall be students there, and shall intend to apply themselves to the study of the common laws of England, may be instructed and enabled to pursue their studies to their best advantage afterwards when they shall attend the courts at Westminster, and not to trifle away their time there in hearing what they understand nothing of, and thereupon perhaps divert their thoughts from the law to other pleasures », *Viner's Bequest to Oxford University*, in W.S. HOLDSWORTH, *A History*, cit., vol. XII, App. I, p. 739. Su Charles Viner e la fondazione della *Vinerian Chair*, vedi H.G. HANBURY, *The Vinerian Chair and Legal Education*, Oxford, University Press, 1958; D.J. IBBETSON, *Charles Viner and his Chair: Legal Education in Eighteenth Century Oxford*, in *Learning the Law. Teaching and the Transmission of Law in England, 1150-1900*, a cura di J.A. Bush, A. Wijffels, London — Rio Grande, The Hambledon Press, 1999, pp. 315-328; e L. SUTHERLAND, *Charles Viner and the Legal Chairs at Oxford*, in *Evidence in Literary Scholarship*, a cura di R. Welleck, A. Ribeiro, Oxford, Clarendon Press, 1979, p. 229 ss.

universal neglect », il completo stato di abbandono in cui versava in Inghilterra l'insegnamento del diritto ⁽¹⁸⁸⁾, suggerendo le modalità attraverso le quali esso andava riformato. A suo avviso, il *common law* doveva essere oggetto di insegnamento universitario: un'educazione esclusivamente pratica non era infatti in grado di esaurirne lo studio ⁽¹⁸⁹⁾ ed era necessario che le lacune proprie dell'apprendistato pratico fossero colmate da un corso di lezioni teoriche in cui lo studente potesse apprendere le nozioni e i principi giuridici fondamentali del diritto inglese (« the originals »), corso che soltanto l'Università — nel caso di specie, l'Università di Oxford — poteva offrire ⁽¹⁹⁰⁾. Soltanto l'insegnamento universitario del diritto avrebbe sottratto lo studente allo « sforzo solitario e noioso di estrarre principi giuridici teorici da una massa di sapere disordinato; o di mettere insieme teoria e prassi attraverso la sola frequentazione dei tribunali » ⁽¹⁹¹⁾ consentendo, al tempo stesso, al professore di dedicarsi « a un compito a cui coloro i quali siano profondamente immersi nella pratica professionale possono difficilmente dedicarsi » e, cioè, allo studio e all'esame critico dei principi del diritto ⁽¹⁹²⁾.

Nei cinquanta anni successivi all'istituzione della *Vinerian*

⁽¹⁸⁸⁾ « Indeed it is perfectly amazing that there should be no other state of life, no other occupation, art, or science, in which some method of instruction is not looked upon as requisite, except only the science of legislation, the noblest and most difficult of any », W. BLACKSTONE, *A Discourse on the Study of the Law*, Oxford, University Press, 1758, p. 6, 9.

⁽¹⁸⁹⁾ « A lawyer thus educated to the bar, in subservience to attorneys and solicitors, will find that he has begun at the wrong end. If practice be the whole he is taught, practice must also be the whole he will ever know », *ivi*, p. 32.

⁽¹⁹⁰⁾ *Ivi*, pp. 26-27, 33. Ancora: « These primary rules and fundamental principles should be weighted and compared with the precepts of the law of nature, and the practice of other countries, should be explained by reasons, illustrated by examples, and confirmed by undoubted authorities », *ivi*, p. 36.

⁽¹⁹¹⁾ « A raw and unexperienced youth, in the most dangerous season of life (...) is expected to sequester himself from the world, and by a tedious lonely process to extract the theory of law from a mass of undigested learning; or else by an assiduous attendance on the courts to pick up theory and practice together, sufficient to qualify him for the ordinary run of business », *ivi*, p. 31.

⁽¹⁹²⁾ « The leisure and abilities of the learned in these retirements might either suggest expedients, or execute those dictated by wiser heads, for improving its methods, retrenching its superfluities, and reconciling the little contrarities, which the practice of many centuries will necessarily create in any human system: a task which those who are

Chair, ulteriori cattedre di diritto inglese sarebbero state fondate presso il Trinity College di Dublino (la *Chair of Feudal and English Law*, istituita nel 1761) e l'Università di Cambridge (la *Downing Chair of the Laws of England*, istituita nel 1800). Ciononostante, le lezioni di diritto inglese andarono sempre più diradandosi, fino a sparire quasi del tutto: non essendo esse funzionali al conseguimento di una laurea in diritto inglese, venivano probabilmente ritenute dagli studenti meno utili rispetto alla più proficua frequentazione degli studi legali londinesi. Proprio a Londra avrebbe avuto inizio un nuovo corso per l'educazione giuridica in Inghilterra ⁽¹⁹³⁾ con la fondazione, nel 1826, della London University, successivamente trasformata in University College ⁽¹⁹⁴⁾, confederata nel 1836 con il King's College, a sua volta fondato nel 1829. La neonata University of London, sorta in prossimità delle corti di Westminster e degli antichi Inns, fu la prima a prevedere ufficialmente — e con l'esplicito intento di attrarre studenti di diritto e praticanti — l'insegnamento del *common law* nel proprio *curriculum studiorum*: dopo un primo periodo in cui lo studio del diritto fu previsto soltanto a livello *post lauream*, le prime lauree in diritto inglese furono rilasciate già nel 1839. La previsione dell'insegnamento del diritto inglese presso l'Università di Londra — a mezzo dell'istituzione di una *Chair of English Law* e una *Chair of Jurisprudence and the Law of Nations* — costituì un passo fondamentale nel processo che avrebbe condotto, sia pur lentamente e con alterne vicende, a un profondo mutamento di mentalità e a un'ampia opera di riforma del sistema d'istruzione giuridica durante la seconda metà del secolo ⁽¹⁹⁵⁾.

deeply employed in business, and the more active scenes of the profession, can hardly condescend to engage in », ivi, p. 30.

⁽¹⁹³⁾ J.H. BAKER, *Legal education*, cit., p. 26, ha parlato di « a new era in legal education ».

⁽¹⁹⁴⁾ La storia dell'University College è stata sinteticamente ricostruita da J.H. BAKER, *University College and Legal Education 1826-1976*, in « Current Legal Problems », XXX, 1977. Vedi inoltre, per ulteriori dettagli, i più risalenti lavori di H.H. BELLOT, *University College London, 1826-1926*, London, University Press, 1929; e G.W. KEETON, *University College, London, and the Law*, in « Juridical Review », LI, 1939. Per un più ampio studio sull'Università di Londra, cfr. W.L. TWINING, *Laws*, in *The University of London and the World of Learning, 1836-1986*, a cura di F.M.L. Thompson, London and Ronceverte, The Hambledon Press, 1990.

⁽¹⁹⁵⁾ Il rapporto tra istruzione giuridica pratica e universitaria nel periodo

I fondamenti dello studio scientifico universitario del diritto furono posti da John Austin, titolare della cattedra di *Jurisprudence* a partire dal 1826. Austin viene generalmente indicato come il fondatore dell'*analytical jurisprudence*, una dottrina destinata ad avere un forte impatto sul diritto inglese della seconda metà dell'Ottocento. Si trattava di una teoria generale del diritto, il cui scopo era quello di definire e sviluppare analiticamente e sistematicamente le categorie giuridiche, i principi e le nozioni fondamentali posti alla base di tutti gli ordinamenti positivi ⁽¹⁹⁶⁾. A tale scopo, Austin partiva dall'individuazione e dalla delimitazione dell'oggetto della scienza giuridica o « the province of jurisprudence » ⁽¹⁹⁷⁾, oggetto a suo avviso identificabile con il diritto positivo (« law properly so called »), da lui concepito come l'insieme dei comandi sanzionati posti dal sovrano/legislatore ⁽¹⁹⁸⁾ e i cui principi e le cui nozioni fondamentali riteneva comuni a ogni ordinamento. Proprio l'esposizione e la delucidazione di tali principi basilari costituiva, nella concezione austiniana, l'oggetto legittimo ed esclusivo della scienza giuridica. Tutto ciò che esulava dalla chiarificazione delle norme del diritto positivo (« positive law as it is », “il diritto come è”) e che invece concerneva la loro bontà o appropriatezza (« positive law as it ought to be », “il diritto come dovrebbe essere”) non riguardava in alcun modo la scienza del diritto, bensì la scienza della legislazione ⁽¹⁹⁹⁾. Il giurista doveva dunque limitare la propria attenzione

compreso tra gli anni trenta e sessanta dell'Ottocento è stato indagato da C.W. BROOKS, M. LOBBAN, *Apprenticeship or Academy? The Idea of a Law University, 1830-1860*, in *Learning the Law*, cit., pp. 353-382.

⁽¹⁹⁶⁾ « General jurisprudence, or the philosophy of positive law (...) is concerned directly with principles and distinctions which are common to various systems of particular and positive law », J. AUSTIN, *Lectures*, cit., vol. I, p. 32.

⁽¹⁹⁷⁾ Ivi, p. 31.

⁽¹⁹⁸⁾ « Every positive law, or every law simply and strictly so called, is set by a sovereign individual or a sovereign body of individuals to a person or persons in a state of subjection to its author », ivi, p. 34.

⁽¹⁹⁹⁾ « General jurisprudence, or the philosophy of positive law, is concerned with law as it necessarily *is*, rather than with law as it *ought* to be; with law as it must be, *be it good or bad*, rather than with law as it must be, *if it be good* », e « The science of jurisprudence (...) is concerned with positive laws, or with laws strictly so called, as considered without regard to their goodness or badness », ivi, rispettivamente, pp. 32, 176-177.

(e azione) alla prima e disinteressarsi interamente della seconda: il suo ruolo era quello di “esporre”, piuttosto che di “riformare” il diritto.

Il pensiero di Austin recava una forte influenza della dottrina tedesca e della sua sistemazione dogmatica del diritto, inteso quale struttura completa e coerente di concetti giuridici ⁽²⁰⁰⁾. Il filosofo, infatti, dopo la nomina a *Professor of Jurisprudence*, aveva trascorso un periodo di studio in Germania (1827-28), rimanendo fortemente affascinato dall’opera di Hugo, Falck, Thibaut e Savigny e traendone ispirazione per la meticolosa preparazione delle sue lezioni. L’avvicinamento di Austin alla Pandettistica tedesca produsse non soltanto la sua accettazione di un approccio più propriamente sistematico al diritto e, al tempo stesso, l’allontanamento dai motivi più radicali dell’ideologia benthamiana, ma anche una più matura consapevolezza della centralità della funzione del giurista accademico (assoluto protagonista del diritto nella Germania del primo Ottocento) e della scienza del diritto, temi destinati a essere ripresi in Inghilterra negli ultimi trenta anni del secolo. Nonostante le lezioni di Austin, iniziate nel 1828, non avessero incontrato il successo che egli sperava e fossero state da lui interrotte dopo soli quattro anni ⁽²⁰¹⁾, la sua opera, variamente recepita e utilizzata da un nutrito gruppo di

⁽²⁰⁰⁾ Cfr., tra i molti lavori che hanno indagato l’influenza della dottrina tedesca sull’opera di Austin, A.B. SCHWARZ, *John Austin and the German Jurisprudence of his Time*, in « *Politica* », I, 1934; W.L. MORISON, *John Austin*, cit., p. 60 ss.; A. AGNELLI, *John Austin alle origini del positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1959, pp. 22-34; e, più di recente, M. LOBBAN, *Was there a Nineteenth Century “English School of Jurisprudence”?*, cit. Più in generale, sull’influenza tedesca sulla letteratura giuridica e sulla riforma dell’istruzione universitaria inglesi nel XIX secolo, vedi E. CAMPBELL, *German Influences in English Legal Education and Jurisprudence in the 19th Century*, in « *University of Western Australia Annual Law Review* », IV, 1959; P. STEIN, *Legal Theory and the Reform of Legal Education in Mid Nineteenth Century England*, in *L’educazione giuridica, vol. II: Profili storici*, a cura di A. Giuliani, N. Picardi, Perugia, ESI, 1979, pp. 185-206, e *Continental Influences on English Legal Thought, 1600-1900*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, a cura di B. Paradisi, Firenze, Olschki, 1977, pp. 1119-1125; e M. SENN, *Legal education in England and the German Historical School of Law in 19th Century*, in *Law in the City*, a cura di A. Lewis, P. Brand, P. Mitchell, Dublin, Four Courts Press, 2007, pp. 255-261.

⁽²⁰¹⁾ Sulle ragioni della scarsa popolarità delle lezioni di Austin (la natura prettamente teorica del suo corso, lo scarso sviluppo dell’istruzione giuridica universitaria, la recente fondazione dell’Università di Londra e il precario stato di salute del

giuristi accademici, era infatti destinata ad avere grandissima diffusione e influenza nella seconda metà del XIX secolo: *The Province of Jurisprudence Determined*, contenente una parte delle lezioni da lui tenute tra il 1829 e il 1833, fu pubblicato nel 1832, ma soltanto dopo la sua morte, nel 1863, videro la luce le *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, edizione ampliata e arricchita delle lezioni mancanti nella prima a cura della moglie Sarah ⁽²⁰²⁾, destinate a diventare il pane quotidiano delle nuove generazioni di studenti delle facoltà giuridiche.

7. *La Oxford School of Jurisprudence e la nascita della dottrina universitaria.*

Dopo l'abbandono da parte di Austin nel 1833, le lezioni di diritto inglese presso la London University continuarono fino agli anni quaranta del secolo ⁽²⁰³⁾, mentre gli Inns of Court da un lato, la neonata Law Society (1831) dall'altro, diedero vita a ulteriori corsi in materia: il Lyon's Inn nel 1828, l'Inner Temple e la Law Society a partire dal 1831 (lo stesso Austin insegnò presso l'Inner Temple nel 1834, dopo aver lasciato l'Università), il Middle Temple nel 1846, ma tutti con scarso successo ⁽²⁰⁴⁾. La questione della riforma dell'educazione giuridica era intanto assunta all'attenzione dell'opinione pubblica: periodici quali il *Law Times*, il *Globe*, la *Law Review* lamentavano l'assenza di una Scuola di diritto in Inghilterra e invocavano la fondazione di una *Law University* a Londra ad opera degli Inns of Court ⁽²⁰⁵⁾. Nel 1846 fu nominato dal Governo inglese

filosofo), vedi W.E. RUMBLE, *Austin in the Classroom: Why were his Courses on Jurisprudence Unpopular?*, in «Journal of Legal History», XVII, 1996.

⁽²⁰²⁾ L'opera fu poi ristampata nel 1869, 1873 e 1885 a cura di Robert Campbell.

⁽²⁰³⁾ Le lezioni di John Austin e Andrew Amos furono seguite da quelle di Peter Stafford Carey, John Thomas Graves, Joshua Ryland Marshman e, presso il King's College, di John James Park, John William Spurrier, Richard Preston ed Edward Bullock (nel 1848 fu inoltre istituita presso il King's una nuova *Chair of International Law*, la quale venne assegnata a Travers Twiss).

⁽²⁰⁴⁾ Il *Council of Legal Education* sarebbe stato fondato, allo scopo di sovrintendere all'istruzione giuridica nel paese, non prima del 1852.

⁽²⁰⁵⁾ J.H. BAKER, *Legal Education*, cit., pp. 39-40.

il *Select Committee on Legal Education* affinché indagasse sullo stato dell'educazione giuridica nel paese, ne considerasse gli effetti sulla professione forense e sulla società, e individuasse gli strumenti utili al suo miglioramento e sviluppo ⁽²⁰⁶⁾. Nel rapporto finale, pubblicato nello stesso anno, il comitato concludeva che l'insegnamento del diritto nel paese era « estremamente insoddisfacente e incompleto » e che « non esisteva in Inghilterra, a differenza dei più civili stati europei e americani, (...) alcuna appropriata educazione giuridica pubblica degna di questo nome » ⁽²⁰⁷⁾. Ancora, esso sottolineava come gli aspetti pratici e “meccanici” del diritto fossero privilegiati a spese dei più elevati aspetti dottrinali. Il *Report*, in definitiva, deplorava l'assenza di un « sistema di istruzione teorica ben organizzato » e riconosceva ufficialmente la necessità dell'insegnamento giuridico accademico ⁽²⁰⁸⁾. Sottolineava, inoltre, l'opportunità di migliorare la *legal education* attraverso l'incremento del numero dei professori universitari, « uomini che, liberi da interessi pratici, siano in grado di dedicarsi esclusivamente al Diritto come scienza e di ottenere, attraverso i propri scritti e le proprie scelte, il rispetto della professione a cui appartengono » ⁽²⁰⁹⁾. Ad essi avrebbe dovuto essere affidato l'insegnamento della teoria giuridica (« the philosophy of science ») e dei principi fondamentali del diritto (« the great and enduring principles ») attraverso la creazione di nuovi corsi e il miglioramento del livello degli esami finali, in modo

⁽²⁰⁶⁾ « Select Committee appointed to inquire into the present State of Legal education in England and Ireland, and the Means for its further Improvement and Extension », *Report from the Select Committee on Legal Education*, in *Parliamentary Papers*, 1846, vol. VI, p. 3.

⁽²⁰⁷⁾ « The present state of legal education (...) in reference to the classes professional and unprofessional concerned (...) is extremely unsatisfactory and incomplete, and exhibits a striking contrast and inferiority to such education (...) at present in operation in all the more civilized states of Europe and America. The student, professional and unprofessional, is left almost solely to his own individual exertions, industry, and opportunities, and no Legal Education, worthy of the name, of a public nature, is at this moment to be had », *ivi*, p. 56.

⁽²⁰⁸⁾ « The want of an early well-directed and well-digested philosophical system of study », *ivi*, p. 51.

⁽²⁰⁹⁾ « men who, unembarrassed by the small practical interests of their profession, are enabled to apply themselves exclusively to Law as a science, and to claim by their writings and decisions the reverence of their profession », *ivi*, p. 57.

da assicurare l'istruzione in tutte quelle materie (quali, ad esempio, il diritto civile, il diritto costituzionale, quello amministrativo e quello internazionale) per le quali un apprendistato meramente pratico non era sufficiente, e da porre lo studio del diritto a un livello « maggiormente elevato e scientifico »⁽²¹⁰⁾. E proprio al consiglio dei professori, non meno influenti — secondo il modello tedesco — dei giudici dei tribunali, si sarebbe dovuto ricorrere con fiducia « in tutte le più serie e importanti questioni di carattere legislativo e amministrativo »⁽²¹¹⁾. Per quanto invece più specificamente concerneva gli Inns of Courts, questi ultimi, ad avviso dei Commissari, avrebbero dovuto provvedere alla creazione di un appropriato e coordinato corso d'istruzione finalizzato al superamento di un esame d'ammissione al *Bar*⁽²¹²⁾, agendo come una sorta di "università giuridica" a cui avrebbero potuto iscriversi soltanto coloro che avessero prima conseguito una laurea in giurisprudenza⁽²¹³⁾. In definitiva, il Comitato suggeriva la creazione di una sorta di *partnership* tra Inns e Università nell'ambito di un'istruzione giuridica costituita

⁽²¹⁰⁾ « The province of the University is to teach the philosophy of the science, and to secure instruction in those branches for which it might be apprehended the more technical character of the special institution would inadequately provide. (...) but above all, the great and enduring principles upon which all Law (...) should rest (...); this is the appropriate and honourable vocation of an University Law School or Faculty; and which (...) will give a higher and more scientific tone to the entire study (...) and will go far to replace Law in its legitimate position », *ivi*, pp. 47-48.

⁽²¹¹⁾ « Out of such a school we might gradually hope to see arise a succession of teachers and guides as Publicists, Jurists, Professors, Writers, to whom we might refer with confidence for counsel in all the higher questions and graver difficulties of legislative and administrative duty », *ivi*, p. 48.

⁽²¹²⁾ I primi esami ufficiali obbligatori di ammissione al *Bar* sarebbero stati tenuti soltanto nel 1872: fino all'ultimo quarto del secolo lo studente ammesso da uno degli Inns poteva aspirare alla *call to the Bar* dopo soli tre anni di frequenza e senza alcuna necessità di superare un esame finale. Cfr., per un più dettagliato resoconto dello sviluppo della professione forense in Inghilterra fino ai giorni nostri, R.L. ABEL, *The Legal Profession in England and Wales*, London, Basil Blackwell, 1988; e R. COCKS, *Foundations of the Modern Bar*, London, Sweet & Maxwell, 1983.

⁽²¹³⁾ *Report from the Select Committee*, cit., p. 52 ss. Secondo C.W. BROOKS, *Lawyers, Litigation and English Society Since 1450*, London, The Hambledon Press, 1998, p. 149 ss., il quale ha esaminato la formazione dei *common lawyers* dal punto di vista dei giuristi pratici, il *Report* avrebbe offerto un quadro della situazione eccessivamente semplificato.

da due diversi momenti, distinti ma tra loro coordinati: il primo teorico/accademico, di pertinenza dell'Università, il secondo pratico/professionale, lasciato agli Inns of Court.

Sebbene diverse delle indicazioni contenute nel rapporto rimanessero lettera morta (ancora oggi, ad esempio, è possibile diventare avvocato senza una laurea in giurisprudenza) e sebbene il progetto di una "Law University" non sarebbe mai decollato (nuovi corsi di lezioni — peraltro scarsamente frequentati — furono previsti soltanto dal Gray's Inn nel 1847 e dal Middle Temple nel 1850), l'eredità dei pionieristici sforzi di Blackstone e dell'ideologia austriana erano destinati a produrre i loro frutti con la fondazione a Oxford, nel 1850, della *School of Law and Modern History*, poi trasformata, nel 1872, nell'autonoma e indipendente *Oxford Honours School of Jurisprudence* ⁽²¹⁴⁾. Se è vero che a Oxford, dopo la fine dei corsi di Blackstone, la *Vinerian Chair* non era mai più stata ricoperta con altrettanto successo ⁽²¹⁵⁾, due ulteriori Commissioni, nominate nel 1850 per riferire sullo stato dell'istruzione giuridica sia a Oxford che a Cambridge, avevano ancora una volta raccomandato l'insegnamento universitario dei « general principles » del diritto inglese ⁽²¹⁶⁾. Di qui l'istituzione, a Cambridge, del *Board of Studies for Law* nel 1854 e del *Law Tripos* quale corso di studi autonomo nel 1873 (dopo il 1848, le materie del diritto e della storia facevano parte di un unico *Moral Sciences Tripos*), del *Board of Studies* a Oxford nel 1872 e, soprattutto, della menzionata *School of Jurisprudence*, finalizzata alla preparazione degli esami necessari a ottenere il *Bachelor*

⁽²¹⁴⁾ Cfr., per uno studio accurato delle origini e dello sviluppo della *Oxford Law School*, F.H. LAWSON, *The Oxford Law School, 1850-1965*, Oxford, Clarendon Press, 1968; M. LOBBAN, *Was there a Nineteenth Century "English School of Jurisprudence"?*, cit.; R.A. COSGROVE, *Scholars of the Law. English Jurisprudence from Blackstone to Hart*, New York, University Press, 1996; e, più sinteticamente, P. STEIN, *Legal Science during the last Century: England*, in *Inchieste di diritto comparato*, a cura di M. Rotondi, Padova, CEDAM, 1976, pp. 21-41.

⁽²¹⁵⁾ Tra il 1766 e il 1880 la cattedra era stata ricoperta da Sir Robert Chambers (1766-1777), Richard Wooddeson (1777-1793), James Blackstone (1793-1824), Philip Williams (1824-1843) e John Robert Kenyon (1843-1880), ma nessuno era riuscito a ripetere il successo di Blackstone. Cfr. per un più dettagliato resoconto, H.G. HANBURY, *The Vinerian Chair*, cit.

⁽²¹⁶⁾ *Report of Her Majesty's Commissioners appointed to inquire into the State, Discipline, Studies and Revenues of the University and Colleges of Cambridge*, 1852, p. 91.

of *Civil Law* e il cui *curriculum studiorum* comprendeva la teoria generale del diritto (o *General Jurisprudence*), la storia del diritto, il diritto romano, il diritto internazionale e, a partire dal 1876, il diritto inglese.

Proprio a Oxford, grazie alla presenza di professori del calibro di James Bryce (*Regius Professor of Civil Law* dal 1870 al 1893), Henry Sumner Maine e Frederick Pollock (entrambi *Corpus Professor of Jurisprudence*, rispettivamente, dal 1869 al 1883 e dal 1883 al 1903), Thomas Erskine Holland (*Chichele Professor of International Law* dal 1874 al 1911), Albert Venn Dicey (*Vinerian Professor of English Law* dal 1882 al 1909), Kenelm Digby e William Anson (titolari della *Vinerian Readership*, istituita nel 1867, dal 1868 al 1874 il primo, dal 1874 al 1881 il secondo), si sarebbe sviluppato un nuovo approccio allo studio e all'insegnamento del diritto — finalmente inteso quale disciplina autonoma — il quale avrebbe cambiato il corso dell'educazione giuridica in Inghilterra. Dicey, nella già menzionata lezione inaugurale del suo corso, avrebbe insistito sulla necessità che il diritto, così come in Europa continentale e negli Stati Uniti, fosse insegnato all'Università, affermando che « spetta ai professori presentare il diritto come un insieme coerente di regole, attraverso l'analisi e la definizione dei concetti giuridici, per ridurre la massa informe di norme esistente a una serie ordinata di principi, e in tal modo favorire, stimolare e guidare la riforma e il rinnovamento della letteratura giuridica (...). Soltanto all'Università lo studente può imparare a guardare al diritto inglese come a un insieme completo di norme e a metterne in relazione le diverse parti. (...). Soltanto all'Università può essere insegnato ciò che mai può essere appreso presso uno studio legale e, cioè, l'attitudine ad analizzare e a definire i concetti giuridici » ⁽²¹⁷⁾. Si trattava della chiara affermazione del diritto come scienza: per la prima volta in

⁽²¹⁷⁾ « It is for law professors to set forth the law as a coherent whole — to analyse and define legal conceptions — to reduce the mass of legal rules to an orderly series of principles, and to aid, stimulate, and guide the reform or renovation of legal literature. (...) At the Universities a student can be taught to regard law as a whole and to consider the relation of one part of English law to another. (...). At the Universities can be taught what from the nature of things can never be learnt in chambers — the habit of analysing and defining legal conceptions », A.V. DICEY, *Can English Law*, cit., pp. 18-19.

Inghilterra il diritto veniva inteso quale corpo normativo riconducibile a una serie di principi chiari, coerenti e razionali mentre il suo insegnamento, necessario oggetto di lezioni universitarie, diventava lo strumento indispensabile all'enucleazione, all'elaborazione e all'esposizione sistematica di tali principi fondamentali. Il caos normativo proprio del *common law*, prodotto dal sedimentarsi nel tempo delle decisioni, dei *writs*, delle regole processuali e degli interventi legislativi poteva essere ordinato, secondo l'impostazione della *Oxford School of Jurisprudence*, in una serie definita e coerente di norme e concetti ⁽²¹⁸⁾. Tale opera di analisi, sistemazione, razionalizzazione, concettualizzazione ed esposizione normativa doveva essere svolta, secondo la Scuola oxfordiana, dai giuristi all'interno dell'Università, ne costituiva la funzione privilegiata e ne legittimava l'esistenza stessa. Si affermava dunque, per la prima volta in Inghilterra, una nuova figura di giurista: il giurista accademico, il professore universitario ⁽²¹⁹⁾.

L'impostazione seguita dai giuristi della *Oxford School of Jurisprudence* era chiaramente ispirata all'ideologia di Austin ⁽²²⁰⁾: sebbene essi prendessero le distanze dalla concezione positivista

⁽²¹⁸⁾ « Law is a rational study, and can be treated like other sciences in a clear, rational, and interesting manner », *ivi*, p. 23.

⁽²¹⁹⁾ F.H. LAWSON, *The Oxford Law School*, cit., p. 69, ha parlato, per l'epoca in esame, dell'affermarsi di una vera e propria « Age of the Professors ». Vedi, inoltre, per una sintetica descrizione del processo di affermazione del giurista accademico in Inghilterra, B. ABEL-SMITH, R. STEVENS, *Lawyers and the Courts*, cit., p. 53 ss. Secondo D. SUGARMAN, *Legal Theory, the Common Law Mind and the Making of the Textbook Tradition*, in *Legal Theory and the Common Law*, a cura di W. Twining, Oxford, Basil Blackwell, 1986, p. 33 ss., il processo di emersione della dottrina universitaria fu complesso e a tratti contraddittorio in quanto, pur criticando i giuristi accademici il sistema di istruzione giuridica pratica, non solo ne erano il frutto, ma provenivano anche dagli stessi ambienti e dalla stessa « élite dei giuristi pratici. Proprio per evitare l'ostilità di questi ultimi, la *Oxford School of Jurisprudence* avrebbe preso le distanze dal pensiero "al vetriolo" di Bentham, quasi ad « esorcizzarne il fantasma », abbracciando la più moderata ideologia austiniana: in tal senso, P. SCHOFIELD, *Jeremy Bentham and Nineteenth-Century English Jurisprudence*, in « Journal of Legal History », XII, 1991, I, pp. 69-71, 85.

⁽²²⁰⁾ W.E. RUMBLE, *Doing Austin Justice: The Reception of Austin's Philosophy in Nineteenth Century England*, London, Continuum, 2005. Gli elementi di contaminazione tra l'*analytical jurisprudence* di Austin e il ramo più propriamente storicista della Scuola oxfordiana è stato evidenziato da M. PICCININI, *Tra legge e contratto. Una lettura di Ancient Law di Henry S. Maine*, Milano, Giuffrè, 2003.

del diritto e della sovranità del filosofo, si servirono dello strumento della giurisprudenza analitica austriaca per procedere all'enucleazione e alla definizione dei principi generali del *common law*, alla costruzione di una struttura concettuale in cui inserirli e, dunque, alla loro sistemazione nell'ambito delle proprie opere dottrinarie. L'esposizione sistematica dei principi del *common law* fu, infatti, oggetto non soltanto delle lezioni universitarie degli autorevoli professori di Oxford, ma anche della loro produzione scientifica, prevalentemente rivolta agli studenti ⁽²²¹⁾, ma destinata ad avere grande influenza sullo sviluppo del diritto inglese. Fino all'opera di Thomas Wood (*An Institute of the Laws of England in their Natural Order*, pubblicata nel 1720) e, soprattutto, ai *Commentaries on the Laws of England* di Blackstone (1765-69) — caduti in disgrazia a causa delle critiche degli utilitaristi, ma considerati la prima completa esposizione dei principi del diritto inglese ⁽²²²⁾ —, lo studio del *common law* si era basato su testi a carattere prevalentemente pratico e casistico. Le raccolte di *Reports* e *statutes*, i dizionari giuridici e gli *Abridgments*, insieme al *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* di Henry Bracton (c.a 1230), ai *Tenures* di Sir Thomas Littleton (1481) e al relativo commentario di Coke (il primo degli *Institutes of the Laws of England*, 1628), al *New Natura Brevium* di Sir Anthony Fitzherbert (1534), al *Doctor and Student* di Christopher St Germain (1528-31), — oltre alle esercitazioni tenute presso gli Inns e alla frequenza delle aule dei tribunali — avevano rappresentato l'unico strumento di apprendimento del diritto a disposizione di studenti e praticanti ⁽²²³⁾. Sul finire del XVIII secolo avevano poi visto la luce

⁽²²¹⁾ La *History of the Law of Real Property* di Digby (1875), i *Principles of the English Law of Contract* di Anson (1879) e gli *Elements of Jurisprudence* di Holland (1880) erano espressamente rivolti agli studenti della *Honour School*: F.H. LAWSON, *The Oxford Law School*, cit., p. 55.

⁽²²²⁾ In tal senso, S.F.C. MILSOM, *The Nature of Blackstone's Achievement*, in «Oxford Journal of Legal Studies», I, 1981. Secondo A.V. DICEY, *Blackstone's Commentaries*, cit., p. 294 ss., Blackstone può essere considerato «il profeta» (p. 306) e l'iniziatore della riforma dell'educazione e del rinnovamento della letteratura giuridica in Inghilterra.

⁽²²³⁾ «One shelf of the library at the Temple would be amply sufficient to contain every volume which does credit to our legal literature. (...) we have not twenty treatises worthy to stand side by side with the productions of great jurists in other countries», A.V. DICEY, *Can English Law*, cit., p. 22.

alcune pubblicazioni a carattere più propriamente teorico/accademico, redatte sulla scorta dell'opera di Blackstone con la speranza di imitarne il successo, quali *An Historical Treatise on the Feudal Law and the Constitutional Laws of England* di Francis Sullivan, professore di diritto inglese presso l'Università di Dublino, pubblicata postuma nel 1772, e *A Systematical View of the Laws of England* di Richard Wooddeson, *Vinerian Professor* a Oxford dal 1777 al 1793, pubblicata in tre volumi tra il 1792 e il 1793 ⁽²²⁴⁾.

Ma è solamente con la *Oxford School of Jurisprudence* che si affermano i c.d. *textbooks* o *legal treatises*, trattati a carattere scientifico contenenti l'esposizione teorica, analitica e sistematica dei principi fondamentali delle diverse branche del diritto inglese. A partire dagli anni sessanta dell'Ottocento, la pubblicazione dell'opera di Maine prima (*Ancient Law* fu data alle stampe nel 1861), di Austin poi (le *Lectures on Jurisprudence* videro la luce nel 1863), entrambe frutto delle lezioni universitarie dei loro autorevoli autori, diede il via a una fioritura di opere monografiche a carattere dottrinario — i *Principles of Contract at Law and Equity* e il *First Book of Jurisprudence* di Pollock (1876 e 1896), i *Principles of the English Law of Contract* di Anson (1879), gli *Elements of Jurisprudence* di Holland (1880), l'*Introduction to the Study of the Law of the Constitution* e il *Digest of the Law of England with reference to the Conflict of Laws* di Dicey (1885 e 1896), per citare soltanto le principali — destinate a esercitare una grandissima influenza sul *common law*. Esse, ripubblicate per decenni dopo la scomparsa dei loro autori, ebbero non soltanto l'effetto di rinnovare la letteratura giuridica esistente, ma anche quello di diffondere un approccio più

(224) Cfr., per un dettagliato resoconto dello sviluppo del genere del trattato nel sistema di diritto anglo-americano, A.W.B. SIMPSON, *The Rise and Fall of the Legal Treatise: Legal Principles and the Forms of Legal Literature*, in « University of Chicago Law Review », XLVIII, 1981. M. LOBBAN, *The English Legal Treatise and English Law in the Eighteenth Century*, in *Auctoritates, Xenia R.C. Van Caenegem Oblata*, a cura di S. Dauchy, J. Monballyu, A. Wijffels, Brussels, A.W.L.S.K., 1997, pp. 69-88, ha evidenziato la necessità di non enfatizzare la presenza e l'importanza del trattato nell'Inghilterra del XVIII secolo; mentre l'influenza straniera sulla letteratura dottrinale inglese è stata sottolineata da F.H. LAWSON, *Doctrinal Writing: A Foreign Element in English Law?*, in *Ius Privatum Gentium*, a cura di E. Von Caemmerer, S. Mentschikoff, K. Zweigert, Tübingen, Mohr, 1969, vol. I, pp. 191-210.

propriamente teorico-dottrinario al *common law*. In un momento caratterizzato dalla crisi dei fondamenti stessi del diritto inglese determinata dall'abolizione delle *forms of action* e dalla fusione tra *law* ed *equity*, spina dorsale del sistema giuridico — riforme che implicavano un mutamento di attitudine nei confronti del *common law*, non più inteso quale un sistema esclusivamente rimedial-processuale — i *treatise writers* seppero cogliere l'opportunità che si presentava loro rispondendo, attraverso la propria produzione scientifica, alla necessità di rinnovamento e risistemazione delle forme e dei contenuti del diritto.

Il processo di affermazione — lento ma inarrestabile — della dottrina universitaria in Inghilterra sarebbe stato incrementato e rafforzato dalla fondazione di alcune influenti riviste giuridiche, prima tra tutte la *Law Quarterly Review*. Essa, creata a Oxford nel 1885 ed edita da Pollock fino al 1919, importante *forum* per il dibattito scientifico delle questioni giuridiche e strumento di penetrazione e diffusione del sapere accademico negli ambienti professionali, sarebbe stata seguita dal *Cambridge Law Journal* e dalla *Modern Law Review*, fondate, rispettivamente, a Cambridge e presso la London School of Economics, nel 1922 e 1937 ⁽²²⁵⁾. Tale processo sarebbe inoltre proseguito, tra la fine del XIX e gli inizi del XX secolo, grazie alla piena affermazione dell'insegnamento del diritto inglese nelle principali università del paese (a Manchester nel 1880, a Liverpool nel 1886, a Leeds nel 1899, ad Aberystwyth nel 1901, a Swansea nel 1905, a Nottingham nel 1907, a Sheffield nel 1908, a Bristol, Birmingham e Durham nel 1910) ⁽²²⁶⁾ e al consolidamento del corpo dei giuristi accademici attraverso la fondazione, nel 1909, della *Society of Public Teachers of Law*. La crescente produzione dottrinarica da parte dei professori universitari, la circolazione e la conseguente influenza del loro pensiero, veicolato dalle riviste scientifiche, avrebbe condotto, nel secolo successivo, a un

⁽²²⁵⁾ Vedi, sulle prime riviste giuridiche accademiche inglesi, D. IBBETSON, *Legal Periodicals*, cit.; e P. POLDEN, *The Education of Lawyers*, cit., pp. 1201-1211.

⁽²²⁶⁾ Lo stesso *Solicitor Act* del 1922 avrebbe richiesto un anno di frequenza di una delle esistenti *Law School* per l'ammissione alla professione. I dati sono tratti da R.L. ABEL, *The Legal Profession*, cit., pp. 263-264. Vedi, inoltre, per una disamina dell'educazione giuridica in Inghilterra tra la fine del XIX e gli inizi del XX secolo, E. JENKS, *English Legal Education*, in « *Law Quarterly Review* », CCI, 1935.

radicale mutamento di mentalità tra i *common lawyers*: se è vero che il ruolo dei giudici in Inghilterra sarebbe rimasto predominante rispetto a quello dei giuristi accademici, i quali non avrebbero mai goduto del prestigio e dell'influenza riconosciuti ai colleghi continentali ⁽²²⁷⁾, si sarebbe assistito a un lento rilassamento della regola — invalsa tra la metà del XIX e la metà del XX secolo, ma mai rigidamente seguita e oggi definitivamente superata — che vietava la citazione in tribunale degli scritti e delle opinioni degli autori (tanto accademici che pratici) ancora viventi e, nel contempo, a un primo riconoscimento dell'autorità, sia pure soltanto persuasiva, della dottrina universitaria ⁽²²⁸⁾.

L'acceso dibattito in materia di educazione giuridica sviluppatosi nell'Ottocento e l'affermarsi della nuova figura del giurista accademico nelle Università a partire dall'ultimo trentennio del secolo non potevano non destare allarme tra i *common lawyers*. Essi, infatti, fin dal medioevo, avevano detenuto il monopolio della formazione dei giuristi negli Inns of Court prima, negli studi professionali poi. Il diritto inglese era stato da sempre considerato un'arte da apprendersi esclusivamente a mezzo di un apprendistato pratico, sia attraverso la quotidiana frequentazione dei tribunali e la partecipazione alle esercitazioni tenute presso gli Inns, sia attraverso la pratica forense svolta presso lo studio di un avvocato. Le nuove proposte di riforma, le quali ponevano l'accento sulla necessità di un'apertura a forme d'istruzione giuridica teorico-accademica, si ponevano, dunque, in aperto contrasto con l'ortodossia dei giuristi pratici. I *common lawyers*, dal canto loro, da un lato insistevano sull'inutilità dell'istituzione di lezioni ed esami ai fini dell'apprendimento del diritto da parte di studenti e praticanti, dall'altro ponevano l'accento sui pericoli che sarebbero derivati da ogni riforma in tal senso per il diritto inglese stesso ⁽²²⁹⁾. Ai fini del riconoscimento

⁽²²⁷⁾ Vedi, per tutti, R.C. VAN CAENEGEM, *Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History*, Cambridge, University Press, 1987, pp. 53-71.

⁽²²⁸⁾ Sul rapporto tra giurisprudenza e dottrina in Inghilterra, e sul crescente peso dell'accademia e della sua produzione scientifica nel XX secolo, vedi A. BRAUN, *Giudici e Accademia nell'esperienza inglese. Storia di un dialogo*, Bologna, Il Mulino, 2006.

⁽²²⁹⁾ « There is (I believe) a not unprevalent opinion, that the study of the science whose uses I am endeavouring to demonstrate, might tend to disqualify the

della competenza e delle capacità del giurista non c'era, a loro avviso, che un unico infallibile test: il successo nella pratica professionale. Al tempo stesso, l'avanzare sulla scena della nuova figura del professore universitario, cui veniva — ufficialmente e pubblicamente — riconosciuta la funzione di elaborare e sistemare in una gabbia teorico-sistematica i principi del diritto inglese attraverso la propria attività accademica e la propria produzione dottrinale, non poteva non essere guardato con sospetto e preoccupazione dai giuristi pratici. Da sempre erano stati i giudici a detenere il monopolio dell'enucleazione e della fissazione dei principi del *common law* attraverso l'attività interpretativa e le pronunzie rese in tribunale: attribuire tale compito ai giuristi accademici ne delegittimava il ruolo e ne scalfiva il prestigio di "oracoli del diritto" espropriandoli della loro tradizionale funzione.

Tali nuove istanze, considerate alla stregua di "attacchi" allo *status quo*, non potevano non generare l'ostilità e la reazione dei corpi professionali i quali, di fronte al pericolo di perdere il controllo sull'istruzione giuridica da un lato, e di dover parzialmente abdicare al ruolo di interpreti del diritto tradizionalmente ricoperto da secoli dall'altro, si arroccarono su posizioni fortemente conservatrici⁽²³⁰⁾. I *common lawyers*, pur di evitare che avesse luogo alcun cambiamento, opposero alle numerose proposte di riforma provenienti dall'Università e dal governo inglese un atteggiamento passivo e apatico, senza offrire alcun supporto né cooperazione. Pur essendo essi chiaramente consapevoli della decadenza del sistema di educa-

student for the *practice* of the law, or to inspire him with an aversion from the practice of it », J. AUSTIN, *Lectures*, cit., vol. II, p. 1118. Qualche anno più tardi, A.V. DICEY, *The Study of Jurisprudence*, in « Law Magazine », V, 1879-80, p. 382, avrebbe dichiarato che « Jurisprudence is a word which stinks in the nostrils of a practicing barrister »; e F. POLLOCK, *Learning the Law*, in « Law Quarterly Review », XL, 1924, p. 301, affermato: « I suspect that at the back of our professional inertia there is no small residue of the old opinion (though no one ventures to express it plainly) that law cannot be taught at all, and the whole business of lectures and examinations is only a makebelieve to placate the public ».

(²³⁰) Il conservatorismo dei *common lawyers* e la loro ostilità a ogni cambiamento rispetto alla tradizione sono stati evidenziati da D. LEMMINGS, *Blackstone and Law Reform*, cit.; e P. POLDEN, *The Education of Lawyers*, cit., p. 1192 ss. Vedi, inoltre, le considerazioni di D. SUGARMAN, *Legal Theory*, cit., pp. 33-36; e R. COCKS, *Foundations*, cit., p. 34 ss.

zione giuridica esistente e della necessità che si procedesse alla sua riforma, e pur essendo consapevoli della crisi in cui versava l'ordinamento inglese a causa delle pressanti istanze socio-economiche e dei conseguenti interventi legislativi che ne avevano mutato il volto — non è un caso che la riforma delle corti di giustizia, del sistema procedurale, e degli stessi *Reports* abbiano tutte luogo nella seconda metà del XIX secolo —, rimasero impassibili, resistendo strenuamente a ogni innovazione pur di tutelare i propri interessi corporativo-professionali e i propri privilegi castali.

Di conseguenza, i giuristi pratici accolsero assai tiepidamente la proposta proveniente dal *Select Committee on Legal Education* di procedere alla creazione, nell'ambito degli Inns of Courts e con la cooperazione della Law Society, di una sorta di « Law University » che operasse in sintonia con l'Università, opponendosi costantemente all'istituzione di lezioni ed esami obbligatori per l'accesso alla professione forense. Al tempo stesso, essi osteggiarono ogni intervento e ingerenza in materia da parte del governo inglese e del potere legislativo. I tentativi degli Inns di istituire corsi rivolti agli studenti di diritto e ai praticanti furono, infatti, solo sporadici e del tutto inefficaci. Non è un caso, inoltre, che essi avessero luogo — il primo ad opera del Gray's Inn nel 1758, il secondo presso gli Inns of Court e la Law Society negli anni 1828-31 — in coincidenza con l'istituzione della prima Cattedra di diritto inglese a Oxford e dei corsi in materia di *English Law and Jurisprudence* presso l'Università di Londra: è chiaro che i corpi professionali si muovevano — quasi a malincuore — soltanto quando la preoccupazione di perdere il proprio tradizionale monopolio nella formazione dei giuristi superava la volontà di impedire ogni mutamento del sistema esistente. In ogni caso, i corsi istituiti presso gli Inns conservarono sempre un carattere prettamente pratico.

Nell'ambito della reazione e della “resistenza” alle nuove istanze da parte dei *common lawyers*, chiaramente intenzionati a non abdicare alla loro tradizionale funzione di *custodes* della tradizione giuridica inglese, della trasmissione, dell'insegnamento e, ancor più, dell'elaborazione dei principi del *common law*, appare collocarsi la compiuta elaborazione, nella seconda metà del XIX secolo, della dottrina del precedente vincolante. La teorizzazione chiara ed esplicita della regola dello *stare decisis* si offriva, infatti, ai giuristi quale

formidabile strumento atto a legittimarne e giustificarne funzione e operato. Ancora una volta veniva ribadito, attraverso l'affermazione che i giudici sono vincolati a decidere i casi in conformità alle decisioni dei propri predecessori, il tradizionale assunto secondo il quale essi, ed essi soltanto, a mezzo della propria attività interpretativa in tribunale, possono procedere alla "rivelazione" e alla fissazione dei principi del *common law*. Tale interpretazione spiegherebbe anche il paradosso della compiuta strutturazione della dottrina del precedente vincolante proprio nel momento in cui il sistema di *common law* era sottoposto agli scossoni provenienti dal positivismo giuridico da un lato, dalla nascita dell'accademia e della dottrina universitaria dall'altro. Proprio nel momento in cui il "judge made law", il diritto di elaborazione giudiziale, subiva l'attacco positivista e, al tempo stesso, il tradizionale ruolo ricoperto dai giuristi inglesi veniva posto in discussione dalle nuove istanze di riforma del sistema d'istruzione giuridica e dall'emersione della nuova figura del giurista accademico, la casta dei *common lawyers* opponeva, a tutela della tradizione giuridica del paese, la compiuta elaborazione della regola dello *stare decisis*.

MICHAEL LOBBAN

LEGAL THEORY AND JUDGE-MADE LAW IN ENGLAND,
1850-1920

I.

John Austin was the dominant figure in late nineteenth century English jurisprudence ⁽¹⁾. His great achievement, in the eyes of the succeeding generation of jurists, was to lay the foundation for the scientific analysis of law, by drawing a distinction between law and morality. As William Markby put it,

« by establishing the distinction between law and morals, [Austin] not only laid the foundation for a science of law, but cleared the conception of law and sovereignty of a number of pernicious consequences to which in the hands of his predecessors it had been supposed to lead... Into whatever discussion the words 'right' and 'justice' enter we are on the brink of a confusion from which a careful observance of the distinction between law and morals can alone save us » ⁽²⁾.

Sheldon Amos similarly argued that Austin had secured « for the region of law a scientific character wholly peculiar and distinct », by ensuring « the deliverance of law from the dead body of morality that still clung to it » ⁽³⁾. For such men, Austin's clarification of terms had made a philosophy of *law* possible ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ His indefatigable widow Sarah secured the republication in 1861 of his *Province of Jurisprudence Determined* (first published in 1832) and the publication of the rest of his *Lectures* in 1863.

⁽²⁾ W. MARKBY, *Elements of Law considered with reference to Principles of General Jurisprudence*, 3rd ed., Oxford, Clarendon Press, 1885 (1st ed. 1871), p. 5. First delivered as a set of lectures for law students in Calcutta in 1870, the book reached a sixth edition in 1905.

⁽³⁾ S. AMOS, *The Science of Law*, New York, D. Appleton & Co, 1874, p. 4.

⁽⁴⁾ W. MARKBY, 'German Jurists and Roman law', *Law Magazine and Review*, 5th ser., 3 (1878), 389-412 at 401.

Austin's distinction between law and morality was regarded as crucial for the generation of analytical jurists who succeeded him. One of the most prominent, T.E. Holland, felt that jurists should study « such relations as have been clothed with a legal character in actual systems », focusing on « law which has been actually imposed ». By an *a posteriori* study of such systems, the jurist could derive a « formal science of those relations of mankind which are generally recognised as having legal consequences » (5). For writers like Markby, Amos and Holland, Austin's pathbreaking insight had made it possible to explain concepts such as right and duty, intention and negligence, without being caught up in the language of morality. Moreover, just as Austin's insight allowed jurists to develop a science of legal terminology, so it showed lawyers how to identify law. « There is no greater snare to the young lawyer, » Frederick Harrison, « than a proneness to reason by analogy, or to reason by any imagined standard of justice, that is to say by the light of nature » (6).

Central to the analytical project was the notion that law was imperative, consisting only of those rules which the state enforced and which the courts applied. Austin had stressed the imperative nature of law by defining it as the command of a sovereign. This notion was the key to his system: according to the Austinian view, legal concepts such as right and duty or intention and negligence could only be made sense of when related to the notion of command. The analytical jurists who followed Austin agreed that the imperative nature of law was the feature which most sharply distinguished it from morality (7). For instance, John Salmond, who was (as shall be seen) in many respects a critic of Austin's view, agreed that

(5) T. E. HOLLAND, *Elements of Jurisprudence*, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1882, p. 8. The work, first published in 1880, reached a 13th edition in 1924.

(6) F. HARRISON, 'The English School of Jurisprudence', *Fortnightly Review* 24 (1878), 475-492 at 481.

(7) E.g. Holland said: « every law is a proposition announcing the will of the State, and implying, if not expressing, that the State will give effect only to acts which are in accordance with its will, so announced, while it will punish, or at least visit with nullity, any acts of a contrary character ». *Elements of Jurisprudence* (2nd ed., 1882), pp. 66-7.

« the civil law is based on the will and physical force of the organised political community. Such law exists only as an incident of the administration of justice by the state, and consists essentially in the imperative and coercive action of the state in imposing its will, by force if need be, upon the members of the body politic »⁽⁸⁾,

The analytical project continued to be defined by the fact that the law whose principles and distinctions were being examined rested on ultimate enforcement by the state. However, many of the later jurists were troubled by Austin's notion of the law as being the *command* of a *legislator*⁽⁹⁾. Although a number of jurists conceded that it might be possible to search for (and find) a command behind every law, they argued that this was an artificial exercise. As Harrison explained, many statutes did not command or prohibit anything, but conferred powers. It was only by « a violent straining of language » that a command or sanction could be identified behind the rule⁽¹⁰⁾. Some jurists, such as Markby, tried to defend Austin's notion of command, by arguing that such laws as declaratory statutes (or power-conferring ones) which were issued in the form of commands « may only be a complete law, that is a complete command, when taken in connexion with some other signification of desire »⁽¹¹⁾. But even Markby conceded that Austin's concept of

⁽⁸⁾ SALMOND, *Jurisprudence* (7th ed., 1924), p. 22. The analytical jurists hence rejected Maine's idea that custom could be law prior to state enforcement: See *ibid.*, pp. 51-2 (rebutting J. BRYCE, *Studies in History and Jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1901, vol I, pp. 44 and 249), F. Pollock, *First Book of Jurisprudence* (2nd ed.) p. 24. See also HOLLAND, *Elements of Jurisprudence* (2nd ed., 1882), pp. 42-3, and MARKBY, *Elements* (3rd ed., 1885), p. 10.

⁽⁹⁾ Not all jurists were troubled by the command theory. Edward Poste's introduction to Gaius's *Institutes* put forward a highly Austinian analysis of concepts, centred on the notion of a sovereign command: *Gaii Institutionum Iuris Civilis Commentarii Quattuor or Elements of Roman Law by Gaius*, 3rd ed., Oxford, Clarendon Press, 1890, pp. 2-3.

⁽¹⁰⁾ He mentioned as an example the Lord Chancellor's Augmentation Act (26 & 27 Vic. c. 120) which empowered officials to sell state property. F. HARRISON, 'The English School of Jurisprudence', *Fortnightly Review* 24 (1878) 682-703 at 688. The parallel with H. L. A. Hart's criticism of Austin's theory in *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961 will be apparent.

⁽¹¹⁾ MARKBY, *Elements* (3rd ed., 1885) p. 3.

command was more abstract than empirical, a theoretical tool rather than a description of fact ⁽¹²⁾.

If it was hard to see the content of statutes as made up of the commands of a legislator, it was doubly hard to see non-statutory law in these terms. Sir Henry Maine pointed this out forcefully when discussing law in traditional societies, such as India. In these societies, customary law had never been regarded as an emanation of the sovereign power, and no sovereign would dream of changing the rules of civil law. Although Maine admitted that it might be tenable to argue that the sovereign ‘commanded’ what he permitted, he regarded this as a highly artificial view of what happened when a judge enforced a rule of customary law ⁽¹³⁾. He pointed out that judges who enforced customary law felt that they were already bound by that law: they were not making new legislation. There were also difficulties with Austin’s view of the common law and how it developed. Austin had seen judges as subordinate legislators, yet he acknowledged that when they made new rules, they did so not ‘as properly legislating’ but as properly judging ⁽¹⁴⁾. The rules of the common law were not, in Austin’s theory, the direct commands of judges. As he explained, law made by judicial decisions did not exist in an abstract form (as statutory law did) but had to be gathered from the grounds of decisions. The implicit command which lay behind the law was the will of the legislator « that the principles or grounds of judicial decisions should be observed as rules of conduct by the subjects » ⁽¹⁵⁾.

Faced with these difficulties in the command theory, later nineteenth century jurists preferred to talk in terms of *rules* enforced by the state. Frederic Harrison offered this definition: « Law is a general rule respecting the property, person, reputation, or capacity

⁽¹²⁾ « We are familiar with scientific conceptions which have never been and never will be realised, the conceptions of geometry for example, from which nevertheless we evolve the most important truths ». MARKBY, *Elements* (3rd ed., 1885), p. 8.

⁽¹³⁾ SIR H. S. MAINE, *Lectures on the Early History of Institutions*, London, John Murray, 1875, p. 364.

⁽¹⁴⁾ J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law* (ed. R. Campbell), London, John Murray, 1885, p. 621. He took these terms from A.F.J. Thibaut: *ibid.*, p. 532.

⁽¹⁵⁾ *Ibid.*, p. 642.

of the citizens of a state, which the sovereign power therein will cause to be observed by the authority it delegates to its tribunals » (16). In his view, law was made up of those rules which were enforced in courts, in contrast (for instance) to administrative orders which might be general, but which were not so justiciable (17). For Holland, « A law, in the proper sense of the term, is [...] a general rule of human action, taking cognisance only of external acts, enforced by a determinate authority, which authority is human, and, among human authorities, is that which is paramount in a political society » (18).

There were great practical benefits to be derived from seeing the law as a set of rules which were enforced by the state. The analytical notion that law was a body of rules which could be identified in the practices of the courts and systematized held out the promise that the common law could be given a rational shape prior to codification, and that it was not, in other words, a haphazard heap of isolated decisions or the hidden learning of a cadre of inscrutable judges. In an age when the common law looked a chaotic mass of particularities, the model of rules was highly attractive: for even if it did not end in codification, the analytical exercise would help the jurist and the student extract the rules of the common law, and give it a shape (19).

There were also challenges, for conceiving of law as a set of rules enforced by the courts — rather than as a set of commands

(16) F. HARRISON, 'The English School of Jurisprudence', *Fortnightly Review* 24 (1878) 682-703 at 688.

(17) Other jurists accepted Harrison's critique. See Holland, *Elements of Jurisprudence* (2nd ed., 1882), p. 66. John Salmond, who was less sympathetic to Austin, wrote, « The only legal rules which conform to the imperative definition are those which create legal obligations. No legal system consists exclusively of rules of this description ». SALMOND, *Jurisprudence*, (1st ed., 1902), p. 57 (§ 17).

(18) HOLLAND, *Elements of Jurisprudence* (2nd ed., 1882), p. 34. Compare Markby: law « is the general body of rules which are addressed by the rulers of a political society to the members of that society, and which are generally obeyed. » *Elements* (3rd ed., 1885), pp. 3-4.

(19) In Holland's view, « an uncoded system of law, can be mastered only by the student whose scientific equipment enables him to cut a path for himself through the tangled growth of enactment and precedent, and so to codify for his own purposes ». *Elements of Jurisprudence* (2nd ed. 1882), p. 1.

from the sovereign — raised new problems. To say that the relevant rules were *enforced* by the state said nothing about how they were *made*. Austin's strict separation of the provinces of jurisprudence and legislation seemed to suggest that where no settled rule existed in the common law, the judge simply created one by an act of legislation⁽²⁰⁾. Yet even he saw that the process of judicial lawmaking was more complicated than this. As he conceded, the common law was made up not of individual judicial commands, but of the 'principles or grounds of judicial decisions'. In discovering these grounds, judges had to interpret the past practice of the judiciary, before seeking to apply the principles derived from this interpretation to a new case. Moreover, unless the new case was identical to the old, the judge would be 'legislating' as he was 'judging', developing and advancing the rule. The judge had to decide what the law should be at the same time that he was pronouncing what the law was.

If Austin's positivist theory, and his separation of law and morality, made sense to the jurist seeking to order and explain the existing (and past) common law, it was far less useful when looked at from the viewpoint of the judge administering the common law. It was also questionable as a matter of theory. If the principles which underlay legal decisions were not 'commands', but derived from the practice of the judiciary over time, it followed that the common law was itself the custom of the judiciary, or a particular kind of moral system. Since Austin's work was perhaps more aimed at the law student or lawyer, he largely ignored the 'internal' viewpoint of the judges, and said little about how they should develop the law and resolve novel cases. But even the law student could not simply treat the law of common law judges as a matter of plain fact: for he had to engage in an interpretive exercise to tease out the *ratio decidendi* which made the rule.

This interpretive exercise had long been at the heart of the common lawyers' craft. English lawyers had long seen their task as that of resolving new problems by applying principles found in the older case law to new situations, and thereby adapting the common

(20) See AUSTIN, *Lectures* (5th ed., 1885), p. 634.

law to the changing needs of the community ⁽²¹⁾. They did not see the judge's role as the mechanical one of applying fixed rules, but as the interpretive one of finding the rule for the case. Moreover, they saw the judge's role as that of ensuring that the law would reflect the morality of the community. Indeed, despite the publication of Austin's *Province* in 1832, many mid-century jurists clung tenaciously to the idea that the law was a moral system, which had to reflect the moral needs of the community. While the Austinian project of teasing rules out of the common law proved to be of considerable utility, the notion that judging was an interpretive enterprise, involving a complex mixture of specialist technical and moral reasoning, also proved resistant to challenges. As a result, by the early twentieth century, a number of jurists who accepted Austin's analytical project sought to rethink the nature of the separation of law and morality, reiterating the point that the law was a moral system with a moral purpose. Austin's view that morality was *irrelevant* to jurisprudence was rejected.

II.

Many mid-century English jurists who accepted that the distinguishing feature of law was that it was coercive continued to stress the connections between law and morality. For instance, in 1855, the Catholic jurist D.C. Heron spoke of jurisprudence as « the science of positive law », or « the theory of those duties which are capable of being enforced by the public authority »; but added that it was also « the Art of Legislation », since it furnished « rules which teach men to acknowledge and select good laws and to shun evil law. » He felt that by « the observation of facts and the use of reason, selecting the good [laws], eloigning the bad, » the jurist « may gradually arrive at that system of law which is most in conformity with natural justice. » ⁽²²⁾ Stephen Martin Leake similarly distinguished law and

⁽²¹⁾ J. C. CARTER, 'The Ideal and the Actual in the Law', *American Law Review* 24 (1890) 752-78 at 758-9.

⁽²²⁾ [D.C. HERON], 'The Principles of Jurisprudence', *Law Review* 23 (1855-6) 121-48 at 128, 131. He noted that « the province of government is solely concerned with

morality, by noting that moral rights were held by virtue only of moral obligations, while legal rights had the additional sanction of legal force. But he also argued that the two were intimately connected:

« the province of law is coincident, though not co-extensive, with morality or social duty. Legal duty, so far as it extends, is identical with social duty both in substance and in form, and differs only in the additional obligation of legal sanction. [...] The obligation of law does not supersede, but is superadded to that of moral duty. The latter obligation is paramount, and should alone operate upon a moral agent; while the law should be regarded merely as an auxiliary means of cultivating the moral sense of the community, and as a guide to its dictates and observance. » (23)

‘Social duty’, or morality, was the key to Leake’s formal system. The very institution of law was « an effort of man in the performance of social duty, while law itself is a formal exposition of that duty — a rule of conduct for man in society ».

Natural law theories continued to attract the attention of mid-nineteenth century English jurists. Grotius and Domat were frequently cited and quoted. Sir James Mackintosh’s *A Discourse on the Law of Nature and Nations* remained required reading at the Inns of Court in the mid-century, where a number of teachers were committed to the natural law approach (24). The Catholic convert Sir George Bowyer, who was appointed reader in law at the Middle Temple in 1850, wrote a long treatise on ‘universal public law’, which drew heavily on the natural law tradition (25). Bowyer argued that law and morality were linked, and that different laws taken from

those human actions which are capable of being enforced by the public authority»; hence the virtues of gratitude and benevolence could not be enforced by the state, whereas rights of property could.

(23) S. M. LEAKE, ‘On the Formal Science of Law’, *Transactions of the National Association for the Promotion of Social Science 1860*, ed. G. W. HASTINGS, London, John W. Parker and Bourne, 1861, pp. 155-161 at pp. 155-6, 159-60. On Leake, see C. MACMILLAN, ‘Stephen Martin Leake: a Victorian’s View of the Common Law’, *Journal of Legal History* 32 (2011), 3-29.

(24) Sir J. MACKINTOSH, *A Discourse on the Study of the Law of Nature and Nations*, London, no publisher named, 1799.

(25) Sir G. BOWYER, *Commentaries on Universal Public Law*, London, V. & R. Stevens & G.S. Norton, 1854. Bowyer converted to Catholicism in 1850. His Catholicism was central to his jurisprudence: see *Commentaries*, p. 7.

all over the world could be classified to show what was essential ⁽²⁶⁾. He was singularly unimpressed by Austin: « If Austen [sic] had studied Suarez de Legibus and Domat's 'Traité des Loix,' he would have found the solution of all his difficulties, and a clear system of legal knowledge, embracing his entire subject » ⁽²⁷⁾. J.G. Phillimore was another mid-century educator at the Inns of Court who championed a view of jurisprudence which owed much to the natural lawyers of the seventeenth century. Phillimore argued that man's nature was imbued with reason by God, and that the law of nature was the name of reason applied « to the conduct of men who are limited in their dealings with each other by the rules arising out of their common nature » ⁽²⁸⁾. In his view, all legal decisions had to be rooted in equity. C. J. Foster — who held Austin's chair of jurisprudence at University College, London — was another who found much to admire in the work of natural lawyers such as Grotius and much to criticise in Austin. The nonconformist Foster argued that the notion of duty entered the mind of any one who had any relations with others, so that law did not require any kind of command. Influenced by William Whewell's intuitionist philosophy, Foster spoke of the moral sense which defined right and wrong intuitively. There was no rigid separation of law and morality: law developed with the progress of the people as their knowledge of morality extended ⁽²⁹⁾.

Such works were well reviewed in the legal press. One law

⁽²⁶⁾ His ambition can be seen from the following text: « The object of these Commentaries is to explain the origin and structure of universal human society, and of the different kinds of communities into which it is divided, in order to show the system by which the world is governed, and the principles on which that government is grounded, and whereby it is regulated. This investigation will facilitate the solution of many difficulties in the sciences of jurisprudence and government, and refute errors and false doctrines prejudicial to the peace and welfare of society ». BOWYER, *Commentaries*, p. 12.

⁽²⁷⁾ SIR G. BOWYER, *Introduction to the Study and Use of the Civil Law*, London, Stevens & Sons, 1874, p. 6. He was more dismissive still of Bentham, who « was like a man writing on astronomy without having studied the discoveries of Galileo and Newton » (p. 5).

⁽²⁸⁾ J. G. PHILLIMORE, *Principles and Maxims of Jurisprudence*, London, J.W. Parker, 1856, pp. 15-16.

⁽²⁹⁾ C. J. FOSTER, *Elements of Jurisprudence*, London, Walton & Maberley, 1853.

reviewer in 1873 wrote that « we feel the propriety of Dr. Foster's remark that 'we cannot erect jurisprudence into a science, unless moral philosophy affords some certain foundation upon which to rest it' ». In his view, « [a]ll the fundamental conceptions connected with law are essentially moral notions, and the philosophy of law must ultimately run up into ethical inquiry. » Arguing that jurisprudence was the science of the just, he dissented wholeheartedly from Austin's views on law (and of all those who dealt with positive laws regardless of content and without looking at foundation on which it rested), asserting that one could have no means of ascertaining the character of a law without a sense of justice ⁽³⁰⁾. If it was true that law and morality were distinct, it was because law could only be concerned with outward acts, not with all moral qualities. But this author agreed with Phillimore that the two shared a common centre, though the circumference of the sphere of morality was wider ⁽³¹⁾. Other reviewers also endorsed the moral arguments found in work these works. In its favourable review in 1854 of Bowyer's book, the *Law Magazine* wished that he had gone further in tracing the real origin of law. In this reviewer's opinion, it was to be found in « our conscience » ⁽³²⁾.

Mid-century jurists continued to be attracted by the idea that the purpose of law was to secure justice, and that the task of the judge was to achieve this in individual cases by a process of reasoning which included reflecting on broad moral principles as well as narrower precedents. Addressing the jurisprudence department of the Social Science Congress in 1875, Sir Edward Creasy found a « a sufficient refutation » of the Austinian position « in the

⁽³⁰⁾ [ANON.], 'Schools of Jurisprudence', *London Quarterly Review* 40 (1873) 1-43 at 14. The author identified his opponents as Hobbes, Bentham, Austin, Markby and Poste; and his allies as Ulpian, Kant, Mackintosh, Whewell, C.S.M. Phillippis, W.M. Best, C.J. Foster, Herbert Broom, James Reddie and James Lorimer.

⁽³¹⁾ *Ibid.*, p. 7. The writer here quoted James Reddie, who had argued « Law is merely a branch of ethics, and deals only with the virtue of justice; but this ultimate moral principle of justice is the foundation of positive law and judicial coercion » (J. REDDIE, *Inquiries, Elementary and Historical, in the Science of Law*, London, Longman, 1840, p. 60).

⁽³²⁾ [ANON.], 'Public Law', (1854) 21 *Law Magazine, or Quarterly Review of Jurisprudence*, new ser., 21 (1854), 97-116 at p. 106. A cooler, short review was published in *New Quarterly Review* 3 (1854), 200-01.

fact, that the laws of every civilized nation recognise Moral Law, and require their tribunals to discuss questions of morality »⁽³³⁾. He urged the student also to look at axioms and maxims, such as the Ulpianic precepts, and the *regulae iuris* of Roman law discussed by writers such as Bowyer and Phillimore. Creasy drew the attention of his listeners to a passage from Phillimore's *Principles and Maxims of Jurisprudence*, which showed that the jurist's task was an interpretive one, informed by principles which had a moral dimension:

« To ascertain the meaning of a Rule, it is not enough that it should be considered separately and apart from other rules, but the Judge must inquire whether it is not circumscribed and modified by others of equal validity and importance. Justice can never contradict Justice. Right can never be opposed to Right. The equity of no rule, therefore, that is founded on right reason can, in reality, be opposed to that of any other, each has its proper scope and its full operation within certain limits. It is the knowledge of this equity, and the general view of this spirit and purpose of the laws, that furnishes the solid basis of usage, as well as the proper rules for their interpretation »⁽³⁴⁾.

George Harris was another who sought to argue that the aim of law was to achieve justice. « The power of the state is employed to enforce the decrees of justice, » he wrote, « and what the conscience declares to be right, the authority of the government enjoins to be performed »⁽³⁵⁾. Harris was the author of *Civilization considered as a science* (1862), in which he put forward the view that man's moral nature was cultivated over time, and in which he argued that all legislation had a moral aspect. In his later *Principia Prima Legum*, he argued that there were some fundamental principles of law which were fixed and unchangeable, and which regulated the entire system; and that there were subordinate principles which applied in different areas. He felt that principles were a better guide than precedent, though it was often hard to identify the principle in a case. Harris was critical of the fact that many judgments were

⁽³³⁾ Sir E. CREASY, 'Jurisprudence: its leading principles and characteristics' (1875-6) 1 *Law Magazine and Review*, 5th ser., 1 (1875-6), 63-88 at 68.

⁽³⁴⁾ *Ibid.*, p. 80, quoting PHILLIMORE, *Principles*, p. 25.

⁽³⁵⁾ G. HARRIS, *Principia Prima Legum, or an Enunciation and Analysis of the Elementary Principles of Law*, London, Stevens & Sons, 1865, xvi. Harris's work set out a series of propositions, beginning with the nature of law and then covering different areas of law. These propositions were derived from various theorists as well as case law.

unphilosophical, which he ascribed to « the aversion of practical lawyers to deviate more than is necessary from the regular beaten track »⁽³⁶⁾. Harris felt jurists should look for the principles which constituted the *ratio* of case law, rather than simply following precedent. In his view, « the common law is mainly derived from the dictates of nature and reason respecting the rules to be applied for the regulation of the general concerns of mankind »⁽³⁷⁾. His work was well received. The *Law Magazine* agreed that there were principles to be found in the detail of case law, and felt that judges should try to proceed on broader principles « with a stronger regard for the real justice of a case. » It agreed that there were broad principles which were not always clearly spelled out, but which lay within the system: « Although seldom formally enunciated, they occupy a place in every legal system, somewhat analogous to that held by the axioms in geometry ». The principles informed and shaped the interpretation of positive law:

« When a merely artificial set of rights is raised by positive law or custom, these necessarily fall under the operation of the primary principles, so far as they are applicable to the factitious subject-matter which such rights present, and even these right must have some natural basis on which to rest — some broad principles out of which they are carved — some primary elements, by the combination of which they have been obtained. Thus our own law of real property reposes on the essential principles applicable to all property, and the artificial rights with which it deals are subject to the same principles which apply to all rights which come within the cognisance of legal tribunals, whether such principles are of a primary character or peculiar to our own system of law »⁽³⁸⁾.

For jurists such as these, the moral foundations of law remained essential, notwithstanding Austin's attacks.

III.

In an age when many law reformers — inspired by Jeremy

⁽³⁶⁾ *Ibid.*, XVII.

⁽³⁷⁾ *Ibid.*, p. 73.

⁽³⁸⁾ [ANON.], 'Harris's Principia Prima Legum', *Law Magazine and Law Review*, 3rd ser., 20 (1865) 21-38 at 26, 30-1, 32.

Bentham and his followers — were keen to codify the common law, many judges and jurists defended the old system by arguing that the law was not a system of *rules* which derived from the explicit or implicit commands of a sovereign, but was a system of flexible common law *principles* which were identified and interpreted by judges as they applied them. As Justice John Taylor Coleridge put it,

« when you have to apply the common law to the facts, you have, first, your *principle* for a guide, and this is applicable, whatever be the complication of circumstances. Of any set of circumstances, you may ask, do they or not fall within the principle? Then you refer to decisions. These you interpret by the facts on which they were founded, and not merely by the words used in pronouncing them. The decision to which you apply is seldom founded on facts which are on all fours with the case in hand; something is wanting, or something is over and above; but from these very variations, from the reasoning used, or the reasoning they suggest, you are led to a conclusion beyond or parallel to or in analogy with the decision referred to, with more or less, sometimes complete satisfaction » (39).

Justice Talfourd similarly argued that « to reduce unwritten law to statute is to discard one of the greatest blessings we have for ages enjoyed in rules capable of flexible application » (40).

Both of these judges were responding to a proposal to codify the criminal law. In the aftermath of this episode, the jurist W. M. Best defended the common law method in an address given in April 1856 to the Juridical Society. For Best, a system of customary law such as the common law, which was a law of principles, was always to be preferred to statute law, which was merely « a law of *language*. » Many a crime, he noted, « slips through the language of a written law, which would be arrested and redressed under a law of principles » (41). In England, the customary common law was the foundation of all law, with statute merely modifying it. In language reminiscent of Sir Edward Coke, he wrote

« the interpretation of the language of this legislature belongs to the

(39) 'Copies of the Lord Chancellor's Letters to the Judges, and of their Answers, respecting the Criminal Law Bills of the Last Session', in *Parliamentary Papers* 1854 (303) LIII 389, p. 12.

(40) *Ibid.*, p. 37.

(41) W. M. BEST, 'Codification of the Laws of England', *Papers Read before the Juridical Society vol 1, 1855-58*, London: V. & R. Stevens and G.S. Norton, 1858, pp. 209-240 at p. 218.

customary law, as expounded and applied by a judicial body. The customary law twines itself, as it were, round the written legislation, controlling to a certain extent its mischievous effects, if corrupt or ill-considered, and incorporating all that is valuable in it into the jurisprudence of the land. The old law thus modified, or the new law thus introduced, gradually works itself into the social system, in time becomes familiar to the minds of the people, and ultimately acquires the attributes of pure customary law » (42).

Best praised « the *manliness* of the common law » and urged that any reform should build on its foundations, rather than seek to begin anew (43).

In 1862, George Sweet addressed the Juridical Society, putting forward similarly sceptical views of the notion that the common law could be codified. The common law did not, he stressed, depend on the precision of language found in statute: « A precedent is a decision on a particular case, involving a principle to be deduced, not literally from the words of the judgment, but by inference from the circumstances and the decisions in that and other cases founded on or illustrating the same principle » (44). Sweet was also worried by the idea that the rules of common law could be reformulated in written statements:

« A cluster of such precedents, associated by a community of subject, presents to us a rule with its limits, qualifications, applications, and exceptions, ascertained after laborious and repeated investigation, deliberation and discussion, in the closet and in court, during successive generations, by the finest legal intellects, and so expressed as to exhibit the mental process by which the results were obtained, and not the mere results abstracted in fixed formulae, so that, when a precedent directly in point is not found, light may be drawn from others by inference and analogy » (45).

In Sweet's view, the very existence of law as a science depended on inductions made from precedents. It was this which

(42) *Ibid.*, p. 221. See also his view of the common law's maxims and rules controlling statute in W. M. BEST, 'The Common Law of England; with an Examination of Some False Principles of Law Reform, *Papers Read before the Juridical Society vol 1, 1855-58*, London: V. & R. Stevens and G.S. Norton, 1858, pp. 399-434 at p. 402.

(43) *Ibid.*, p. 434.

(44) G. SWEET, 'The Expediency of Digesting the Precedents of the Common Law and regulating the publication of reports', *Papers read before the Juridical Society 1858-1863 vol II*, London, William Maxwell, 1863, pp. 577-584 at 577-8.

(45) *Ibid.*, p. 578.

made it both flexible and certain: it could be applied to any new set of circumstances « by proceeding on principles deduced or deducible, as laws of nature are, from observation ».

A similar defence of the common law was put forward in *The Jurist* in an article of 1863 which examined Austin's discussion of judiciary law. Against Austin's criticism that the common law was found in no « fixed or determinate expressions » but only *in concreto* (46), the writer noted the difficulty of drafting any abstract definition. « [W]hat language fails to express in the abstract, » he noted, « the mind can easily and accurately recognise in the concrete ». As lawyers knew, « the meaning conveyed by a good judicial precedent is conveyed, not with relative, but with absolute certainty and precision » (47). For this writer, the *ratio decidendi* of a case was not the unwritten equivalent of a rule of statute law. The general rules which seemed to arise from case law were in fact flexible principles. Where all the exceptions to a statutory rule would have to be enacted when the rule was formulated, a « judiciary rule does, by the very condition and mode of its growth and application, allow of and let in the exception when the case arises. » It was the reason of the rule which determined its application. « The history of every head of judiciary law is, that first a head arises in which a general principle is established and applied; then cases arise which determine the limitations and exceptions » (48). The *ratio decidendi* could never be set into a fixed rule, for « precedents are not bound in the fetters of set terms, [but] their full import and application are inexhaustible and unknown even to those who make them, and can only be brought out step by step as new cases arise ». While it was true that the volume of case law tended to become unwieldy, this writer took the view that this fault could be rectified by pruning and digesting the reports.

There was general agreement, even among the devotees of the common law, that the proliferation of case reports had generated something of a crisis. However, many saw this problem as having arisen from the fact that lawyers and judges had departed from the

(46) AUSTIN, *Lectures* (5th ed., 1885), p. 649.

(47) *The Jurist*, new ser., 9 (ii) (1869), 339.

(48) *Ibid.*, p. 340.

true common law method. For W.M. Best, the cause of the problem lay in the fact that lawyers focused on every little statement which dropped from the mouth of a judge in every case, rather than looking for clear, broad principles to be taken from case law. « It seems the constant desire of tribunals to dispose of cases, if possible, without referring to any principle, » he observed, « so much so, that a modern law argument too frequently resembles a kind of steeplechase after some semblance of authority on the question in dispute » (49). Sweet made a similar criticism: with the proliferation of law reports, judges were tending to look simply for cases directly in point, rather than deciding on « a wide induction from many precedents. » This lowered the scientific character of the law and of legal treatises (50). Sweet's solutions to the problem were to reform the manner of law reporting and to digest case law (51).

The notion that the common law could be digested without being codified — so that it would continue to develop as a set of flexible principles — attracted significant support in the 1860s, when the debate over codification revived. Sir James Wilde, the Judge of the Probate and Divorce Court, suggested this approach in a speech given to the Social Science Association's congress in York in September 1864 (52). He noted that the legislature had often done very little to adapt law to the needs of the age, and that it had been the judges who had moulded old principles into modern forms. He praised the common law system as the best kind of legislation, since it was framed by judges with « no popular interest to support », who brought their carefully trained intellects to the task in hand. Since the law developed step by step, it fell « into shape as the subject becomes familiar », with general rules emerging over time, drawn

(49) *Ibid.*, p. 416.

(50) *Ibid.*, p. 581.

(51) The system of law reporting was reformed in 1865, when a new Council of Law Reporting published the first of its semi-official reports. But the new system still generated over 6000 pages of reports each year, and criticism of the proliferation of case law continued. One writer suggested in 1871 that only cases which revealed the principles applied by the most authoritative judges should be reported: [ANON.], 'Legal Reporting and Judicial Legislation', (1871) 31 *Law Magazine and Law Review*, 3rd ser., 31 (1871), 24-45 at 40.

(52) *The Times*, 24 September 1864, col. 6 b.

from experience. But he acknowledged that the system was far from perfect. Since judges had to work within the trammels of tradition, they had often used legal fictions and analogies, which sometimes sacrificed full justice. In his view, it might have been better in many cases to allow judges to fashion new rules, rather than seeking analogies in past law.

Wilde preferred the case law method to codification. Apart from the difficulties of distilling complex principles into the form of a code, codes would always have the additional problem of being expressed in particular language which would need interpretation. These problems were avoided by a system of case law, whose principles were « enforced in every variety of language, and under every turn of thought ». But he felt the common law method could be improved, and bemoaned the fact that « [w]e have nothing in the English law between the succinctness of a maxim and the detail of an individual case ». Judges generally failed to express principles sufficiently clearly, since their caution led them to on focus on the case at hand. English law therefore had no body of general principles which could be recognized and drawn on by all lawyers. Those who practiced in one area (such as common law) therefore did not consider principles from another (such as equity). This hampered the English legal mind: « No subject can be treated philosophically that is treated entirely in detail, and no system can promise harmony that is based on separate trains of independent thought ». He felt that while judges might still focus on individual cases, the settled law might be « epitomized for the practical use of mankind », by grouping together the general principles of the law.

Wilde's model was not the Code Civil of Napoleon, but was J.W. Smith's *Selection of Leading Cases*, a textbook which grouped cases together under principles represented by a leading case. « What I desire to see is a similar attempt made with authority, and on a much larger scale, to be finally confirmed by Act of Parliament. » In the process of drawing together an authoritative exposition of principles, cases of doubtful authority could be expurgated. But it would not dislodge the common law method, for Wilde's proposed digest would crucially leave the authority of cases in tact: « Unless expressly set aside, and inconsistent with other decisions better approved, » he said, « I would have all decisions remain of

authority, content to wait the time when the life shall have passed into their offspring, and they fall away of themselves, and pass into a sure decay ».

Wilde's speech, which treated the common law as a set of flexible principles, which should be preserved once pruned, attracted the attention of other reformers who resisted codification. In December 1864, F.S. Reilly responded to Wilde's proposal by arguing against putting the digest into law. If a digest were purely of an expository character, he said, it would need no legislative confirmation: it should rest on its intrinsic merit, and on the fact that it was promulgated by the crown:

« It would be cited at the Bar and on the Bench, it would be *prima facie* evidence of the law, it would be revised and improved, when thoroughly tested it would, at length, by a natural process, in accordance with the tradition of English case law, without extrinsic aid, become *the* authority on the law »⁽⁵³⁾.

Reilly, who was appointed to a royal commission in 1866 to consider the expediency of digesting the common law⁽⁵⁴⁾, continued to defend the idea that a digest of the common law was all that was required. The problem with a code, he argued, was that it consisted of « the word of the Legislature,... the supreme authority,

⁽⁵³⁾ F.S. REILLY, 'Observations on a Digest of Law', *Law Magazine and Law Review*, 3rd ser., 18 (1864-5) 193-203 at 201-2. He compared this prospect with the role played by Coke's works — which stood « between the living and the dead ». We might see a different parallel in the modern American Restatements.

⁽⁵⁴⁾ In its first report, the commission looked favourably on the idea of a digest, supporting the idea of a condensed summary of the law as it existed, in a systematic order. It would « bring to light analogies and differences, and, by inducing a more constant reference to general principles, in place of isolated decisions, have a tendency to beget the highest attributes of any legal system, — simplicity and uniformity ». They favoured following the example of the commissioners appointed in New York to frame a new code, who had made a preparatory collection of the law on each subject before attempting to codify. After receiving government authority, the commissioners invited members of the Inns of Court to submit specimen digests on three areas of the law (bills of exchange, mortgages and easements), receiving one specimen from T.E. Holland. 'First Report of the Digest of Law Commission', *Parliamentary Papers* 1867 [3849] XIX 65, p. 6. In May 1870, in a second report, the commissioners recommended proceeding with the work of a general comprehensive digest, and appointing of three skilled persons to undertake the task. 'Second Report of the Digest of Law Commission', *Parliamentary Papers* 1870 [C. 121] XVIII 231. In fact, no further progress was made.

and must be weighed as such. » By contrast, the language of digest would be as flexible as the language of a judgment. In his opinion,

« A digest would be superior, (first) in recognising the various well-marked shades of distinction among authorities; (secondly) in not hastily settling doubtful questions before they are ripe, (thirdly) in not disturbing the settlements of questions that have been arrived at, though possibly not for the best, (fourthly) in useful and pregnant detail, (fifthly) in referring openly to existing law, and thus keeping up a historical continuity, sixthly in leaving opportunities open for development of the law, (seventhly) in the power of dealing with some branches of law which a code could hardly touch, for instance, constitutional law » (55).

The defenders of the common law system thus felt that it should still develop through reasoning at case level, developing a body of common law principles, rather than developing in the form of statutory interpretation.

IV.

At the same time that traditionalists were defending the special expertise of the judiciary and the case law method, critics of the system continued to voice their concerns and to call for the law to be simplified, and for clear rules to be identified. In taking this position, they were echoing Austin's view that merely stating the evils of judiciary law was enough to show that codification — at least if well done — was desirable. For Austin, « [j]udiciary law consists of *rules*, or it is merely a heap of particular decisions inapplicable to the solution of future cases » (56). If judiciary law was really *law*, then it could be codified. Austin did not think that codification entailed devising an entirely new set of rules, but saw it as the systematisation and recasting of existing law, at a moment when the time was ripe for it. He therefore talked of the expediency of beginning with a digest, as a means to prepare for a code (57). Nor would the code end the development of law, though the post-code judiciary law would

(55) F.S. REILLY, 'A Code or a Digest', (1873) 2 *Law Magazine and Review*, 4th ser., 2 (1873), 420-41 at 439-40.

(56) AUSTIN, *Lectures* (5th ed., 1885), p. 664.

(57) *Ibid.*, p. 1026.

be more in the nature of statutory interpretation ⁽⁵⁸⁾. Austin's lesson was that a scientific method could prepare the way for the codification of rules of judiciary law, which existed in the mass of case law but which were hard to extract. This was to portray the common law as a repository of rules which could be identified and codified, rather than as a repository of principles, to be interpreted and applied by judges in a flexible way.

Austin's view was shared by a number of jurists, who took up the cause of codification in the 1860s ⁽⁵⁹⁾. One of its leading proponents was Lord Westbury, who in 1863 called for a digest of the whole of the law as a preparatory to a code ⁽⁶⁰⁾. Westbury was scornful of the common law method. Surveying its history, he said that the common law had originally rested solely in the breasts of the judiciary, comprising customs and usages recorded in memory and « general maxims and principles handed down from one generation of lawyers to another » ⁽⁶¹⁾. But since this system had given judges such great scope to be legislators, it had been deemed necessary early in the history of the law for judges to give reasons for their decisions, which would be reported, in order to achieve consistency and uniformity in the law, and to protect liberty. This was the foundation of « that distinctive peculiarity of the English mind — the love of precedent, a love of appealing to the authority of past examples rather than of indulging in abstract reasoning » ⁽⁶²⁾.

But the doctrine of precedent failed to give stability to the common law. For at the same time that judges declared that the

⁽⁵⁸⁾ *Ibid.*, p. 1028: « Immense superiority of judiciary law formed on a systematic whole, to law of the same kind formed on an undigested chaos. It would itself be no more than an interpretation of, and complement to, the code ».

⁽⁵⁹⁾ On the history of codification in general, see A. H. MANCHESTER, 'Simplifying the Sources of Law: an Essay in Law Reform', *Anglo-American Law Review* 2 (1973) 395-413 and 527-50, L. FARMER, 'Reconstructing the English Codification Debate: the Criminal Law Commissioners, 1833-45', *Law and History Review* 18 (2000) 397-425 and M. LOBBAN, 'How Benthamic was the Criminal Law Commission?' *Law and History Review* 18 (2000) 427-32.

⁽⁶⁰⁾ Westbury's speech was published as a pamphlet and provoked an immediate debate over the relative merits of the common law and a code. See *The Times's* sceptical leading article: 11 July 1863, col. 11 a.

⁽⁶¹⁾ *Parliamentary Debates*, 3rd ser., vol. 171, col. 776 (12 June 1863).

⁽⁶²⁾ *Ibid.*, col. 777.

greater part of the common law was known only from the judgments given in Westminster Hall ⁽⁶³⁾, they also rejected precedents if they were unjust or founded on erroneous principles ⁽⁶⁴⁾. In Benthamic vein, Westbury pointed out that this meant that any judge had the power to determine what was unjust or erroneous. The law was « gloriously uncertain », for no one could tell whether a succeeding judge would regard an earlier decision as binding. There were examples to be found where courts felt bound by a single recent decision of a co-ordinate court, even though the judges disagreed with the decision ⁽⁶⁵⁾. On the other hand, judges often refused to follow earlier cases, by saying they could not conceive the principle upon which a precedent decision stood ⁽⁶⁶⁾ or merely observing that the precedent decision stood alone and need not be followed. This made it very hard for any lawyer to predict how a court would treat the precedent he might wish to rely on.

Westbury also noted the further peculiar fiction of English law that it contained all the answers to any question, however novel, which might be asked of it. This fiction meant that, instead of finding the best solution for the case at hand by using theoretical reasoning or philosophical inquiry, judges groped among the ancient records for analogies from which they might derive a rule for the case before them ⁽⁶⁷⁾. Rules which were developed in this way were in fact often imperfect or unstable. Moreover, in an age when there were eleven hundred volumes of cases, it was an « uncertain task

⁽⁶³⁾ Westbury referred to the judgments by Best CJ in *Fletcher v. Soudes* (1827) 1 Bligh NS PC 144 at 236, 3 Bing. 501 at 588 and Tindal CJ in *Regina v. Millis* (1843-44) 10 Cl. and F. 534 at 657.

⁽⁶⁴⁾ Westbury cited Parke J's comment to this effect in *Garland v. Carlisle* (1833) 2 Cr. and M. 31 at 64.

⁽⁶⁵⁾ He cited Lord Ellenborough's comment in *Liverpool Water Works Company v. Atkinson* (1805) 6 East 507 at 512 and Lord Eldon's in *Townley v. Bedwell* (1808) 14 Ves Jr 591 at 596.

⁽⁶⁶⁾ Lord Eldon used versions of this phrase in several judgments: eg *Aldrich v. Cooper* (1802-3) 8 Ves Jr 382 at 390, *Jackson v. Jackson* (1804) 9 Ves Jr 591 at 593.

⁽⁶⁷⁾ He referred to Tindal Cj's comments in *Mirehouse v. Rennell* (1833) 1 Cl and F 527 at 596-7 that it was safer « to bring the present case within the reach of acknowledged principles of law, and within the authority of various decided cases » than to substitute another rule, « although it may appear upon general principles more reasonable and more just ».

[...] to find out from the chaos the materials for decisions on new cases » (68). Having made a strong attack on the common law, Westbury made the modest proposal that the law reports should be revised and purged, retaining only those cases which were fit to be used as precedents. His caution did not stem from any doubts regarding the desirability of codification. Rather, he did not feel that English law was yet ready for it, for it was still in a transitory state (69).

The idea that the common law could be seen to generate rules which could be put in statutory form was also strongly supported by the analytical jurists. Contributing to the debate over writing a digest, T.E. Holland put forward an Austinian notion of the law as rules:

« [C]ase-law is either perfectly definite or it is no law at all. A set of cases establishes a rule with certain exceptions; a new combination of facts arises; does it come within the rule or within the exceptions? The judge comes to a decision, which he arrives at either because the new case is virtually provided for by the old rule, or because, failing to find guidance in the cases cited, he is led by his own sense of what is just. If he is acting upon a rule which he finds laid down in the cases, that rule, the *ratio decidendi* of those cases, is of course a grammatically expressed proposition, and is no more susceptible of two senses than if it occurred in an Act of Parliament. If he is really, in the exercise of his own discretion, legislating for a *casus omissus*, and if this is to be considered desirable, it would be better that he should be allowed to do it without disguise. The judge who can be trusted to make law clandestinely, under cover of interpreting the reported cases, may also be trusted to make it openly, in order to supply the deficiencies of a code » (70).

This was to argue that where rules were to be found in the common law, they should be stated clearly; and where there were no rules, judges should be able openly to make new ones, rather than pretending to apply old ones, by a process of fiction (71). Holland

(68) *Parliamentary Debates*, 3rd ser., vol. 171, col. 782.

(69) In his view, before there could be a code, the different forms of procedure used in law and equity had to be reformed, and there needed to be a settled legal language, with a precise vocabulary in place. *Ibid.*, col. 789.

(70) T.E. HOLLAND, *Essays upon the Form of the Law*, London, Butterworths, 1870, p. 56. The book was dedicated to Westbury.

(71) Other proponents of codification also argued that novel cases should be decided by resort to expediency or equity, rather than by strained analogy or fiction:

did not argue that any code would be rigid and final. Clearness, and not finality, was the aim of the code. It would present the law at that stage of elaboration at which it found it. Nor would it be rigid, « for deductions from the general to the particular, and ‘the competition of opposite analogies,’ are as available for the decision of new cases under a code, as under any other form in which the law may be embodied » (72). Holland’s method of arriving at a code was firstly to expurgate ‘dead law’ from the cases; secondly to sift out law not suitable for the code; thirdly to digest and classify the cases. They would then have to be « reduced to their net results stated axiomatically » before being consolidated and codified (73).

The parliamentary draftsman, Henry Thring, was another who called for a digest to be made preparatory to a code. Thring distinguished between two kinds of cases: those which « contain in themselves a substantive judicial enactment, or binding proposition of law, differing only from an ordinary enactment in that it is enunciated by a judge instead of by a Legislature » and those which merely illustrated how that enactment was interpreted. He argued that in the digest « judicial enactments should be carefully separated from illustrative propositions » (74). Many codifiers and digesters saw utility in preserving illustrations from case law, to aid judges in their interpretation (75). In taking this view, they were influenced by the Indian law commissioners, whose codifications set out rules, along with illustrations of the rules taken from case law (76). But

[ANON.], ‘The State of English Law: Codification’ *Westminster Review*, new ser., 27 (1865), 446-67.

(72) HOLLAND, *Essays upon the Form of the Law*, p. 57.

(73) *Ibid.*, p. 62.

(74) H. THRING, ‘Simplification of the Law’, *Quarterly Review* 136 (1874), 55-73 at 67-8.

(75) [ANON.], ‘The State of English Law: Codification’, p. 458. In this writer’s view, the general principles of the common law should be stated in an authoritative form, along with illustrations of the principles, taken from case law. See also [W. MACPHERSON], ‘Law Reform’, *Quarterly Review* 116 (1864), pp. 519-27.

(76) Taking up the method used by Macaulay in drafting the Indian Penal Code in 1837, the Indian Law Commissioners argued in 1864 that such illustrations would « make the definitions and rules more easy to be understood » and « render them more precise ». Their role was to guide the judges in the future decisions, by explaining how the general rules of principles were to be interpreted and applied. ‘First Report of Her

these writers did not wish to preserve the common law method of case-based reasoning, so much as to attempt a more precise formulation of the written rule.

Writers like Holland, Sheldon Amos ⁽⁷⁷⁾ and William Markby ⁽⁷⁸⁾ tied the codification project to the analytical one. They felt that a code of all law should be made only after a scientific system, or juridical map, had been made of the law as a whole. In their view, a digest was therefore a crucial preliminary, since it was part of the analytical project of identifying and arranging rules. However, by the 1870s, many supporters of codification began to reject the idea that it was necessary to have an analytical overview of all areas of law, and a preparatory digest ⁽⁷⁹⁾. Many of those who were impatient with the common law method did not see the need for the preliminary project of analysis and digestion. As one QC wrote to *The Times* in January 1873, « Why try to digest unwholesome food? » ⁽⁸⁰⁾ The cause of codification was taken up in September 1873 by the Attorney General, Sir John Duke Coleridge. Stung by criticism that his government was indifferent to law reform, Coleridge spoke strongly in favour of a code, rejecting the idea of a digest ⁽⁸¹⁾. Coleridge's speech was highly critical of the common

Majesty's Commissioners appointed to prepare a body of substantive law for India', *Parliamentary Papers* 1864 [3312] XVI 359, p. 8.

⁽⁷⁷⁾ S. AMOS, *An English Code, its difficulties and the modes of overcoming them*, London, Strahan & Co, 1873, pp. 78-81.

⁽⁷⁸⁾ W. MARKBY, 'Codification and Legal Education', *Law Magazine and Review*. 4th ser. 3 (1877-8), 259-91.

⁽⁷⁹⁾ In a dissent to the second report of the royal commission to digest the law, James Shaw Willes argued that a code was to be preferred to a digest, which was in itself a pointless preparatory. Willes had two objections in particular to a digest. The first was that it would preserve the conflicts of common law and equity, instead of laying down uniform rules as a code would do. The second was that it would be limited to the material of English law, and would fail to embody improvements in English law suggested by a comparison with the laws of other countries, something he felt to be vital in the fields of mercantile and maritime law. 'Second Report of the Digest of Law Commission,' *Parliamentary Papers* 1870 [C. 121] XVIII 231, p. 7. Compare the observation of T.E. Holland that if English commercial law were embodied in the form of a code, it would be easier to assimilate it to the codes of continental systems: HOLLAND, *Essays upon the Form of the Law*, p. 59.

⁽⁸⁰⁾ *The Times* 2 January 1873, col. 5 e.

⁽⁸¹⁾ *The Times* 13 September 1872, col. 10 c.

lawyer's veneration for decisions, many of which were «utterly worthless». He derided the judges «almost superstitious reverence for decisions.» Judges had both a tendency to «follow out a legal principle to its logical consequences, utterly regardless too often of moral and practical absurdities therefrom resulting» and to use «ingenious evasions» when they found the consequences too unpalatable. The common law was full of cases where co-ordinate courts had drawn fine distinctions to allow themselves to find opposing results, distinctions which were too subtle for any but a lawyer to grasp. In his view, a digest would merely reproduce these distinctions, whereas a code would disentangle the law, by choosing clearly between conflicting principles. Coleridge's vision of codification was not a Benthamic complete code: rather he suggested that a series of codifications might be made of different areas of the law ⁽⁸²⁾.

This «anti-analytical» approach to codification was promoted and defended in the 1870s particularly by James Fitzjames Stephen. Stephen had been Law Member in India from 1860 to 1872, where he had piloted the Indian Evidence and Contract Acts, as well as a revised code of procedure. He argued that the Indian experience showed that codification did not entail creating «a connected system of propositions which would constitute such an exposition of the science [of law] as Euclid gives of the elements of geometry» ⁽⁸³⁾. It was a practical matter of arranging existing law in a systematic form. Stephen proposed the writing of codes for the core subjects of English law, including criminal law, contract and tort. In his view, there was no need to spend money on digesting the law, since the law had already been digested by treatise writers ⁽⁸⁴⁾. He

⁽⁸²⁾ Coleridge's dismissal of the value of digests caused offence to at least one member of the Digest of Law commission: see the correspondence in *The Times* 18 September 1872, col 6 c; 21 September 1872, col. 10 d. In the following year, the Lord Chancellor, Lord Cairns, told the Lords that he aimed to bring a proposal in the next session for the codification of the common law: *Parliamentary Debates*, 3rd ser., vol. 219, col. 1568 (15 June 1874).

⁽⁸³⁾ J.F. STEPHEN, 'Codification in India and England,' (1872) 12 *Fortnightly Review* 12 (1872), 644-71 at 660.

⁽⁸⁴⁾ Five years later, however, he wrote an article calling for digests of various areas of English law as a preparatory step before parliament would legislate. He also

also dismissed claims that a code would be final, noting that it would have to be re-enacted periodically, to embody the commentaries which grew on the code. The code could be kept tidy in the same manner that a gardener kept a garden tidy. Finally, he dismissed objections that the code would end flexibility in the law; for, he argued, it could be drawn in such a way as to give whatever degree of discretion to judges as was desired ⁽⁸⁵⁾.

Stephen's bluff common sense view was restated in a letter to the *Pall Mall Gazette* in 1874, in which he warned against the codifier being « too ambitious, and of attempting to give the subject greater unity and system than it really possesses » ⁽⁸⁶⁾. In this letter, Stephen made it clear that his vision of codification did not rest on a close Austinian analysis of interrelated concepts: even if one could construct a coherent system of fundamental terms, it would be of little practical use. It did not really matter, he added, whether the law of contracts were views as part of the law of things (as Austin had seen it) or as part of the law of persons (as James Kent did): « The law of contracts is and always must be a definite branch of law well known to all lawyers by that name, and falling into natural divisions of its own ». The law of contract, tort and criminal law had their own places in the lawyer's mental geography, just as the different chambers in the Inns of Court did. Each could « be codified separately without any extraordinary difficulty, and without any necessity for discussing the enormous schemes for classifying the whole law which have such a strange attraction for many people ».

In the end, the body of the common law was not codified in the nineteenth century. Although some still called for « a systematic and organised attempt » to be made « to produce a series of [...] Digests, covering the whole ground [of the law], and arranged in some scientific order » ⁽⁸⁷⁾, it was generally agreed that many areas

called for a Council of Legal Literature to be set up to promote this activity: J.F. STEPHEN, 'Improvement of the Law by Private Enterprise', *Nineteenth Century* 2:7 (1877), 198-216.

⁽⁸⁵⁾ J.F. STEPHEN, 'Codification in India and England,' pp. 668-9.

⁽⁸⁶⁾ *Pall Mall Gazette*, 25 June 1874.

⁽⁸⁷⁾ W. B. ODGERS, 'On the Prevailing Ignorance of the Law of England', *New Century Review* 1 (1897) 21- 9 at 27-8.

of the common law were simply not ripe for codification⁽⁸⁸⁾. Instead, in a number of areas, codification statutes were passed, based on academic digests which had been made of the relevant law⁽⁸⁹⁾. To that extent, Stephen's project succeeded (even if his own criminal law code failed to be passed). These codes — and the proliferation of treatises on various aspects of law which appeared in the later nineteenth century — showed that the common law could be seen to generate rules which could be presented in a coherent and consistent manner. By the 1880s, when G.S. Bower surveyed the debates on codification, it was largely accepted that a step-by-step codification was the best way to proceed. As Bower noted, any attempt to codify the whole law at once would run the risk of codifying many areas prematurely, fixing them into a structure which it would be impossible to change. When the demand arose, different areas could be codified without tying the legislature to any particular plan⁽⁹⁰⁾.

Bower's discussion showed how far proponents of codification had moved from the Benthamic project, almost towards the notion of 'Restatement' of the common law. In his view, codified law could not be brief. Dismissing the complaints that jurists had about the quantity of English case law, he said there was one advantage in having a multitude of authorities: « there is always a fair prospect of finding some principle sufficiently definite and precise to be more or less directly applicable to the individual circumstances »⁽⁹¹⁾. In his

⁽⁸⁸⁾ See C. KENNY, 'A Plea for the Codification of English Law', *New Century Review* 6 (1897) 475-90 at 478.

⁽⁸⁹⁾ The law relating to bills of exchange, partnership, sale of goods and marine insurance was codified in a series of statutes beginning in 1882 based on textbook digests written by jurists. See F. POLLOCK, *A Digest of the Law of Partnership*, London, Stevens & Sons, 1877, M. CHALMERS, *A Digest of the Law of Bills of Exchange*, London, Stevens & Sons, 1878, ID., *A Digest of the Law Relating to Marine Insurance*, London, W. Clowes & Sons, 1901. Chalmers also wrote *The Sale of Goods, including the Factors Act, 1889*, London, W. Clowes & Sons, 1890, much indebted to J.P. Benjamin's 1868 treatise on sale, which formed the basis of the 1893 Sale of Goods Act. This work reproduced as a commentary on the act after its passing, and continued to refer to the case law which had been digested.

⁽⁹⁰⁾ G.S. BOWER, 'Codification of English Law: a Prospect', *Westminster Review* 122 (1884), 1-58 at 40.

⁽⁹¹⁾ *Ibid.*, p. 16.

view, this would need to be preserved in any code, which could accordingly not be too small in scope. Secondly, codified law would not prevent judges developing the law. Bower argued that codifying a rule of common law did not make it less flexible. Lawyers using the case law method had already to extract a rule from the decided cases, and then apply it to the fresh case. By stating the rule in a code, the lawyer would be saved the labour of the first stage. Just as the mathematician could assume certain foundational rules without having to prove them himself, so it should be unnecessary for the lawyer to find out for himself all the rules in the system. The real fear lawyers had, he went on, was not that the law could not be codified — for this is what was done by textbooks — but that codifiers, despairing of the volume of materials which would have to be included if all the qualifications of legal rules were included, would simply codify in brief, general propositions ⁽⁹²⁾. Bower rejected this idea of a simple code: the ordinary public wanted not a set of general rules but a set of detailed rules, to give guidance in particular situations. The code would have to be full enough to accommodate the « cartloads of sound sense and excellent logic » found in the voluminous law reports ⁽⁹³⁾.

Each side in the codification debate thus learned some lessons from the other side. The lesson taught by the advocates of codification was that the common law was not a mass of undigested chaos but that it contained rules which could be identified and articulated. The lesson taught by the defenders of the common law was that the 'rules' found in the common law were different in nature from statutory legislation. They were more flexible, and had to be interpreted not according to a verbal formula, but according to the broader case law context from which they had emerged. If it was accepted that Austinian analysis could help tease rules out of the body of the common law, it was widely felt that the law could not be reduced to the codified commands of an amoral sovereign. Rather, the law was a developing body of rules and principles, which had to develop in a way which reflected the needs of the community. The common law mind remained tenacious. It presented a series of

⁽⁹²⁾ *Ibid.*, p. 20.

⁽⁹³⁾ *Ibid.*, p. 24.

questions for jurists to address, which Austin had ignored. How did judges develop the law? What were the implications of this for the separation of law and morality? These questions were to continue to occupy the minds of analytical jurists at the turn of the twentieth century.

V.

Towards the end of the nineteenth century, and into the beginning of the twentieth, a generation of jurists who had read their Maine, and who saw that the common law as a system would survive, began to develop theories which saw the role of the judge as one of developing the law in line with the moral needs of the community. In what follows, the focus will be on three influential jurists, whose positions ranged from being a relatively faithful follower of Austin (William Markby), to a sceptic who accepted some of Austin's positions, but who felt that much needed modification (John Salmond), to one whose theory of law was very far from Austin's (W. Jethro Brown). As shall be seen, all found a role for morals in law, while accepting the Austinian view that law was a distinct system from morality⁽⁹⁴⁾.

William Markby was judge of the high court of Bengal from 1866 to 1878, and it was while he was in India, and lecturing at the University of Calcutta, that he gave the lectures on which his *Elements of Law* was based. On his return to England, he was appointed to a Readership in Indian law at Oxford, where he was one of the founders of the *Law Quarterly Review*. He was in many respects a faithful Austinian, but, having read Maine, he was more interested in exploring how judges responded to community morality. In editions of his book written after his return to England, Markby began to explore the question of how community custom became translated into law more deeply than he had hitherto⁽⁹⁵⁾. It

⁽⁹⁴⁾ Other English jurists who saw a role for moral reasoning in law included Frederick Pollock. For Pollock, see N. DUXBURY, *Frederick Pollock and the English Juristic Tradition*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

⁽⁹⁵⁾ In the first edition, following Maine, he noted that «it is a generally

occurred through the action of those who decided disputes. This had initially been done by tribunals of arbitrators — the « heads of the village, or lord of the soil » — but over time, these tribunals turned into courts, and the customs which they enforced became seen as legal rules. Over time, rules which had originated in community custom became the specialist knowledge of judges, who were able to give them a more precise formulation ⁽⁹⁶⁾. With increasing division of labour in modern societies, the « manipulation of these processes » fell into the hands of lawyers, and the process of adjudication acquired a more scientific character. But it did not lose its connection with the people: for « the lawyers must always in the main exert their influence not by separating themselves from the current ideas of the community to which they belong, but by representing those ideas and putting them into legal shape. » The custom of the courts was a special kind of custom, Markby noted, but not one divorced from the community:

« A tradition also of a special legal kind, apart from ordinary custom, grows up about the courts which largely influences the decision of the judge. It is when law has arrived at this stage that interpretation becomes most artificial, and serves, perhaps, only to veil the process of innovation. Unchecked by public opinion it would be intolerable, but under this restraint it produces useful results. For it must never be forgotten that, whether the law be interpreted so as to cover an increasing area of cases, or whether customary rules be imported into the law, it is never a mere arbitrary modification or extension of the law which thus takes place, but a formulating of the popular ideas by a skilled class » ⁽⁹⁷⁾.

Markby praised the case law system, as much more flexible and able to adapt to the needs of a changing society than Roman law systems. He acknowledged Austin's criticism that such law was *ex post facto*, and always bound up in the facts of particular cases. But he felt that the very process of case law, which absolved judges from the necessity to state abstract propositions of law, gave the common

recognised duty of judges to be guided by custom », arguing that customs bound before they were enforced in court. MARKBY, *Elements* (1st ed. 1871), p. 34.

⁽⁹⁶⁾ « Customs are suggested by the habits of the people, but they are preserved, strengthened, and given effect to by the practice of the courts. » MARKBY, *Elements* (3rd ed., 1885), pp. 44-5 (§ 79).

⁽⁹⁷⁾ *Ibid.*, p. 46 (§ 81).

law its flexibility ⁽⁹⁸⁾. He acknowledged that the principle of law which guided the judge was often hard to identify, but felt that William Paley's notion of « the competition of opposite analogies » explained what happened. Discussing the passage in question ⁽⁹⁹⁾, Austin had argued that when Paley said that courts resolved novel cases before them by discussing whether the instant case could be better analogised to one rule or another, he had in mind the problem of how one was to *apply* rules which already existed. Austin felt that this was exactly the same problem which judges faced when dealing with a case which fell between two statutory rules ⁽¹⁰⁰⁾. But Markby also regarded the « competition of analogies » as the process by which a rule was extracted from judicial decisions. In his view, the processes of identifying and applying the law were done simultaneously, for judges « determine the law only *by applying it* » ⁽¹⁰¹⁾. This was closer to the common lawyers' views of adjudication than Austin's view of judicial « legislation ».

Markby also noted the creative role played by judges when interpreting statutes. He noted that they had a good deal of discretion when dealing with statutes whose meaning was doubtful. Statutes which were favourably regarded could be interpreted in a liberal way, while those regarded with disfavour could be narrowed through a strict reading. Where cases occurred which were not precisely covered by any statutory rule, judges tried « to get more out of the existing rules of law than can be obtained by the regular process of interpretation », by making equitable extensions of existing rules, to make them cover more (or less) ground than was originally intended. In some cases, this kind of interpretation became a source of new law, when judges extended by analogy rules which experience had shown to be salutary. In such cases, judges would treat the existing statutory rule as « a single example of the application of a wider principle which it involved, » and would

⁽⁹⁸⁾ *Ibid.*, p. 62 (§ 98).

⁽⁹⁹⁾ W. PALEY, *The Principles of Moral and Political Philosophy*, 2 vols, Dublin, Exshaw et al, 1785, vol 2, pp. 276-7.

⁽¹⁰⁰⁾ AUSTIN, *Lectures* (5th ed., 1885), pp. 632-3.

⁽¹⁰¹⁾ MARKBY, *Elements* (3rd ed., 1885), p. 64 (§ 100).

apply the principle to new cases not provided for in the statute ⁽¹⁰²⁾. This kind of judicial interpretation, Markby went on, was generally popular, and allowed the law to deal with matters of detail ignored by the legislature. Markby's discussion of judicial reasoning thus suggested that it was an interpretive exercise, which involved identifying the principles within the system, and developing them, in a way which reflected the needs of the community.

John Salmond was far more critical of Austin than Markby. Born in England, Salmond moved to New Zealand when a teenager. Appointed professor of law in Adelaide in 1897, he returned to a chair in Wellington in New Zealand in 1906. His first works on jurisprudence dated from the 1890s. He published *Essays in Jurisprudence and Legal History* in 1891 and *The First Principles of Jurisprudence* in 1893, which he would later expand into his textbook on *Jurisprudence* ⁽¹⁰³⁾. He also wrote a highly influential textbook on the law of torts, the first edition of which was produced in 1907. Salmond was thus a common lawyer who was actively engaged in attempting to make sense of a central but as yet unsettled area of the law ⁽¹⁰⁴⁾. He was also appointed Solicitor-General in New Zealand's Liberal government in 1911, and became a judge of the Supreme Court in 1920 ⁽¹⁰⁵⁾.

Salmond declared that his views differed « widely from those commonly received by English writers on the science of law ». He did not accept « the absolute separation of that science from ethics » nor did he accept « the derivation of all its fundamental notions from the single idea of sanction or enforcement by the State ». The dominant theory in England — which he associated with Austin —

⁽¹⁰²⁾ MARKBY, *Elements* (3rd ed., 1885), p. 42-3 (§§ 76-7).

⁽¹⁰³⁾ J. SALMOND, *Essays in Jurisprudence and Legal History*, London, Stevens and Haynes, 1891, ID. *The First Principles of Jurisprudence*, London, Stevens and Haynes, 1893, ID., *Jurisprudence, or The Theory of the Law*, London, Stevens and Haynes, 1902. Salmond produced seven editions of the latter book (the last in 1924). Further editions (down to a twelfth in 1966 by P.J. Fitzgerald) continued to be produced in the twentieth century.

⁽¹⁰⁴⁾ See M. LOBBAN, 'Tort Law', in W. CORNISH et al, *The Oxford History of the Laws of England*, vol. XII, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 893-4, 943.

⁽¹⁰⁵⁾ On Salmond, see A.W. B. SIMPSON, 'The Salmond Lecture', *Victoria University of Wellington Law Review* 38 (2007), 669-688.

« leaves altogether out of sight the ethical significance of law » and « empties the conception of its ethical content »⁽¹⁰⁶⁾. Although not a fully-fledged subscriber to the Idealism of philosophers such as T.H. Green, who felt the state had a moral function to secure the common good⁽¹⁰⁷⁾, Salmond did feel that law and the state had a moral purpose⁽¹⁰⁸⁾. In his view, jurists like Austin, who saw all law in terms of the commands of a legislature, in the style of statutes, missed a crucial point: « [t]he constituent elements of which the law is made up are not laws, but rules of law or legal principles. » The central idea of law was not *lex* or *Gesetz*, but *ius* or *Recht*⁽¹⁰⁹⁾. In his view, one should look for law not in the edicts of legislatures, but in the practices of courts.

The central function of the courts, Salmond argued, was to administer justice. For him, the notion of justice was primary, while the notion of law was secondary:

« The administration of justice may be defined as the maintenance of right or justice within a political community by means of the physical force of the state, and through the instrumentality of the state's judicial tribunals. Law is secondary and unessential. It consists of the authoritative rules which judges apply in the administration of justice, to the exclusion of their own free will and discretion.... What a litigant obtains in the tribunals of a modern and civilised state is doubtless justice according to law, but it is essentially and primarily justice and not law... Justice is the end, law is merely the instrument and the means, and the instrument must be defined by reference to its end »⁽¹¹⁰⁾.

In Salmond's view, it was perfectly conceivable to have a society where judges decided cases without any reference to law. But since such a system would be chaotically inefficient, the discretion of

⁽¹⁰⁶⁾ J. SALMOND, *The First Principles of Jurisprudence*, pp. 36, 97.

⁽¹⁰⁷⁾ On Green, see M. LOBBAN, 'Theories of Law and Government,' in W. CORNISH et al, *The Oxford History of the Laws of England*, vol XI, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 117-22.

⁽¹⁰⁸⁾ See P.G. McHUGH, 'Sir John Salmond and the Moral Agency of the State,' *Victoria University of Wellington Law Review* 38 (2007) 743-769 at 754: « Salmond absorbed a considerable amount from the Idealists, in particular their conception of the moral agency of the State and the imperative that awareness placed upon the individual to participate in its moral mission ».

⁽¹⁰⁹⁾ SALMOND, *Jurisprudence* (1st ed., 1902), p. 12 (§ 5).

⁽¹¹⁰⁾ SALMOND, *Jurisprudence* (7th ed., 1924), p. 40 (§ 15) (cf the similar text in the 1st ed., p. 16).

judges to decide according to their own arbitrary will was reduced over time: « The establishment of the law is the substitution of the opinion and conscience of the community at large for those of the individuals to whom judicial functions are entrusted » ⁽¹¹¹⁾.

As has been seen, Salmond recognised that law and morality were distinct, and that law was a coercive order backed by the force of the state. In his view, there were good reasons for having a body of rules which were distinct from pure abstract justice: since individual judges might be incompetent or corrupt, it was better to follow settled rules. Indeed, « we expect from the coercive action of the state, not merely the maintenance of abstract justice, but the establishment within the body politic of some measure of system, order and harmony in the actions and relations of its members » ⁽¹¹²⁾. However, Salmond insisted that the moral and legal norms were *related*:

« Natural justice is the ideal and the truth, of which legal justice is the more or less imperfect realisation and expression. Legal justice is the authoritative formulation of natural justice by the civil law for the direction of the courts by which justice is administered. [...] Natural justice bears to legal justice the same relation that the truth bears to an authoritative creed which precludes inquiry » ⁽¹¹³⁾.

In Salmond's view, the command theory could explain neither the nature of the state, nor fundamental legal principles, nor the behaviour of judges. Instead, each of these had a moral dimension. Thus, the state was a moral association, bound together by a body of pre-legal customary rules which determined its constitution. The constitution was not determined by law, he noted, since there could be no law without there first being a state, and no state without a constitution. A body of constitutional law followed, being the judicial theory of constitutional practice; for « [t]he law will develop for itself a theory of the constitution, as it develops a theory of most other things which may come in question in the administration of justice » ⁽¹¹⁴⁾.

⁽¹¹¹⁾ *Ibid.*, pp. 44-5 (§ 16), a new passage not in the earlier editions.

⁽¹¹²⁾ *Ibid.*, p. 42 (§ 16).

⁽¹¹³⁾ *Ibid.*, pp. 58-9 (§ 19).

⁽¹¹⁴⁾ SALMOND, *Jurisprudence* (2nd ed., 1907), p. 108 (§ 40).

Similarly, there were in any legal system certain fundamental principles which were pre-legal:

« there must be found in every legal system certain ultimate principles, from which all others are derived, but which are themselves self-existent. Before there can be any talk of legal sources, there must be already in existence some law which establishes them and gives them their authority ».

The rule which gave validity to these legal sources was not a legal one. Thus, the rule that all acts of parliament had the force of law was « legally ultimate; its source is historical only, not legal »⁽¹¹⁵⁾. Similarly, the rule that precedents bound derived from no law.

Law itself was for Salmond ultimately a matter of judicial practice, rather than sovereign command. As he saw it, Austin's theory failed to explain why judges were obliged to recognise the principles which constituted the law. Even if inferior courts were under a legal obligation to apply the rules pronounced by superior courts — with nullification of their decisions by the higher court being the sanction — it was impossible to see the duty of the highest court as derived from a command backed by any kind of sanction. A legal obligation was imposed by a rule of law; and there could be no rule of law absent a court with jurisdiction to apply it. If the House of Lords wilfully misconstrued a statute, its interpretation (Salmond pointed out) would necessarily be the law of England, since no other court could gainsay it. Hence the only obligation on judges to enforce the settled law was a moral obligation. « In the last resort, » he concluded, « the authority of the law over the courts themselves has its source merely in the moral obligation of the judges to observe their judicial oaths, and fulfil their appointed functions, by administering justice according to law »⁽¹¹⁶⁾.

Discussing the judicial role, Salmond accepted the analytical point that the *formal* source of all law was « the will and power of the state as manifested in courts of justice »⁽¹¹⁷⁾. But this said nothing about how judges actually developed or applied the law. For

⁽¹¹⁵⁾ *Ibid.*, p. 125 (§ 48).

⁽¹¹⁶⁾ SALMOND, *Jurisprudence* (7th ed., 1924), p. 57 (§ 18).

⁽¹¹⁷⁾ SALMOND, *Jurisprudence* (2nd ed., 1907), p. 117 (§ 44).

Salmond, the law developed through the influence of *material* sources. There were two kinds of these sources. The first kind was 'legal': the authoritative sources recognised by the law itself, such as statutes and previous legal decisions. The second kind was 'historical': unauthoritative sources, which were drawn on by courts, such as the opinion of legal writers. In making this distinction, Salmond clearly saw the law as being the practices of the courts, rather than those of the community. This was clear from his discussion of custom. When dealing with custom in general, Salmond pointed out that the formal source of customary law was the will of the state, while its material source was the usages of the community. Nonetheless, customs did not simply become legally binding as a matter of community practice: the judges only recognised as legally binding « those customs which fulfil the requirements laid down by law as the condition of their recognition as obligatory rules of conduct »⁽¹¹⁸⁾.

Turning to precedents, Salmond observed that it was a fiction to say that judicial decisions were merely the evidence of custom and that the law hence derived from custom. In practice, the common law was created by the decisions of the judges: « Original precedents are the outcome of the intentional exercise by the courts of their privilege of developing the law at the same time that they administer it »⁽¹¹⁹⁾. In developing new law, judges looked to principles of justice. The new principles by which they supplemented existing law were « nothing else than the principles of natural justice, practical expediency, and common sense. » Although judges hid their innovations under the fiction that they were merely declaring the law, Salmond felt that judges drew on broader ethical sources:

« It is surprising how seldom we find in judicial utterances any explicit recognition of the fact that in deciding questions on principle, the

⁽¹¹⁸⁾ SALMOND, *Jurisprudence* (7th ed., 1924) p. 168 (§ 46), cf. HOLLAND, *Elements of Jurisprudence* (2nd ed., 1882), p. 48: « The State, through its delegates the judges, undoubtedly grants recognition as law to such customs as come up to a certain standard of general reception and usefulness. To these the Courts give operation, not merely prospectively from the date of such recognition, but also retrospectively; so far implying that the custom was law before it received the stamp of judicial authentication. The contrary view supported by Austin is at variance with fact ».

⁽¹¹⁹⁾ SALMOND, *Jurisprudence* (2nd ed., 1907), p. 163 (§ 62).

courts are in reality searching out the rules and requirements of natural justice and public policy. The measure of the prevalence of such ethical over purely technical considerations is the measure in which case law develops into a rational and tolerable system as opposed to an unreasoned product of authority and routine » (120).

Nonetheless, he admitted that the scope of judicial liberty to adjudicate on the basis of justice was diminished with the development of precedents: « In any system in which precedents are authoritative, the courts are engaged in forging fetters for their own feet » (121). This was not a matter to be regretted, for justice required consistency in action, which could only be achieved if questions which had been answered judicially continued to be answered in the same way. As judges decided individual cases in a way best to promote justice, they generated settled rules of law, which were to be presumed to be just, and which served to reduce their discretion in future. Where there were settled rules, the judge had to follow them; where there were no settled rules, he could formulate a new rule for the case at hand. Although he said that the judge should « administer justice according to nature » in such novel cases, he admitted that since natural justice was often unclear, the judge should not merely follow his own ideas, but should seek guidance from elsewhere — from foreign law, the opinion of text writers, judicial dicta, « and other forms of ethical or juridical doctrine. » He should also use analogies from past cases, though analogy should only be used as a guide to the rules of natural justice; so that one could depart from analogy where justice demanded. In Salmond's view, the jurist's aim was to generate a single and consistent body of coherent doctrine, with unity and harmonious development (122).

Shortly after the first edition of Salmond's *Jurisprudence* was published, another Antipodean scholar, W. Jethro Brown, published *The Austinian Theory of Law*, which took a more Idealist view of the nature of the state. Brown, a native of South Australia, was appointed lecturer in law in Tasmania in 1893 (123), but returned to

(120) *Ibid.* p. 176 (§ 68). Salmond made this point in an article on 'The Theory of Judicial Precedents' in *Law Quarterly Review* 16 (1900), 376-91 at 389.

(121) SALMOND, *Jurisprudence* (7th ed., 1924), p. 200 (§ 60).

(122) *Ibid.*, p. 203 (§ 61).

(123) Brown was born in Mintaro, South Australia in 1868. He was educated at

Britain (where he had received his legal education) in 1900, teaching in London and Aberystwyth. He was appointed successor to Salmond as professor in Adelaide in 1906, a position he held until 1916, when he was appointed president of the Industrial Court. Brown's best-known work was a presentation of Austin's ideas accompanied by a series of 'excursuses' ⁽¹²⁴⁾. These texts, which commented on Austin's ideas, reveal quite evidently the influence of Idealist thinkers such as T.H. Green and Bernard Bosanquet ⁽¹²⁵⁾.

Like Salmond, Brown was sceptical about Austin's vision of the state. Influenced by Maitland's introduction to Gierke's *Political Theories of the Middle Age*, as well as by Green's philosophy ⁽¹²⁶⁾, he argued that the state was a corporation, which had a unity and identity distinct from that of its members:

« Whenever men act in common they inevitably tend to develop a spirit which is something different from themselves taken singly or in sum... In every group of men acting together for a common purpose, the common purpose inevitably begets a common spirit which is real, though it may be vague and indefinite to us because our vision is limited, or because the group is in the making ⁽¹²⁷⁾.

Just as a corporation was a 'real person', which could be recognised by law, so the corporate person of the state was « not a legal fiction » but « a representation of psychical realities which the

St. John's College, Cambridge, and was called to the bar of the Middle Temple in 1891. He was professor of law and modern history in Tasmania from 1893 to 1900, and then became professor in turn of constitutional law and legal history at University College, London and of comparative law at the University College of Wales. In 1906, he returned to a Chair in Adelaide, which he held until 1916, when he became President of the Industrial Court in Adelaide. He died in 1930: *The Times* 29 May 1930, col. 18 c. See R. W. IRELAND, 'John Austin, H.L.A. Hart... Oh, and W. Jethro Brown!' *Cambrian Law Review* 34 (2003), 57-70.

⁽¹²⁴⁾ He had already published some of this material: W.J. BROWN, 'The Personality of the Corporation and the State', (1905) 21 *Law Quarterly Review* 21 (1905) 365-79, ID., 'Customary Law in Modern England', *Columbia Law Review* 5 (1905), 561-83; ID., 'Sovereignty', *Juridical Review* 18 (1906-7), 1-17.

⁽¹²⁵⁾ Brown has been linked to turn of the century 'Australian Idealism': McHUGH, 'Sir John Salmond', p. 754.

⁽¹²⁶⁾ BROWN, 'The Personality of the Corporation and the State,' p. 365.

⁽¹²⁷⁾ *Ibid.*, pp. 368-9.

law recognises rather than creates» (128). Rather than being a creation of law, it was made by «wills animated by conscious purpose» (129). This meant that sovereignty did not lie (as Austin suggested) in «a portion of the community». Instead, the party exercising legal sovereignty was «but an organ of the community as a whole» (130). Brown therefore rejected Austin's view of the sovereign as a superior who imposed his will on the people, preferring T.H. Green's Idealist view, which saw the state as a moral organism, in which practical supremacy could only be attributed to the general will (131).

Like Salmond, Brown commented that Austin's jurisprudence focused on the discussion of 'a law', rather than 'law'. It was this which had made him focus on the concept of law as the command of a visible ruler, rather than associating law with the wider State. This led (Brown argued) to the erroneous view that law was the arbitrary creation of the ruler, rather than a «regulation imposed [on a man] by a totality of which he himself forms a part» (132). However, Brown accepted some central tenets of Austin's analytical project: that there could be no law without the state, that customs were only legally binding by virtue of the will of the state (133), and that all laws ended in a command, which came from the State (134). Even though the main object of the law was to confer rights rather

(128) *Ibid.*, p. 372.

(129) *Ibid.*, p. 373. Cf p. 374: it was «not a creation of the juristic imagination, but a psychical reality — a reality arising from unities of spirit, purpose, interests and organization.»

(130) *Ibid.*, p. 378.

(131) W. J. BROWN, *The Austinian Theory of Law*, London, John Murray, 1906, p. 281. Brown defined legal sovereignty as «the power whose authority is regarded by law as unlimited, and as the source both of all law and of the authority of all law-making or governmental institutions.» In Great Britain, it was the State which was this sovereign, and parliament was only the 'sovereign-organ'. The «visible ruler» was «but an organ of the organized community». *Ibid.*, pp. 286-7.

(132) *Ibid.*, p. 342.

(133) «Law only becomes actual as it is officially declared by the State and enforced by its authority.» *Ibid.*, p. 336.

(134) *Ibid.*, p. 340: «the position that law in its totality is essentially a system of social regulation which the State will uphold by force, is not affected by the fact that some parts of the law are not imperative, if it be true that such parts derive a practical meaning and value from parts which *are* imperative.»

than impose duties — « to provide [man] with opportunities for self-realization » — he insisted that rights were « nothing apart from duties, that legal duties imply the Command of the State » (135):

« Law, in its totality, is the voice of the organized community speaking to all persons subject to its control, and affirming a rule of life which men may accept with the consciousness of the might of the community to support them. It is the expression of the organized will of the community, backed by the organized force of the community » (136).

Brown also discussed the role of the judge as law maker, seeing the judge as an organ of the state who developed the law in line with the needs of the common good. He dismissed the traditional common lawyers' view that judges did not make rules, but found them in case law, custom, analogies and settled principles. The common law was not made up of timeless principles which lay behind the vast body of precedents and which could be applied to any new case. Instead, « the principles themselves, far from being eternal, must in the very nature of things undergo at the hands of both legislature and judges a progressive modification and development. » (137) In his view, the fiction that judges never made law, but only found it, had prevented the judiciary from developing a theory of the persuasive sources of law, such as the opinions of jurists, considerations of public policy and rules of foreign law. Discussing the status of the judges, Brown qualified James Bryce's view that judges were the representatives of the community, « shaping that part of the law which State Power does not formally enact » (138). While it was (materially) true that in « devising rules through the means of precedent, [judges] give effect to principles which are a part of the social atmosphere around them » (139), they were also (formally) the agents of the organised sovereign power.

Turning to what judges had done in practice, Brown pointed out that case law helped generate new rules and principles:

« [G]eneral rules, legal conceptions, and legal principles are reached

(135) *Ibid.*, p. 341-2.

(136) *Ibid.*, p. 344.

(137) *Ibid.*, p. 291.

(138) BRYCE, *Studies in History and Jurisprudence*, vol. 1, p. 272.

(139) BROWN, *Austinian Theory*, p. 301.

through a long series of decisions slowly working towards conclusions which at first were felt dimly or not at all. The older law is vivified by the infusion of elements drawn from the social life. Usage and opinion, social aspiration and economic needs, react upon the older law, adapting its texts, modifying their operation, developing their content, restraining, amplifying, and controlling in a thousand subtle and invisible ways » ⁽¹⁴⁰⁾.

The idea that the law grew was central to Brown's conception of law. However, just as law was not the arbitrary command of the current ruler, neither was it the « spontaneous outcome of a national instinct ». Following Jhering, he noted that there was a purposive element in law. Thus, the transformation of usage into law demanded the reflective action of lawyers and judges, who selected, formulated and defined rules. Legal change was not mechanical or arbitrary, akin to adding more coins on to a pile: it was organic. Brown's view was highly Idealist: « Law, far from being a mere aggregate of legal institutions, possesses a unity and an individuality related to appearances as the soul is to the body. To reveal this psychic element in the law is the supreme triumph of legal science. » Drawing on Jhering's *Geist*, he argued that lawyers strove to uncover a « real law ». Those who wanted to understand this

« must pass from the group of particular rules of law which establish the juristic form of a specific relation of life, to other related groups of legal rules, until they reach the systematic unities of which those rules are but an expression.... If we carry the process of analysis one step further, we discover at every epoch in the history of a legal system the existence of certain dominating influences — the time-spirit of a people » ⁽¹⁴¹⁾.

In Brown's Idealist version of common law theory, the judges, like the other agents of the State, had a role in developing the moral purposes of the State. Though a coercive system enforced by state power, law was a moral system with an ultimate moral purpose.

VI.

The distinction between law and morality was central to the

⁽¹⁴⁰⁾ *Ibid.*, p. 297.

⁽¹⁴¹⁾ *Ibid.*, pp. 352-3.

Austinian project of analytical jurisprudence. It allowed the student of law, as well as the jurist, to identify what was law in a state. It paved the way for legal treatises to be written, which could set out the body of the common law in terms of rules, which could be digested and put into a rational structure. For this reason, Austin's analytical jurisprudence continued to be dominant in late nineteenth and early twentieth century legal education. At the same time, however, his jurisprudence said little about how judges were to develop the law, or about what relationship the law was to bear to the wider values of the community. For Austin, these were questions within the province of legislation, a topic which he never got around to addressing. Yet they were questions of vital importance for the generation of common lawyers which succeeded him. The idea that codification would turn all law into clearly articulated statutory rules foundered in the 1860s and 1870s. In an era of significant and rapid doctrinal development, in which courts had to respond to the new changes brought by industrialisation and urbanisation, the question of how judges were to develop the law both to maintain coherent doctrine and meets the needs of the community became ever more important. In this context, a number of jurists began to reformulate some of Austin's jurisprudence, focusing on the role of the judges, and seeing their task as an interpretive one, which looked both to the principles to be found in the common law, and to the wider needs of the community.

per la storia
del pensiero
giuridico
moderno

40
T.II

2011

**QUADERNI
FIORENTINI**

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

40

(2011)

Giudici e giuristi.
Il problema del diritto giurisprudenziale
fra Otto e Novecento

TOMO II



GIUFFRÈ EDITORE

VICTOR SAUCEDO

FROM COURT TO BOOKS: THE GENEALOGY OF THE
VICTORIAN DEBATE ON THE DOCTRINE
OF CONSPIRACIES

I. Introduction. — II. The Genealogy of Conspiracy (1611-1763). — III. Journeymen's Conspiracy (1721-1799). — IV. Victorian Jurisprudence and the Genealogy of Conspiracy. — V. Conclusion. — VI. Addendum.

I. *Introduction.*

1. In 1611, before the justices of the peace, a group of London poulterers accused one Stone, married to a poulterer's widow, of having stolen from one of them, Ralph Waters ⁽¹⁾. The justices of

This ongoing research is made possible by the research project *Vidas por el Derecho* (SEJ 2004/01919), and the research group Rudolf von Jhering (SEJ 338) of the Anton Menger department of the Universidad de Huelva; both project and group are directed by Prof. D. Carlos Petit. This research was also made possible by the Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte which generously awarded me a *Stipendiedium* to do research at the Institute in Frankfurt in the winter of 2010; and Prof. Daniel Coquillette, who welcomed me to do research at Harvard Law School.

⁽¹⁾ *The Poulterers' Case* (1611), 9 Co. Rep. 55b. I will follow the common law practice of citing law reports by an abbreviation preceded by the volume number, and followed by the first page of the report, or the cited page. The Continental reader will find a table with full references at the end of this text. As for enacted law, I will use Ruffhead's edition of the *Statutes at Large* (O. RUFFHEAD, *The statutes at large, from Magna Charta, to the twenty-fifth year of the reign of King George the Third, inclusive. With a copious index, and appendix, consisting of obsolete and curious acts, some of which were never before printed*, London, printed by Charles Eyre and Andrew Strahan, printers to the king's most excellent majesty; and by William Woodfall and Andrew Strahan, law printers to the king's most excellent majesty, 1786). Finally, one more caveat: I will keep the original orthography both in citations and titles of works, which may not necessarily agree with current orthographical standards.

the peace issued warrants to arrest Stone, and after examining him, they summoned him to answer for the alleged crime at the assizes in Essex. The poulterers themselves preferred the bill of indictment for robbery against Stone at the assizes. However, after hearing evidence that Stone was in London the day of the robbery — whereas the crime had supposedly taken place in Essex — the grand jury returned the bill of indictment with an *ignoramus* on it. Allegedly, the poulterers had maliciously intended to have Stone adjudged and hanged. In response, Stone moved and action to have his accusers to answer for their false accusation. However, even if the accusation was overtly false and malicious, these kind of actions only could be brought if the party had been acquitted in due course of justice. The case was removed to the Star Chamber to determine whether there could be a remedy for these special facts.

Some centuries later, in 1894, upholsterers in a furniture factory in Boston, Massachusetts, demanded a raise in wages and a reduction in hours. *Vegeahn*, the employer, refused, and in response fired the worker's business agent, G. Guntner. Subsequently, the workers went on strike and organized a boycott against their employer trying to persuade other companies not to do business with him. The manufacturer tried to hire scabs to replace the strikers, and the latter began to patrol in pickets on front of the factory to discourage prospective applicants. The employer filed a bill of equity at the Massachusetts Supreme Judicial Court asking for relief from the picketing and patrolling. Justice Holmes, sitting alone in the court's equity session, enjoined the workers from threatening personal injury or unlawful harm, but allowed the picketing as long as it was limited to persuasion. *Vegeahn* appealed, and the full court decided on October 26, 1896. The questions were whether picketing was unlawful means of persuasion, and whether it amounted to threats and intimidation.

The case was decided on October 26, 1896 ⁽²⁾. A majority of five justices extended the injunction to picketing and patrolling because « such an act is an unlawful interference with the rights both of employer and of employed. An employer has a right to engage all persons who are willing to work for him, at such prices

(2) *Vegeahn v. Guntner* (1896), 167 Mass. 97.

as may be mutually agreed upon; and persons employed or seeking employment have a corresponding right to enter into or remain in the employment of any person or corporation willing to employ them. These rights are secured by the Constitution itself ». As for the unlawfulness of the means employed to interfere the employer's rights, the court argued that « intimidation is not limited to threats of violence or of physical injury to person or property ... patrolling or picketing, under the circumstances stated in the report, has elements of intimidation ⁽³⁾ ». The court concluded that « a conspiracy to interfere with the plaintiff's business by means of threats and intimidation, and by maintaining a patrol in front of his premises in order to prevent persons from entering his employment, or in order to prevent persons who are in his employment from continuing therein, is unlawful, even though such persons are not bound by contract to enter into or to continue in his employment ⁽⁴⁾ ».

Justice Holmes dissented on the grounds for continuing the injunction because « it appears... that the judgment of the majority turns in part on the assumption that the patrol necessarily carries with it a threat of bodily harm ⁽⁵⁾ ». Holmes pointed out that this assumption was based on the « notion which latterly has been insisted on a good deal, that a combination of persons to do what any one of them lawfully might do by himself will make the otherwise lawful conduct unlawful ⁽⁶⁾ »; a formulation Holmes thought « plainly untrue, both on authority and on principle ⁽⁷⁾ ». Rather, he believed that « an organized refusal by workmen of social intercourse with a man who shall enter their antagonist's employ » should be tolerated « if it is dissociated from any threat of violence, and is made for the sole object of prevailing if possible in a contest with their employer about the rate of wages ». In the course of that contest, injury did not always imply an unlawful malicious intent. Holmes believed injury was justified when it was an « act by which the benefit to themselves is to be gained », and there was a policy

⁽³⁾ *Ib.*, p. 92.

⁽⁴⁾ *Ib.*, pp. 99-100.

⁽⁵⁾ *Ib.*, p. 105.

⁽⁶⁾ *Ib.*, p. 107.

⁽⁷⁾ *Ib.*, p. 108.

privileging that injurious gain. As when for sake of efficiency law-makers allow « a great house lowers the price of certain goods for the purpose, and with the effect, of driving a smaller antagonist from the business ⁽⁸⁾ ».

In the course of my research into the intellectual biography of the jurist and judge Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935), I found an oblique reference in Holmes's last speech, a broadcast allocution in 1931. It was a reference to his nomination to the Supreme Court in 1902, and in making it, Holmes closed the circle of his career. But it is no time to delve into that reference now. I liked the idea of comparing his nomination and his last speech, delivered one year after he retired, and I began to study his nomination in detail. As a consequence, I came across *Vegeleben v. Guntner*. To his amusement, Holmes's dissenting opinion in that case caused him to appear in the press as a friend of labor. Later, Theodore Roosevelt nominated Holmes to fill in Justice Horace Gray's vacant seat in the United States Supreme Court because the president thought that in *Vegeleben* Holmes had showed the independence from big business Roosevelt was looking for in a judge to carry on his trust-busting campaign. However, when the hostile press aired Holmes' dissenting opinion in that case, he feared that appearing as a friend of labor would array businessmen against him, and that the Senate Judiciary Committee would reject his nomination.

In interpreting the case, commentators had pointed out the main themes: Holmes's Social Darwinist theory of the competition between labor and capital; his criticism of the court's absolutist conception of legal rights; and the betrayal of his own theory of the external standards as the keystone of the common law, according to an article he had published a couple of years earlier. That is, they have sought to explain Holmes's intent with regard to the evolution of his own thought, to the greater trends of legal thought, and in light of his own policy beliefs. In doing so, commentators had dismissed the legal point Holmes argued in that opinion, and the discursive tradition ruling that debate.

The words 'conspiracy', 'intimidation', 'threats', 'combination', hinted at a heated debate on the place of trade unions and

⁽⁸⁾ *Ib.*, p. 109.

their methods within the legal order which was igniting British mid-Victorian jurists. Many jurists believed that within the common-law tradition trade unions were forbidden as conspiracies in restraint of trade, though nineteenth-century statutes had limited the punishment of conspiracies in *restraint of trade* only to those which were pursued by unlawful means of intimidation, threats, or coercion. Others thought that such a crime had never existed outside of statutes that indeed forbade certain restraints of trade, and cried out that so important a matter of public policy could not be trusted to the mood of the courts. Incidental to that debate, history became an important argument in supporting the legitimacy or illegitimacy of the doctrine of conspiracies in restraint of trade. Inquiries were conducted into the nature and historical origins of common-law substantive crime of conspiracy, which were no less vigorously pursued than the search for the source of the Nile.

The discoveries of nineteenth-century historical expeditions led to the twentieth-century thesis that the doctrine of conspiracies originated in the seventeenth century: in the *Poulterers' Case*, mentioned above — the Star Chamber's wide interpretation of a medieval statute establishing the punishment of concerted abuses of criminal procedure. According to this thesis, this construction was generalized by further judicial decisions, so that by the end of the eighteenth century it had grown as an independent common-law substantive crime. As with all common-law acquisitions, it was « a peculiarly ill-defined offence ... used against unpopular or seditious groups, as well as to implement contested economic policies. The judiciary has sometimes seemed deliberately vague, keeping conspiracy in reserve, as it were, for cases not plainly encompassed by better defined crimes ⁽⁹⁾ ». The doctrine reached its zenith in Victorian courts, when the range of the crime had extended so much as to allow the punishment of combinations in restraint of trade, an expression which included unions and their activities.

This tenet about the historical origins of the doctrine of conspiracy is consistent with an explanation of the history of the

⁽⁹⁾ J. V. ORTH, *Combination and Conspiracy: a Legal History of Trade Unionism, 1721-1906*, Oxford, Oxford University Press, 1991, p. 28.

common law which has appealed to legal scholars since Maine's time: that common law has been judge-made law according to court's policy preferences, and that legal change is explained as the consequence of more or less unconscious judicial lawmaking. This premise is easily recognizable in the narrative of conspiracy: born illegitimately out of a medieval statute, it grew out of the genius of eighteenth-century judicial discretion and its reinvention of the body of law according to moral philosophy, and it became a nightmare for organized labor in the nineteenth and early twentieth century. Within this framework, the explanation of the emergence of legal language and legal technique are secondary to the investigation of the use judges made of it. It follows that separating out judges' purpose from the legal babbling is the most relevant task of the historian. Thus, in current narratives conspiracy appears as a sort of *flatus vocis* judges invented to mean almost anything they wanted it to mean.

My thesis is that the common law of conspiracy is indeed related to the Statute of Conspirators; but it originated out of an alternative solution the court found to decide a hard case, not as a construction of a medieval statute. By analogy, this solution emerged as a precedent for deciding other hard cases, and in doing so it expanded by analogy with other areas of the law from which borrowed its constitutive elements. Later in the nineteenth century, the existing doctrine was reinvented and rationalized as consistent with existing theories.

I present my thesis in this monograph devoted to judges' law because the case of the doctrine of conspiracy illustrates the evolution of the mind of the judges and the nature and weight of precedent from the seventeenth to the nineteenth century. It illustrates the transition from artificial reason and remedial law of the seventeenth and eighteenth century, to a system of jurisprudence and the inflexible dogma of *stare decisis*. My research on Justice Holmes was but a prompt, which led me to an interest in the language of the doctrine of conspiracy. I will save the interpretation of Holmes's mysterious words for a better time. For the purposes of this article, I will focus mainly on the early history of conspiracy.

This article is intended as two interventions: a hermeneutical

intervention in the legal history of the doctrine of conspiracies, and as an intervention into the history of the common-law mind (or language). As for the first intervention, this research will unearth long-forgotten and unread cases, which I will try to re-interpret with a limited reconstruction of their context of *utterance* — a deeper reconstruction would have exceeded the scope of this article. As for the second intervention, I will offer an approach to the main elements of conspiracy as a discrete discursive tradition and discuss how these elements were reinterpreted within a wider discourse in the nineteenth century. Part II will describe the genealogy of conspiracy through the leading cases of the seventeenth and eighteenth century. Part III will focus on cases of journeymen's conspiracy to raise wages in the eighteenth century. Part IV describes the essentials of the Victorian controversy around the origins and authority of the substantive crime conspiracy. Part V is tentative explanation of the process by which the substantive crime of conspiracy emerged and crystallized.

II. *The Genealogy of Conspiracy (1611-1763).*

2. As I have mentioned above, the leading case in the development of the doctrine of conspiracies was the *Poulterers' Case* ⁽¹⁰⁾, tried at the Star Chamber in the Fall of 1611, where one Stone had brought action against Ralph Waters and others poulterers « for a combination, confederacy, and agreement betwix them falsly and maliciously to charge the plaintiff with the robbery of the said Ralph Waters ⁽¹¹⁾ ». As discussed, the question was raised whether there could be an action without acquittal of the party falsely accused.

Since Edward I's times, victims of concerted abuse of legal procedure have had a remedy by the Statute of Conspirators, 21

⁽¹⁰⁾ 9 Co. Rep. 55b. There was a precedent of a similar case of conspiracy, not ending in acquittal, in the Star Chamber: *Sydenham v. Keilaway* (1574) Cro. Jac. 8. Also see R.S. WRIGHT, *The Law of Criminal Conspirancies and Agreements*, London, Butterworths, 1873, pp. 20-21. F.B. SAYRE, *Criminal Conspiracy*, in « Harvard Law Review », XXXV, 1922, pp. 393-427, p. 398.

⁽¹¹⁾ *Ibidem*.

Edw. I (1293) ⁽¹²⁾. The most important part of this statute ⁽¹³⁾ was the creation of a writ of conspiracy, with which a civil action originated and conspirators were called to answer before the court. The writ was mainly issued in cases of alleged procurements of false criminal accusations, most of them of felony ⁽¹⁴⁾. Its scope was

⁽¹²⁾ « Our Lord the King at the information of Gilbert Rowbery Clerk of his Council, hath commanded, that whosoever will complain himself of Conspirators, Inventors and Maintainer of false Quarrels [and Partakers thereof] and Brokers of Debates, that [Gilbert Thornton shall cause them to be attached by his writ, that they be before our Sovereign Lord the King, to answer unto the Plaintiffs by this Writ following:] *Rex Vic[econiti]. salutem; Precipimus tibi quod si A de B fecerit te securum de clamore suo prosequendo, tunc pone per vad[iun]. & salvos pleg[ios] G de C q[uod] sit coram nobis a die S[an]c[t]ae Trinitatis in xv dies, ubicumque tunc fuerimus in Angl[ia] ad respondendum praefato A de placito conspiracionis & transgressionis secundum ordinationem nostram nuper inde provisam, sicut idem A rationabiliter monstrare poterit quod ei inde respondere debeat. Et habeas ibi nomina plegiorum & hoc breve.* T. G. de Thornton etc. », in P.H. WINFIELD, *The History of Conspiracy and Abuse of Legal Procedure*, Cambridge, Cambridge University Press, 1921, p. 23. The statute was preceded by an earlier experiment punishing false vicarious appeals by the statute 13 Edw. I, c. 12. See *ib.* pp. 3-16. Italics are mine.

⁽¹³⁾ The date of the Statute of Conspirators is uncertain. In his commentary to Chapter 10 of the statute *Articuli super Chartas*, 28 Edw. I, Coke says that « it is set downe to be made in 33 E. I. where in truth it was made in 21 E. I. which error there, and the mistaking of Richard Tottell the printer, in quoting 33 E. I. to this branch ... would in the next impression be amended ». The statute has two parts, the first referring to champertors, and the second to conspirators, and it is yet unsettled whether they are two independent statutes or they were consolidated. Part II has been dated somewhere between 1290 and 1295. As there is a First Ordinance of Conspirators in 1293, which has a strong resemblance to the Statute, they probably were passed the same year. This family relationship between Statute and First Ordinance would also explain the mistake in the date Coke referred above: as the *Ordinatio de Conspiratoribus* was passed in 1304, it could have been mistaken for *De Conspiratoribus Ordinatio* of 1293. In commenting on this statute, Coke believed that it « was but in affirmance of the common law ». However, some of Coke's sources are unreliable, and others do not support his tenet; besides, all legal authorities embracing Coke's opinion are dated after the Statute of Conspirators. In conclusion, it seems very likely that there was not such a writ at common law before the Statute of Conspirators, P. H. WINFIELD, *History*, *cit.*, pp. 23-30, 34, 37. Cf. COKE, *THE SECOND PART OF THE Institutes of the Laws of England* (1642), London, Printed for E. and R. Brooke, 1797, pp. 561, 562.

⁽¹⁴⁾ The practice of the courts neither excluded indictments of trespass and abuse of civil procedure from its scope, nor limited its application to abuses of the machinery of justice only. See P.H. WINFIELD, *History*, *cit.*, pp. 51-53.

finally settled in the definition of the *Ordinatio de Conspiratoribus* in 33 Edw. I, st. ii (1304) ⁽¹⁵⁾. According to the nine writs preserved in the printed Register ⁽¹⁶⁾, to have a cause of action victims should produce the record proving that they had been previously acquitted of false indictment of felony. They also had to allege the existence of an agreement or confederacy to falsely indict, and consequently falsity (the record of the acquittal was considered to make good this averment) and malice. However, falsity and malice were not central requirements. An important averment was the procurement by two or more to have someone else to falsely indict the victim — this element only appears in the nine writs of the printed Register. The liability of the people procured was doubtful, and no specification is made in the printed Register. The remedy available for successful suitors was similar to the remedy for false appeals: the aggrieved party could recover pecuniary damages, but the defender was also imprisoned and made to pay a grievous fine to the King ⁽¹⁷⁾. By 4 Edw. III, c. 11 (1330) ⁽¹⁸⁾ the criminal jurisdiction was extended to cases of conspiracy, so that it emerged as a distinct criminal offense. However, the statute did not attach any specific punishment. It became common practice to punish conspiracies at common law,

⁽¹⁵⁾ «Conspirators be they that do confeder or bind themselves by Oath, Covenant, or other Alliance, that every of them shall aid and bear the other falsly and maliciously, to indite, or cause to indite; or falsly to move or maintain Pleas; and also such as cause Children within Age to appeal Men of Felony, whereby they are imprisoned and sore grieved; and such as retain Men in the Country with Liveries or Fees to maintain their malicious Enterprises; and this extendeth as well to the Takers, as to the Givers. And Stewards and Bailiffs of great Lords, which by their Seignory, Office, or Power, undertake to bear or maintain Quarrels, Pleas, or Debates, that concern other Parties than such as touch the Estate of their Lords or themselves. This Ordinance and final Definition of Conspirators was made and accorded by the King and his Council in his Parliament the Thirty third Year of his reign. And it was further ordained, That Justices assigned to the hearing and determining of Felonies and Trespasses, should have the Transcript hereof ».

⁽¹⁶⁾ Though essentially they do not disagree with the letter of the writ attached to the Statute of Conspirators, there are some elements that only appear in the writs of the printed Register. P. H. WINFIELD, *History*, cit., pp. 81-83.

⁽¹⁷⁾ *Ib.*, pp. 67-80.

⁽¹⁸⁾ Before the passing of this statute, by Chapter 10 of the statute *Articuli super Chartas*, 28 Edw. I, st. ii (1300), itinerant justices were given jurisdiction to hear and adjudge conspiracies without the writ.

with an infamous punishment called the villainous judgment ⁽¹⁹⁾. Obviously, the purpose of such punishment was pushing conspirators away from the operation of the machinery of justice in the future.

During the Middle Ages and early modern England, the use of the writ of conspiracy for abuses of legal procedure decayed. This was partly because corruption of local courts and the costs of beginning the legal procedure deterred prospective applicants, and partly because its requirements were too narrow to be effectively used in analogous or hard cases ⁽²⁰⁾. The decline of the writ and the rise of the action upon the case in civil litigation paralleled important changes in criminal conspiracy in the sixteenth and seventeenth centuries. As petitions for justice seeking protection from corrupt local officials were moved to the Star Chamber, this court took over the cases of conspiracy as part of its jurisdiction over « unlawful

⁽¹⁹⁾ It is very likely that the *villainous judgment* originated in the « punishment of the *assisa* who swore falsely ». Eventually, the punishment was supplemented or substituted by slitting the nose, branding the forehead and face, loss of ears, professional degradation, whipping, and the pillory. See P.H. WINFIELD, *History*, cit., pp. 99, 102.

⁽²⁰⁾ Parallel to this decay, an innovative remedy through an action upon the case in the nature of a conspiracy emerged in the courts of justice in the late sixteenth century. This new action could be used against one person, overturning the requirement of procurement by two or more, and making prosecutors, jurors and other legal actors liable to the action. In addition, the action could also be used against insufficient indictments that did not end in acquittal, and against abuses other than false indictment of felony, such as false indictments of trespass and misdemeanors. However, since the courts did not agree on the rationale behind this remedy, it was not uniformly nor universally awarded; indeed, many judges were not willing to apply it, because they thought that this action could hamper the machinery of justice by discouraging prosecutions. P. H. WINFIELD, *History*, cit., pp. 118-130. In *Savill v. Roberts* (1699), 3 Ld. Ray. 264; 12 Mod. 208; Carth. 416, Holt set down the rationale of the action by introducing a threefold classification of damages, which could give a cause of action in the nature of conspiracy: « to a man's fame, as if the matter whereof he is accused be scandalous... done to the person; as where a man is put in danger to lose his life, or limb, or liberty, which has been always allowed a good foundation of such action ... to a man's property, as where he is forced to expend his money in necessary charges, to acquit himself of the crime of which he is accused ». As policy, Holt recommended that this remedy « ought not to be favoured, but managed with great caution ». This dictum was complemented by *Jones v. Gwynn* (1795), 10 Mod. 148, 214; 1 Salk. 15, (1714) where the court resolved that the action would lie even when the indictment was insufficient.

maintenances, giving of liveries, signs and tokens, and retainers by indentures, promises, oaths, writings, or otherwise embraceries of [the king's] subjects, untrue demeanings of sheriffs in making of panels, and other untrue returns, by taking of money by juries; by great riots and unlawful assemblies ⁽²¹⁾ ». It has been said that the modern crime of conspiracy emerged in the Star Chamber, and later as a misdemeanor in the King's Bench ⁽²²⁾.

In the *Poulterers' Case*, the Star Chamber held that although there was no acquittal of the party falsely accused, the confederancy should be punished. This decision wanted further clarification, because the indictment for conspiracy was linked to the requirements of the civil action: a case which did not have a cause of action at common law could hardly be punished by the Statute of Conspirators unless some grounds for construction were provided. Commenting on the case, Edward Coke (1552-1634) ⁽²³⁾ agreed that « a writ of conspiracy lies not, unless the party is indicted, and *legitimo modo acquietatus*, for so are the words of the writ ⁽²⁴⁾ ». Elsewhere Coke had defined conspiracy as a « consultation and agreement between two or more, to appeale, or indict an innocent falsely, and maliciously of felony, whom accordingly they cause to be indicted or appealed; and afterward the party is lawfully acquitted by the verdict of twelve men ⁽²⁵⁾ ». Therefore Coke interpreted the Statute of Conspirators as not including the case of a false indictment without acquittal. Indeed, rather than providing some argument for construction, he opined

⁽²¹⁾ 3 Hen. VII. c. 1, cit. in R. S. WRIGHT, *Conspiracies*, cit., p. 8.

⁽²²⁾ P. H. WINFIELD, *History*, cit., pp. 107-108, pp. 112-113; F. B. SAYRE, *Criminal*, cit., p. 400; W. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, London, Merhuen & Co, 1937² (Reprint 1966), VIII, pp. 379-380, 382; J. V. ORTH, *Combination*, cit., p. 26.

⁽²³⁾ Originally intended as aids for the teaching of law, Coke's reports were structured as exposition with reasoned commentary on the points of law involved in every case. According to the medieval mindset, which praised doctrinal consistency over accuracy, Coke did not clearly distinguish his views from those expressed in the reported case.

⁽²⁴⁾ 9 Co. Rep. 56b.

⁽²⁵⁾ E. COKE, *The third part of the institutes of the laws of England: concerning high treason, and other pleas of the Crown and criminal causes* (1644), London, Printed for W. Clarke and Sons, 1809, p. 143.

« that a false conspiracy betwixt divers persons shall be punished, although nothing be put in execution, is full and manifest in our books »:

In 27 Ass. p. 44 in the articles of the charge of enquiry by the inquest in the King's Bench, there is a *nota*, that two were indicted of confederacy, each of them to maintain the other, whether their matter be true, or false, and notwithstanding that nothing was supposed to be put in execution, the parties were forced to answer to it, because the thing is forbidden by the law, which are the very words of the book; which proves that such false confederacy is forbidden by the law, although it was not put in use or executed. So there in the next article in the same book, inquiry shall be of conspirators and confederates, who agree amongst themselves, &c. falsely to indict, or acquit, &c. the manner of agreement betwixt whom, which proves also, that confederacy to indict or acquit, although nothing is executed, is punishable by law: and there is another article concerning conspiracy betwixt merchants, and in these cases the conspiracy or confederacy is punishable, although the conspiracy be not executed; and it is held in 19 R. 2. Brief 926, a man shall have a writ of conspiracy, although they do nothing but conspire together, and he shall recover damages, and they may be also indicted thereof. Also the usual commission of terminer and oyer gives power to the commissioners to enquire, &c. *coadunatio* and *de omnibus coadunationibus, confaederationibus, et falsis alligantiis*, is a uniting of themselves together, *confaederatio* is a combination amongst them, and *falsa alligantia* is a false binding each to other, by bond or promise, to execute some unlawful act: in these cases before the unlawful act executed the law punishes the coadunation, confederacy or false alliance, to the end to prevent the unlawful act, *quia quando prohibetur, prohibetur et id per quod pervenitur ad illud: et affectus punitur licet non sequatur effectus*; and in these cases the common law is a law of mercy, for it prevents the malignant from doing mischief, and the innocent from suffering it. Hil. 37 H. 8. in the Star chamber a Priest was stigmatized with F. and A. in his forehead, and set upon the pillory in Cheapside, with a written paper, *for false accusation*. M. 3 & 4 Ph. & Ma. one also for the like cause *fuit stigmaticus* with F. & A. in the cheek ⁽²⁶⁾.

At first glance, Coke's authorities' list is but an enumeration of confederacies punished by law before executed. It can hardly be described as an analysis of analogous cases and inference of a rule of law in the modern sense. What connects all those authorities is not an analogy based on the facts of the case, but on the use of same word — or at least, of synonymous words. Coke uses 'confederacy' and 'conspiracy' as synonyms, though not in the technical sense of 'conspiracy' as a crime defined by the Statute of Conspirators as

(26) 9 Co. Rep. 56b-57a.

mentioned above. Rather, it seems that Coke's use of both words here is correlative to the meaning of 'confederacy' in contemporary statutes and precedents, indicating an unlawful combination to do « some wrong the nature of which can be gathered from the context ⁽²⁷⁾ ».

The vernacular meaning of 'confederacy' and 'conspiracy' as it appears in the works of English lexicographers is similar, and both words appear within equivalent semantic domains. First, the idea of voluntary concurrence of several people is signified by expressions like « one linked to each other ⁽²⁸⁾ », « agreement of parties ⁽²⁹⁾ », « an uniting of persons ⁽³⁰⁾ », « one that joyns himself with others ⁽³¹⁾ », « league, union, engagement ⁽³²⁾ » or « to combine ... together ⁽³³⁾ ». Interestingly enough, 'agreement' is never used to describe a confederacy, nor are 'union' or 'league' for a conspiracy. But 'confederacy' is sometimes referred to as « linked with another ... by Oath or Promise ⁽³⁴⁾ ». Secondly, the idea of coordinated action is meant by expressions like « a secret confuitation, a plot ⁽³⁵⁾ », « to combine, to plot together ⁽³⁶⁾ », « complotment or

⁽²⁷⁾ P. H. WINFIELD, *History*, cit., p. 97. After analyzing the use of 'confederacy' in different legal sources before and after the Statute of Conspirators, Winfield concluded that « though no exact meaning can be attached to confederacy apart from its context, it is roughly equivalent to criminal conspiracy in its broad modern meaning, and is not limited to the old sense of that word », p. 99.

⁽²⁸⁾ H. COCKERAM, *The English Dictionarie, or An Interpreter of hard English Words*, London, Printed for Weaver, 1623. See 'confederacy'.

⁽²⁹⁾ N. BAILEY, *An Universal Etymological English Dictionary*, London, Printed for R. Ware, W. Innys and J. Richardson, J. Knapton, T. Longman, S. Birt, C. Hitch, J. Hinton, W. and D. Baker, J. Ward, W. Johnston, C. Borbett, and M. Cooper, 1675. See 'conspiracy'.

⁽³⁰⁾ *Ib.*, see 'confederacy'.

⁽³¹⁾ J. BULLOKAR, *An English Expositor, or, Compleat Dictionary*, London, Printed for Awنشam and John Churchil at the Black Swan in Pater-Nester-Row, 1698. See 'conspiracy'.

⁽³²⁾ T. SHERIDAN, *A General Dictionary of the English Language*, Printed for J. Dodsley, Pall-Mall, C. Dilly, in the Poultry, and J. Wilkie, St. Paul's Church-yard, 1780. See 'conspiracy'.

⁽³³⁾ N. BAILEY, *Dictionary*, cit., see 'confederacy'.

⁽³⁴⁾ J. BULLOKAR, *Dictionary*, cit., see 'confederacy'.

⁽³⁵⁾ N. BAILEY, *Dictionary*, cit., see 'conspiracy'.

⁽³⁶⁾ *Ib.*, see 'confederacy'.

treason ⁽³⁷⁾ », and « concerted treason ⁽³⁸⁾ ». Finally, there is always an immoral, illegal or unlawful purpose, which is meant by « either good or bad ⁽³⁹⁾ », « to do some illegal act ⁽⁴⁰⁾ », « to do mischief ⁽⁴¹⁾ », « some ill design ⁽⁴²⁾ », « any unlawful Act ⁽⁴³⁾ », « any thing, in an evil sense ⁽⁴⁴⁾ ».

Roughly speaking, ‘conspiracy’ comes to mean both plot and agreement — or, to put it in the court’s words, a design; ‘confederacy’ refers the association or body by means of which the plot or design is carried off. However, by metonymy, ‘conspiracy’ and ‘confederacy’ frequently mean both plot and association. The mere use of these words connotes and presupposes an intent that is frequently described as unlawful or evil, and rarely as criminal or illegal. In the context of sixteenth and seventeenth-century England, people associating together could only be for ill; because by their association they attained a power that they could not have individually.

Hobbes uses both words without distinction to denote unlawful association for mutual support: « the leagues of subjects, because leagues are commonly made for mutual defence, are in a Commonwealth (which is no more than a league of all the subjects together) for the most part unnecessary, and savour of unlawful design; and are for that cause unlawful, and go commonly by the name of factions, or *conspiracies* ⁽⁴⁵⁾ ». Letting alone the evil nature of the goals pursued, the justification for Hobbes to distrust such confederencies is that through them men attain power that they would

⁽³⁷⁾ J. BULLOKAR, *Dictionary*, cit., see ‘conspiracy’.

⁽³⁸⁾ T. SHERIDAN, *Dictionary*, cit., see ‘conspiracy’.

⁽³⁹⁾ N. BAILEY, *Dictionary*, cit. see ‘conspiracy’.

⁽⁴⁰⁾ *Ibidem*.

⁽⁴¹⁾ J. BULLOKAR, *Dictionary*, cit., see ‘conspiracy’.

⁽⁴²⁾ J. KERSEY, *Dictionarium Anglo-Britannicum: Or, A general English Dictionary*, London, Printed for J. Wilde, J. Philips, at the King’s-Arms in St. Paul’s Church-yard; N. Rhodes, at the Star, the Corner of Bride-lane, in Fleet-street; and J. Taylor, at the ship, in St. Paul’s Church-yard, 1708, see ‘conspiracy’.

⁽⁴³⁾ *Ib.*, see ‘confederacy’.

⁽⁴⁴⁾ T. SHERIDAN, *Dictionary*, cit., see ‘conspiracy’.

⁽⁴⁵⁾ T. HOBBS, *Leviathan or the Matter, Forme, & Power of a Commonwealth Ecclesiasticall and Civill*, McMaster University Archive of the History of Economic Thought, 1651, p. 145. Italics are mine.

not have otherwise, so that « the weakest has strength enough to kill the strongest, either by secret machination or by *confederacy* with others that are in the same danger with himself ⁽⁴⁶⁾ ». Hobbes also uses both words in the context of frauds and cheats perpetrated by means of organized action, as when people « by *confederacy* and secret intelligence, getting knowledge of the private actions of an ignorant, unwary man, thereby tells him what he has done in former time, it seems to him a miraculous thing ⁽⁴⁷⁾ »; or when quacks plot « impostures wrought by *confederacy* », with a power of suasion difficult to resist, « for two men *conspiring*, one to seem lame, the other to cure him with a charm, will deceive many: but many *conspiring*, one to seem lame, another so to cure him, and all the rest to bear witness, will deceive many more ⁽⁴⁸⁾ ». Even religious beliefs are but effect and extension of this power of associations: « this considered, the kingdom of darkness, as it is set forth in these and other places of the Scripture, is nothing else but a *confederacy* of deceivers, to obtain dominion over men in this present world ⁽⁴⁹⁾ ».

Justices in the commission of *oyer* and *terminer* — the terms Coke mentioned in the list — inquired into and determined such confederacies. As a matter of example, there is an early reference of itinerant justices' use of this power in 1306, when a commission of justices of *oyer* and *terminer* was sent to York to investigate conspiracies. After some inquiries, and extending their commission, they had cognizance of the existence of a merchant guild, and began a prosecution against it for a conspiracy. The guild was thereafter convicted at Westminster « because it was clear... that they had formed a confederacy and sworn an oath to help one another in prejudice of everyone else of the community of York, had appointed new ministers and had purposed holding a court and taking ameracements for their own use. Thereby the king was the loser, presumably because it might cause difficulty in levying the ferm of the city, and the interests of the community had been subordinated to the profit

⁽⁴⁶⁾ *Ib.*, p. 76.

⁽⁴⁷⁾ *Ib.*, p. 271.

⁽⁴⁸⁾ *Ib.*, p. 274.

⁽⁴⁹⁾ *Ib.*, p. 378.

of a few individuals ⁽⁵⁰⁾ ». The process of centralization of political power brought about a distrust of any form of independent jurisdiction whose purposes were no longer authorized and controlled by the sovereign power. The same distrust had empowered the Star Chamber with jurisdiction to prosecute « unlawful maintenances, embraceries, riots and unlawful assemblies ». Societies of any kind held a power over and above that of single individuals, and this always posed a threat, either public or private. Such associations were called confederacies or conspiracies, and later they were known as combinations. As Hobbes puts it, « leagues of the subjects of one and the same Commonwealth, where every one may obtain his right by means of the sovereign power, are unnecessary to the maintaining of peace and justice, and, in case the design of them be evil or unknown to the Commonwealth, unlawful. For all uniting of strength by private men is, if for evil intent, unjust; if for intent unknown, dangerous to the public, and unjustly concealed ⁽⁵¹⁾ ».

In listing off authorities in the *Poulterers' Case*, Coke used 'conspiracy'— in a non technical sense — and 'confederacy' to refer to those unlawful associations and their purposes, and it does not seem that he meant any substantive crime. Rather, he inferred from analogous use of 'conspiracy' or 'confederacy' in all those listed authorities that unexecuted conspiracies must be punished. In other words, the authorities demonstrate that the law empowered courts to punish such associations before their purpose was carried off. So that by the use of this power courts could prevent « the malignant from doing mischief, and the innocent from suffering it ». However, commentators had dismissed this part of Coke' s analysis ⁽⁵²⁾, founding their interpretation of the signifi-

⁽⁵⁰⁾ G. SAYLES, *The Dissolution of a Guild at York in 1306*, in « The English Historical Review », LV, 1940, pp. 83-98; p. 89.

⁽⁵¹⁾ T. HOBBS, *Leviathan*, cit., 145.

⁽⁵²⁾ R. S. WRIGHT, *Conspiracies*, cit., ruled out that « the words in the commission ... do not... furnish sufficient ground for the inference... that there existed in ancient times a general common law crime of conspiracy », and explained that they rather « refer to particular crimes of combination within the 21 Edw. 3, or created by later statutes », p. 17. But the words of the commission do not need to convey any substance, and they might just empower justices to pass judgment on suspicious

cance of this decision on a note to the reader that Coke adds at the end of his commentary: « these confederacies, punishable by law, before they are executed, ought to have four incidents: 1. It ought to be declared by some manner of prosecution, as in this case it was, either by making of bonds, or promises one to the other: 2. It ought to be malicious, as for unjust revenges, &c. 3. It ought to be false against an innocent: 4. It ought to be out of court voluntarily ⁽⁵³⁾ ».

Some commentators have suggested that in deciding this case the court punished « the mere act of combination to commit the crime of conspiracy » before the crime was executed ⁽⁵⁴⁾, so that by the eighteenth century the common law doctrine had grown « to cover combinations to commit all crimes of whatsoever nature, misdemeanors as well as felonies » as well as « questions of right and wrong ⁽⁵⁵⁾ ». On the other hand, other commentators have said that the decision enlarged « the scope of the offense of conspiracy » and paved the way to the rise of « the modern crime of conspiracy »; that is, the doctrine that « conspiracies to commit any wrongful act » were criminal at common law ⁽⁵⁶⁾. Thus, by the eighteenth century even « confederacies to raise wages — and thereby to prejudice the masters ... were apparently criminal at common law ⁽⁵⁷⁾ ».

These two lines of interpretation are concerned with the question of whether this decision created a potential substantive crime of conspiracy by extending the scope of the Statute of Conspirators, or if it punished the agreement to commit the offense of conspiracy as an attempt to commit a crime. Nowhere in the report is there any reference to the Statute of Conspirators, or to the intention to break the law; nor is there any discussion of whether the statute can be construed so as to include false accusations that had been dismissed. Furthermore, « the defendants were sentenced for

organizations. Indeed, as it has been shown above, the words were general enough to allow for the prosecution of a merchant guild in York.

⁽⁵³⁾ 9 Co. Rep. 57a.

⁽⁵⁴⁾ R. S. WRIGHT, *Conspiracies*, cit., p. 20, 26.

⁽⁵⁵⁾ F. B. SAYRE, *Criminal*, cit., p. 400.

⁽⁵⁶⁾ W. HOLDSWORTH, *History*, cit., p. 379.

⁽⁵⁷⁾ J. V. ORTH, *Combination*, cit., p. 27.

the said false confederacy by fine and imprisonment ». Had the grounds been the Statute of Conspirators and the intention to abuse criminal procedure, they would have been severely punished by the villainous judgment in order to prevent them from taking part in the legal system.

Commentators often forget that the question in the *Poulterers' Case* was whether the plaintiff was entitled to damages by the writ of conspiracy without producing an acquittal. The issue here was not the abuse of criminal procedure, but rather Stone's right to recover without the formal requirement. The answer was that « a writ of conspiracy lies not, unless the party is indicted, and *legitimo modo acquietatus*... but that a false conspiracy betwixt divers persons shall be punished, although nothing be put in execution, is full and manifest in our books ». Therefore, rather than extending the scope of the statute, or punishing an attempt to violate it, Coke intended to provide a remedy for the aggrieved party that fit the circumstances of this case by bill of complaint. First, he certified the criminality of confederacies in themselves and independently of how far their purpose was carried off, and availed the power and jurisdiction of courts to prosecute and punish such unlawful associations with a preventive purpose. Second, he advanced the method of crafting the remedy for similar cases of unconsummated conspiracies to falsely indict, but left room enough to award the remedy to a wider range of circumstances than those within the letter of the statute. Unexecuted confederacies must be indicted by averment of the agreement, the indictment must be for false accusations that can be other than felonies, and the false accusation must be off the record, which entails the jury returning an *ignoramus* on the bill ⁽⁵⁸⁾ or perhaps the charge being found insufficient or ill by a court.

⁽⁵⁸⁾ *Les Termes de la Ley* registered Coke's use of 'conspiracy' and 'confederacy'. It distinguished between 'conspiracy' in general, « used [in the Continental tradition] for an Agreement of Men to do an evil or good thing, yet it is commonly taken in our Law in the evil part », and its technical meaning as « defined in 34 E. I. Stat. 2. ». The general conspiracy is « confounded with Maintenance and Champerty; but in a more special signification it is taken for a Confederacy between two or more, falsly to indict one, or to procure one to be indicted of felony. And the punishment of it, upon an Indictment of felony at the Suit of the King is, That the party attained shall lose his

Coke's remedy was characteristic of a common law conceived as artificial reason, rather than as a body of substantive rules. On the one hand, the system of remedies allowed great flexibility in deciding new cases. On the other, formal requirements were designed to produce certainty in awarding remedies. Courts had a set of resources at hand for deciding cases, but they have to apply those resources in a fair way and allow room for people to defend themselves against formal accusations ⁽⁵⁹⁾.

3. After the abolition of the Star Chamber, the first reported case decided according to the authority of the *Poulterers' Case* was *King v. Kimberty and Mary North* (1663) ⁽⁶⁰⁾. Two people had been indicted « for conspiring to indict J. S. for having begot a Bastard on the Body of the said *Mary*, with intent to extort Money from

frank law ». 'Confederacy' in general is « when two or more confederate themselves to do any harm or damage to another, or to do any unlawful thing ». A species of confederacy is the 'false confederacy': « though a Writ of Conspiracy does not lie, if the party be not indicted, and in lawful manner acquitted, for so are the words of the Writ; yet false Confederacy between divers persons shall be punished, though nothing be put in [execution] ». To this, Coke's note to the *Poulterers' Case* is added with little change: « and it is to be observed, that this Confederacy punishable by Law before it be executed, ought to have ought to have four incidents: first, to be declared by some matter of prosecution, as by making of Bonds or Promises the one to the other; secondly, to be malicious, as for unjust Revenge; thirdly, to be false against an innocent; and lastly, to be out of Court, voluntarily ». J. RASTELL & W. RASTELL, *Les termes de la ley*, London, Printed by John streater, James Flesher, and Henry Twyford, assigns of Richard Atkins and Edward Atkins, Esquires 1671²³ (T. BLOUNT ed.), pp. 173-174, 162-164. A paraphrase of *Les Terms'* entries for 'conspiracy' and 'confederacy' can be found in T. BLOUNT, *Nomo-lexikon: a law-dictionary*, London, Printed for H. Herringman, T. Newcomb, R. Chiswel, and R. Bentley; and sold by Tho. Salusbury, 1691.

⁽⁵⁹⁾ However, the rationale for the administration of the remedy was not fixed yet. The Star Chamber resorted to the *Poulterers' Case* in *Anthony Asbley's Case* (1612), 11 Co. Rep. 91, where the rule allowing the punishment of unexecuted conspiracies was applied against several who had conspired to falsely indict another. However, the criminality was considered to rest on the corruption and perversion of the law — the conspirators had bound each other by covenant to apportion the victim's land and chattel — rather than the abuse of the machinery of justice.

⁽⁶⁰⁾ 1 Lev. 62; reported as *King v. Tymberly* in 1 Keb. 254, and *Timberley & Childe* in 1 Sid. 68.

him ⁽⁶¹⁾ ». The counsel for the defendants had moved several points of law in arrest of judgment. His argument focused on the nature of the offense the defendants might have intended to charge and the ultimate purpose of such a false accusation. He argued that the indictment averred that the defendants intended to « deprive the Plaintiff of his Credit, and to extort several Sums of Money from him », but it did not state whether « they charged or conspired to charge the Plaintiff before any that had Jurisdiction » — one of the elements of an indictment according to the precedent of the *Poulterers' Case*. The counsel continued by arguing that the unexecuted conspiracy could only be punished when the intended false indictment was « such as may draw the party in peril »; that is, only when the indictment was of felony. In this case, the presumed offense was a spiritual one: fornication. Besides, the damage to reputation for a spiritual offense was « not matter of Slander ... nor would be Actionable [upon the case in the nature of conspiracy], unless for matter that were determinable by the Ordinary ⁽⁶²⁾ ». There was no wrongdoing, since there was no formal accusation before any court, and if there were, a false accusation of ecclesiastical offense would be neither criminal nor a civil matter. There were no grounds to indict this cause as a conspiracy.

This argument entailed two questions: could the false confederacy be indicted when there was no actual accusation in pursuance of the conspiracy? Would a false accusation of a mere ecclesiastical offense support an indictment of false confederacy? The court held that « the Indictment lies for the meer Conspiracy, without any Indictment or other Act done, as 9 Co. 56b. the Poulterer's Case ⁽⁶³⁾ ». As to the second question, the court held that « Lindicment est bone car coment fornication soit Spiritual uncore cest Court ad Conusance de chelcun illegal chose per que Damages poit de veign al party come icy poit, car serra per ceo liable al maintainance del Child ⁽⁶⁴⁾ ».

Justices Wadham Wyndham (1609-1668), Thomas Twisden

⁽⁶¹⁾ 1 Lev. 62.

⁽⁶²⁾ 1 Keb. 254.

⁽⁶³⁾ 1 Lev. 62.

⁽⁶⁴⁾ 1 Sid. 68.

(1602-1683), and Robert Foster (1589-1663) opined that the crime lied in the malicious agreement, without regard to the legal nature of the false accusation. For Wyndham « the Crime is the Conspiracy, which whither it be only to defame, or disgrace men, or had it been to charge him with Heresie, it had been punishable by Common Law, though no prosecution be had thereon ⁽⁶⁵⁾ ». Twisden agreed that conspiracies of any nature were prosecutable since « ceo est matter inquirable per les Justice del Peace (& nemy merement Spiritual) car auterment les parolls in lour Commission — de de omnibus coagulationibus — serra void & idle ⁽⁶⁶⁾ ». He explained that the nature of this conspiracy was not the « Indictment for having a Bastard, which is seldom, but ... a Conspiracy for lucre and gain, to charge and disgrace one with Bastard, which is well Actionable ». Foster opined that « the very Act of conspiring is so odious, for the ill consequences, that it cannot have good intent ⁽⁶⁷⁾ ». Since by conspiring people attained a power they do not have individually, conspiracy cannot be but for malicious or wrongful purpose.

The real merit of *Mary North* rested in the blackmail ⁽⁶⁸⁾: here

⁽⁶⁵⁾ 1 Keb. 254.

⁽⁶⁶⁾ 1 Sid. 68. Italics are mine

⁽⁶⁷⁾ 1 Keb. 254.

⁽⁶⁸⁾ The gravity of blackmail in seventeenth- and eighteenth-century England should not be dismissed. Reputation and honor were still important means of social control, and gossip and defamation were an effective means of « enforcing conformity to community norms ». It has been said that for « early seventeenth century Londoners... illicit sex ... [turned] a *public, neighbourhood concern* ». Even trade disputes frequently involved defamation, and accusations of defamation created pressure to reach agreements. False accusations could be so destructive of public reputations, and had such evil consequences for defamed people, that « the courts arbitrated disputes over reputation by hearing actions for defamation ». Indeed, the very machinery of the courts relied on public reputations, and it was frequent to refer to the wicked or ill moral character of offenders as a matter of inducement in indictments. Defamed people could seek remedy by suing in ecclesiastical courts — where their reputation was publicly vindicated if they were successful — and in common-law courts where they could get compensation. As defamation could bring about the revenge of the defamed, with the consequent breach of the King's peace, the justices of the peace at quarter sessions could have defamers and slanderers bound over by recognizance. The King's Bench could also punish defamation and slander as misdemeanors. See R.B. SHOEMAKER, *The Decline of Public Insult in London 1660-1800*, in « Past and Present », Nov. 2000, pp. 97-131. Italics are mine.

there is an association to extort somebody by threatening to defame him. But, apparently because of the hypothetical nature of the slander, the party did not have an action against it. Had the conspirators accused the party before ecclesiastical court, perhaps he might have brought an action upon the case in the nature of a conspiracy. But there was no damage to reputation to allege. In *Mary North*, the court provided a remedy by making the analogy to conspiracy, and interpreted that this association was an unexecuted conspiracy to falsely indict for an ecclesiastical offense. Thus, following the *Poulterers' Case* this conspiracy in *Mary North* need not to be executed to become punishable. But in drawing the analogy the court had to go further and justify why this conspiracy was criminal and punishable by an ordinary court. The judges could not remain within the purview of the crime of conspiracy, because it was beyond their jurisdiction to punish an abuse of ecclesiastical proceeding. The only resort the court had was the analogy to the action upon the case in the nature of a conspiracy and make the criminality of this conspiracy to rest on the intention to damage somebody by a false accusation in court — either the intention to damage somebody's reputation by a false indictment, independently of the legal consequences of the indictment, or the intention to extort money by threat of defamation in an ecclesiastical court, or the intention to make somebody economically liable by a civil suit. Thus, the court expanded the meaning of the general conspiracy described in the *Poulterers' Case* so as to include an unexecuted conspiracy to slander.

The idea that the *Poulterers' Case* could be a tool for labeling and punishing unlawful associations, and a way of prosecuting organized and coordinated threats, became apparent in *King v. Alderman Starling and Seventeenth Others* (1665) ⁽⁶⁹⁾, in which the analogy was not drawn on a supposedly intended abuse of ecclesiastical proceeding but on the malicious agreement alone. In this case, a group of London brewers had been charged for « factiously and unlawfully assemble themselves, and conspire to impoverish the Excisemen, and made Orders, That no Small-Beer called Gallon Beer should be made for such or so long Time to be sold to the Poor,

(69) 1 Keb. 650; 1 Sid. 174; 1 Lev. 125.

nor no Ale but of such a Price, with intent to move common People to pull down the Excise-House, and bring the Excisemen into Hatred of the People, and to impoverish and disable them from paying their Rent ... to the King ⁽⁷⁰⁾ ». The brewers were discharged of all the counts but that of unlawful assembly and conspiracy to impoverish the tax farmers.

There is no statement of the facts of the case, but the information available indicates a dispute between tax farmers and the London brewers. Conflicts between tax farmers, producers, and sellers had been a common matter since the early development of the excise system, particularly in the 1660s, and there is room for inference from the historical circumstances surrounding this case. In doing so, I may be accused of guesswork, but without this inference the recognition of the court's intent remains an enigma, and the relevance of this case to later decisions is obscured.

The sharp decrease of revenue due to the collapse of the direct tax system, the economic necessities of the civil war, and the experience of the system of patents, encouraged the creation of a system of duties on local commodities in England in the mid-seventeenth century. Its implementation was framed as an extension of the principles of natural justice to taxation — since all commodities were taxed equally without privileged exceptions — but double duties on raw materials and finished products dramatically increased the price of staples and aroused widespread resistance. Riots took place wherever the officials tried to levy the exaction, and by 1660 the excises on food and other products had been abandoned. The duties were limited to the excise on beer and ale; in terms of efficiency, the duty on beer had proved to be highly profitable, and it could always be justified as a tax on vice.

As the system of direct collection through government officials turned out to be inefficient and controversial, with the abandonment of the food excise it became a practice to farm the excise of beer and ale to the higher bidder. Although it was cheaper than keeping a body of revenue officials, and guarded the government against public disaffection, the main reason for the adoption of a farming system was that the government could obtain large advances of the

(70) 1 Lev. 126.

rent in the form of securities for the fulfillment of the contract. Indeed, these advances ended up turning into loans, in exchange for which the excise on beer and ale was leased out to country gentlemen and affluent merchants and financiers. They entered into covenants with the government for three years, agreeing to pay a quarterly rent. Other than accounting for fines and forfeitures, the tax farmers were free to size any surplus above the agreed rent. As a way of enforcing their business model, the farmers were given powers to break into premises and imprison men. Frequent abuses on their part made them very unpopular, and conflicts were so frequent that justices of peace were given jurisdiction and equity powers to solve excise causes (71).

In an industry like brewing, which had low labor costs and high liquidity due to cash sales, benefits depended on public regulations and taxes. Indeed, a monopoly system, through public house license, granted brewing in London and the most profitable adjacent counties to the Corporation of London Brewers. One complaint was that since duties on beer were charged per barrel, the incidence of the tax was greater on ale (32 gallons) than beer (36 gallons). But the most common complaint was that unless the excise on beer and ale was replaced with an equivalent duty on malt, the system privileged private brewing in the country. The brewers argued the unfairness of this excise, since the burden was on the poorest classes who had to consume beer in alehouses, while the landed classes, particularly in the country, could brew their own beers at home and escape the tax. However, collecting taxes in private households was a thorny issue, which would face the opposition of landed classes. These issues moved brewers to cooperate to promote their common interests. Individually or in collusion, fraud, direct defiance of officials, and tax evasion were brewers' most common reactions to the excise system (72).

(71) E. HUGHES, *Studies in Administration and Finance 1558-1825*, Manchester, Manchester University Press, 1934, pp. 116-129, 138, 144-147, 156.

(72) P. MATTHIAS, *The Brewing Industry in England 1700-1830*, London, The Syndics of the Cambridge University Press, 1959, pp. xvii, 345-346, 358. Also see E. HUGHES, *Studies*, cit., p. 123.

The case of *King v. Alderman Starling and Seventeenth Others* seems to be one episode of the dispute between brewers and tax farmers. Since the defendants were acquitted of all the counts but that of conspiracy to impoverish the tax farmers, no action in pursuance of this conspiracy was demonstrated. The parliament had already contracted out « 118,000 l. per Annum for three years settled on fermors », and it may be inferred that, in bargaining with the farmers, the brewers had brought pressure upon them by threatening to stop the brewing of small beer and increase the price of ale. If made true, this threat might have prevented the brewers from paying their quarterly rent to the king, and put them on the spot for causing the poor being deprived of cheap beer. Besides, at an earlier time in which the excise was just an experiment and there were duties on all victuals, and officials implemented the collection, such disputes among organized producers or sellers and farmers seemed to have been the object of the court's prosecution for conspiracy. As the king's counselor pointed out in his argument, in *Midwinter v. Scrogg* (1636) the Star Chamber found the butchers of London guilty of a conspiracy « for Glutting the Markets, to the Impoverishment of the several County fermors, because it was of publick Concernment and Consequence ⁽⁷³⁾ ».

The verdict against the brewers was moved in arrest of judgment on the grounds that an averment of unlawful assembly, which was an offense against public peace, was insufficient without *Vi et Armis* or *riotose*. It was also objected that a mere averment of conspiracy to impoverish the farmers without further intention to raise public disorder, and to prevent them from paying their rent to the king (of which the brewers had been found not guilty), was not a public offense. Besides, it was argued that such private wrong could be lawfully done and would not amount to a cause of action: for instance « by bringing Actions against them for just Debts ⁽⁷⁴⁾ ». Likewise, it was argued that « nest ascun offence punishable per nostre Ley pur depauperate auter al intent de

⁽⁷³⁾ 1 Keb. 656. There seems to be no other references to *Midwinter* than this account by the king's counselor in *Starling*.

⁽⁷⁴⁾ 1 Lev. 126.

inrich moy mesme come per vender commodities al cheaper rates ⁽⁷⁵⁾ ».

The court held a long debate about the points raised. With regard to the nature and purpose of the assembly, the counselor for the king argued that « the very Consultation is an offence, as Poulterers Case, without any overt Act ... [therefore] *Vi. & armis* [is] not necessary in an Information, especially being for Conspiracy, which is an act of the will, and not for any personal force, and after Verdict especially it's good ». As to whether conspiracy to impoverish the farmers was offense enough, it was argued that « The very Conspiracy to do a lawful act to the prejudice of a third person is enquirable and punishable ». Since part of the agreement was to sell ale at a certain price, the counselor also argued that « the very Conspiracy to raise the price of Pepper is punishable, or of any other merchandise ⁽⁷⁶⁾ ».

However, the court agreed that the verdict should be sustained, and the main discussion was about what kind of conviction the verdict did support. Justice Twisden argued that the dismissed offenses of conspiracy against the king's revenue and peace could be induced from both the averments of unlawful assembly and the conspiracy or agreement to impoverish the tax farmers. As he put it, « if any of the particular facts, which are but Evidence of the design charged, be found, it's sufficient to support the Information, and the not finding the particulars (for which, by Hyde, there was as great Evidence, as the general Charge) is not material ». To which Wynndham replied that « all the particulars of making orders and contributing Mony, are discharged, and not involved in the general finding of the Conspiracy, *moda & forma* ». The only question was « whether this be a sufficient crime to meet and consult to depauperate the Fermors ⁽⁷⁷⁾ ».

The counselor for the defendants objected to Twisden that conspiracy against the king's treasure could not « be made good by any intendment, being penal as well as Indictment ⁽⁷⁸⁾ », and replied

⁽⁷⁵⁾ 1 Sid. 174.

⁽⁷⁶⁾ 1 Keb. 650.

⁽⁷⁷⁾ 1 Keb. 650-651.

⁽⁷⁸⁾ 1 Keb. 651.

to Wyndham that « Conspiracies, that are punishable without Overt Act, must be such as concern the publick... which doth not appear here in this general charge... but an injury to the fermors by particular name ». Then he insisted that even the vague indictment for conspiracy to impoverish the farmers was difficult to sustain « when the particulars thereof are mentioned, and found the Defendant ⁽⁷⁹⁾ », implying that conspiracy's intent could only become apparent through overt acts. In this case, the defendants were specifically discharged of the overt acts, and it followed that intent could not be attached to them.

The prosecutor argued that, although conspiring to impoverish the farmers might have been lawful, it did not imply that the assembly was, since « by 21 H. 7. 39, to assemble his friend for his defense against H. that lay in wait in passage to the market, was held unlawful, although to a lawful End ». Regarding what was evidence to the conspiracy's intent, he explained that « the Conspiracy, although an act *ad intra*, yet the Communication thereof is an Overt Act... and punishable, although nothing ensue thereon, and the Conspiracy is the Crime ... the other Acts are but particular Instances of it ... that such Conspiracy must appear by some prosecution, that is to be intended Evidently to the Jury, not otherways ». As for the question whether this was a mere private wrong, or a public offense, the counselor argued that « in Midwinter against Scrogg ... the Butchers of London were fined 3000 l. for glutting the markets, to the impoverishment of the several county fermors, because it was of publick Concernment, and Consequence ⁽⁸⁰⁾ ».

The justices upheld the verdict, but they expressed different opinions concerning the rationale. Justice John Keeling (1607-1671), in an expeditious fashion, opined that « this bare Conspiracy is a Great Crime, where it is to do that which is evil, although to private person; so is the Poulterers Case ». He argued that « what ever concerns the King's Revenue is publick ⁽⁸¹⁾ », without indicating how this intent could be attached to the brewers' conspiracy.

⁽⁷⁹⁾ Ibidem.

⁽⁸⁰⁾ Ibidem.

⁽⁸¹⁾ 1 Keb. 675.

Justice Wyndham sought elegance rather than expediency, and argued against any construction of the indictment that «had the persons been found guilty of the whole Declaration, they should have been ransomed rather than fined, because it tends to Rebellion». However, there could not be unlawful assembly without breach of peace, and the alleged conspiracy against the king's revenue had been discharged. As a way of supporting the verdict, Wyndham distinguished between conspiracy in the statutory sense, which was «where is to Indict Men for their Lives, and this is that whereon the Writ lieth» of which «there ought to have been some Overt Act expressed», and «a general confederacy [which], without desigment to publick or private end, is punishable by Action upon the Case... or by Indictment... in Poulterers Case is according». Evidence of a conspiracy was shown «by their assembling together, their consultation and conspiracy, which is as much a false alliance, as if they had bound themselves by Oath, &c.». As for the nature of the conspiracy, Wyndham considered the tax farmers public officers, and this «will aggravate the Offense⁽⁸²⁾»; but it did not imply an offense against the king's revenue or peace.

Justice Twisden opined that the brewers were guilty of an unlawful assembly and a conspiracy. He insisted that *vi et armis* was not necessary, for the assembly was created to commit a misdemeanor. He argumentatively implied a criminal intent to affect the King's revenue and pull down the excise houses; this was the inevitable effect of impoverishing the tax farmers, and whatever affected the Treasury was a public offense. As for conspiracy being a crime of the will, he explained that «whilst private, is fluctuating, and so cannot be punished, but when its declared by Act, its punishable... voluntas non reputabitur pro facto... [intention] shall not be punished so fully, but it is still punishable». As for Wyndham's distinction between conspiracy and confederacy, Twisden opined that «the false alliance or binding by Oath, is but a farther degree of conspiracy, which is all one, and synonymous with confederacy, and of which the Assembly

⁽⁸²⁾ 1 Keb. 676.

and Consultation is sufficient fact ⁽⁸³⁾ ». The confederacy was a further stage in the execution of a conspiracy; and the assembly — meeting and consulting — was an overt act showing the intent.

Finally, Justice Robert Hyde (1595-1665) found the brewers guilty of both conspiracy and unlawful assembly, and in the dicta explained that such « Assemblies are punishable because prohibited by Law, although no other Act be done ». Then he argued that any intent to abate the excise house was punishable. As for the question on the public character of the conspiracy against the tax farmers Hyde pointed out that there were cases of confederacies to impoverish, to slander, and to sue before court without consent of the suitor, which although intended as private injuries were punished as a matter of public concern ⁽⁸⁴⁾.

Before proceeding to interpret the debate and decision, let me recap the background of the case and the legal issues involved. The London Brewers had been indicted for a conspiracy and unlawful assembly to impoverish the tax farmers with the purpose of bringing popular pressure upon them, and to disable them from paying the rent to the king. They have also been indicted for giving orders to contribute money in order to remove the small beer trade, as well as to increase the price of the ale, in pursuance of that conspiracy. The brewers had been acquitted of all the counts but that of unlawful assembly and conspiracy to impoverish the farmers. It was objected in arrest of judgment that there could not be an unlawful assembly without showing force and threat of violence, that a conspiracy to do a private injury was not an offense, and that it was inconsistent to punish the conspiracy when the actions in execution of it had been acquitted. These points could be summed up in two main questions: what was the nature of the offense the brewers had committed? And how must the existence of this offense be set forth in the indictment? Before interpreting the court's answer, it is necessary to explain the law presupposed in the counselor's objection: the offense of unlawful assembly, and the analogy with the principle of *voluntas reputabitur pro facto* as related to the prosecution of high treason.

⁽⁸³⁾ *Ibidem.*

⁽⁸⁴⁾ 1 Keb. 676, 677.

An unlawful assembly was « a Disturbance of the Peace by Persons barely assembling together, with an Intention to do a Thing, which if it were executed would make them Rioters, but neither actually executing it, not making a Motion toward the Execution of it... any Meeting whatsoever of great Numbers of People with such Circumstances of Terror, as cannot but endanger the Publick Peace, and raise Fears and Jealousies among the King's Subjects, seems properly to be called an unlawful Assembly; as where great Numbers, complaining of a common Grievance, meet together, armed in a warlike Manner, in order to consult together concerning the most proper Means for the Recovery of their Interests; for no one can foresee what may be the Event of such an Assembly ⁽⁸⁵⁾ ». An unlawful assembly was a gathering of people in such circumstances that would make them appear as a threatening public peace, but not actually breaching the peace in a riot. The intent of an unlawful assembly did not need to be unlawful, and the mere intimation of great numbers would turn a meeting for a good purpose to evil, such as « an Assembly of coercion of a Man's Friend for the Defence of his Person, against those who threaten to beat him if he go a Market, &c. ⁽⁸⁶⁾ ».

In explaining high treason, Coke argued that « compassing or imagining the death of a subject » was punishable under common law « when *voluntas reputabatur pro facto* ». Which implied that prosecution « must *causam mortis praebere*, that is, declare the same by some open deed tending to the execution of his intent, or which might be cause of death ». An open deed « was not a bare compassing or plotting of the death of a man, either by word, or writing, but such an overt deed... to manifest the same. So as if a man had compassed the death of another, and had uttered the same by words or writing, yet he should not have died for it, for there wanted an overt deed tending to the execution of his compassing. But if a man had imagined to murder, or robe

⁽⁸⁵⁾ W. HAWKINS, *A Treatise of the Pleas of the Crown: or a System of the Principal Matters relating to that SUBJECT, digested under their proper Heads*, London, Printed by Eliz. Nutt, (Executrix of J. Nutt, Assignee of Edward Sayer, Esq.;) for J. Walthoe in the Middle-Temple-Cloysters; and J. Walthoe, jun. against the Royal-Exchange in Cornhill, I, 1716, c.65. § 9, p. 158.

⁽⁸⁶⁾ *Ib.* at § 10, p. 158.

another, and to that intent had become *infidiator viarum*, and assaulted him, though he killed him not, nor took anything from him, yet was it felony, there was an overt deed ». According to Coke, in former times it had been held that in the case of plotting the death of a king, if the traitor « had declared his compassing, or imagination by words or writing, this had been high treason, and a sufficient overture ⁽⁸⁷⁾ ». However, Coke believed that at his time the rule was « that bare words may make an heretick, but not a traytor without an overt act ⁽⁸⁸⁾ ». For instance, it was an overt act amounting to the offense of imagining or compassing the death of the king when « divers doe conspire the death of the king, and the manner how, and thereupon provide weapons, powder, poison, assay harness, send letters, &c. or the like, for execution of the conspiracy. Also preparation by some overt act, to depose the King, or take the King by force, and strong hand, and to imprison him untill he hath yeilded to certaine demands, this is a sufficient overt act to prove the compassing, and imagination of the death of the king ⁽⁸⁹⁾ ».

The court unanimously considered, against the defense's interpretation, that the brewers' conspiracy to impoverish the farmers was punishable according to the precedent set by the *Poulterers' Case*. Here, 'conspiracy' was taken as a plot. The court was also unanimous in going against the rule that required acts rather than words in order to punish a conspiracy in high treason; it considered the assembly, the meeting and consulting, and the communication thereof, to be an open act showing the conspiracy. The public implications of the brewer's agreement may have led them to draw analogies with the ancient way of prosecuting conspiracies to kill the king. However, there were differences concerning what the justices thought about the ultimate purpose of the brewers and the nature of the offense. The justices mostly debated whether the brewers' agreement was just a malicious association to injure private people, or whether the plans to impoverish the farmers were a means to move people to pull down the excise houses — which amounted to

⁽⁸⁷⁾ E. COKE, *THIRD*, cit. p. 5.

⁽⁸⁸⁾ *Ib.*, p. 14.

⁽⁸⁹⁾ *Ib.*, p. 12.

an unlawful assembly — and whether a further criminal intent to diminish the king's revenue could be inferred as well.

The court's debate entailed many other questions: there was the question of whether tax farmers — with powers to levy taxes, break into houses and cellars, and impose penalties and fines — were to be considered public officials. There was the question of whether a threat of boycott on the part of the brewers should be considered a mere private wrong or a public offense against the Treasury. Finally, there was also a question of whether the possible social disruption elevated the boycott to an offense against public order. In answering these questions, the justices not only faced the interests of the government and the brewers wishing to protect their source of revenue, but also those of the tax farmers, who enjoyed all the advantages of being private entrepreneurs dealing with a public monopoly, and who could claim executive powers to enforce it.

For Twisden, the tax farmers were private persons dealing with private business, but their business had a clear interest for the crown, which received loans and rents from them. Therefore, a boycott, which would bring public pressure and diminish the farmers' return, was a question of public order and an offense against the Treasury. As an incorporated body, the London Brewers had presumably passed the boycott resolution in one of their meetings. Twisden opined — against the defense and Wyndham — that such a meeting could be considered an unlawful assembly, since the purpose of the meeting was conspiring to bring public pressure to bear upon the farmers. Furthermore, the very conspiracy to impoverish the farmers, along with the unlawful assembly, was evidence to the intent to conspire against the king's treasury.

On the other hand, Wyndham considered the farmers public officials, but he did not view the brewers' threat of boycott as a serious offense against public order and against the Treasury, nor against public officials. Or, at least, he thought there was no evidence to go further. There only was the verdict, which had found intent to injure the farmers' business and discharged anything done in prosecution of it. Here Wyndham was reluctant to innovate, and did not want to make this meeting of the brewers an unlawful assembly. Nor did he want to bring up intentions that had been

discharged by a jury. The eventuality that the farmers were public officials aggravated the punishment for confederacy, but did not change the private nature of the conspiracy. As for the problem that no action had been taken in execution of the brewer's plans, the mere expression of such intention in an assembly was enough to punish the conspiracy.

The influence of both *Mary North* and *Starling* is apparent in *The King v. Armstrong, Harrison & al'* (1678) ⁽⁹⁰⁾. In this case, the indictment was crafted similarly to that of *Mary North*: « for conspiring to charge one with the keeping of a Bastard Child, and thereby also to bring him to Disgrace ». On appeal, it was moved that there was neither averment nor evidence of anything done in pursuance of the agreement, other than « they went and affirmed it to the Party himself, intending to obtain Money from him, that it might be no further disclosed ». But, the counsel argued, according to the *Poulterers' Case* « the bare conspiring, without executing of it by some Overt Act, was not subject to an Indictment ». It was, obviously, the *Poulterers' Case* as interpreted through the argument in *Starling*. Indeed, echoing *Starling's* justices' dictum that an assembly was an open act showing the intent of a conspiracy, the court held that there was enough evidence about « the Nature and Design of this Conspiracy... [in the] contrivance to defame the Person, and cheat him of his Money, which was a Crime of a very heinous Nature ⁽⁹¹⁾ ».

4. At the rise of Justice Holt's (1642-1710) age, there was still debate about the interpretation of *Starling's* grounds. *King v. Thorp* (1697) ⁽⁹²⁾ addressed a conspiracy to have a young boy coming of age married to a woman of « ill name and of no fortune » by « false allurements ... deceitfully, by false speeches (110) » and without the consent of his father. Among other issues, the defense objected that « by the laws of *England* a young man of the age of fourteen years and upwards may dispose of himself in marriage; and it is no offense to persuade him to marry, though it be to a woman of mean fortune,

⁽⁹⁰⁾ 1 Vent. 304.

⁽⁹¹⁾ 1 Vent. 306.

⁽⁹²⁾ 5 Mod. 221.

and without the consent of the father ⁽⁹³⁾ ». To which it was replied that what « is lawful for one man to do, may be made unlawful to be done by conspiracies: for instance, it is lawful for any brewer to brew small-beer, but if several shall conspire together to brew no strong but all small beer, on purpose to defraud the king of his duties, such conspiracy is unlawful. And so it was held in *Sir Samuel Sterling's Case*, who, because he could not farm the excise, did confederate with several brewers to brew small beer only ». After this argument, the court determined that « it is a misfortune that the marriage is good; it is true, it is lawful to marry, but if it be obtained by unlawful means, it is an offense ». What needed to be determined was whether the consent of the father was required for such a marriage ⁽⁹⁴⁾.

Thorp is the first time that *Starling* was cited as an authority supporting the principle that doing something lawful might be unlawful if planned in conspiracy — in other words, that coordination and arrangement may turn evil an innocent action. But at the same time, the counselor says that the brewers' purpose was « to defraud taxes », which was unlawful. The counselor seems to appeal to the idea that by the power of association, certain lawful things have a dangerous tendency, so that they become wrongful means or serve a wrongful purpose. This idea was not the *ratio decidendi* of that case. Rather, it seems that the counselor was combining both arguments held by *Starling's* prosecutor — the tenet that « the very Conspiracy to do a lawful act to the prejudice of a third person is enquirable and punishable ⁽⁹⁵⁾ » — and the rule that an assembly for a lawful purpose may be considered unlawful as when people gather to protect a friend ⁽⁹⁶⁾. So conspiring to do something lawful — selling only a certain beer — with the purpose of defrauding the king's duties was unlawful. Likewise, conspiring to persuade somebody to marry — which was lawful — without his father's consent was unlawful. In interpreting *Starling's* grounds, the counselor was indeed creating a new substantive principle.

⁽⁹³⁾ *Ib.*, p. 222.

⁽⁹⁴⁾ *Ib.*, p. 224.

⁽⁹⁵⁾ 1 Keb. 650.

⁽⁹⁶⁾ *Ib.*, p. 655.

A different interpretation of *Starling* took place in *Queen v. Daniell* (1704) ⁽⁹⁷⁾, where it was discussed whether an indictment against somebody for trying to entice someone else out of his employer's service was good when the enticement had been without effect. An analogy was drawn between the unsuccessful enticement and the unexecuted conspiracy of the *Poulterers' Case*. In discussing this analogy, the counsel for the defense argued that « if several conspire and confederate together to do an ill thing, though nothing more be done, it will be indictable, because the meeting together in order to such confederacy is unlawful ». Counsel added that « in a conspiracy there must be something done in pursuance of it ». The counsel followed Twisden's interpretation that a conspiracy with evil purpose was sufficient to make good an indictment for unlawful assembly, but that a conspiracy and confederacy or bare agreement will not be indictable until some action in pursuance of the plot has been given as evidence of the intent. The counsel also opined that plans to do a private wrong, namely « impoverish the farmers of the excise », made good the indictment for unlawful assembly « because such a thing would affect the publick revenue ». But if the crime was the conspiracy to injure private people only, the rule *voluntas reputabitur pro facto* applied: « if the conspiracy were, that none should buy coffee from B. and no more done, it would not bear an indictment; so if a confederacy be to way-lay a man, and kill him, or rob him ⁽⁹⁸⁾ ». Although John Holt objected to these examples, hinting that in those cases the meeting and consultation would be an overt enough act, he supported the counselor's point. Holt agreed « the Case of Starling was directly of a publick nature, and levelled at the Government; and the gît of the offense was its influence on the publick, and not the conspiracy, for that must be put in execution before it is a conspiracy ». Holt seemed to have a flexible conception of what would amount to an overt act, and foreshadowing his opinion of the following year, « he agreed, that a conspiracy to charge one with a bastard-child is indictable; but if

⁽⁹⁷⁾ 6 Mod. 99; 1 Salk. 380.

⁽⁹⁸⁾ 6 Mod. 99.

one should advise another to do it without more, it would not ⁽⁹⁹⁾ ».

Holt presumably agreed with Twisden's interpretation of *Starling* that the real issue was the potential effect the conspiracy to impoverish farmers would have on the public peace and the Treasury. The assembly was unlawful without violence or force because there was a threat of bringing about violence and disruption, and it was aimed to the government. In saying that the gist of the offense ⁽¹⁰⁰⁾ was its influence on the public, Holt meant that since the verdict had been both for unlawful assembly and conspiracy to impoverish the farmers, the offense in that case was the unlawful assembly. In *Starling*, conspiracy was a mere matter of inducement or aggravation alleged to support that offense. In fact, it had become a practice during the Restoration, to insert conspiracy as a matter of aggravation in indictments or informations for misdemeanors by formulas like *conspiratione inter eos habita*, or *per conspirationem*, or *conspirantes*, or *conspirans* or *machinantes et aggregantes* ⁽¹⁰¹⁾ ». If the indictment had been based on conspiracy rather than unlawful assembly, it should have set out the existence of a conspiracy by some overt act. Contrary to Twisden, for Holt the assembly was not enough overt evidence of a conspiracy.

The developments and ambiguities in the arguments interpreting *Starling* became apparent in the indictment of *Regina v. Best* (1705) ⁽¹⁰²⁾, where defendants were charged with « falsly and maliciously contrive, conspire, meet and agree falsly to charge the said

⁽⁹⁹⁾ *Ib.*, p. 100.

⁽¹⁰⁰⁾ This expression would be repeated in later decisions. Over time it was taken as if it meant that conspiracy was a crime itself, independent of the matter and purpose of the association. It has also been said that in the context of this case, conspiracy only amounts to a rule of pledge, evidence or jurisdiction (R. S. WRIGHT, *Conspiracies*, cit., p. 10), meaning that by that expression, the planning of a crime was considered the first step showing an intent to commit it. As it has been shown, planning to kill the king was not considered as a first stage to regicide, but rather an offense itself which needed of some overt act to show that it was serious.

⁽¹⁰¹⁾ R. S. WRIGHT, *Conspiracies*, cit., pp. 7, 8, 106. Apparently, the practice was common in cases of cheats. In *Rex v. Edwards* (1725), 8 Mod. 320, a marriage *per conspirationem inter eos habitam* to cheat money from a parish was finally considered to be a conspiracy.

⁽¹⁰²⁾ 2 Ld. Ray. 1167; 11 Mod. 55; 6 Mod. 185; 1 Salk. 174

H. to be the father of a Bastard-child, of which such a woman went big; and in pursuance thereof did falsely affirm him to be the father ⁽¹⁰³⁾ ». This indictment is characteristic of how a substantive crime was beginning to be fixed: there was averment of assembly and conspiracy to falsely and maliciously charge somebody. Furthermore, there was an overt act done in execution of the conspiracy, showing the false and malicious intent. Presumably, the prosecutor crafted the indictment so that it was protected against any possible objection.

To begin the argument, the defense counselor objected that the indictment was insufficient because « it did not appear, that any thing came of this conspiracy, and bare conspiring to do an ill thing by another is not criminal, unless the thing to be done; for it is the damage the party receives by the conspiracy, that makes it criminal ⁽¹⁰⁴⁾ ». That is, not any act performed in the execution of a conspiracy would be grounds enough for an indictment; only one that actually prejudices the party — in legal parlance, one that would give him a cause of action — is grounds enough. In drawing this argument, the counselor for the defense combined the rule that there must be an overt act showing the intent of the conspiracy with the rationale for the action in the nature upon the case of conspiracy laid down in *Savill v. Roberts* ⁽¹⁰⁵⁾.

After having made the damage rather than the intention the thing indictable in a conspiracy, the counsel continued to supplement his argument with a second point: either the false accusation had been insufficiently alleged or the intent of the conspiracy was lawful, since « it did not appear, that the fact the defendants conspired to charge the prosecutor with was false, and a conspiracy to charge a man with a fact that is true, is not punishable ⁽¹⁰⁶⁾ ». Then, by drawing an analogy with *Rex v. Griepe* (1698) ⁽¹⁰⁷⁾ — where it was ruled that in an information for perjury the falsity of the matter of perjury could not be set forth in general or ambiguous

⁽¹⁰³⁾ 1 Salk. 174.

⁽¹⁰⁴⁾ 2 Ld. Ray. 1168.

⁽¹⁰⁵⁾ See *supra*.

⁽¹⁰⁶⁾ 2 Ld. Ray. 1168.

⁽¹⁰⁷⁾ 1 Ld. Ray. 256, decided by Holt's court.

way, nor induced from an innuendo — the counsel tried to persuade the court that the falsity of the charge of having a bastard child could not be implied from other averments, but it should be positively averred.

Having said that with regard to the intent and the overt act, the counsel argued that nothing was confirmed concerning the possible pecuniary damages the plaintiff might have undergone if indicted, since « the indictment ought to have laid that the child was likely to become chargeable to the parish; for unless the prosecutor by this accusation were like to be subjected to some penalty, the indictment will not lie ⁽¹⁰⁸⁾ ». That is, there should have been some averment of circumstances in support of that of malice. With regard to the prosecution's objection that according to the *Poulterers' Case* « a false conspiracy, without further act of pursuance, is indictable », the counsel replied by taking « a diversity between a *conspiracy* and a *confederacy*; the one must be in *judicial proceedings*, the other may be *in pais*; but this indictment is for a conspiracy ⁽¹⁰⁹⁾ ». The counsel argued that in that case, damages might have been alleged.

Holt agreed that « though a conspiracy to charge falsely be indictable, yet the party ought to shew himself to be innocent, for people may lawfully meet, and contrive and agree to charge a guilty person; and to say that they met and agreed to charge falsely, perhaps will not be enough, without shewing the foundation of the falsity, *viz.* the party's innocence ⁽¹¹⁰⁾ ». However, Holt also questioned the relevance of an analogy with perjury, since here the false pronouncement was not the offense but rather the conspiracy.

Holt did not think that in this case the conspiracy must cause damage in order to be punishable. He remarked, « if two or three persons meet together, and discourse and conspire how to accuse another falsely of an offense, it is of itself an *overt act*, and is an offense indictable. So if two or three meet together to conspire the death of the queen, yet though there was nothing but words passed,

⁽¹⁰⁸⁾ 2 Ld. Ray. 1168-1168.

⁽¹⁰⁹⁾ 6 Mod. 186.

⁽¹¹⁰⁾ 6 Mod. 185.

the very assembling together was an overt act ⁽¹¹¹⁾ ». Justice John Powell (1645-1713) qualified Holt's statement: « if people meet together to consult or conspire, to make it criminal they ought to come to some resolution... if it appeared that he repented it might alter the case ⁽¹¹²⁾ ».

With regard to the counselor's distinction between 'conspiracy' for accusations in court, and 'confederacy' for accusations outside the courtroom, Holt explained that « this indeed is not an indictment for a formed conspiracy, strictly speaking, which requires an infamous judgment, and loss of *liberam legem*, as upon conviction on an attain, and for which an indictment will not lie until acquittal, or an *ignoramus* found. But this seems to be a conspiracy *latè loquendo*, or a confederacy to charge one falsely, which sure, without more, is a crime; and it is a crime for several people to join and agree together to prosecute a man right or wrong. If in an indictment for such confederacy you proceed further, and shew a legal prosecution of the confederacy, there you must shew the event thereof, as '*ignoramus*' returned on the indictment, or an acquittal, or else the indictment fails; but where you rest upon *the confederacy*, it will be well without more ⁽¹¹³⁾ ». In so saying, he made explicit the two uses of conspiracy: technically as a statutory offense, and generally as a confederacy. He added that an indictment for a general conspiracy does not need to declare that the accusation was out of court unless the false accusation had reached the court.

Finally, the court held « 1st, That several People may lawfully meet and consult to prosecute a guilty Person; otherwise, if to charge one that was innocent, right or wrong, for that is indictable. That so it is here, That the Conspiracy is the Gist of the Indictment, and that, tho' nothing be done in prosecution of it, it is a compleat and consummate Offense of it self, and whether the Conspiracy be to charge a temporal or on Ecclesiastical Offense on an innocent Person, it is the same Thing. 2dly, it need not be averred that H. is innocent, for it is said that the Defendant did

⁽¹¹¹⁾ 11 Mod. 55.

⁽¹¹²⁾ 11 Mod. 56.

⁽¹¹³⁾ 6 Mod. 186.

falsly affirm him to be the father, and Innocence is to be intended till the contrary appears... And Confederacies are one of the Articles in the Commission of Terminer and Oyer, to be enquired of ⁽¹¹⁴⁾ ».

Many points were settled in *Best*. To begin with, the court had made it clear that the jurisdiction over the cases of confederacy was not based on an extended construction of the Statute of Conspirators, but on the powers the courts had to inquire into confederacies. The court punished the unlawful association, not the abuse of legal procedure. It was lawful for people to assemble to discuss whether to prosecute a guilty person, but if the assembly intended to set in motion the indictment of a person without any reasonable grounds, this was indictable. However, the indictable act was the agreement, not the assembly. But since for the court conspiracy was a complete offense even with nothing injurious coming from it, it follows that the assembly was an overt act showing intent. It did not matter whether the matter of accusation was subject to civil, criminal, or ecclesiastical jurisdiction. Therefore, the slanderous character of the false accusation was enough to make the conspiracy criminal.

At this point, the meaning of ‘conspiracy’ had expanded so much that there was a potential doctrine. The *Poulterers’ Case* ruling that conspiracies were punishable under common law had opened the door for the courts to craft a theory on when and how a conspiracy was punishable. In *Kimberly* the powers of the court had been applied on the basis of the malicious or the wrongful intent, rather than the abuse of legal procedure. This indicated that the punishable act had been associating with the purpose of slandering or extorting money. *Starling* and its subsequent interpretations led to the idea that intent to do some wrong was punishable as long as the it has been communicated. In *Armstrong* that principle was applied to a slanderous association. In Holt’s court an interpretation of *Starling* emerged, according to which a conspiracy itself might also be unlawful means. Conspiracy might turn certain borderline activities such as deceit or fraud into criminal. *Best* finally fixed the conception that wrongful intent

(114) 1 Salk. 174. Italics are mine.

made a conspiracy punishable. Consequently, courts increasingly considered these unlawful confederacies misdemeanors rather than felonies. This fact is also consistent with the shift to punish mere intent or malice in doing something in a concerted way.

5. As treatise writers digested and commented on judicial decisions, and tried to arrange the law of the land in a systematic way, the substantive crime of conspiracy began to crystallize. William Hawkins' (1681/2-1750) authoritative *Treatise of the Pleas of the Crown* reigned over the eighteenth century as the « first substantial exposition of English criminal law to be printed since Edward Coke ⁽¹¹⁵⁾ », and was not overshadowed even by Hale's *Historia Placitarum Coronae*. Hawkins classifies the crime of conspiracy as an abuse of legal procedure, « within the inferior offenses not amounting to breach of peace », « committed by a private person without relation to office ». As such it belonged to the subcategory of « offenses infamous and grossly scandalous », « proceeding from downright dishonesty, malice, or faction ⁽¹¹⁶⁾ ».

Although Hawkins began his analysis of conspiracy quoting the characteristic *Ordinatio de Conspiratoribus*' definition, soon he shifts to the question of whether « those also are guilty of this Offense, who barely conspire to indict a Man falsely and maliciously, whether they do any Act in Prosecution of such Conspiracy or not ». Since this book was his principal qualification for the admission to the bar of the Common Pleas ⁽¹¹⁷⁾, it would not be surprising that Hawkins structured this section as an answer to a major technical question within the profession: was acquittal a requisite for an indictment of conspiracy, or could the Statute of Conspirators be construed to include a non-executed conspiracy? Hawkins opined that such a « Confederacy be within the Letter of the Statute », and also within its spirit « since it is a high Contempt of the Law, barely to engage in such an Association to abuse it, to serve the purposes

⁽¹¹⁵⁾ J. H. BAKER, *Hawkins, William (1681/2-1750)*, In "Oxford Dictionary of National Biography", H. C. G. Matthew and Brian Harrison (eds.), Oxford, Oxford University Press, 2004; online ed., Lawrence Goldman (ed.), January 2008. <http://www.oxforddnb.com/fama.us.es/view/article/12687> (accessed March 4, 2011).

⁽¹¹⁶⁾ W. HAWKINS, *Pleas*, cit., see analytical index.

⁽¹¹⁷⁾ J. H. Baker, *Hawkins*, cit.

of Oppression and Injustice... [it cannot be] a severe Construction which will bring a crime so evidently contrary to the first Principles of common Honesty, within the Meaning of a Law ⁽¹¹⁸⁾ ». That is, the statute could be construed to punish the mere fact of associating for the purpose of abusing legal procedure.

Having expressed such strong opinion, Hawkins supported it by denying the main argument against: that the indictment for conspiracy was linked to the procedure of the writ of conspiracy. Consequently, Hawkins thought erroneous Coke's « Description of Conspiracy which is given in the *third Institute*, whereby the lawful Acquittal of the Party grieved is required to make the Offenders guilty of this Crime ». Hawkins admitted that there was no cause of action by the writ without acquittal, though there were some exceptions in which the letter of the writs in the Register had been modified so as to admit this plea without acquittal. Nevertheless, he insisted that « the unreasonable Charge, Scandal, and Trouble of a criminal prosecution, which is so palpably Groundless as not to have Probability enough to induce a Grand Jury to find an indictment, should ... be as good a Foundation of Complaint, and Grievance as much within the Meaning of the Statute ⁽¹¹⁹⁾ ». Nevertheless, Hawkins conceded the futility of this discussion, since the raise of the action upon the case in the nature of a conspiracy had made the question as to whether mere damages supported a writ of conspiracy irrelevant. Interestingly enough, Hawkins cited the *Poulterers' Case* as an authority supporting this opinion that a bare conspiracy is within the meaning of the statute, a point that I will comment on following the description of his argument.

After insisting that he did not believe that « the stated form of such Writs should any Way restrain a Proceeding by Way of Indictment or Information against Persons which are apparently within both the Letter and Meaning of the Statute », Hawkins admitted that the point was not settled by the authority of the courts « since it doth not appear to have been solemnly resolved, that such an Offender is indictable upon the Statute ». He recom-

⁽¹¹⁸⁾ W. HAWKINS, *Pleas*, cit., pp. 189.

⁽¹¹⁹⁾ *Ib.*, p. 190.

mended instead that it was « more safe and adviseable to ground an Indictment of this Kind upon the common law than upon The Statute ». Hawkins provided a definition of the common-law crime upon which that indictment could be more safely grounded: « there can be no doubt, but that all Confederacies whatsoever, wrongfully to prejudice a third Person, are highly criminal at Common Law: as where divers Persons confederate together by indirect Means to impoverish a third Person, or falsly and maliciously to charge a Man with being the reputed Father of a Bastard Child, or to maintain one another in any Matter, whether it be true or false ⁽¹²⁰⁾ ».

It is worthy to pause for a moment to look at the framing of Hawkins' general proposition « all confederacies whatsoever ». He introduced it by the awkward phrase « there can be no doubt », and chose an indirect formula « highly criminal » as predicate, rather than the more distinctive word 'crime'. Such wording connotes insecurity and uncertainty, and indicates that Hawkins was aware that this was the first time this line of cases descending from *The Poulterers' Case* was described as evidence for the existence of a substantive crime of conspiracy at common law. Since he also said that it was « more safe and adviseable » to ground the indictment for a bare conspiracy at common law, it seems that at least there was consensus among the profession on the authority of those precedents. Therefore, in setting up a definition, he did not repeat what other authors had said, but informed his peers. Indeed, he was not properly defining a crime but generalizing that line of precedents in a general proposition describing the common features he found in all of them: that those confederacies, independently of the matter, had a malicious purpose which is to be carried off in a wrongful way.

The expression « bare conspiracy » indicates that Hawkins was attentive to the rule of *voluntas reputabitur pro facto* that turned the intent, — expressed either by word or action — into the punishable thing and the essence of the crime of conspiracy. Indeed, it was apparent that Hawkins took inspiration from *Starling's* prosecutor's argument that « the very Conspiracy to do a lawful act to

⁽¹²⁰⁾ *Ibidem.*

the prejudice of a third person is enquirable and punishable ⁽¹²¹⁾ ». What he meant by « wrongfully to prejudice a third person » became apparent when Hawkins explained the cases of *Poulterers' Case*, *Armstrong*, *Mary North*, *Starling*, and *Best* as instances of this general proposition: a malicious purpose could be impoverishing by indirect means, or defaming by false accusation, or confederating to maintain each other in any matter.

Interestingly enough, there are some ambiguities and inconsistencies in Hawkins's belief that those cases were instances of the offense. First, although Hawkins had cited the *Poulterers' Case* as an indictment grounded upon construction of the Statute, here he cites it again as a conviction for a confederacy « to maintain one another in any matter, whether it be true or false ». This apparent inconsistency could only mean that the question as to whether the *Poulterers' Case* had been decided according to the Statute of Conspirators or common law was not settled within the profession. Nevertheless, Hawkins's contrast between the uncertain construction of the statute and the « more safe and adviseable » indictment seems to suggest that the majority opinion within the profession was that the conviction in the *Poulterers' Case* had been at common law rather than according to the statute. Second, the grounds of *Starling* are strategically set forth « where divers persons confederate together by indirect means to impoverish a third person », which could mean both that the brewers confederate to impoverish the farmers by stopping the production of beer (that is by lawful means rather than by unlawful taking), and that they confederate to impoverish the king by impoverishing the farmers. Therefore, while Hawkins was certain that the brewers' confederacy was malicious and wrongful, he was not sure whether it was a private or public issue.

Having set out the essentials that rendered confederacies criminal under common law, Hawkins went back to the spirit of the Statute of Conspirators. In spite of having advised the indictment under common law, for Hawkins the criminality of a bare conspiracy to falsely accuse did not lie in malice or actual injury to the

⁽¹²¹⁾ 1 Keb. 650. Probably the fact that these opinions appeared in the counsel arguments rather than in the *ratio decidendi* contributed to Hawkins' insecurity.

party but in the intent to break the law « for notwithstanding the Injury intended to the Party against whom such a Confederacy is formed, may perhaps be inconsiderable, yet the Association to pervert the Law in order to procure it, seems to be a Crime of a very high Nature, and justly to deserve the Resentment of the Law ⁽¹²²⁾ ». In other words, an indictment for this bare conspiracy needed only to aver the wrongful intention to abuse Justice, and was good even if it failed to set forth the malicious purpose. It followed that this association to perverse the working of justice also deserved the villainous judgment, since they were as much within the scope of the statute as actual abuses. After all, it was the interest of the law to classify this crime as « infamous and grossly scandalous » so that it prevented conspirators from taking part in the machinery of justice.

Hawkins's proposition is believed to be the starting point of the modern substantive crime of conspiracy ⁽¹²³⁾. But there is also a common believe that Hawkins was the culmination of a process in which « conspiracy was only the latest of many notable offences that had begun as offences against public justice and that were later generalized to apply in other contexts ... ⁽¹²⁴⁾ ». However, Hawkins was careful to use 'confederacies', not 'conspiracies' in his formula. Therefore, by 'confederacy' he meant something different from the technical, statutory use of 'conspiracy' as a crime. Indeed, nothing in his argument suggests that the common-law rule was a construction or generalization of the statute. In fact, the opposite is true; in answering the question whether a bare conspiracy could be indicted according to the Statute of Conspirators, Hawkins argued that there was no settled authority to determine whether this conspiracy could be indicted *contra formam statuti*. In contrast, he was certain that this bare conspiracy could be grounded at common law. If the common-law doctrine had been an outgrowth of the Statute of Conspirators, Hawkins's argument would not make sense, since it

⁽¹²²⁾ W. HAWKINS, *Pleas*, cit., p. 191.

⁽¹²³⁾ R. S. WRIGHT, *Conspiracies*, cit., pp. 37-38; F. B. SAYLE, *Criminal*, cit., pp. 402, 415; J. V. ORTH, *Combination*, cit., pp. 26, 27.

⁽¹²⁴⁾ J. V. ORTH, *Combination*, cit., p. 27. This thesis about the nature of conspiracy as the extension of the scope of the Statute of Conspirators is correlative to the thesis of judicial bias hidden under common-law uncertainty.

is plain that a bare conspiracy would be within the meaning of the Statute. Besides, the line of precedents would have been presented as supporting a broad construction of the statute, demonstrating that the spirit of the law intended to punish all malicious conspiracies in addition to conspiracies to abuse legal procedure. But, indeed, in none of the cases is there any reference to this possible broad interpretation of the Statute of Conspirators, and there is no point made in the *ratio* or the *dictum* about whether the spirit or the letter of the law included all confederacies. In conclusion, Hawkins can be best described as putting into words what was probably the feeling of the legal community at that time: the rationale of the *Poulterers' Case* was separate from the Statute of Conspirators.

The eighteenth-century courts saw a steady growth of indictments for conspiracy. Hawkins's proposition contributed to this growth by providing a certain form for the substance of indictments, and for the objections which counsel raised trying to abate them ⁽¹²⁵⁾. Particularly noticeable was the role malice began to play in determining the criminality of a conspiracy ⁽¹²⁶⁾. Maybe because of the analogy to the bastardy cases, it was still a practice to indict such slanderous conspiracies as conspiracies to falsely charge somebody. However, the courts now considered the abuse as a matter of aggravation, whereas the malicious conspiracy or agreement was considered to be the gist of the offense ⁽¹²⁷⁾. Even in those cases where the matter of the conspiracy was not wrongful or illegal, the presence of the malicious element was considered enough to criminalize a conspiracy. The substance and the formal requirements of the doctrine crystallized in the eighteenth century

⁽¹²⁵⁾ One might be tempted to describe this growth by saying that courts had shifted from abuse of legal procedure to malice and criminal intent as the defining elements of statutory conspiracy. However, the punishment of these conspiracies was not set according to the Statute of Conspirators, but according to the powers of the courts to inquire and determine unlawful associations, or as one Justice reminded in an opinion « falsis allegantiis is in the commission of oyer and terminer », 1 Stra. 196.

⁽¹²⁶⁾ *Rex. v. John Spragg & Mary Elizabeth Spragg* (1760), 2 Burr. 994. *Rispal Case* (1762), 1 Ass. 218. *Kinnersley and Moore* (1719), 1 Stra. 193.

⁽¹²⁷⁾ *Rex v. Kinnersley and Moore* (1719). *Rispal Case* (1762), 1 Ass. 217.

as well. The theory of the overt act was faithfully followed in indictments. After a count describing the terms the conspiracy, a count followed explaining the defendants' actions « in execution of this conspiracy ⁽¹²⁸⁾ ». Furthermore, this element was subject to innovation, and the rule was drawn that the existence of a conspiracy could be inferred from other concurring circumstances ⁽¹²⁹⁾.

III. *Journeyman's Conspiracy (1721-1799)*.

6. Between 1717 and 1800 there were 383 reported labor disputes in the British Islands. Nearly a third of those were related to the textile trades, particularly in wool manufacturing towns in South and East England, where artisan and craftsmen wage earners had begun to associate in journeymen's clubs as a way of protecting themselves against the rise of the capitalist workshop and the division of labor. A third of all labor disputes took place in the last decade of the eighteenth century, particularly in 1791, 1792, 1793, and 1795. The main form of protest was striking, which frequently involved violence and riot — a method that a modern commentator dubbed « collective bargaining by riot ⁽¹³⁰⁾ ».

Journeyman associations flourished in the houses of call, which were public houses visited by artisans and craftsmen of the same trade, where the landlords kept lists with job seekers. Organized into clubs, these journeymen associations kept a common fund for relief of their members and met weekly to get paid their wages and discuss trade news and regulations. Clubs organized into networks of committees ⁽¹³¹⁾ to enforce self-regulations,

⁽¹²⁸⁾ 1 Stra. 193. Cf. similar phrases: « in pursuance of which conspiracy » 1 C. C. 38; « in pursuance of and according to the said conspiracy » 3 Burr. 1320; « ACCORDING TO the CONSPIRACY » 2 Burr. 994.

⁽¹²⁹⁾ *Rex v. Cope* (1719), 1 Str. 144. *Elizabeth Robinson's Case* (1743), 1 C. C. 38. *The King v. Parson et Al.* (1763), 1. Black W. 392.

⁽¹³⁰⁾ E. J. HOBBSAWM, *Labouring Men*, London, 1964, pp. 5-17, cited in C. R. DOBSON, *Masters and Journeymen: a Prehistory of Industrial Relations, 1717-1800*, London, Croom Helm, 1980, n. (13), p. 16.

⁽¹³¹⁾ C. R. DOBSON, *Masters and Journeymen*, cit., p. 39.

mainly by requiring their members to refuse to work for employers who did not agree to their conditions. Journeymen associations forbade their members from working more than certain hours, receiving payment in truck, or working with unskilled laborers and unlicensed journeymen. They were also involved in the supervision of quality work and the disciplining of their own members, and they might also require the abandonment of technological improvements. The main object of their strikes was the regulation of their depressed wages ⁽¹³²⁾.

Through these associations and the effective use of striking, journeymen acquired a bargaining power that masters tried to counteract in the courts and by petitioning the legislature. Courts had a mixed record: at times instructed by the authorities to enforce express and specifically designed legislation, working out existing doctrine to provide a remedy for masters' grievances, and at times trying to arbitrate disputes and stay aloof both from masters and journeymen. The legal status of these associations was ambiguous. Eventually, these associations had successfully complained to justices of the peace in cases involving illegal import of foreign manufactures and the theft of their common funds, but they had been dismissed in civil suits as not being « a legal society, whereby they may sue or be sued... [and] they ought to be discouraged... [since] such clubs were beneath the dignity of the Court ⁽¹³³⁾ ».

The London society of journeyman tailors notoriously showed how these early clubs dramatically increased journeymen's bargaining power. A contemporary described tailors « as numerous as locusts... out of business about three or four months in the year; and generally as poor as rats ⁽¹³⁴⁾ ». In 1700, five clubs of journeymen tailors confederated to form a trade combination, which by 1764 would be the most powerful in London with 42 affiliated clubs, a delegate conference, and an executive committee. By 1720, the taylor's association was a powerful machine, with well-managed sickness and unemployment funds, and rules enforc-

⁽¹³²⁾ *Ib.*, pp. 19-29.

⁽¹³³⁾ *Ib.*, p. 45.

⁽¹³⁴⁾ *Ib.*, p. 39

ing a closed shop, which enabled them to effectively shut down the tailor's shops « upon the slightest signal ⁽¹³⁵⁾ ». In that year, the association announced an increase of 2s a week and a reduction of an hour a day. The masters refused to comply with this regulation. Instead, they formed their own committee to seek journeymen willing to abandon the tailors' association. In August 1720 the first major strike in London trade took place, along with several home counties and some country tailors who also went on strike ⁽¹³⁶⁾.

At the onset of the strike, some journeymen were charged with riot and assault. But the major case was an indictment of forty journeymen at the King's Bench for conspiracy. In response, the journeymen counter-charged the masters for combining to reduce wages. The journeymen were released on bail ⁽¹³⁷⁾. In October, probably encouraged by the ongoing strike, the London journeymen carriers passed a new regulation increasing their wages. They were called upon by the Company of Carriers to explain their grievances, but the journeymen rejected the employer's association's authority and refused to work except for the wages they had voted for. Subsequently, they were indicted at the Old Bailey for « entering into a Confederacy and combining together on the 3d of October last, and several other times, to raise their Prices to excessive Rates, contrary to the Statute of 2 and 3, Edward 6 in that Case made and provided ». They were found guilty, fined twenty marks each, and committed to prison for three months ⁽¹³⁸⁾.

The above-mentioned statute 2 & 3 Edw. VI, c. 15. § I (1548) allowed the punishment of « any Artificers, Workmen or Labourers [who] do conspire, covenant or promise together, or make any Oaths, that they shall not make or do their Works but at a certain Price or Rate, or shall not enterprize or take upon men to finish that another hath begun, or shall do but certain Work in a Day, or

⁽¹³⁵⁾ *Ib.*, p. 60.

⁽¹³⁶⁾ *Ib.*, p. 62.

⁽¹³⁷⁾ *Ibidem.*

⁽¹³⁸⁾ *Old Bailey Proceedings Online* (www.oldbaileyonline.org, version 6.0, 02 April 2011), December 1720, trial of Tristram Flower William Tanner Abraham Taylor Robert Coxed William Underwood Roger Stacey (t17201207-51).

shall not work but a certain Work in a Day, or shall not work but at certain Hours and Times ». Upon lawful conviction « by Witness, Confession or otherwise », the statute allowed forfeitures up to £40, or else up to 20 days imprisonment, pillory, and even loss of ears, so that « at all Times after that be taken as a Man infamous, and his Saying, Depositions or Oath not be credited at any Time in any Matters of Judgment ». The statute gave « Power and Authority » to all lower courts « to inquire, hear and determine all and singular Offenses committed against this Statute, and to punish or cause to be punished the Offender, according to the Tenor of this Statute ⁽¹³⁹⁾ ».

Since the punishment of the carriers was not « according to the Tenor » of the statute, which made such regulatory agreements an infamy, it is unclear whether they were punished at common law, as a confederacy, or according to this statute. Master tailors were not satisfied with the current law, and petitioned the Parliament for statutory remedy against the journeymen's activities. Although the journeymen paid a counselor £700 to lobby to have the bill rejected, the law was duly published on June 7, 1721 ⁽¹⁴⁰⁾.

The law began with introductory words showing the extent of the strike and the success of the journeymen's association: « whereas great Number of Journeymen Taylors, in and about the Cities of *London* and *Westminster*, and others, who have served Apprenticeships ... lately departed from their Services without just Cause, and have entered into Combinations to advance their Wages to unreasonable Prices ». In a rather mercantilist fashion, the preamble continued by judging that such kind of associations was an « the evil Example, and manifestly tends to the Prejudice of Trade, to the Encouragement of Idleness, and to the great Increase of the Poor ». The letter of the act declared void and null all agreements of journeymen tailors « for advancing their Wages, or for lessening their usual Hours of Work ». Journeymen who entered into such agreements could be punished with up to two months' imprisonment and hard labor. The conviction was to be by summary process at quarter sessions within three months after

⁽¹³⁹⁾ 2 & 3 Edw. VI, c. 15. § III.

⁽¹⁴⁰⁾ C. R. DOBSON, *Masters and Journeymen*, cit., p. 62.

the offense was committed, by the oath of at least one witness, and upon information ⁽¹⁴¹⁾. Journeymen departing before their work was finished, or who « refuse to enter into Work or Employment (after Request made for that Purpose by any Master Taylor, for the Wages and Hours limited, or to be limited and appointed, as aforesaid) unless it be for some reasonable or sufficient Cause » were also to « be sent to the House of Correction, there to be kept to hard Labour for any Time not exceeding two Months ⁽¹⁴²⁾ ». The statute included regulatory provisions fixing the journeymen's wages in « any Sum not exceeding two Shillings *per Diem*, and for the Rest of the Year one Shilling and eight Pence *per Diem* ⁽¹⁴³⁾ ». Justices of the peace were empowered to alter wages and hours according to the « Plenty or Scarcity of the Time ⁽¹⁴⁴⁾ », and to provide for the recovery of unpaid wages upon complaint of the employee ⁽¹⁴⁵⁾. Masters paying more than allowed were liable to a penalty of £5, and journeymen who accepted such illegal wages could be sent to the house of correction ⁽¹⁴⁶⁾. The act laid down an important limitation: journeymen convicted under it could not be adjudged « by Authority of any Law now in Force » for the same offense ⁽¹⁴⁷⁾. The jurisdiction of the act was limited to the weekly bills of mortality, which included London, Westminster, and some adjacent towns ⁽¹⁴⁸⁾.

This act was a product of its circumstances, and its main immediate purpose was helping to crack down on the ongoing strike. Engaging in wage regulations was already a crime by 2 & 3 Edw. VI, c. 15, amongst other statutes, but this act provided a speedier and more expedient process than a trial by jury (which could last for more than a year). This statute was a response to the masters' petition and a way of putting an end to the strike, which threatened to extend to other trades. But there was also the govern-

⁽¹⁴¹⁾ 7 Geo. II, st. i, c. 13. § I. (1721).

⁽¹⁴²⁾ *Ib.*, at § VI.

⁽¹⁴³⁾ *Ib.*, at § II.

⁽¹⁴⁴⁾ *Ib.*, at § V.

⁽¹⁴⁵⁾ *Ib.*, at § IV.

⁽¹⁴⁶⁾ *Ib.*, at § VII.

⁽¹⁴⁷⁾ *Ib.*, at § X.

⁽¹⁴⁸⁾ *Ib.*, at § I.

ment's assertion. The law delegitimized the journeymen's association by depleting their agreements. The act stripped them of any authority to set wages. The government reaffirmed its authority by fixing wages for the foreseeable future, and by vesting justices of the peace with administrative powers to change wages at their own judgement ⁽¹⁴⁹⁾. With such powers to fix wages the act was turning the justices of the peace into de facto arbitrators of future disputes between journeymen and masters.

The new act debuted with the prosecution of several journeymen in London and in the home counties ⁽¹⁵⁰⁾. There was an ongoing strike in Cambridge as well, but prosecution under the new combination act was troublesome because Cambridge was beyond the weekly bills of mortality. Probably because of that limitation, the journeymen were indicted and found guilty at the general quarter sessions « for a *conspiracy* amongst themselves to raise their wages ». However, the case was appealed, and several errors were moved in arrest of judgment at the King's Bench. Two of them had to do with the uncertain nature of the offense. It was argued that the indictment « only charges them with a conspiracy and refusal to work for so much *per diem*, whereas they are not obliged to work at all by the day, but by the year, by 5. Eliz. c. 4 ». Likewise, it was argued that the « indictment ought to conclude *contra formam statuti* » since agreements for advancing wages were forbidden by the recent combination act 7. Geo. I, st. i, c. 13, and also by 2 & 3 Edw. VI, c. 15 ⁽¹⁵¹⁾.

The prosecution replied that « the refusal to work was not the crime, but the conspiracy to raise the wages ». The court agreed that the journeymen's demands « might be more than is directed by the statute, yet it is not for refusing to work, but for conspiring, that they are indicted, and a conspiracy of any kind is illegal, although the matter about which they conspired might have been lawful for them, or any of them, to do, if they had not conspired to do it, as appears in the case of *The Tubwomen v. The*

⁽¹⁴⁹⁾ Cf. the Statute of Labourers, 5 Eli., c. 4. § XV (1562), where wages proposed by justices of the peace had to be confirmed and declared by the government.

⁽¹⁵⁰⁾ C. R. DOBSON, *Masters and Journeymen*, cit., p. 62.

⁽¹⁵¹⁾ *The King v. Journeymen-Taylors of Cambridge* (1721), 8 Mod. 11, 12.

Brewers of London (152) ». Against the second point, the prosecution argued that « the indictment sets forth, that the defendants refused to work under such rates, which were more than enjoined by the statute, for that is only two shillings a-day; but yet these words will not bring the offense, for which the defendants are indicted, to be within that statute, because it is not the denial to work except for more wages than is allowed by the statute, but it is for a *conspiracy* to raise their wages, for which these defendants are indicted ». The court held that the « indictment need not conclude *contra formam statuti*, because it is for a *conspiracy*, which is an offense at common law (153) ».

Contemporary commentators on this case have remarked that « the combination act was probably on everyone's mind... while limited to a particular trade in a particular place, it had made criminal an agreement to seek higher wages, an act that would not have been wrongful if done individually. Using the common law of conspiracy, the judges simply extended the crime to the area 'without' the weekly bills of mortality (154) ». But, can the court's decision be properly described as *expanding* the combination act beyond its jurisdiction by using a common law doctrine? Is it an accurate description to say that in deciding the case, the court was influenced by the recent combination act? Both the indictment for conspiracy to raise wages and the combination act were organically related to each other. They were both tentative remedies to the crisis of the journeymen tailors' strike. Before the act was passed, forty journeymen had been indicted for conspiracy at the King's Bench, and a confederacy of journeymen curriers was indicted for violating an old labor statute at the Old Bailey.

Before commenting on this argument I should say a word about the report itself (155). The case of the *Cambridge Journeymen Taylors* was summarily reported. As for the terms of the indict-

(152) *Ibidem*.

(153) 8 Mod. 12.

(154) J. V. ORTH, *Combination*, cit., p. 31.

(155) Indeed, the Modern Reports' reporting style was preceded by a dubious reputation among the profession. Commenting on 4 Mod. Chief Justice Holt, lamented that those reports « will make us appear to posterity for a parcel of blockheads » in *Slater v. May*, 2 Ld. Raym. 1071.

ment, the report only mentions that the Cambridge journeymen had been charged and found guilty of a conspiracy to raise their wages. However, there are some hints that this was not the only thing the indictment charged. On appeal, the journeymen objected that there was a repugnancy between the addition 'yeomen' and the charge for « a conspiracy not to work as 'journeyman-taylors' ». Furthermore, in the course of the arguments the court admitted that « the indictment, it is true, sets forth, that the defendant refused to work under the wages which they demanded ». The prosecution replied to the defense: « it is true, the indictment sets forth, that the defendants refused to work under such rates, which were more than enjoined by the statute, for that is only two shillings a-day ⁽¹⁵⁶⁾ ». We might infer that the indictment sets forth two charges: namely, the conspiracy with the purpose to raise their wages, and the refusal to work other than at the rates fixed by the journeymen. Therefore, since the summary reported « a conspiracy amongst themselves », it is quite probable that the conspiracy to raise wages had been inserted in the indictment as an aggravation of the main charge, in keeping with the practice of inserting formulas like « per conspirationem inter eos habitam ⁽¹⁵⁷⁾ » as a matter of inducement. Therefore, the main charge would have been that the journeymen refused to work under certain wages — which were more than allowed by the statute, and the conspiracy would have been inserted as aggravation.

The law concerning the journeymen's two offenses was characteristic of eighteenth-century lawmaking. It overlapped existing statutes, and only added up to inefficacy and inefficiency. The defense cites three possible statutes as applying to this case: 5 Eli., c. 4. (1562), 7 Geo. I, st. i. c.13 (1721), and 2 & 3 Edw. VI, c. 15. (1548). The two latter statutes have already been described. The Elizabethan statute was enacted to consolidate « a great Number of Acts and Statutes concerning the Retaining, Departing, Wages and Orders of Apprentices, Servants and Labourers, as well in Husbandry as in divers other Arts, Mysteries and Occupations », which, due to « Imperfection and Contrariety », could not « be

⁽¹⁵⁶⁾ *Ibidem.*

⁽¹⁵⁷⁾ See *supra*.

put in good and due Execution ⁽¹⁵⁸⁾ ». Concerning the regulation of wages, the Statute of Labourers empowered « the Justices of the Peace of every Shire ... and the Sheriff of that County if he conveniently may, and every Mayor, Bailiff, or other Head Officer within any City or Town Corporate wherein is any Justice of Peace ... to limit, rate and appoint the Wages » of artificers and other workers ⁽¹⁵⁹⁾. It allowed for the punishment of workers who « refuse to serve for the Wages that shall be limited, rated and appointed, according to the Form of this Statute ». Workers could be sent to « to Ward, there to remain without Bail or Mainprise, until the said Servant or Party so offending shall be bound to the Party to whom the Offense shall be made, to serve and continue with him for the Wages that then shall be limited and appointed ⁽¹⁶⁰⁾ ». Likewise, workers departing from service before the work was finished could be imprisoned for a month and made to pay £5 to the employer ⁽¹⁶¹⁾.

The agreement or conspiracy between the journeymen tailors to raise wages was an offense under 7 Geo. I, st. i, c. 13. The refusal to work according to a conspiracy fixing wages could have been charged both under 2 & 3 Edw. VI, c. 15 and 7 Geo. I, st. i, c. 13, and also under the Elizabethan statute if concurrence with the regulatory agreement between journeymen was not considered. Confusion due to such redundancies was apparent in the counselors' objection that the indictment « only charged them with a conspiracy and refusal to work for so much *per diem*, whereas they are not obliged to work at all by the day, but by the year, by 5. Eliz. c. 4 ». There was no such provision in the Elizabethan statute; it was 7 Geo. I, st. i, c. 13 that limited wages to a « Sum not exceeding two Shillings *per Diem*, and for the Rest of the Year one Shilling and eight Pence *per Diem* ».

Although it is difficult to guess what was going on in the courtroom without more accurate reporting, one possibility is that such overlapping statutes may have created great uncertainty as to

⁽¹⁵⁸⁾ 5 Eli., c. 4. § I.

⁽¹⁵⁹⁾ Ib., at § XV.

⁽¹⁶⁰⁾ Ib., at § IX.

⁽¹⁶¹⁾ Ib., at § XIII.

what the law was. This uncertainty would have led the prosecution to craft the indictment so that the charge could fit into any of the statutes, implying that the indictment would be open to interpretation. Thus, the indictment gave no indication of breach of any specific statute, indirectly alleging that the journeymen demanded wages higher than what the statute fixed. Then, as a safeguard, the indictment added as an aggravation that this was as consequence of a conspiracy between them to commit another statutory crime, the agreement to advance wages. The combination act was certainly presupposed by the indictment, but the court chose a less compromising interpretation: although the journeymen's wage regulation « might be more than is directed by the statute », the gist of the charge was not the refusal to work but the conspiracy to advance wages.

Given that, the main deficiency in this report is that it does not provide any reference for the only case it cites as authority for this common-law conviction. *The Tubwomen v. The Brewers of London* does not correspond to any real case, and indeed most commentators have surmised that it was a misquotation of *Starling* ⁽¹⁶²⁾. According to the court's interpretation, the principle governing that case was that « a conspiracy of any kind is illegal, although the matter about which they conspired might have been lawful for them, or any of them, to do, if they had not conspired to do it ⁽¹⁶³⁾ ». If *Tubwomen* was *Starling*, this was not Hawkins's interpretation of the case as a confederacy to impoverish by indirect means, but *Thorpe's* counselors' insistence that « that which is lawful for one man to do, may be made unlawful to be done by conspiracies ⁽¹⁶⁴⁾ ». Likewise, the court would have interpreted that whereas it might be lawful for one journeyman to intend to advance his wages, a confederacy to raise wages was illegal according to *Starling*.

The tailors' combination act was the response to a situation of

⁽¹⁶²⁾ R. S. WRIGHT, *Conspiracies*, cit., p. 52; W. HOLDSWORTH, *History*, cit., p. 381. W.A., PURRINGTON, *The Tubwomen v. The Brewers of London*, in "Columbia Law Review", III, 1903, pp. 447-469; p. 460.

⁽¹⁶³⁾ 8 Mod. 11.

⁽¹⁶⁴⁾ 5 Mod. 224.

emergency. In the aftermath of the strike in London, prosecutions continued their pace: landlords were prosecuted and discharged for allowing strikers to use their houses, and several journeymen tailors were committed to prison under the new legislation. However, some masters ignored the law, and paid what journeymen demanded. Indeed, convictions under the combination act did not prevent the association from continuing its activities. In 1723 the masters' committee sought information about masters paying more than was allowed by statute. In 1727 several journeymen were convicted under statute for demanding excessive wages. As the alarm due to the strike subsided, the force of the journeymen's organization prevailed. By 1737, journeymen tailors earned a wage higher than the statutory limit, and even higher than what their own printed regulations provided ⁽¹⁶⁵⁾. Whenever disputes turned unmanageable, masters asked for a more severe enforcement of the statute. Although journeymen eventually petitioned the parliament against its oppressive clauses with scarce success, enforcement was not as consistent as to make the law unbearable. It was peremptory interest and costs calculation, not policy, which led the masters to seek prosecutions. As Bow Street's famous magistrate, John Fielding (1721-1780) put it, «the Master Taylors in this metropolis have repeatedly endeavoured to break and suppress the combinations of their journeymen to raise their wages, and lessen their hours of work, but have ever been defeated, notwithstanding the excellent provision of the ... statute ... the success of the journeymen in these disputes ... is chiefly owing to the custom the Masters have now got, of charging extra wages in their bills, by which means they relieve themselves, and the imposition is thrown entirely on the public ⁽¹⁶⁶⁾ ».

In the following years, there were several cases of this new regulatory conspiracy in the summary proceeding at the Old Bailey. In 1765, several journeymen tailors were acquitted after being indicted for «conspiring ... with the intention to advance their wages, and lessen the hours of work.» The same year another group of journeymen was convicted of the same charge

⁽¹⁶⁵⁾ C. R. DOBSON, *Masters and Journeymen*, cit., pp. 62-63.

⁽¹⁶⁶⁾ *Ib.*, p. 69.

and one was acquitted. The charge was repeated in 1770 against six journeymen tailors; three of them were acquitted, and three convicted. In 1772, journeymen carriers were indicted for a conspiracy to raise wages, but acquitted. Finally, in 1788 two journeymen were convicted for a conspiracy « to diminish one hour from their usual hours of labour; to the great damage and oppression of ... their master ⁽¹⁶⁷⁾ ».

7. By the end of the century, a labor conspiracy reappeared in a higher court dressed in Hawkinsian clothes. In 1783 Lord Mansfield's (1705-1794) court dealt with a case of journeymen tailors ostracizing a recalcitrant member ⁽¹⁶⁸⁾. On appeal, the defense objected that the indictment was too general since it had not set forth the means by which the defenders intended to impoverish the recalcitrant member, as in *Starling*. Lord Mansfield thought it was not necessary to set out the means because the offence was « conspiring with a view to effect the intended mischief by any means ⁽¹⁶⁹⁾ ». However, he added that « the illegal combination is the *git* of the offense ... persons in possession of any articles of trade may sell them at such prices as they individually may please, but if they confederate and agree not to sell them under certain prices, it is conspiracy; so every man may work at what price he pleases, but a combination not to work under certain prices is an indictable offense ⁽¹⁷⁰⁾ ».

Mansfield apparently gave two different rationales why the

⁽¹⁶⁷⁾ *Old Bailey Proceedings Online* (www.oldbaileyonline.org, version 6.0, 02 April 2011), January 1765, trial of Thomas Booth (t17650116-43); 17th April 1765, trial of William Milbourn John Macham Patrick Manning John Cannon Joseph Garrick Robert Jones Alexander Sparks John Dobson Walter Berry William Johnson (t17650417-62); December 1770, trial of James Clifford William Bean Cornelius Connor James Moley William Longland William Dixon (t17701205-48); December 1772, trial of AVERY WESTON FRANCIS TYLER HUMPHRY HARDGRAFT BENJAMIN FRANCE THOMAS WOOD JOSEPH DRAPER HENRY COURT NEHEMIAH CLEAVE RICHARD JORDAINE CHARLES WALLINGTON (t17721209-114); October 1788, trial of JOHN RAWLINS BENJAMIN EGARS (t17881022-85).

⁽¹⁶⁸⁾ *Rex v. Eccles and others* (1783), 1 Leach 275; 3 Dougl. 337; 1 Ass. 189.

⁽¹⁶⁹⁾ Leach 276.

⁽¹⁷⁰⁾ Justice Francis Buller (1746-1800) instead opined that « nothing need to have been stated about the means, for the means are matter of evidence to prove the

journeymen's association could be indicted. The first one is consistent with the Hawkinsian proposition: the offense does not consist of acts, « for they may be perfectly indifferent », but of malicious conspiracy. However, the conspiracy to impoverish the Liverpool tailor was not the gist of the offense but « the illegal combination ». Mansfield seemed to hint that the purpose of the particular action against the tailor might have been to enforce a wage regulation. A combination to do so was *illegal*, which does imply that there were legal combinations. Here it is not clear whether 'illegal' combination means against statute, or illegal conspiracy under common law according to the interpretation of the *Starling* case given in the *Cambridge Journeymen Tailors' Case* ⁽¹⁷¹⁾. Mansfield's explanation of the combination's illegality does not make this distinction clear: « persons in possession of any articles of trade may sell them at such prices as they individually may please, but if they confederate and agree not to sell them under certain price, it is conspiracy; so every man may work at what price he pleases, but a combination not to work under certain prices is an indictable offense ⁽¹⁷²⁾ ». By expressing this analogy between association to regulate wages and market agreements, Mansfield pointed out an organic connection between the two ideas: they were both expressions of the same principle forbidding the alteration of merchandise prices by market agreements. Or, to use a Blackstonian category, they were both the expression of an offense against public trade as regrating, forestalling, engrossing, or monopoly.

Mansfield's analogy between conspiracies fixing prices and regulating wages was not out of the blue. 'Conspiracy' and 'confederacy' had appeared in statutes and legal decisions used to describe agreements and associations with some unlawful economic object — usually statutorily defined — such as speculating with markets,

charge, and not the crime itself. The indictment therefore rather states too much than too little. *Ib.*, p. 276-277.

⁽¹⁷¹⁾ The authority of *Starling* might have been discussed in detail as governing this case, since Mansfield argued that « it is contended that the means by which the intended mischief was effected, ought also to have been particularly set forth as in the case of *Rex v. Sterling and other* ». Leach 276.

⁽¹⁷²⁾ Leach 276, 277.

fixing prices, and obstructing the King's system of taxation (173). The very statute 2 & 3 Edw. IV, c. 15 collected both price fixing and wage regulations under the same heading (174). A journeyman could work at whatever price he thought convenient, but if he did the same in compliance with a self-regulation it was illegal, because such market regulations were forbidden either by statute or by common law. Some commentators have pointed out that Mansfield was anticipating a *laissez-faire* conception of industrial relations and conspiracy (175); but whether Mansfield thought that labor was to be regulated by supply and demand alone, or whether his analogy with price fixing just meant the protection of the public from paying the costs of wage inflation, it is difficult to tell. The only certain thing is that by this analogy he provided a rationale for the conspiracy to raise wage as an offense against public trade. However, this rationale hardly cured the tension between the crime of conspiracy as it developed up to this point, and the description and punishment of self-regulatory agreements as conspiracies at common law. Besides, it begged the question of whether the regulation of wages was a statutory or a common-law offense.

The underlying tension between the malicious conspiracy and the illegal combination to regulate wages became apparent in Thomas Leach's (1746-1818) edition of Hawkins's *Pleas of the Crown* (176), and Edward Christian's (1758-1823) edition of Blackstone's *Commentaries* (177). So far, there appeared to be an opinion

(173) P. H. WINFIELD, *History*, cit., pp. 110-112.

(174) As the preamble puts it, « forasmuch as of late divers Sellers of Victuals, not contended with moderate and reasonable Gain... have conspired and covenated together to sell their Victuals at unreasonable Prices: And likewise Artificers, Handicraftmen, and Labourers have made Confederacies and Promises, and have sworn mutual Oaths not only that they should not meddle one with another's Work, and perform and finish that another hath begun, but also to constitute and appoint how much Work they shall do in a Day, and what Hours and Times they shall work ».

(175) I will extensively discuss this thesis in the following part.

(176) W. HAWKINS, *A Treatise of the Pleas of the Crown* (1716), Thomas Leach (ed.), Printed for G. G. and J. Robinson, Paternoster-Row; and J. Butterworth, Fleet-Street, Book I, II, 1795⁷.

(177) W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England* (1769), Edward Christian (ed.), Printed by A. Strahan and W. Woodfall, Law-Printers to the King's Most Excellent Majesty, IV, 1794¹².

amongst the profession that the criminality of conspiracies hinged on a deliberate and malicious intent. Even in the interpretation of *Starling* emphasizing the unlawful economic nature of the agreement among the brewers, the agreement was considered to be criminal by the presence of intent to defraud the king's duties. Leach and Christian took different approaches to reconcile and unify both conspiracies into a single crime.

In a commentary on the paragraph where Hawkins set out the proposition that all confederacies to prejudice a third party are highly criminal, Leach stated that « journeymen confederating and refusing to work unless for certain wages may be indicted for a conspiracy, notwithstanding the statutes which regulate their work and wages do not direct this mode of prosecution; for the offense consists in the conspiring, and not in the refusal, and all conspiracies are illegal, although the subject matter of them may be lawful, *Rex v. Journeymen Taylors of Cambridge* ⁽¹⁷⁸⁾ [italics are mine] ». This paraphrase of the *Cambridge Journeymen Taylors' Case's ratio decidendi* confirms the conflict between the overlapping jurisdictions of statute and common-law conspiracy concerning combinations of journeymen to advance their wages. Leach's explanation and resolution of the conflict was that the common-law offense was the illegal association, while the statute set up regulations of working conditions and provided punishment of those who refused to work according to them. This interpretation is consistent with Leach's own reporting of the *Cambridge Journeymen Taylors' Case*, where the indictment charged the journeymen with refusing to work for less than a certain wage against the statutory regulations and with the aggravating conspiracy to advance wages.

Leach's footnote deceptively suggests a logical relation between Hawkins's proposition and the *Cambridge Journeymen Taylors' Case*, as if this case had been decided according to the crime

⁽¹⁷⁸⁾ W. HAWKINS, *Pleas Leach*, cit., n. (2), p. 122. The note also collected other familiar elements of the doctrine of conspiracies: « So also a bare conspiracy to do a lawful act to an unlawful end is a crime although no act be done in consequence thereof »; « and the fact of conspiring need not be proved on the trial, but may be collected by the jury from collateral circumstances »; « if the parties concur in doing the act, although they were not previously acquainted with each other, it is conspiracy ».

described by the former; but they are inconsistent. Hawkins's proposition grounded the prosecution of conspiracies in the existence of a malicious intent. It entailed the conception that certain private wrongs could become criminal if enhanced by the power of many. The *Cambridge Journeymen Taylors' Case* did not punish any wrongful intent but the means of attaining a lawful purpose by an agreement between them. In the process of subsuming this case under Hawkins's proposition, Leach reinterpreted the very proposition so that inconsistencies and tensions were harmonized within an even more general, unqualified and uncertain proposition: « all conspiracies are illegal ».

In Blackstone's *Commentaries*, the crime of conspiracy appeared only as an offense against public justice, and under the Statute of Conspirators. There was neither reference to the doctrine of conspiracy as defined by Hawkins, nor to the line of cases descending from the *Poulterers' Case* ⁽¹⁷⁹⁾. Edward Christian added a commentary to Blackstone's conventional description of the crime of conspiracy as abuse of criminal procedure, stating that « every confederacy to injure individuals, or to do acts which are unlawful, or prejudicial to the community, is a conspiracy ⁽¹⁸⁰⁾ ». Having stated that definition of conspiracy as species of confederacy, Christian continued by explaining that « journeymen who refuse to work, in consequence of a combination, till their wages are raised, may be indicted for a conspiracy ⁽¹⁸¹⁾ ».

By placing the definition of the substantive conspiracy here, Christian created a link between the statutes and the common law which could lead to misunderstanding, and which implies that Christian thought that link true. However, Christian's description of the substantive conspiracy is not as bold a statement as Leach's. A conspiracy is an association with some purpose illegal, criminal or detrimental to the community. It follows that the litmus test of when

⁽¹⁷⁹⁾ Nevertheless, the action upon the case, now renamed as action for malicious prosecution, did appear classified as remedy against injuries affecting a man's reputation. See W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England* (1768), Edward Christian (ed.), Printed by A. Strahan and W. Woodfall, Law-Printers to the King's Most Excellent Majesty, III, 1794¹², pp. 122-127.

⁽¹⁸⁰⁾ *Ib.*, at IV, 1795¹², n. (4), p. 136

⁽¹⁸¹⁾ *Ib.*, p. 137.

an association is indictable is the purpose. As for cases similar to the *Cambridge Journeymen Taylors' Case*, Christian is more cautious than Leach and says that journeymen acting according to self-regulatory agreements « may be indicted for a conspiracy ». However, he does not explain why. Was it because such self-regulation was prejudicial to the community? Or just because such agreements were forbidden by certain statutes? Or maybe because they tended to lead to the impoverishment of masters and journeymen? It seems that, with regard to Hawkins's proposition, Christian created a new rationale that may explain *Starling*: acts which are prejudicial to the community. These acts prejudicial to the community echo Mansfield's conspiracies to raise the prices of merchandise, but this is not enough to infer that Christian meant that *regulatory conspiracies* were offenses against public trade. If it was true that by then it was a well-established court practice to punish journeymen's regulatory combinations as conspiracies, it was also true that the rationale was uncertain.

The need for an arrangement that would explain the rationale of the offense of conspiracy was met in *The King v. Mawbey* (1796) ⁽¹⁸²⁾. Two justices of the peace had been convicted for a conspiracy to pervert justice, and asked for a new trial. Before deciding the question as to whether a new trial could be granted, there was a discussion on whether the indictment had any error. In the course of the arguments, the prosecution arranged conspiracy cases into a fourfold classification — not far from Christian's — according to the purpose of the conspiracy, and the nature of its criminality.

First, conspiracies « where the subject-matter is neither *malum prohibitum*, nor *malum in se*, as referred to the individual, but the criminality in law arises wholly from the conspiracy », included conspiracies to maintenance, to raise wages, to arrange a claque at a theater or for civil servants to leave their office. Second, conspiracies « where the subject matter is not *malum prohibitum* as referred to the individual, though *malum in se*, but the criminality in law arises from the conspiracy ⁽¹⁸³⁾ » included

⁽¹⁸²⁾ T. R. 619.

⁽¹⁸³⁾ *Ib.*, p. 628.

scabbing, body-snatching, and abuses of criminal procedure. Third, conspiracies « where the subject-matter is *malum prohibitum* as referred to the individual, and the criminality in law is thereby aggravated if executed » included the perversion of religion or public justice, public frauds, and cheats in trade. Finally, standing as a category apart, there were conspiracies « where there is a bare conspiracy unexecuted, or where the conspiracy by the execution merges in a higher offense ⁽¹⁸⁴⁾ »; that is, conspiracies with no overt act showing the intent.

In this arrangement the criminality of a conspiracy comes from the association. The law punished the association rather than actions taken as a consequence of it. The last two categories do not describe any substantive crime, but conspiracy working as an aggravation, and an *ad hoc* category for those conspiracies inconsistent with the rule requiring an overt act. According to the first category, the criminality of the regulatory conspiracy arises completely from the association. The principle was, as Justice Grose (1740-1814) put it in the dictum, that acts not unlawful in themselves « if done separately » could become illegal if planned in conspiracy « as in the case of journeymen conspiring to raise their wages: each may insist on raising wages, if he can; but if several meet for the same purpose, it is illegal, and the parties may be indicted for a conspiracy ⁽¹⁸⁵⁾ ». Latter, this principle will be known as the wider rule. As it is laid down here, its application is uncertain, since there is no explanation of how lawful acts can become unlawful when coordinated — by contrast, the second category of conspiracies established that malice was the test of illegal conspiracies. Explaining the wider rule, Leach boldly considered all conspiracies to be illegal; Christian hinted that illegality was due to potential damage to the public; and Mansfield hinted either damage to the public or agreements against public policy. Originally, in the case of the *Cambridge Journeymen Tailors*, the distinction between the lawful act and the unlawful combination had probably simply meant a distinction between gist and aggravation, regardless of the unlawful nature of coordinated action.

⁽¹⁸⁴⁾ *Ib.*, p. 629.

⁽¹⁸⁵⁾ *Ib.*, p. 636.

The century concluded with *Rex v. Hammond and Webb* (1799) ⁽¹⁸⁶⁾, where the issue was whether journeymen's association's printed regulations could not be used as evidence demonstrating that the defendants belonged to the organization until the regulations had been read to them, and they had become members.

The problem illustrated how far the doctrine of conspiracy had gone in prosecuting organizations that, due to their quasi-institutional nature, tended to last for many years. In the case of blackmailing, boycott, false accusation, and fraud the agreement and association were limited to one single plot. There were obvious difficulties in applying such temporary conceptions to a stable organization. Here Justice Kenyon (1732-1802) went a step further in considering that the constitution of a combination was evidence of a conspiracy, and that journeymen complying with the terms of the constitution were to be considered as acting in execution of a conspiracy as far as they knew its content and had become members. This provision was important, since the mere concurrence of the actions of the defendants with the regulations of the organization would not be admitted as evidence to their participation in the conspiracy.

In the examination of evidence, it was also commented that «the demands of the journeymen had been occasioned because some masters were giving higher wages». Kenyon opined that «masters should be cautious of conducting themselves in that way, as they were as liable to an indictment for a conspiracy as the journeymen — and there was a case where a master, from shewing too great indulgence to his men, had become himself the object of a prosecution ⁽¹⁸⁷⁾».

Kenyon referred to the same inconsistency amongst the masters that the magistrate Fielding had pointed out as their main weakness in abating journeymen's associations. As soon as eventual shortages in labor and seasonal needs came forward, masters forgot their policy. The masters were not a homogeneous body, and their strategy might be ruined as soon as some of them were eager to

⁽¹⁸⁶⁾ 2 Esp. 719.

⁽¹⁸⁷⁾ *Ibidem*.

assume the journeymen's demands as costs. This punishment of overpaying masters was a provision in several combination acts, and it is again evidence of the organic connection between the labor conspiracy and combination act.

The combination acts were the response of the legislature to the increasing regulatory power of artisans by mean of journeymen's associations. But these acts did not obey a wider policy as it has been suggested; rather, they were improvised solutions to eventual crisis in the form of a strike. Likewise, regulatory conspiracy was the response of the courts to the same crisis⁽¹⁸⁸⁾. The mentality of the legislators was not different from the mentality of the courts: they tried to provide a remedy to fit an immediate problem out of the resources available in the existing framework. The provisions of those combination acts were not radically new, and their main concern was to crack down on ongoing strikes and to delegitimize wage self-regulation in certain trades. The outcome of such a mentality was a redundancy of rules describing the same offense, and providing different prosecutions, different punishments, and different additional provisions. How could courts make sense of such a multiplicity of sources? For the court, the same grievance had different remedies available; it was up to prosecutors to choose a way from expediency to exemplarity. Their role was to ensure that the remedy was administered properly, and eventually seek new remedies for new wrongs out of existing resources.

To be sure, those laws were an instrument of the masters, who used them to discipline journeymen and combat their regulations. But we cannot infer that such laws were an expression of a general principle or ancestral class bias. At most, it can be argued that some

⁽¹⁸⁸⁾ The presence of the regulatory conspiracy in the higher courts was rare in the eighteenth century. Indeed, there were tentative pretrial agreements which ended up with the repentance of the defendants before the trial took place. See *Old Bailey Proceedings Online* (www.oldbaileyonline.org, version 6.0, 02 April 2011), October 1789, trial of THOMAS EDWARD BEVINS JOSEPH PARKINSON THOMAS alias JOHN WRIGHT JAMES AINSLEF (t17891028-97). However, masters' exhortation to repentance not always was successful as in *Old Bailey Proceedings Online* (www.oldbaileyonline.org, version 6.0, 02 April 2011), July 1798, trial of EDWARD ATKINSON LUKE BALL JOHN TURK JOHN WARWICK NATHANIEL LYNHAM (t17980704-61).

masters, in some trades, were successful in promoting their interests and having the courts protect them. But even in this case, enforcement of the law was a function of the circumstances rather than a policy of the courts. After all, masters depended on journeymen, and they could not put their whole workforce into jail. The law was an instrument for disciplining the workforce in times of hardship, but nothing more. Whenever journeymen's costs could be assumed, it seemed that masters forgot that their regulations were unlawful. Furthermore, it is hard to believe that journeymen's regulations might have had a wide social disapproval apart from the masters'. Disruption, riot, and upheaval seem to be more certain causes of social concern, but it was not for these reasons that their associations were prosecuted in court.

IV. *Victorian Jurisprudence and the Genealogy of Conspiracy.*

8. In 1799, London mill owners petitioned the parliament for a remedy to counteract an ongoing millwrights' strike. The petition was referred to a committee, which reported the convenience a general remedy. On July 12th, 1799, a general combination act was passed. All contracts to advance wages, reduce hours, reduce the workload, to organize a closed shop, or to put fellow workers and employers under strain were made illegal. Contracts made before the passing of the act were declared void, and combining with the purpose to make such agreements was now an offense against this statute. The procedure was summary in similar terms to those of former combination acts. It also allowed masters to recover damages. Former combination acts' regulatory provisions were confirmed, and justices of the peace were also empowered to license masters to employ apprentices and non-skilled workers to replace strikers. However, the act did not live to see another year. Some of its terms were considered too ambiguous, and there were many petitions complaining about its summary proceeding. Thus, on July 29th, 1800, the act was repealed and replaced by a new one. Rather than changing its substance, the new act made terms clearer and added new procedural guarantees. The regulatory provisions were definitely removed: contracts between masters and journeymen were the only way of regulating wages. Justices of the peace were empo-

wered to arbitrate disputes concerning the terms of those contracts ⁽¹⁸⁹⁾.

The combination act of 1800 governed industrial relations for a quarter of century, until the reformist wave of the 1820s blew it away. In 1824 an Act was passed repealing the 1800 combination act of 1800 and barring the criminal prosecution of workers who entered into a combination to regulate their wages and working conditions, or to enforce a closed shop. Likewise, masters were allowed to combine to regulate their trade. Thus, the Act legalized regulatory combinations, but it set the limits within which those combinations could operate. Labor combinations could pursue any lawful purposes so far as their methods did not entail violence to person or property, threats or intimidation, with a further malicious intent ⁽¹⁹⁰⁾. Nevertheless, this act was repealed and a new act passed in 1825, which modified the former: the purposes of lawful combinations or workers were limited to regulations of wage and hours; masters could combine to agree what wages they would pay, and what hours their business would be opened. The prohibition of the use of violence, threats, intimidation or molestation in achieving such means was confirmed ⁽¹⁹¹⁾.

In common law, conspiracies of workers were now described as conspiracies in restraint of trade. Originally, the expression 'restraint of trade' had been used to describe contracts void because they agreed to limit competence between buyers and sellers to the public's detriment. Later, it turned into a category of common-law offenses against trade, such as regrating, engrossing, and forestalling. By the 1810s, 'restraint of trade' was used to describe the purposes for which a conspiracy was illegal: raise wages, reduce hours, etc. Finally, those agreements were described as against the freedom of trade ⁽¹⁹²⁾. After the passing of the combination act of 1825, there was a debate as to whether such conspiracies to restrain trade were indictable under common law

⁽¹⁸⁹⁾ J. V. ORTH, *English Combination Acts of the Eighteenth Century*, in "Law & History Review", V, 1987, pp. 175-211; cit. pp. 195-204. The acts were 39 Geo. III, c. 81 and 40 Geo. III, c. 60.

⁽¹⁹⁰⁾ J. V. ORTH, *Combination*, cit., pp. 78-80. The act was 5 Geo. IV, c. 95.

⁽¹⁹¹⁾ *Ib.*, pp. 87-88. The act was 6 Geo. IV, c. 129.

⁽¹⁹²⁾ *Ib.*, pp. 99-101.

independently of the statute, which held them legal insofar as they did not use unlawful means. The contenders expressed their learned opinions in the courts.

In *Hilton v. Eckersley* (1855) ⁽¹⁹³⁾, cotton manufacturers counteracted a journeymen's association by bounding themselves under penalties not to pay more than certain wages, and not to hire for less than certain hours. The question was whether the terms established in such an agreement were enforceable in court. Justice Charles Jones Crompton (1797-1865) held that though the bond « is void, as being against public policy ... combinations like that ... were illegal and indictable at common law, as tending directly to impede and interfere with the free course of trade and manufacture ⁽¹⁹⁴⁾ ». He explained that conspiracies to raise wages and reduce hours had been indictable common-law offenses, and cited Grose's dictum in *Rex v. Mawbey* ⁽¹⁹⁵⁾ in support of his thesis.

For Crompton, the test of when the common law applied to such combination was the existence of coercion. Crompton interpreted that according existing statutes « either masters or workmen may join in agreeing to work or be worked for according to certain rates or times ⁽¹⁹⁶⁾ », so long as the parties do not bind themselves « by penalties to give up his right of retiring from such combination, [since] that freedom of trade which it is the policy of the law to protect seems directly interfered with ⁽¹⁹⁷⁾ ». He further explained the need of such doctrine to avoid that combinations « should in effect be allowed to legislate upon questions immediately affecting the happiness of the working classes and the prosperity of the trade and commerce of the whole nation ⁽¹⁹⁸⁾ ».

Justice William Erle (1797-1880), by contrast, thought that the agreement should be enforced. First, because the masters' combination had the purpose of « protection of their interests against injurious results from existing combinations of workmen », and « its

⁽¹⁹³⁾ 6 El. & Bl. 47.

⁽¹⁹⁴⁾ *Ib.*, p. 53.

⁽¹⁹⁵⁾ 6 T. R. 636.

⁽¹⁹⁶⁾ 6 El. & Bl. 55.

⁽¹⁹⁷⁾ *Ib.*, p. 56.

⁽¹⁹⁸⁾ *Ib.*, p. 57.

tendency was for the advancement of trade ⁽¹⁹⁹⁾ ». Therefore, « agreements in restraint of trade are legal if required for the protection of the lawful interests of the contracting parties ⁽²⁰⁰⁾ ». Second, combinations in restraint of trade were rendered legal after the passing of 6 Geo. IV, c. 129, except when using unlawful means. As for the common law of conspiracies in restraint of trade, Erle opined that « no principle or decided case has been adduced shewing such to have been the law before these statutes passed: and it seems to me that the Legislature intended by this statute to make all agreements to which it relates legal, if not comprised within the section of prohibition; the statute repealing, as well the clauses of former statutes which render these agreements illegal, as those that made them punishable ». Therefore, Erle deduced that « the agreements either of masters or of workmen respecting wages or hours are legal: and, if an agreement is legal, it follows that it may be enforced by law ⁽²⁰¹⁾ ».

Less alarmist than Crompton, Erle anticipated that by gaining security and certainty in the protection of their interests, unions would not be involved in « social prosecutions fear and force for their enforcement: and, as the controul, where law is excluded, frequently devolves upon men either unprincipled or ill informed, greater misery is caused by the controul of such leaders than would arise from the sanction of the law... [by contrast] if the law protected them, it would be for the law to decide whether they were in restraint of trade beyond what was required for the protection of any lawful interest ⁽²⁰²⁾ ».

Crompton had the opportunity to explain his point of view again in *Walsby v. Anley* (1861) ⁽²⁰³⁾, where the question was whether a threat to leave work in a combined way if the employer did not discharge a fellow workman was a threat within the statute 6 Geo. IV, c. 129. § 3. Justice Alexander J. Cockburn (1802-1880) held that « any number of workmen who agree in considering some

⁽¹⁹⁹⁾ *Ib.*, p. 58.

⁽²⁰⁰⁾ *Ib.*, p. 59.

⁽²⁰¹⁾ *Ib.*, p. 60.

⁽²⁰²⁾ *Ib.*, p. 62.

⁽²⁰³⁾ 3 *El. & El.* 516.

of their fellow-workmen obnoxious, have each a perfect right to put to their employer the alternative of either retaining their services by discharging the obnoxious persons, or losing those services by retaining those persons in his employment. But if they go further, and, not content with simply putting the alternative to the employer, combine to coerce him, by threats of jointly doing something which is likely to operate to his injury, into discharging the obnoxious persons, I think that they may properly be said to bring themselves within the scope of the 3rd section of the statute ⁽²⁰⁴⁾ ».

Justice Crompton agreed in affirming the conviction, but « doubted very much, on first reading the case, whether the conviction was right; because the threats and intimidation used by the workmen did not point to the commission by them of an act in itself unlawful; the threat being that they would do that which, taken by itself, they had a perfect right to do; namely, leave the employment ⁽²⁰⁵⁾ ». Although the facts did not fall under the act of 1825, it did not matter for holding the conviction in this case since « that what a man may do singly he may not combine with others to do to the prejudice of another ». Indeed, Crompton opined that « Stat. 6 G. 4, c. 129, by repealing all the previous statutes on the subject, appears to me to have reestablished the common law as effecting combinations of masters or workmen. I adhere to the opinion that, at common law, all such combinations are illegal, and that Grose J. [in *Mawbey*] rightly states the law ⁽²⁰⁶⁾ ».

In 1867, in the midst of a debate about the legalization of trade unions, a royal commission was formed to survey the law concerning trade unions and propose its amendment. William Erle, who chaired the commission, prepared a memorandum intended to form part of its proceedings, which was later published as a book. Erle delved into the thoughts he had expressed before in his dissident opinion in *Eckersley*. He believed that the common law was the repository of custom and the application of universally recognizable neutral principles of justice. The law operated these principles by an equal distribution of rights and duties. The function of the courts was to

⁽²⁰⁴⁾ *Ib.*, p. 522.

⁽²⁰⁵⁾ *Ib.*, p. 523.

⁽²⁰⁶⁾ *Ib.*, p. 533.

remedy wrongs or violations of rights, and watch out and punish the breach of duties. It followed from these customs and principles that individuals (as well as the public) have a right to the free course of trade, and that there should be a remedy for its violation. He concluded, that « since the crime is almost always committed by a combination, the remedy by indictment for conspiracy has been most usual ⁽²⁰⁷⁾ ».

In Erle's description of the crime of conspiracy, the old elements of conspiracy were recognizable: « conspiracy consists of two elements — namely, an intention, and an agreement by two or more to execute it ... the mere intention, without some act equivalent to an attempt to execute it, is not sufficient, but the outward act by which mutual consent to an agreement is interchanged is sufficient to complete the offense ⁽²⁰⁸⁾ ». However, the doctrine had undergone a high degree of conceptualization, and the combination's intent appears as a restraint of trade, which is an « obstruction ... to free competition in disposing of labour or capital ... , and a combination so to restrain trade by preventing free competition is the crime of conspiracy, being a violation of a private right in which the public has an interest, and also a violation of a duty towards the public ⁽²⁰⁹⁾ ».

This theory of conspiracy did not leave a place for Crompton's resurrection of the conspiracy to raise wages. Concerning the *Cambridge Journeymen Taylors'* and the *Mawbey's* cases, Erle opined that « the dicta in ... [those] two cases, that acts lawful for one may become indictable if more than one combine to commit them, were not pertinent to the adjudication then being made. The judges do not refer to examples, and although the proposition may be true of cases where simultaneity is the essence of the criminality of the act, I cannot discover any other cases in which it would be true ⁽²¹⁰⁾ ».

However, Erle did not fully repudiate Crompton's opinion

⁽²⁰⁷⁾ W. ERLE, *The Law Relating to Trade Unions*, London, Macmillan, 1869, p. 29.

⁽²⁰⁸⁾ *Ib.*, p. 41.

⁽²⁰⁹⁾ *Ib.*, pp. 35-36.

⁽²¹⁰⁾ *Ib.*, p. 41.

that the enactment of the combination acts had resurrected the common law. He just disagreed as to what the real substance of the common law and its relation to statute law was. Loyal to parliamentary traditions and to the legal traditions alike, Erle thought that any « attempt to adjust ... [the common-law principles] by statute may succeed, if the authors and interpreters of the statute understand the principles of the common law, and in some degree incorporate them ⁽²¹¹⁾ ». Therefore, the common-law principle of freedom of trade, and its remedy of indictment for conspiracy, was cut up by statute: « the common law in force since the statute of 6 George IV. secures to every person freedom to follow his own will as to working and employment, and also as to combining with others in respect of wages and hours, and for all other lawful purposes; but he has no right to use unlawful means, either by himself or in combination with others, in order to coerce the will of another party to prevent him from working or employing as he may choose; and probably he has no right to apply the power of a combination for the purpose either of malicious damage or of unjust extortion, although he uses no unlawful means except combining to obstruct the free course of trade, in order to effect such purpose ⁽²¹²⁾ ». For Erle, there could not have been a crime such as the one described by Crompton, simply because the combination acts had been an expression of the common-law principle of freedom of trade. The act of 1825 was but an adjustment of the principle of freedom of trade to adapt it to changing times, and consequently implied a reinvention of its remedy. But trade unions could still be indicted under common law for a conspiracy in restraint of trade.

9. The recommendations of the Royal Commission on Trade Unions of 1867 yielded in 1871 the acts 38 & 39 Vic., c. 31, « An Act to amend the law relating to trade Unions »; and 38 & 39 Vic., c. 32, « An Act to amend the criminal law relating to violence, threats, and molestation ». The Trade Union Act limited criminal prosecution of trade unions in restraint of trade for conspiracy unless unlawful

⁽²¹¹⁾ *Ib.*, p. 48.

⁽²¹²⁾ *Ib.*, p. 42.

means were used ⁽²¹³⁾. However, the next year, after an epoch-making strike that left London without gas lighting, gas stokers were convicted for a conspiracy to coerce or molest their employers in carrying on their business, on the grounds that a threat of coordinated breach of contract was a conspiracy ⁽²¹⁴⁾. This endurance of the common-law crime of conspiracy ignited the debate on its origins and its relation to statute law.

The radical jurist and lawyer Robert Samuel Wright (1839-1904), who had recently taken part as secretary in the Royal Commission on the Truck System in 1870, and who later drafted a criminal code for the Caribbean colonies, contributed to the debate with a comprehensive study of the law of criminal conspiracies. Wright thought that in the general scheme of criminal law, conspiracies of two or more people to do something criminal should be considered as attempts to commit a crime. Rules of evidence governing the doctrine of conspiracy could be integrated into that scheme as an effective means of prosecution of attempts to commit a crime that otherwise would have gone unpunished. Beyond that, mere wrongful or immoral intention was not enough to make a combination illegal when the matter of the combination was not criminal itself. Intention could be grounds for a common-law indictment for conspiracy only on exceptional grounds, and to reach certain acts that were not statutory crimes, but in which criminality was obvious. Likewise, conspiracy could work as way of aggravating certain misdemeanors. However, the presence of this kind of crime was a symptom of «an imperfect system of criminal law... [and] involves an important delegation of a legislative power». For that reason, conspiracy ought to be enforced with all possible limitations and warnings so that that judicial legislation was not too arbitrary ⁽²¹⁵⁾.

Wright rejected the tenet that combinations could be held illegal independently of the criminality of certain actions, and independently of a criminal or immoral intent. Regulation of labor

⁽²¹³⁾ I quote the acts from J. F. STEPHEN, *A History of the Criminal law of England*, London, Macmillan, 1883, III, pp. 224-225.

⁽²¹⁴⁾ *Rex v. Bunn* (1872), *The Times* (17 Dec. 1872), p. 10.

⁽²¹⁵⁾ WRIGHT, *Conspiracies*, cit., p. 88.

organizations was to be a matter totally controlled by the legislature, not something courts could create under the guise of a doctrine that Wright christened as the wider rule ⁽²¹⁶⁾. He believed that conspiracies had never been punished independently of statute, except under exceptional grounds. Thus Wright set out to provide historical evidence that conspiracy had never been a common-law crime, and that the courts had never applied a wider rule. He thought that historically conspiracy had been a doctrine created by the courts as a means of punishing attempts to commit crimes statutorily defined. As the punishment of such plots had sometimes been extended beyond the scope of statutory crimes, this had created the false perception that there was some substantive conspiracy.

Hence he drew a narrative that started with the *Poulterers' Case* (1611), « the source of all the modern law of conspiracy ». Wright opined that in *Poulterers'* the court had departed from the Statute of Conspirators — which outlawed abuses of criminal procedure — to punish « a criminal intent manifested by any act done in furtherance of it ... although the act did not amount in law to an actual attempt ⁽²¹⁷⁾ ». Subsequently, Wright continued, during the seventeenth century this precedent « grew into a rule that a combination to commit or to procure the commission of any crime was criminal and might be prosecuted as a conspiracy, although the crime might have nothing to do with the crime of conspiracy properly so called ⁽²¹⁸⁾ ». This rule in turn developed into the idea that « between the combination to do the criminal acts and the acts themselves, the gist was in the agreement or combination ⁽²¹⁹⁾ ». In other words, conspiracy had evolved as a sort of primitive law of attempts that allowed the punishment of plots to commit crimes so that the agreement or conspiracy could be considered as a first step in the commission of a crime.

Wright admitted that during the eighteenth century certain statutorily defined crimes, such as cheats, frauds, and labor combi-

⁽²¹⁶⁾ *Ib.*, p. 29.

⁽²¹⁷⁾ *Ib.*, p. 86.

⁽²¹⁸⁾ *Ib.*, p. 7.

⁽²¹⁹⁾ *Ib.*, p. 10.

nations, were prosecuted by means of this doctrine of conspiracy. But when those statutes were repealed, Wright concluded, many erroneously interpreted those cases as if they had been decided according to a substantive crime: namely, the idea that certain agreements were criminal under common law independent of the criminality of the actions intended, and frequently on the grounds of a malicious purpose ⁽²²⁰⁾.

Wright believed that the early cases of worker's conspiracies had been linked to statutes forbidding combinations for certain purposes in certain trades, so that they were « enforced, not merely by the summary proceedings which they prescribed, but also by the more stringent means of indictments for combinations to infringe their provisions ⁽²²¹⁾ ». Wright explained that this is the reason why « criminal combination has always been described as a common law crime, in the sense that it need not conclude *contra formam statuti* ... and that it is punishable as a misdemeanor at common law and not in the manner in which the proposed crime would be punishable ⁽²²²⁾ ». Thus, Wright opined that the *Cambridge Journeymen Taylors' Case* had indeed been convicted at common law, but in the sense that it « need not conclude *contra formam statuti* ». However, it was fallacious to infer from this formal issue that « the combination would have been criminal if it had not been for a purpose criminal apart from combination », since the matter of the combination, wage increase, was statutorily forbidden ⁽²²³⁾. By contrast, Wright inferred that the case had been decided under the combination act, and justified conspiracy in the indictment as a rule of evidence — meaning that the offense was completed with the agreement, and could be convicted without further action in prosecution of the agreement.

As for the origins of the wider rule, Wright interpreted the *Tubwomen* case as referring to *Starling*. In interpreting the *ratio decidendi*, Wright contended that « this general expression was in no way necessary for the decision; it is not supported by its reference ...

⁽²²⁰⁾ *Ib.*, pp. 12-14, 38-41.

⁽²²¹⁾ *Ib.*, p. 14.

⁽²²²⁾ *Ib.*, pp. 26-27.

⁽²²³⁾ *Ib.*, p. 53.

and it amounts to the proposition, which is negated by every previous and subsequent authority, that combination is *per se* criminal, independently of its purposes ⁽²²⁴⁾ ». Therefore, concerning *Mawbey's* dictum, Wright sided with Campbell and Erle against Crompton: neither *Cambridge Journeymen* nor *Mawbey's* dicta related to the rationale of those decisions. Likewise, Wright interpreted that Kenyon's dictum in *Hammond* « seems impossible but that such an observation must have referred to the statutory prohibitions (5 Eliz. c. 4; 8 Geo. 3. c. 17, &c.) of payment by masters of higher wages than those fixed by the justices — prohibitions which were not repealed until 1813 ⁽²²⁵⁾ ».

The Benthamite reformist and theoretician of criminal law, James Fitzjames Stephen (1829-1894), also expressed his views about the doctrine of conspiracy in his acclaimed history of English criminal law ⁽²²⁶⁾. James Fitzjames Stephen — who thought that the common law was defined by its continuity, elasticity, and gradual growth — essentially agreed with Wright's interpretation of the history of the crime of conspiracy. Contrary to Erle's view of the common law as a repository of freedoms, and statute law as adapting those fundamental principles to changing times, Stephen thought that the combination acts of 1799 and 1800 were the culmination of a regulatory period in the history of English law, in which a number of statutes were enacted regulating wages and punishing combinations of workers to raise them. It was « during the latter part of this period [when] an opinion grows up that to combine for the purpose of raising wages is an indictable conspiracy at common law ⁽²²⁷⁾ ». However, the system emerging from the combination acts was not « specially adapted and designed to protect freedom of trade. The only freedom for which it seems to me to have been specially solicitous is the freedom of the employers from coercion by their men ⁽²²⁸⁾ ».

As for the wider rule, Stephen agreed with Wright that « No

⁽²²⁴⁾ *Ibidem.*

⁽²²⁵⁾ *Ib.*, p. 54.

⁽²²⁶⁾ J. F. STEPHEN, *Criminal*, cit.

⁽²²⁷⁾ *Ib.*, p. 226.

⁽²²⁸⁾ *Ib.*, p. 209.

case has ever been cited in which any person was, for having combined with others for the raising of wages, convicted of a conspiracy in restraint of trade at common law before the year 1825 ⁽²²⁹⁾ ». The dicta mentioned by Crompton were « too weak to support the conclusion that an agreement to combine to raise or depress the rate of wages was an indictable offence apart from the statutes which were so long in force ⁽²³⁰⁾ ». Indeed, what was thought to be the common-law crime of conspiracy was but the contemporary construction of the 1825 act as if it « represented and were based upon the view that labour, like other commodities, was to be bought and sold according to the ordinary rules of trade; every one was to be free, not only to buy and sell as he chose, but to consult with others as to the terms on which he would do so ⁽²³¹⁾ ». The mere existence of this interpretation, along with some opinions like Crompton's, explained « that in the year 1825 an impression prevailed that a combination to raise wages would constitute an indictable conspiracy at common law ⁽²³²⁾ », and « that conspiracies in restraint of trade were offences at common law apart from the old combination laws and the new statutory provisions ⁽²³³⁾ ». It followed that Erle's view — that the common law was a set of principles from which rules are derived — was « a correct description of the way in which, as a fact, the courts did construe the act of 1825, and it puts forward, in justification of the course which they took in so construing it, a view of the common law which is attractive to many people, but which seems to me almost entirely imaginary ⁽²³⁴⁾ ».

The common law historian William Holdsworth (1871-1944) revisited the reformist narrative of the crime of conspiracy at a time in which labor had already fought its way into the liberal democracy. Holdsworth's main historical premise was that the common law ever since the « the clauses of Magna Carta which relate to the liberty of the subject » had been a repository of civil and economic liberties.

⁽²²⁹⁾ *Ibidem.*

⁽²³⁰⁾ *Ib.*, p. 223.

⁽²³¹⁾ *Ib.*, p. 212.

⁽²³²⁾ *Ib.*, p. 211.

⁽²³³⁾ *Ib.*, p. 217.

⁽²³⁴⁾ *Ib.*, p. 223.

Thus, Holdsworth agreed with Erle that there was a common law principle that « all persons ought to be allowed to carry on their trades freely, subject only to any restrictions or regulations which might be imposed by the common law or by statute law... (235) ». This freedom of trade and labor could be traced back to « medieval judges [who] favoured the principle ... because they were hostile to all arbitrary restrictions on personal liberty or rights of property, for which no legal justification could be shown. In fact, from the medieval period onwards, this general theory that trade ought to be free can be traced in judicial decisions and dicta (236) ». As it did for Earle, the crime of conspiracy became a tool in the hands of those judges to protect such freedoms as were cut up by statute.

Holdsworth believed that conspiracy was born in the seventeenth century when the scope of the statutory conspiracy to abuse legal procedure had been enlarged to punish conspiracies for commission of « any wrongful act (237). Hence a modern substantive crime of conspiracy emerged, which punished not only agreements to do an unlawful acts, or lawful acts by clearly lawful means, to do unlawful acts, or lawful acts by unlawful means, but also acts « sufficiently unlawful to render an agreement to do it a criminal conspiracy, though it cannot be brought under any of the recognized categories of crime or tort ». The doctrine continued to develop and generalize, so that « after the Restoration... conspiracies to do acts, which were neither crimes nor torts, were held to be indictable ». Later, this doctrine enabled courts the punishment of combinations they thought pernicious by simply outlawing their purpose (238).

In the eighteenth century there was a general movement toward a *laissez-faire* in political economy, « which favoured the removal of restraints on the conduct of industry (239) ». *Starling* had extended the doctrine of conspiracies « to acts which were regarded as illegal because they were contrary to public policy ». It was

(235) W. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, London, Methuen & Co, 1938 (Reprint 1966), XI, p. 477.

(236) *Ib.*, pp. 477-478.

(237) W. HOLDSWORTH, *History*, cit., p. 379.

(238) *Ib.*, p. 380-381.

(239) W. HOLDSWORTH, *History XI*, cit., p. 480.

therefore normal that common-law principles applied to the substantive crime of conspiracy and « held firmly to the view that restrictions on the freedom of trade were illegal unless they could be justified by a valid local custom, or by some recognized principle of the common law ». The principle that the common law forbade restraints of trade extended to voluntary restraints — from which emerged the doctrine that contracts in restraint of trade were null and void — and to involuntary restraints — from which it emerged the doctrine that conspiracies in restraint of trade were criminal though there was no malicious or criminal element in them ⁽²⁴⁰⁾. Thus, Holdsworth interpreted that in the case of the *Cambridge Journeymen* « it is more natural to suppose that the established practice was founded on the law that conspiracies of this sort were illegal at common law because they interfered with the freedom of trade ». The same idea that combinations in restraint of trade were illegal independent of malice and statute ruled *Eccles*, and appeared in *Mawbey's* dictum; « and this was the opinion of Crompton in *Hilton v. Eckersley* ⁽²⁴¹⁾ ».

Holdsworth opined that Wright had « denied that the formation of a combination of masters or men which interfered with the freedom of trade had ever been a criminal conspiracy at common law and have maintained that the formation of these combinations only amounted to criminal conspiracy if it had been made illegal by statute ⁽²⁴²⁾ », probably because he was influenced by the repeal of the combination acts in 1871. But for Holdsworth this thesis was wrong. The combination acts did not forbid combinations specifically, but in the context of an attempt « to remedy abuses which had appeared in the conduct of some particular trade; and the prohibitions which they enact against combinations in that trade are merely a part of the various provisions which they make for its regulation ⁽²⁴³⁾ ». Thus, those statutes were consistent with the principle that under common law restraints of trade were forbidden « unless those restraints had been imposed by law: and

⁽²⁴⁰⁾ *Ib.*, p. 479.

⁽²⁴¹⁾ *Ib.*, p. 480, n. (3).

⁽²⁴²⁾ *Ib.*, p. 482.

⁽²⁴³⁾ *Ib.*, pp. 483-484.

that they enforce that principle, first in the case of particular trades, and later in the case of all trades, because it appeared that better provisions for its enforcement were necessary by reason of the prevalence of combinations to raise or lower wages or to alter hours of labour, which infringed it ⁽²⁴⁴⁾ ». When combinations were rendered legal for some purposes with the act of 1825, the doctrine of conspiracies « helped to remedy some of the worst consequences of that permission to combine which the Legislature had, under the influence of the classical economists, granted without adequate consideration ⁽²⁴⁵⁾ ».

The Victorian debate about the historical legitimacy of the crime of conspiracy also had its American counterpart in the twentieth century. Right after Justice Taft's appointment to the Chief Justiceship of the Supreme Court marked the zenith of what came to be known as the Lochner Era, F. B. Sayre, a progressive labor law professor at Pound and Frankfurter's Harvard, cast a view similar to Wright's on the contemporary doctrine of conspiracies. Though the doctrine of conspiracies might be a useful tool in the prosecution of crimes, for Sayre the idea of a substantive crime of conspiracy as an agreement to do things that otherwise would not be crimes allowed for uncertainty and enabled courts « to legislate or to decide great social issues largely in accordance with their personal convictions ⁽²⁴⁶⁾ ». He added, that « trade-union members, forced by our competitive system to fight bitter economic battles both against non-union employees and against employers' intent upon driving down the price of labor, feel themselves in constant danger of being sent to jail as conspirators and criminals ⁽²⁴⁷⁾ ».

Historically speaking, Sayre opined that the criminal conspiracy was « a doctrine as anomalous and provincial as it is unhappy in its results ⁽²⁴⁸⁾ ». It originated with the seventeenth-century precedent of the *Poulterers' Case*, which was a case that punished an abuse of criminal procedure within « the crime of conspiracy as

⁽²⁴⁴⁾ *Ib.*, p. 484.

⁽²⁴⁵⁾ *Ib.*, p. 485.

⁽²⁴⁶⁾ F. B. SAYRE. *Criminal*, cit., p. 427; cf. W.A., PURRINGTON, *Tubwomen*, cit.

⁽²⁴⁷⁾ *Ib.*, p. 416.

⁽²⁴⁸⁾ *Ib.*, p. 427.

defined by the Ordinance of 1305 ⁽²⁴⁹⁾ ». Lately, this precedent had been invoked to punish « combinations to commit all crimes of whatsoever nature, misdemeanors as well as felonies ⁽²⁵⁰⁾ », according to the « very general doctrine that since the gist of the crime is the conspiracy, no other overt act is necessary; and this came to be the well-acknowledged law of criminal conspiracy ». Although conspiracy implied principles analogous to those of the law of attempts, he disagreed with Wright's classification because « one may become guilty of conspiracy long before his act has come so dangerously near to completion as to make him criminally liable for the attempted crime ⁽²⁵¹⁾ ».

At the same time, the common-law doctrine that emerged from the *Poulterers' Case* produced as an offshoot a substantive criminal conspiracy that « a combination may be criminal, although its object would not be strictly criminal apart from the combination ». The emergence of a substantive crime of conspiracy, focused on the malicious element, was evidence that « the tendency of the courts was in the direction of undertaking to punish acts immoral as well as those violative of express law ⁽²⁵²⁾ », and « it enabled judges to punish by criminal process such concerted conduct as seemed to them socially oppressive or undesirable... it saved the judges from the often embarrassing necessity of having to spell out the crime as in *Rex v. Edwards* where « the court by way of dictum echoed the loose ideas of Hawkins ... citing as its only authority *Reg. v. Best*, which in reality lends no support to the doctrine that one can be convicted for conspiring to commit some illegal but non-criminal act ⁽²⁵³⁾ ». However, Sayre did not believe that a wider rule had been applied in the case of the *Cambridge Journeymen*. Nor did he believe that the case could be interpreted as an instance of Hawkins's proposition, but rather as having been decided consistently with the Combination Act ⁽²⁵⁴⁾ ».

⁽²⁴⁹⁾ *Ib.*, p. 397. Notice that Sayre dated the statute in 1305 and not in 1304.

⁽²⁵⁰⁾ *Ib.*, p. 400.

⁽²⁵¹⁾ *Ib.*, p. 399.

⁽²⁵²⁾ *Ib.*, p. 401.

⁽²⁵³⁾ *Ib.*, p. 406.

⁽²⁵⁴⁾ *Ib.*, p. 403.

V. *Conclusion.*

10. Today, the debate on the legal status of unions is not a major concern in the common-law world — though collective bargaining rights are now questioned by conservative governors in the U. S. — prescriptive narratives have subsided, and the history of the doctrine of conspiracy has come to rest in peace within the well-defined genre of the history of the labor movement. Within these limits, law is not a mere technical quest, but the expression of the « distribution of power and wealth ». In a democratic society, this distribution frequently is the result of a compromise between antagonist groups, but at a former time law « was made by those whose most significant contact with manual labour was collecting its rents and profits ». It was the instrument of oppression of an « aristocracy... increasingly allied with the commercial middle class », used to perpetuate the status quo. When labor began to be a threat to those élites, property, contract and tort law were areas of the law which had not fully developed their technical potential to keep labor aside and exert social control. Consequently, « it was in terms of criminal law... that the state first grappled with the labour problem ⁽²⁵⁵⁾ ».

The story of conspiracy has changed very little since the Victorian debate. It begins with the original sin of « a Plantagenet statute... [which] was in time taken over by the common law, expounded in judicial decisions in particular cases »; and « whenever the common law made such acquisitions, statutes tended to be dismissed as concerned only with isolated instances or, if apparently comprehensive, as merely ‘declaratory of the [pre-existing] common law’ ». The sin was irremediable when « the Court of Star Chamber... held that the gist of the offence was the agreement rather than the subsequent appeal or indictment and acquittal ». By the time Hawkins gave his definition, « conspiracy had mushroomed ... two or more still had to enter into an agreement, but the purpose was no longer limited to malicious prosecution: any ‘prejudice’ would suffice ⁽²⁵⁶⁾ ». With these antecedents it was normal that the courts

⁽²⁵⁵⁾ J. V. ORTH, *Combination*, cit., pp. 1-2.

⁽²⁵⁶⁾ *Ib.*, p. 26, and n. (5) p. 26.

reinvented the crime again for use « against combinations of workmen ⁽²⁵⁷⁾ ».

If it was clear that the crime of conspiracy was a characteristic product of judicial legislation, it remained to find out the pattern of that lawmaking. The current historiographical thesis agrees with Erle and Holdsworth's view that the administration of the remedy of conspiracy decisions was a matter of policy. However, in labor history's narrative, *laissez-faire* is not the expression of the liberal spirit of the common law, but the ideology of a dominant class. Therefore, conspiracy was an instance of class bias. In the case of the *Cambridge Journeymen* the court resorted to the ill-defined crime of conspiracy because « to have waited for further legislation extending the tailors' act would have been uncharacteristic of eighteenth-century judges ». This was a landmark of judicial bias against labor: in recognizing that « the agreement could be criminal despite the lawfulness of the object if pursued individually ⁽²⁵⁸⁾ », the court not only left Hawkins behind, but also « had begun to concoct their own 'general remedy' for combination, one that parliament would adopt as its own at the end of the century in general combination acts ⁽²⁵⁹⁾ ». Likewise, Lord Mansfield's dictum in *Eccles* — that a man could work at whatever price he liked but could not combine to raise wages — demonstrates that « as in so many other areas of the law, the forward-looking Chief Justice was anticipating a general proposition that had not yet been adopted ». Kenyon's dictum in *Hammond* is suspiciously against « the Statute of Artificers and most of the eighteenth-century combination acts ⁽²⁶⁰⁾ » and his warning to masters was influenced by the Spitalfields Act, which « fined masters who paid more or less than the set wages ⁽²⁶¹⁾ ». Finally, « the passage of general Combination Acts in 1799 and 1800 did not arrest the development of common-law conspiracy. In fact, the

⁽²⁵⁷⁾ *Ib.*, p. 27.

⁽²⁵⁸⁾ *Ib.*, p. 31.

⁽²⁵⁹⁾ *Ib.*, p. 32.

⁽²⁶⁰⁾ *Ib.*, p. 33.

⁽²⁶¹⁾ *Ib.*, pp. 33-34.

statutes probably strengthened the judges' certitude that they were on the right path ⁽²⁶²⁾ ».

The epic of labor history has a recognizable narrative arc with archetypical antagonist characters: « labour wore down the opposition to trade unions, eventually winning a place for them, while capital sought, not recognition of a right to organize (that was conceded without question), but more efficient means thereto ⁽²⁶³⁾ ». Within this narrative, at a time when representative government did only represent a privileged class, the judiciary and legislature shared principles and interests. In their warfare with labor, the judiciary took the initiative to reformulate the doctrine of conspiracy, a typical product of judicial legislation with no definite substance, which was now used to crack down on labor unions according to an unformulated *laissez-faire* ideology. Eventually, legislation caught up with the judiciary, and the judiciary principle appeared in statute books. Over time, the rise of the working class and its final disenfranchisement placed the judiciary as the last resort of the privileged classes. Conspiracy stood alone as capital's last resort for tackling workers' associations. The inevitable historiographical conclusion is that the doctrine of conspiracy was a ragbag or a useful label, and « the British Combination Acts may have done no more than codify a hostility toward labor organizations that had existed in the earlier common law ⁽²⁶⁴⁾ ».

This thesis presupposes that externally common-law judges deduce their decisions from a rule of law which had been previously induced from the *ratio deducendi* of a number of analogous cases. However, consciously or not, internally judges decide cases according to their own policy considerations, experience, and character. It follows that common law is basically judge-made law. Rightly or wrongly, most commentators have induced a *laissez-faire* premise

⁽²⁶²⁾ *Ib.*, p. 40.

⁽²⁶³⁾ *Ib.*, p. 153.

⁽²⁶⁴⁾ H. HOVENKAMP, *Labor Conspiracies in American Law, 1880-1930*. in « *Tex. L. Rev.* », LXVI, 1987, pp. 919-965; p. 922. Interestingly enough, this quote come from the *energy release* side of legal historiography.

operating in the common law crime of conspiracy as applied to unions, which anticipated the policy of nineteenth-century combination acts. In doing so, commentators needed to present the crime of conspiracy as featuring the quintessential evils of judge-made law: vague, ambiguous, and a convenient label to justify judges' policy preferences. Therefore, the history of the doctrine of conspiracy emphasizes the arbitrary and unjustified elements of judicial decisions. Conspiracy appears as the progressive enlargement of the scope of a medieval statute forbidding concerted abuses of criminal procedure, so as to include the practice of nineteenth-century unions.

In the relevance labor narratives have given to arbitrary elements, the process by which the substantive crime emerged out of judicial decisions is downplayed, and misleadingly simplified as a process of unlimited generalization. The unspoken thesis is that conspiracy was a *flatus vocis* that could mean almost anything. I propose here a tentative explanation: my main thesis is that the common-law conspiracy was not born as an *illegitimate* construction of the Statute of Conspirators. It rather was born in the course of providing a remedy for a grievance, which was interpreted as not being within the scope of that statute. This first case gave place to a new meaning of conspiracy, which was expanded in a two-stage process: an initial horizontal expansion of the meaning of 'conspiracy' by means of analogy (I use analogy in a wide sense, not in its narrow legal meaning), and a second stage of vertical integration and abstract explanation within larger frameworks.

In the first stage, a rule was induced of certain authorities that unexecuted false confederacies shall be punished under common law, and that courts have power to adjudge them. The rule was initially expanded by an analogy between threatening defamation for having a bastard child and unexecuted false accusation of ecclesiastical offence. In drawing this analogy, the rule came into contact with the law of slander, and borrowed the idea that the test of criminality of an unexecuted conspiracy might lay in malice. In *Starling*, probably due to the nature of the case, by analogy between the unexecuted 'conspiracy', and 'conspiracy' in high

treason, the rule that unexecuted confederacies shall be punished was reinterpreted as punishable intent evidenced by an overt act. In that case, conspiracy appeared along with unlawful assembly in the indictment, and some of the elements of unlawful assembly were discussed in the course of the argument. That circumstance led later commentators to draw an analogy between conspiracy and unlawful assembly concerning the purpose as test of criminality, so that the doctrine expanded with the rule that conspiracy might be an unlawful means to achieve a lawful purpose.

In a second stage, there was a scholarly quest to try to arrange, simplify and unify the different elements in a single principle that would be able to explain all cases. Thus, in *Mawbey* there was an early tentative classification according to malicious purpose, and the role the association played in criminality. This classification showed the tension a doctrine undergoes when is subject to simplification and abstraction. In the nineteenth century, the doctrine was integrated within wider theories as the freedom of trade. Later the process of abstraction continued, and the elements of the doctrine were re-conceptualized and analyzed in terms of rights, duties, interference, etc. However, the process of integration did not cure the existing tensions within the doctrine, but rather created new ones. Interestingly enough, when such tensions were faced, the most common reaction was denial. For instance the tension between the nascent modern criminal law and the theory that the mere intent expressed in a conspiracy was punishable was denied by interpreting the theory as a primitive law of attempts.

VI. *Addendum.*

Abbreviation	Short Title	Report Title
Ass.	Crown Circuit Assistant.	T. DOGHERTY, <i>The crown circuit assistant: being a collection of precedents of indictments, informations, Convictions by Justices, Inquisitions, Pleas, and other Entries in criminal and penal proceedings</i> , London, printed for P. Uriel, in the Inner-Temple-Lane, and E. Brooke, in Bell-Yard, near Temple-Bar, 1787

Abbreviation	Short Title	Report Title
Co. Rep.	Coke's Reports, King's Bench	E. COKE, <i>The Reports of Edward Coke</i> , London, printed for W. Lee, M. Walbanck, D. Pakeman, and G. Bedell, 1658
Cro. Jac. 8.	Croke's Reports tempore James	G. CROKE (1560-642), <i>Reports of Sir George Croke, Knight, formerly one of the justices of the Courts of King's-Bench and Common-Pleas, of such select cases as were adjudged in the said courts during the reign of Queen Elizabeth</i> , London, printed for E. and R. Brooke, Bell-Yard, Temple-Bar; and T. Whieldon, Fleet-Street, 1790 ⁴
Black. W.	William Blackstone's English King's Bench Reports	W. BLACKSTONE, <i>Reports of cases determined in the several courts of Westminster-Hall, from 1746 to 1779</i> , London, printed by His Majesty's Law Printers; for W. Strahan; T. Cadell; and D. Prince and Co. at Oxford, 1781
Burr.	Burrow's King's Bench Reports tempore Mansfield	J. BURROW, <i>REPORTS OF CASES ADJUDGED IN THE Court of King's Bench Since the Time of LORD MANSFIELD'S Coming to preside in it</i> , London, printed by His Majesty's Law-Printers for J Worrall and B. Tovey, 1766 vol. 2.
Carth. 416	Carthew's King's Bench Reports	T. CARTHEW, <i>Reports of Cases ADJUDGED in the Court of King's Bench, FROM THE Third Year of King JAMES the Second, to the Twelfth Year of King WILLIAM the Third</i> , Printed by R. and B. NUTT, and F. Gosling, 1741
C. C.	Crown Cases	T. LEACH, <i>Cases in Crown Law, determined by the twelve judges, by the Court of King's Bench; and by Commissioners of Oyer and Terminer and general gaol delivery, from the fourth year of George the Second to the twenty-ninth year of George the Third</i> , London, printed for the author: and sold by T. Whieldon, 1789
Dougl.	Douglas' English King Bench's Reports	S. DOUGLAS, <i>Reports of cases argued and determined in the Court of King's Bench, in the nineteenth, twentieth, and twenty-first years of the reign of George III</i> , London, printed by A. Strahan and W. Woodfall, Law-Printers to the King's Most Excellent Majesty; for E. and R. Brooke, in Bell-Yard, Temple-Bar, 1790

Abbreviation	Short Title	Report Title
El. & Bl.	Ellis & Blackburn's English Queen's Bench Reports	T. F. ELLIS & COLIN BLACKBURN, <i>Reports of Cases Argued and Determined in the Court of the Queen's Bench, and the Court of Exchequer Chamber on Error from the Court of Queen's Bench</i> , III, London, S. Sweet, 1855
El. & El.	Ellis & Ellis' English Queen's Bench Reports	T. F. ELLIS & F. ELLIS, <i>Reports of Cases Argued and Determined in the Court of the Queen's Bench, and the Court of Exchequer Chamber on Error from the Court of Queen's Bench</i> , London, H. Sweet, 1867
Esp.	Espinasse's English Nisi Prius Reports	I. ESPINASSE, REPORTS OF CASES ARGUED AND RULED AT NISI PRIUS IN THE COURTS OF KING'S BENCH AND COMMON PLEAS, London, printed by G Auld, 1799
Keb.	Keble's King's Bench Reports	J. KEBLE, <i>REPORTS in the Court of King Bench at WESTMINSTER FROM The XII to the XXX Year of the Reign of our Late Sovereign Lord King Charles II</i> , London, Printed by W. Rawlins, S. Roycroft, and M. Flesher, assigns of Richard and Edward Atkins, Esquires, for Thomas Dring, Charles Harper, Samuel Keble, and William Freeman, 1685
Leach	Leach's English Crown Cases (1730-1815).	T. LEACH (1746-1818), <i>Modern reports; or, select cases adjudged in the courts of King's Bench, Chancery, Common Pleas, and Exchequer</i> , London, printed for G. G. J. and J. Robinson; E. and R. Brooke; J. Butterworth; Ogilvy and Speare, 1793 ⁵ , vols. 1-4 were published in 1793; vols. 5-6 in 1794; vols. 8-10 in 1795; and vols. 7,11-12 in 1796
Lev.	Levine's King's Bench and Common Pleas Reports 1660-1697	C. LEVINZ, <i>The Reports of Sir Creswell Levinz</i> , Dublin, printed by Elizabeth Lynch, 1793 ³
Ld. Ray.	Lord Raymond's King's Bench Reports	T. RAYMOND (1627-1683). <i>Reports of divers special cases, adjudged in the courts of King's Bench, Common Pleas, and Exchequer, in the reign of King Charles II</i> , Dublin, printed by James Moore, No. 45, College-Green, 1793 ³ .
Mass.	Massachusetts Supreme Judicial Court Reports	Available from LexisNexis Academic http://0-ww-w.lexisnexis.com/us/lacademic

Abbreviation	Short Title	Report Title
Mod.	Modern Reports	T. LEACH, <i>Modern reports; or, select cases adjudged in the courts of King's Bench, Chancery, Common Pleas, and Exchequer</i> , London, printed for G. G. J. and J. Robinson; E. and R. Brooke; J. Butterworth; Ogilvy and Speare, 1793. Vols. 1-4 were published in 1793; vols. 5-6 in 1794; vols. 8-10 in 1795; and vols. 7,11-12 in 1796.
Salk.	Salkeld's King's Bench Reports	W. SALKELD, <i>Reports of cases adjudg'd in the Court of King's Bench; with some special cases in the courts of Chancery, Common Pleas and Exchequer, from the first year of K. William and Q. Mary, to the tenth year of Queen Anne</i> , London, printed by Eliz. Nutt and R. Gosling, (assignees of Edward Sayer Esq;) for J. Walthoe in the Middle-Temple-Cloysters; and J. Walthoe, jun. against the Royal-Exchange in Cornhill, 1717
Sid.	Siderfin's King's Bench Reports	T. SIDERFIN, <i>Les reports des divers special cases argue & adjudge en le Court del Bank le Roy, et auxy en le Co, Ba. & l Exchequer, en les premier dix ans apres le Restauration Del son Tres-Excellent Majesty Le Roy Charles le II</i> , London, printed by John Nutt, assignee of Edward Sayer Esq; for S. Keble at the Turk's-Head in Fleet-Street, D. Browne in Exeter-Change in the Strand, T. Ward in the Inner-Temple-Lane, W. Mears at the Lamb, and J. Browne at the Black Swan, both without Temple-Bar, 1714
Stra.	Strange's King's Bench Reports 1716-1749	J. STRANGE, <i>Reports of adjudged cases in the Courts of Chancery, King's Bench, Common Pleas and Exchequer, from Trinity term in the second year of King George I. to Trinity term in the twenty-first year of King George II</i> , London, In the Savoy: printed by Henry Lintot, for William Sandby, 1755
T. R.	Terms Reports (Durnford & East)	C. DUNFORD & E. H. EAST, <i>Term Reports in the Court of King's Bench</i> (1786), London, printed for J. Butterworth and son, 1817 (New Edition)
Vent	Ventris'King's Bench Reports	P. VENTRIS, <i>The reports of Sir Peyton Ventris Kt. Late one of the Justices of the Common Pleas. In two parts. Containing select cases adjudged in the King's Bench, in the reign of K. Charles II,</i>

Abbreviation	Short Title	Report Title
		London, In the Savoy: printed by J. Nutt, assignee of Edward Sayer Esq; for D. Browne in Exeter Exchange; O. Lloyd against the Temple Church; W. Mears, and J. Browne without Temple-Bar; T. Woodward, and T. Hook in Fleetstreet, 1716

MICHELE PIFFERI

IL GIUDICE PENALE E LE TRASFORMAZIONI DELLA
CRIMINAL JURISPRUDENCE NEGLI STATI UNITI
AD INIZIO NOVECENTO ⁽¹⁾

I. Il riformismo penale nella *progressiv era*. — II. Il contrasto alle *technicalities* e la ricerca di una *substantial justice* nel processo. — III. Giudici “rivoluzionari”. — IV. La funzione del giudice e il movimento per l’individualizzazione della pena. — V. La *indeterminate sentence* e la separazione dei poteri. — VI. La biforcazione tra *trial* e *sentencing*. — VII. La difesa del *rule of law* e del *nulla poena*.

I. *Il riformismo penale nella Progressiv Era.*

La *Progressiv Era* (1890-1930) è caratterizzata da un profondo ripensamento della *criminal jurisprudence* statunitense. Tra fine Ottocento ed inizio Novecento diritto penale sostanziale e processuale sono oggetto di riforme, studi interdisciplinari, proposte metodologiche, elaborazioni di nuove teorie che introducono significativi cambiamenti sia nella scienza penale americana sia nel quadro legislativo. L’orizzonte discorsivo ricorrente entro il quale avvengono queste trasformazioni è quello di una *popular dissatisfaction with the administration of criminal justice* ⁽²⁾, divenuta ormai feno-

⁽¹⁾ L’articolo è il frutto delle ricerche svolte durante la Emile Noël Fellowship allo Jean Monnet Centre, NYU School of Law, diretto da Joseph Weiler, nell’autunno 2009. Sono particolarmente grato sia al Centro studi per la storia del pensiero giuridico moderno ed al direttore Bernardo Sordi, sia al Dipartimento di Scienze Giuridiche di Ferrara ed al (allora) direttore Pasquale Nappi per aver generosamente finanziato questo periodo di studio.

⁽²⁾ Roscoe Pound intitola *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice* il suo intervento, poi citatissimo, al XXIX Annual Meeting of the American Bar Association (St. Paul, Minnesota, 29 agosto 1906), ora edito in SHELDON GLUECK (a cura di), *Roscoe Pound and Criminal Justice*, Dobbs Ferry-NY, Oceana Publications, 1965, pp. 57-73.

meno endemico, di proporzioni tali da esigere un impegno politico e scientifico orientato verso un radicale rinnovamento di idee e di strumenti operativi ⁽³⁾. Il rischio, avvertito con consapevolezza nelle analisi culturalmente più provvedute, è che un sistema penale percepito come ingiusto, incapace di difendere la società dalla criminalità ed altrettanto inefficace nell'opera di risocializzazione dei condannati, generi un senso di sfiducia nelle istituzioni tale da lacerare i fili che legano i cittadini ai poteri pubblici, da corrodere le basi sulle quali si regge la democrazia americana ⁽⁴⁾. I problemi su cui si concentra il dibattito affliggono in particolare l'amministrazione della giustizia penale, ovvero il momento in cui attraverso le forme, i soggetti e le decisioni processuali l'opinione pubblica percepisce in modo palese lo scollamento tra il comune sentimento di giustizia e l'irragionevole applicazione della legge. Il ruolo del giudice nel *criminal trial*, la capacità della *judicial machinery* di condurre a risultati equi e di essere percepita come strumento di realizzazione di giustizia, la natura giurisdizionale o amministrativa della fase di irrogazione ed esecuzione della pena: sono questi i profili critici che investono in senso ampio le competenze del *judicial power* nel diritto penale, potere la cui funzione, attraverso la permeabilità della giurisprudenza alle proposte della scienza giuridica e

⁽³⁾ Rinnovamento che, per poter incidere efficacemente nel diritto praticato, deve *in primis* partire dallo studio scientifico, dalla formazione didattica, dal confronto interdisciplinare nelle *law schools* americane, dove ancora ad inizio Novecento manca, rispetto all'Europa, la capacità di un'elaborazione teorica sui fondamenti e i fini della *criminal jurisprudence*. Questo problema è sollevato ad es. da G.C. SPERANZA, *The Decline of Criminal Jurisprudence in America*, in «Popular Science Monthly», LVI, 1900, pp. 466-473, specie pp. 467-468; sul contributo dell'avvocato italo americano per l'«apertura» del diritto penale alla criminologia, cfr. T.A. GREEN, *Freedom and Criminal Responsibility in the Age of Pound: An Essay on Criminal Justice*, in «Michigan Law Review», 93, 7, 1995, specie pp. 1919-1949; più in generale sui limiti, i ritardi, le miopie del «'practical approach'» statunitense rispetto all'«'academic approach'» europeo e sui primi segni di cambiamento con la diffusione della *criminological science*, cfr. G.O.W. MUELLER, *Crime, Law and the Scholars. A History of Scholarship in American Criminal Law*, London, Heinemann, 1969, pp. 67-81.

⁽⁴⁾ In questo senso cfr. per es. J.W. GARNER, *Editorial Comment. Judicial Support of Technicalities*, in «Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology» [da ora JAICLC], I, 4, 1910, p. 529.

alle sperimentazioni penitenziarie, viene ridisegnata rispetto al modello dei padri fondatori.

Il presente contributo osserva queste trasformazioni della *criminal justice* americana privilegiando l'angolo prospettico della giurisprudenza: dal punto di vista interno, ovvero analizzando come alcune decisioni mostrino una consapevole funzione attiva delle corti nel sostenere il processo di riforma; dal punto di vista esterno, cioè analizzando le riflessioni critiche della dottrina sulle ricadute in termini di equilibri dei poteri e garanzie individuali conseguenti alle nuove competenze dei giudici. Il periodo a cavaliere tra XIX e XX secolo segna una fase di transizione nella società americana, una maggiore consapevolezza della complessità sociale provocata dalla trasformazione delle grandi città industriali, dalla non facile integrazione delle masse di immigrati, dalla configurazione di un ruolo nuovo, più attivo dello Stato; questo cambiamento richiede il passaggio dalla 'semplicità' delle istituzioni elaborate dai *founding fathers* ad un più moderno apparato pubblico, nel quale un ruolo non marginale spetta alla *criminal justice* come strumento di controllo della devianza e di rieducazione dei rei ⁽⁵⁾. Con argomenti spesso contraddittori il giudice penale è visto a volte come un soggetto troppo debole, costretto entro gli angusti confini tracciati dai tecnicismi processuali ed inutilmente vincolato a formalismi ormai obsoleti, altre volte, viceversa, come una figura dotata di margini decisorii troppo estesi, la cui competenza deve essere ridotta a vantaggio di esperti scientificamente più qualificati, specie nella fase esecutiva della pena. In questa che viene considerata una *formative era*, una fase di rifondazione della scienza criminale sia da parte della giurisprudenza sia da parte dei nuovi saperi come la criminologia, la penologia, la sociologia e l'antropologia criminale ⁽⁶⁾, le prerogative del *judicial branch* nell'assetto dei poteri divisi

⁽⁵⁾ Per un inquadramento generale della giustizia penale nella *Progressiv Era* cfr. D.J. ROTHMAN, *Conscience and Convenience. The Asylum and its Alternatives in Progressive America*, Boston: Little, Brown and Co, 1980; D. GARLAND, *Punishment and Welfare. A History of Penal Strategies*, Aldershot: Gower, 1985; J. SIMON, *Poor Discipline. Parole and the Social Control of the Underclass, 1890-1990*, Chicago-London, The University of Chicago Press, 1993.

⁽⁶⁾ La manifestazione più rilevante dell'importanza acquisita dalle scienze criminologiche nella cultura statunitense d'inizio Novecento è sicuramente la fondazione

e bilanciati del *rule of law* devono essere ridefinite, in parte rafforzandole, per consentire al giudice di perseguire la *substantial justice* anche oltre i limiti imposti dalla legge secondo un modello processuale ormai storicamente superato, in parte restringendole, o meglio ridistribuendole in capo a nuovi soggetti, di natura più amministrativa che giurisdizionale, legittimati dalle peculiari conoscenze criminologiche.

II. *Il contrasto alle technicalities e la ricerca di una substantial justice nel processo.*

Il primo bersaglio delle critiche riformiste che coinvolgono l'attività dei giudici è il processo penale. Le *technicalities* avvolgono ormai il rito in una rete di cavilli formali, ridicole regole che moltiplicano le eccezioni della difesa, provocano inutili ritardi, rendono la pena incerta, favoriscono irrazionali *reversals*, e si traducono, di fatto, in un palese diniego di giustizia per i soggetti meno abbienti e in privilegi per i criminali più meritevoli di pena. L'insoddisfazione popolare verso l'amministrazione della giustizia è tale da mobilitare i vertici della classe politica, appunto perché il crescente sentimento di sfiducia dei cittadini nei confronti della giustizia pubblica indebolisce uno dei pilastri su cui si regge il sistema di governo, distrugge la « public confidence in the majesty of the law » (7) e genera un corto circuito nei meccanismi della rappresentanza politica che si traduce in sempre più frequenti episodi di

ad opera di John Wigmore dell'*American Institute of Criminal Law and Criminology*, a Chicago nel 1909, e del collegato *Journal*, su cui cfr. C. PETIT, *Lombroso in Chicago. Presencias europeas en la Modern Criminal Science Americana*, in « Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 36, II, 2007, pp. 801-900, e Id., *Lombroso et l'Amérique*, in « Revue de science criminelle et de droit pénal comparé » 1, 2010, pp. 17-29. L'Istituto e la rivista divengono da subito la sede privilegiata per dibattiti interdisciplinari sui temi chiave delle riforme, dalla pena individualizzata al rapporto immigrazione/criminalità, dalla nozione di responsabilità alla luce del determinismo criminologico ai temi dell'eugenetica, dalla brevità del processo alla utilità della comparazione con le dottrine europee; per una sintetica descrizione del progetto scientifico dell'*Institute*, oltre all'editoriale del primo numero del *Journal*, cfr. E.A. GILMORE, *The Need of a Scientific Study of Crime, Criminal Law, and Procedure: The American Institute of Criminal Law and Criminology*, in « Michigan Law Review », 11, 1, 1912, pp. 50-55.

(7) G.C. SPERANZA, *The Proposed Penal Code of the United States*, in « The Green Bag », 14, 12, 1902, p. 15.

linciaggio ⁽⁸⁾. Nel 1908 il presidente Theodore Roosevelt accusa i 'tecnicismi' di essere « a mere hindrance to justice », al punto che in alcune note decisioni « this over-regard for technicalities has resulted in a striking denial of justice, and flagrant wrong to the body politic » ⁽⁹⁾: per cercare di porre rimedio a questa situazione, l'*American Bar Association* nel 1909 elabora un progetto di legge, poi discusso dal Congresso con il sostegno del presidente William Howard Taft ma approvato solo nelle legislazioni dei singoli stati, in cui si prevede una limitazione del diritto di appello ai soli casi di evidente ingiustizia, cioè quando « after an examination of the entire cause it shall appear that the error complained of has resulted in a miscarriage of justice » ⁽¹⁰⁾.

Le proposte di riforma mirano ad incidere sul ruolo del giudice, visto nella tradizione di *common law* come un arbitro che lascia al confronto tra le parti la conduzione del processo: il *game*

⁽⁸⁾ Cfr. G.C. BRANDON, *The Unequal Application of the Criminal Law*, in «JAICLC», I, 6, 1911, pp. 893-898: « A failure to administer the same measure of justice to all alike certainly produces in the minds of the masses a disregard for the forms of procedure and a lack of respect for the majesty of the law, and a contempt for its officers. It is unquestionably responsible to a very great extent for the prevalence of lynch law » (pp. 897-898). L'incremento della *lynch law* si può spiegare, dunque, come « the protest of a people ordinarily law-abiding, but to whom the condition caused by the lax enforcement of our criminal law by our constitutional courts has become intolerable » (J.D. LAWSON, *Technicalities in Procedure, Civil and Criminal*, in «JAICLC», I, 1, 1910, p. 83). Sui linciaggi degli immigrati italiani, cfr. P. SALVETTI, *Corda e sapone. Storie di linciaggi degli italiani negli Stati Uniti*, Roma, Donzelli, 2003.

⁽⁹⁾ T. ROOSEVELT, *Eight Annual Message. White House, December 8, 1908*, in *A Compilation of the Messages and Papers of the Presidents*, vol. XVI, New York, Bureau of National Literature, 1913, p. 7209; l'anno precedente aveva individuato i mali del sistema penale americano nel binomio « sentimentality and technicality », cfr. Id., *Seventh Annual Message. White House, December 3, 1907*, in *A Compilation of the Messages*, vol. XV, cit., p. 7085. Su tali problemi cfr. E.J. M'DERMOTT, *Delays and Reversal on Technical Grounds in Criminal Trials*, in «JAICLC», II, 1, 1911, pp. 28-38. Sulla questione dei *delays* che rendono la giustizia penale americana « archaic and barbarous » al confronto di quella inglese, insiste anche il presidente W. H. TAFT, *First Annual Message. The White House, December 7, 1909*, in *A Compilation of the Messages and Papers of the Presidents*, vol. XVII, New York, Bureau of National Literature, 1913, p. 7431, su cui cfr. J.W. GARNER, *Editorial Comment. President Taft on Reform in Judicial Procedure*, in «JAICLC», I, 6, 1911, pp. 845-846.

⁽¹⁰⁾ La prima sezione di tale *bill* è riportata, ad es., in J.W. GARNER, *Editorials. Proposed Reforms in Federal Procedure*, in «JAICLC», I, 1, 1910, p. 11.

spirit che caratterizza il processo penale, espressione di un modello individualistico iper garantista, nel quale accusa e difesa si contendono l'esito del giudizio in posizione paritaria di fronte ad un giudice volutamente limitato nei suoi poteri perché non invada le libertà dei singoli ⁽¹¹⁾, deve lasciare il posto ad un rito diverso, più 'moderno', più rispondente alle nuove funzioni del diritto penale. Quel tipo di processo era stato pensato per un'epoca in cui la libertà individuale doveva essere difesa da possibili abusi del potere pubblico, era il prodotto di garanzie conquistate che doveva imporre, attraverso limiti formali e rigorosi meccanismi procedurali, il massimo rispetto per i diritti dell'imputato. Ora esso appare come uno schema superato, che non solo non risponde più a concrete esigenze sociali, ma anzi provoca ingiustizie, ritardi, immobilismi: è l'eredità di una visione politica ormai sorpassata da nuove problematiche, piegata a fini contrari a quello che appare il comune senso di *equal justice* nella società americana di inizio Novecento. Le regole nate per proteggere l'innocente, come il *ne bis in idem*, la presunzione d'innocenza, il diritto al silenzio, le garanzie d'imparzialità dei giurati, il divieto per il giudice di istruire la giuria su questioni di fatto ⁽¹²⁾, non possono trasformarsi in opportunità per il colpevole di sfuggire alla giustizia, poiché « it is necessary to the protection of

⁽¹¹⁾ La « sporting theory of justice », conseguenza delle « our American exaggerations of the common law contentious procedure », è criticata già da POUND, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, cit., pp. 64-65. Cfr. anche A. MEYER, *Editorial Comment. The "Game" Spirit in the Administration of Justice*, in « JAICLC », I, 2, 1910, pp. 2-4, dove il rimedio da opporre al « bold and fresh fighting spirit of the artist of the legal game » è visto sia nell'« unification and simplification of laws », sia in un « clear knowledge of the real activities in practical criminology ».

⁽¹²⁾ Propongono non di abolire tali regole, ma di riformularle alla luce del loro obiettivo funzionamento, sia l'*Assistant District Attorney* a New York, F. BOSTWICK, *Proposed Reform in Criminal Procedure*, in « JAICLC », II, 2, 1911, pp. 216-227, sia il giudice della *Superior Court* della California W.P. LAWLOR, *Needed Reforms in Criminal Law and Procedure*, in « JAICLC », I, 6, 1911, pp. 877-892; in riferimento, ad es., alla *rule of once in jeopardy*, storicamente nata « in the past, when individual liberty was less secure » per impedire forme di oppressione del monarca che volesse sottoporre ad un nuovo processo un soggetto già assolto da una giuria, « it is doubtful if such a rule is really necessary now, for against such an abuse of individual right the enlightened public opinion of today would stand as a complete protection » (p. 878).

the innocent, however, that the guilty shall be punished» (13); l'apparato di cautele della *criminal machinery* costruito per garantire i diritti del cittadino non può divenire una minaccia alla sicurezza collettiva.

Si propone un ribaltamento delle polarità del processo penale dall'individuo verso la società, dall'imputato verso l'ordinata comunità, dai diritti del soggetto verso la sicurezza sociale: è anacronistico continuare a concepire il *criminal trial* e i suoi principi in chiave esclusivamente individualistica come il baluardo difensivo dei diritti dell'accusato, poiché il pericolo di un discrezionale uso della giustizia penale contro i singoli da parte delle pubbliche autorità è ora minimo, mentre è alto il rischio sociale che un criminale sfrutti le formalità del processo e riesca ad eludere la pena (14). Si tratta, dirà ancora Pound nel 1929, di avere il coraggio di abbandonare parte di quelle tradizioni che, radicate nelle « pioneer institutions », rappresentano il maggior ostacolo alla riforma della giustizia criminale per restituirle efficienza, equità, credibilità. La prospettiva, tuttavia, deve essere rovesciata, perché le nuove scienze penologiche e criminologiche, esaltando la prevenzione, il delinquente, le cause sociali del crimine e la difesa sociale piuttosto che la repressione, il delitto, il libero arbitrio, i diritti individuali, hanno dimostrato che « our whole apparatus of juristic thinking on this subject must be overhauled » e che occorre un « readjustment of our legally received ideals », in modo da trovare un nuovo « workable balance between the general security and the individual life » (15). « People now feel very

(13) Ivi, p. 882.

(14) Cfr. BOSTWICK, *Proposed Reform in Criminal Procedure*, cit., p. 216, dove l'autore sostiene che la causa principale dell'aumento di criminalità negli USA, molto maggiore rispetto al livello europeo, « is the knowledge by the criminal of the many chances in his favor, to escape detection, apprehension, indictment and conviction. And, perhaps a principal reason for this is, that we continue to cherish in our law, rules which were originally invoked to safeguard the rights of the citizens; the reasons for which have largely disappeared; so that to-day these cherished bulwarks of liberty have come not only to insure the certainty of escape of the criminal from punishment for his illegal act, but to some extent, to jeopardize the liberty of the innocent ».

(15) R. POUND, *Criminal Justice in America*, New York, Henry Holt and Co., 1929, citaz. rispettivamente alle pp. 198, 215, 213, 214. Sul tentativo di Pound di trovare questo nuovo equilibrio tra tradizione e novità nel campo penale cfr. GREEN, *Freedom and Criminal Responsibility*, cit., specie pp. 1995-2007.

acutely the demands of general security. A century ago the stress was upon the individual life, upon humanity, not upon security. Men now are afraid of anything that seems to have any flavour of humanity »⁽¹⁶⁾; ci preme insistere su questa dimensione securitaria della giustizia criminale, sul cambio di mentalità che porta a concepire, e dunque a progettare, il campo del penale non più come il luogo delle garanzie individuali ma come lo spazio della *social security*, del controllo della pericolosità, della prevenzione della devianza. Non è qui il caso di indagare la dimensione internazionale di tale metamorfosi, sospinta dagli argomenti del positivismo scientifico e funzionale alle maggiori responsabilità che lo Stato va assumendo nel controllo della delinquenza⁽¹⁷⁾. Interessa, piuttosto, sottolineare l'orizzonte culturale, il quadro teorico complessivo entro il quale opera il riformismo progressista americano: le critiche antistoriciste, l'antiformalismo insistentemente invocato dalle pagine dell'*American Journal of Criminal Law and Criminology*, le accuse allo sterile atteggiamento conservatore di quella parte della dottrina e della giurisprudenza che continua a rimanere fedele a *traditional rules* ormai 'fuori dal tempo', sono da interpretare entro le coordinate della *social defence*, che proiettano la *criminal justice* in una dimensione di consapevole *social control*⁽¹⁸⁾. Anche le proposte indirizzate a rendere il processo penale più rapido, ad evitare gli

⁽¹⁶⁾ R. POUND, *The Individualization of Justice* (1930), ora in GLUECK (a cura di), *Roscoe Pound and Criminal Justice*, cit., p. 176.

⁽¹⁷⁾ Con parole simili Enrico Ferri (*Sociologia criminale*, 4 ed., Torino: Bocca, 1900, p. 23) afferma che « la scuola classica sorgeva in nome dell'individualismo, per rivendicarne i diritti esageratamente soffocati dallo Stato nel medio evo; così la scuola positiva cerca ora di porre un limite alla prevalenza, talvolta soverchia, di questo individualismo, e tende a ristabilire l'equilibrio fra l'elemento sociale e l'elemento individuale ».

⁽¹⁸⁾ Per un'analisi del passaggio « from individualism to individualization » e « from the forms of legal *prohibition and penalty* to a new mode of *normalisation* », cfr. GARLAND, *Punishment and Welfare*, cit., *passim*, citaz. pp. 28, 29); cfr. anche Id., *The Culture of Control*, Oxford, Oxford University Press, 2001, trad. it. *La cultura del controllo*, Milano, il Saggiatore, 2007, specie il cap. 2 sullo 'Stato penale assistenziale'; J. SIMON, *Governing Through Crime. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, Oxford, Oxford University Press, 2007, trad. it. *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, Milano, Raffaello Cortina Ed., 2008, *passim*, ma specie *Introduzione* pp. 3-15.

abusi strumentali dell'appello, a considerare irrilevanti i *technical errors* se non incidono sui *substantial rights* delle parti, si inseriscono in una strategia che intende l'ammodernamento del diritto penale nei termini di una maggiore efficienza preventiva e repressiva.

III. Giudici 'rivoluzionari'.

In questo contesto si giustifica il movimento verso un'estensione dei poteri del giudice nel processo penale: espressione della funzione pubblica fondamentale di difendere l'innocente e perseguire il colpevole, non può rimanere impastoiato nei cavilli formali, nei tecnicismi, negli *escamotages* dilatori degli avvocati. Si guarda all'Inghilterra come esempio da imitare ⁽¹⁹⁾, perché la *criminal procedure* della madrepatria ha saputo ammodernarsi, evolversi nel rispetto della tradizione ma nel segno dell'efficienza. Lì non solo gli appelli sono limitati e i *reversals* rarissimi, non solo i difetti formali dell'*indictement* e gli errori tecnici sono insignificanti ma, soprattutto, « the English judge takes a very active part in the proceedings and directs the trial at every stage » ⁽²⁰⁾: in ogni fase del procedimento, se ritiene le prove non sufficienti, può bloccare il processo e assolvere l'imputato, chiama ed esamina testimoni per chiarire i fatti, chiede agli avvocati di limitarsi strettamente alle domande rilevanti e non permette inutili discussioni per fini dilatori, comunica alla giuria la sua opinione sulle testimonianze raccolte, commenta sia sulla decisione dell'imputato di non testimoniare sia sul carattere ed il contegno dei testimoni, riepiloga ai giurati le prove raccolte e le presenta loro in modo ordinato dopo gli interventi di accusa e difesa. In questo modo la giuria decide rapidamente, i processi sono brevi,

⁽¹⁹⁾ Su incarico dell'*American Institute of Criminal Law and Criminology*, John Lawson, preside della *School of Law* dell'Università del Missouri, e Edwin Keedy, professore alla *Northwestern University Law School*, si recano quattro mesi presso le corti londinesi e le *Assizes* a studiarne il funzionamento, in modo da offrire ai giuristi americani precisi strumenti di confronto; il loro *report*, che esalta la capacità di rinnovarsi dell'ordinamento inglese rispetto all'immobilismo statunitense, è pubblicato in due parti dal *Journal*, cfr. D. LAWSON, E.R. KEEDY, *Criminal Procedure in England*, in « JAICLC », I, 4, 1910, pp. 595-611, e I, 5, 1911, pp. 748-778.

⁽²⁰⁾ J.W. GARNER, *Editorial Comment. Criminal Procedure in England*, in « JAI-CLC », I, 5, 1911, p. 683.

gli appelli relativamente pochi sebbene sia riconosciuto ad ogni condannato *the right of appeal*: l'immagine che deriva dall'osservazione di tale sistema è che « this court (...) considers that its principal function is to administer "substantial justice" ad it has not therefore laid stress on technicalities either for or against the defendant » (21). L'aspirazione ad imitare il modello inglese introduce anche tra i riformisti l'idea di un giudice dai poteri rafforzati (22), in modo da rendere il processo un percorso più certo e spedito verso il soddisfacimento di una 'giustizia sostanziale' finalmente corrispondente al comune sentire. Sebbene l'atteggiamento tradizionalmente conservatore della giurisprudenza faticò ad accogliere tali proposte per aprirsi ad interpretazioni antiformalistiche (23), gradualmente affiora qualche *sign of progress*.

(21) Ivi, p. 684. Nel commentare le sentenze che, per rispettare un cavillo legislativo od un'inutile formalità tecnica, giungono a decisioni paradossali e ridicolizzano la legge, i riformisti contrappongono con sempre più frequenza la *substantial justice* alle ingiustizie che produce il cieco rispetto dei formalismi; cfr. ad es. J.W. GARNER, *Editorial Comment. The Law Made Ridiculous*, in « JAICLC », I, 5, 1911, pp. 689-691; Id., *Editorial Comment. Substantial Justice Versus Technicality*, in « JAICLC », I, 6, 1911, pp. 855-856.

(22) L'ottava tra le *recommendations* del report di Lawson e Keedy prevede che « The trial judge should not be a mere presiding officer, but should take an active and controlling part in the trial. He should restrict counsel to the asking of relevant questions. He should promptly overrule and discourage technical objections. He should never permit counsel to intimidate or improperly to confuse a witness. He should sum up the evidence to the jury and direct them as to the law applicable thereto » (LAWSON, KEEDY, *Criminal Procedure in England*, II, cit., pp. 777-778). Nello stesso senso cfr. LAWLOR, *Needed Reforms in Criminal Law and Procedure*, cit., p. 880: « This restriction [riferita ai limiti nel presentare alla giuria questioni di fatto] on the prerogative of the court militates against an effective administration of the law. (...) One of the most serious defects in the present system is the lack of sufficient power in the trial court and the too liberal exercise of authority by the appellate courts in criminal cases ». R. POUND, *Inherent and Acquired Difficulties in the Administration of Punitive Justice*, in *Proceedings of the American Political Science Association*, vol. 4, 1907, pp. 222-239, indica come uno dei più gravi problemi che colpiscono l'amministrazione della giustizia penale americana « the needless limitation or even cutting off of the power of trial judges to control the trial and hold the jury to its province » (p. 235), anche se nei primi anni del Novecento « it is gratifying to note in the reports of the several State bar associations a growing tendency to call for restoration of the powers of trial judges » (p. 237).

(23) Desta scalpore, per es., la decisione della Corte Suprema dell'Ohio nel caso *Goodlove v. State*, (92 N.E. 491, 28 giugno 1910), la quale annulla la decisione del

Nel 1909 la *Court of Criminal Appeals* dell'Oklahoma prende una posizione netta contro la rilevanza sostanziale dei tecnicismi procedurali ⁽²⁴⁾. Nel caso *Caples v. State* afferma che il proprio compito non può certo essere ridotto a mero applicatore meccanico della lettera della legge, ma, viceversa, gli *statutes* e la Costituzione devono essere interpretate « liberally, to promote the purposes for which they were enacted, and in furtherance of justice ». Lo scopo supremo della Corte è di garantire ai cittadini dello stato « a just and harmonious system of criminal jurisprudence, founded on justice and supported by reason, freed from the mysticism of arbitrary technicalities » ⁽²⁵⁾, e solo questo criterio guiderà le decisioni future, anche in contrasto con atteggiamenti contrari di altre *appellate courts*. Alcuni precedenti ormai indicano un *trend* giurisprudenziale che mira a ridurre l'importanza dei tecnicismi formali per valorizzare, invece, la giustizia sostanziale nel singolo caso. Ciò che più interessa è la consapevolezza con la quale il giudice Furman, redattore della sentenza, esprime la posizione di rottura antiformalistica:

tribunale inferiore perché, sebbene fosse stata provata l'accusa di omicidio a carico dell'imputato, tuttavia nell'*indictment* la persona uccisa era stata indicata come Percy Stuckey *alias* Frank McCormick, e la pubblica accusa non aveva sufficientemente provato né l'identità tra la vittima, nota come Frank McCormick, e Percy Stuckey, né che quest'ultimo fosse mai esistito. Considerando tale lacuna « a total failure of proof as to an essential allegation and material part of the offense charged in the indictment », non, dunque, una « mere variance that is excused or rendered harmless » dalla legge, ma un « essential matter » non provato « beyond a reasonable doubt » (p. 492), la Corte opta per l'assoluzione dell'imputato, con il risultato di liberare un provato omicida per un mero errore tecnico. Durissime le critiche dalle pagine del *Journal*, cfr. J.W. GARNER, *Editorial Comment. Criminal Justice in Ohio*, in « JAICLC », I, 6, 1911, pp. 853-855, che definisce la sentenza « another example of the sort of slavish adherence to technicality in criminal procedure that is doing so much to destroy confidence in our methods of administering justice and to impair popular respect for the higher courts in some of our states » (p. 853).

⁽²⁴⁾ L'appellante, condannato in primo grado per *assault with intent to kill* ad una pena detentiva di cinque anni, chiede il *reversal* adducendo un errore formale nell'atto di accusa (*information*): esso, infatti, emanato con il titolo 'State of Oklahoma', sarebbe in violazione della previsione della Costituzione statale che stabilisce che 'The style of all writs and processes shall be: The State of Oklahoma': l'assenza dell'articolo determinativo sarebbe un *fatal error* capace di inficiare la validità di tutto il procedimento.

⁽²⁵⁾ *Caples v. State*, 104 P. 493, 496 e 497.

« Now that our criminal jurisprudence is in its formation period, we are determined to do all in our power to place it upon the broad and sure foundation of reason and justice »⁽²⁶⁾, così che l'innocente trovi protezione e il colpevole sia punito.

È un momento di transizione, di fondazione di un nuovo diritto penale, orientato ad una giustizia più equa: non solo, dunque, occorre affermare con forza l'irrilevanza dei tecnicismi, perché « if we place our criminal jurisprudence upon a technical basis, it would become the luxury of the rich »⁽²⁷⁾, ma bisogna avere anche il coraggio di staccarsi dal vincolo dei precedenti, laddove non si approvi più la *ratio* su cui essi si fondano. Tutte le *authorities* e i *precedents* saranno certamente considerati ed osservati, a condizione che siano supportati da « living principles » e siano « in harmony with our laws and the conditions existing in Oklahoma », anche se la Corte confessa apertamente il suo desiderio di abbandonare il rispetto per inutili precedenti fondati « in the rubbish of Noah's Ark »: « When the reason for a rule of law ceases, the rule should cease also. If this be revolution, then we are and will continue to be revolutionary »⁽²⁸⁾. La decisione è chiaramente di rottura, quasi 'rivoluzionaria' appunto nel panorama giurisprudenziale americano d'inizio Novecento, perché segna una presa di posizione coraggiosa a favore delle opzioni antiformalistiche sostenute dai *progressives*, traccia le linee di un programma di riforma endo-giurisprudenziale della *criminal justice* che vaglia la tenuta di una *rule* in base alla *reason* sottostante, che considera le conseguenze della *law in action* più che i dettami della *law in books*⁽²⁹⁾.

⁽²⁶⁾ Ivi, 499.

⁽²⁷⁾ *Ibidem*; è ribadita l'idea che solo una giustizia meno schiava dei formalismi e più attenta alle ragioni sostanziali delle parti impedisca una sorta di privilegio censitario nell'amministrazione della giustizia: « By placing our system of criminal jurisprudence upon the basis of reason justice becomes the right of the poor as well as the rich » (Ivi, pp. 499-500).

⁽²⁸⁾ Ivi, p. 500. Sull'importanza della decisione cfr. i commenti di J.H. WIGMORE, *Comment on Recent Decisions*, in « JAICLC », I, 1, 1910, p. 144-145; J.W. GARNER, *Editorial Comment. Signs of Progress*, in « JAICLC », I, 2, 1910, pp. 6-9; ID., *Editorial Comment. Judicial Disregard of Technicalities*, I, 4, 1910, pp. 522-525 (con riferimenti anche ad una decisione simile della Corte d'Appello di New York).

⁽²⁹⁾ Sulla necessità di applicare anche al diritto criminale il nuovo approccio metodologico della *science of law*, basato su una cooperazione interdisciplinare delle

Un anno dopo, in *Hack v. State*, la Corte Suprema del Wisconsin decide in modo analogo un caso simile. Nel *writ of error* il convenuto, condannato in primo grado per aver venduto whisky ad un ragazzo minore di tredici anni, eccipisce l'omissione della formale contestazione dei capi d'imputazione e della conseguente dichiarazione dell'accusato (*right of arraignment and plea*), vizio che renderebbe nullo tutto il procedimento con l'annessa condanna poiché la Corte Suprema aveva ritenuto tali formalità essenziali per il *due process of law* e coperte dalla garanzia costituzionale del XIV Emendamento⁽³⁰⁾. Tuttavia, con un'interpretazione estensiva di alcune sentenze che avevano indicato i diritti processuali 'rinunciabili' da parte dell'accusato, esplicitamente o per comportamenti concludenti, la Corte del Wisconsin ritiene di poter annoverare tra essi anche *the right of arraignment and plea*, ribaltando la dottrina consolidata dalla medesima Corte in alcuni *leading cases*⁽³¹⁾. Come in *Caples v. State*, interessa sottolineare l'argomentazione antiformalistica su cui si regge la motivazione: « We think that sound reason, good sense, and the interests of the public demand that the ancient strict rule, framed originally for other conditions, be laid aside »⁽³²⁾.

La corte può ignorare i *mere formal errors* e le *technical objections*, se non incidono in alcun modo su un *substantial right*, per cercare sempre « to adhere to the spirit of the law which giveth life rather than to the letter which killeth »⁽³³⁾: lo sforzo interpretativo deve tendere alla realizzazione della « substantial justice in all

diverse scienze sociali (*economics, politics, sociology, social psychology*) e su una « insistence upon justice through rules in contrast to abstractly just rules, an insistence upon the limitations on effective legal action, and the importance of making legal precepts effect their purposes », cfr. POUND, *Criminal Justice in America*, cit., pp. 211-212; un ruolo determinante nella trasformazione della *criminal law*, sostiene il Preside di Harvard, deve spettare alle *schools of law*, capaci di analizzare criticamente se e come l'attuale sistema legislativo e i modi di amministrare la giustizia penale siano compatibili con l'effettiva difesa degli interessi sociali alla cui tutela sono finalizzati.

⁽³⁰⁾ Cfr. *Crain v. U.S.*, 162 U.S. 625, 20 aprile 1896, 645.

⁽³¹⁾ *Douglass v. State*, 3 Wis. 820, giugno 1854; *Davis v. State*, 38 Wis. 487, agosto 1875.

⁽³²⁾ *Hack v. State*, 141 Wis. 346, 11 gennaio 1910, 352.

⁽³³⁾ Ivi, 353. In questa retorica 'modernista' il passo paolino (II Corinzi, 3, 6) sulla prevalenza dello spirito sulla legge è ricorrente: cfr., ad es., anche *Caples v. State*, cit., 78.

actions, either civil or criminal, without regard to immaterial errors or inconsequential defects » (34). La corte ha dunque il dovere, oltre che l'*inherent power* non confliggente con quello del legislatore, di cambiare orientamento sul valore irrinunciabile dei formalismi processuali, considerando con attenzione tanto le trasformazioni della società nella quale le regole devono essere applicate, quanto gli effetti che quelle stesse regole producono agendo entro contesti storici e mentalità differenti. Se il *welfare state* del XX secolo non è più l'assoluto Leviatano da temere, anche il diritto penale deve modificare la propria funzione, attenuando i profili individualistici di garanzia dell'imputato a favore di un più generale senso di giustizia sociale. Trasformazione che, spinta dalla riflessione scientifico-teorica dei riformisti, trova in una parte della *judicial branch* la disponibilità ad assumersi un ruolo diverso, più decisivo e propulsivo nel processo.

IV. *La funzione del giudice e il movimento per l'individualizzazione della pena.*

Il secondo tema che nella *Progressiv Era* interessa la funzione del giudice penale, fino al punto da modificarla radicalmente, è quello dell'individualizzazione della pena. L'influenza della contaminazione del diritto penale con le nuove scienze è, in questo ambito, determinante, in quanto la convinzione che la pena non debba essere applicata uniformemente ai criminali e dosata in proporzione del reato commesso, bensì personalizzata il più possibile in ragione delle caratteristiche di ogni delinquente, si alimenta dell'ideale riabilitativo e delle strategie preventive diffuse dalla criminologia (35). La pena individualizzata non solo presuppone una

(34) *Ibidem*. Su questa base la *conclusion* della Corte è che la dottrina del caso *Dougllass v. State* debba essere *overruled*, sostituita dal nuovo principio in forza del quale « the right of arraignment and plea will be waived by the defendant by his silence when he ought to demand it, in all cases (except capital cases) where it appears that he is fully informed as to the charge against him and is not otherwise prejudiced in the trial of the case by the omission of that formality » (*Ibidem*). Cfr. J.W. GARNER, *Editorial Comment. Wisconsin Justice Without Technicality*, in « JAICLC », I, 5, 1911, pp. 688-689.

(35) Per un quadro di sintesi sull'impatto avuto dal modello riabilitativo e dagli studi criminologici sulla giustizia penale, cfr. F.A. ALLEN, *Legal Values and the Rehabi-*

finalità rieducativa invece che retributiva della sanzione, ma implica anche la fiducia in un percorso correzionale del delinquente che non può essere predeterminato al momento dell'irrogazione della pena, poiché la risocializzazione del reo dipende da un insieme complesso di fattori che possono solo essere valutati *ex post* da parte di personale esperto. La tipologia e la durata della pena, infatti, sarebbero funzione non più del disvalore del fatto predeterminato *ex lege*, ma della pericolosità individuale, del grado di accertata rieducazione del criminale: la flessibilità, dunque, dovrebbe essere massima, in modo da consentire la verifica periodica dell'efficacia del trattamento (non più 'pena') riabilitativo ⁽³⁶⁾.

Le ambiguità implicite in tale modello sono numerose: se, per esempio, è evidente l'influenza del determinismo, non può essere del tutto negato il libero arbitrio e la capacità di scelta dell'individuo, poiché se i comportamenti fossero sempre biologicamente necessitati sarebbe del tutto inutile l'esperimento correzionale; i segni della manifesta o cessata pericolosità sono rimessi alla valutazione di saperi 'altri' rispetto al diritto (medicina legale, psicologia, psichiatria, antropologia) che, pur accreditandosi come scienze sperimentali, non possono raggiungere livelli di certezza, oggettività, uniformità nella misurazione della tendenza a delinquere di un soggetto; il continuo paragone tra medicina e pena, tra medico e giudice, implica l'accettazione di una possibile sanzione senza termine: come, infatti, il malato deve essere curato fino a quando non è del tutto guarito, così il criminale può essere sottoposto a trattamento fino a quando non è del tutto rieducato, potenzialmente fino alla morte se è considerato inemendabile. Questa sintesi indica solo alcune delle

litative Ideal, ora in Id., *The Borderland of Criminal Justice. Essay in Law and Criminology*, Chicago-London, The University of Chicago Press, 1964, pp. 25-41; L. RADZINOWICZ, *Ideology and Crime*, New York: Columbia University Press, 1966, trad. it. *Ideologia e criminalità. Uno studio del delitto nel suo contesto storico e sociale*, Milano, Giuffrè, 1968, e Id., *In Search of Criminology*, London, Heinemann, 1961, trad. it. *Alla ricerca della criminologia*, Milano: Giuffrè, 1964.

⁽³⁶⁾ La diffusione di tale approccio nella *criminal jurisprudence* è ampia; solo a mo' di esempio, cfr. F. H. WINES, *The New Criminology*, New York, Press of the James Kempster printing Co., 1904; M. PARMELEE, *Criminology*, New York, The Macmillan Co., 1923; F. A. KELLOR, *Criminal Anthropology in Its Relation to Criminal Jurisprudence*, in «The American Journal of Sociology», 4, 4, 1899, pp. 515-527 e 4, 5, 1899, pp. 630-648.

problematiche che incrociano il tema dell'individualizzazione, ampiamente discusse tanto nella cultura giuridica americana quanto in quella europea d'inizio Novecento, a sottolineare come esso attraversi in realtà tutti i campi di tensione della giustizia penale, dai dogmi della responsabilità alle giustificazioni filosofiche sulla legittimità e i limiti del diritto di punire. Nella prospettiva che qui interessa, quella del diritto giurisprudenziale, sono due i profili specifici dell'*individualization of punishment* che sembrano particolarmente rilevanti nel dibattito statunitense: la *indeterminate sentence* e la separazione tra fase processuale di accertamento della colpevolezza (*guilt phase*) e fase di irrogazione ed esecuzione della pena (*sentencing phase*).

V. *La indeterminate sentence e la separazione dei poteri.*

La pena indeterminata, ovvero l'irrogazione di una sanzione dalla durata indefinita, è proposta per la prima volta negli Stati Uniti da Zebulon Brockway, soprintendente del riformatorio di Detroit, al congresso penitenziario di Cincinnati del 1870. L'esperienza ed i dati sulla recidiva dimostrano l'inefficacia riabilitativa del sistema di pene detentive applicato in base a rigidi criteri di proporzionalità e con meccanici sconti di tempo per buona condotta; occorre agire sulla *love of liberty* del detenuto, renderlo artefice del proprio percorso di liberazione offrendogli la possibilità di determinare la durata del trattamento custodiale in base alla capacità di riformare il proprio carattere. La *sentence*, pertanto, non può essere determinata *ex ante* dal giudice del processo, ma deve essere *indeterminate*, espressione con cui Brockway indica l'idea che tutti i delinquenti condannati da un tribunale competente, « shall be deemed wards of the state, and shall be committed to custody of the board of guardians, until, in their judgment, they may be returned to society with ordinary safety, and in accord with their own highest welfare »⁽³⁷⁾. Tale metodo avrebbe una serie di vantaggi, tra i quali

(37) Z. BROCKWAY, *The Ideal of a True Prison System for a State*, in E.C. WINES (a cura di), *Transactions of the National Congress on Penitentiary and Reformatory Discipline*, Held at Cincinnati, Ohio, October 12-18, 1870, Albany, Weed, Parsons and Co., 1871, p. 54.

quello di assegnare la responsabilità di fissare il periodo (e la modalità) della detenzione ad un organo competente di esperti, che assume decisioni trasparenti e rivedibili, invece che lasciarla al capriccio di giudici eletti dal voto popolare, i quali, oltre a non avere né il tempo né le conoscenze per prendere nei singoli casi le decisioni più convenienti, rispondono a logiche politiche che nulla hanno a che fare con la rieducazione del reo o la prevenzione del crimine. Il *judiciary* non sarebbe del tutto escluso dal *sentencing*, ma affiancato da un « *board of guardians* »⁽³⁸⁾, in un modello che avrebbe il pregio di rimuovere il momento di determinazione del termine di detenzione « *away from the time of trial, with its excitements, its prejudices, and any influence of popular clamor, and affords opportunity to judge correctly of the real character of the prisoner* »⁽³⁹⁾.

Nel 1877 Brockway riesce a far approvare dallo stato di New York un provvedimento che prevede l'applicazione della pena relativamente indeterminata per i detenuti (*first offenders* compresi tra i sedici e i trent'anni) nel nuovo sperimentale riformatorio di Elmira, di cui è da poco direttore. Quel 'relativamente', considerato un compromesso necessario ma transitorio dal suo proponente⁽⁴⁰⁾, significa che la durata della pena non è stabilita caso per caso dal giudice nella sentenza di condanna, né è rimessa *in toto* alla valuta-

(38) Ivi, pp. 46-47: esso dovrebbe essere composto di dieci persone al massimo, « *intelligent, enterprising, ingenious, already interested in the science of society* », tra le quali Brockway suggerisce « *a physician, an educator, a judge well versed in moral as well as legal science, a mechanic, a manufacturer, a merchant or financier, an editor or man of letters, a man specially distinguished for his "common sense" and independence of character, a matronly mother, of sound sense and a woman zealous for the rights of her sex* ».

(39) Ivi, pp. 55-56.

(40) Nel 1907 Brockway, instancabile sostenitore di un sistema di pene assolutamente indeterminate, critica la scelta poco coraggiosa, e dunque ancora non del tutto soddisfacente, delle legislazioni che hanno optato per la *relative indeterminateness*. A suo avviso sono tre gli ostacoli alla piena e coerente realizzazione di un *reformatory system*: « *the conservatism of the old time notions yet remaining with some of our courts and with some lawyers* », « *the lack of confidence in the possibility and certainly in the probability that administration of prisons can be had quite devoid of prejudice and partisan interference* », « *a mistaken sentimentality* » in favore dei detenuti nel caso di un prolungamento del trattamento (Z. BROCKWAY, *An Absolute Indeterminate Sentence*, in « *Charities and the Commons* », 17, 1907, p. 869).

zione del *board of guardians*, ma la legge determina solo il limite massimo di detenzione per quella fattispecie, entro il quale spetta poi alla commissione di esperti decidere concretamente, in base alla verifica dell'avvenuta risocializzazione, se e quando concedere al detenuto la liberazione, prima condizionale poi definitiva. In pochi anni l'esperimento di Elmira ottiene un successo di scala internazionale ⁽⁴¹⁾, e quasi tutti gli stati dell'Unione adottano il sistema che abbina la *relative indeterminate sentence*, in forza del quale una commissione di *prison officials* variamente composta (*board of parole, of pardon, of prison*) ha la facoltà di stabilire in concreto la durata della detenzione entro un margine molto ampio fissato dalla legge tra un minimo (di solito almeno un terzo della pena base) ed un massimo, al *parole system*, che prevede la possibilità di concedere al detenuto la liberazione condizionata prima della scadenza del termine della pena qualora sia ritenuto già parzialmente recuperato ⁽⁴²⁾.

La pena indeterminata si giustifica sulla base di una « trinal unity », composta da « restraint, reformation, conditional and then absolute release » ⁽⁴³⁾. Contiene in sé un'anima repressiva ed una riformatrice, combina all'idealismo correzionale l'utilità preventiva e la sicurezza eliminativa ⁽⁴⁴⁾: nell'entusiasmo dei primi e più agguer-

⁽⁴¹⁾ « The most advanced penal institution in the world » lo definisce C. BERNALDO DE QUIRÓS, *Modern Theories of Criminality*, Boston, Little, Brown and Co., 1911, p. 185. Sul funzionamento dell'*Elmira System*, cfr. ad es. F.H. WINES, *Punishment and Reformation. A Study of the Penitentiary System*, New York, T.Y. Crowell, 1919 (new ed.), pp. 199- 234.

⁽⁴²⁾ Nel 1922 trentasette stati hanno adottato una forma di *indeterminate sentence*; quarantaquattro stati, le Hawaii e il governo federale il *parole system*, mentre solo quattro non hanno né l'una né l'altro. Per una sintesi della graduale diffusione e delle variabili legislative degli istituti cfr. E. LINDSEY, *Indeterminate Sentence, Release on Parole and Pardon*, in « JAICLC », VIII, 4, 1917, pp. 491-498; Id., *Historical Sketch of the Indeterminate Sentence and Parole System*, in « JAICLC », XVI, 1925-26, pp. 9-69; H.E. BARNES, *The Repression of Crime. Studies in Historical Penology*, New York: G.H. Doran Co., 1926, pp. 221-247; M. ZALMAN, *The Rise and Fall of the Indeterminate Sentence*, in « Wayne Law Review », 24, 1, 1977, specie pp. 48-83.

⁽⁴³⁾ BROCKWAY, *An Absolute Indeterminate Sentence*, cit., p. 867.

⁽⁴⁴⁾ Come sintetizza L. FRIEDMAN, *Crime and Punishment in American History*, New York: BasicBooks, 1993, p. 161, « the indeterminate sentence pointed in two directions: leniency and rehabilitation for the savable; eternal damnation for the rest.

riti difensori di tale misura (Brockway, Wines, Spalding ⁽⁴⁵⁾), il rischio di un suo possibile impiego come strumento discriminatorio di controllo sociale, modulabile in funzione di selezionate tipologie di detenuti (gli *immigrants*, gli indigeni, gli afro americani per esempio), viene escluso sulla base della valutazione scientifica, oggettiva quindi, della pericolosità o della riacquisita socialità del delinquente. Le conoscenze criminologiche in continuo perfezionamento, i progressi della psichiatria e della psicologia, dovranno portare, nell'ottimistica visione pan-scientista, ad un'uniforme valutazione dei caratteri dei criminali: laddove la concreta applicazione del modello riabilitativo mostri qualche incongruenza o produca esiti non desiderati, il problema va ricondotto alla scarsa, inadeguata formazione criminologica dei *prison officials*, non certo a contraddizioni insite nel modello stesso ⁽⁴⁶⁾.

Ad inizio secolo, tuttavia, i riformisti statunitensi guardano con interesse al contributo della *criminological science* europea, credendo di poter trovare nella solidità teorica e nel metodo scientifico della riflessione continentale il sostegno culturale necessario per legittimare le loro proposte ⁽⁴⁷⁾: ciò vale anche per l'*indeterminate*

(...). Penal reform was both carrot and stick, and 'habitual criminal' laws were part of the stick ».

⁽⁴⁵⁾ Cfr., ad es., W.F. SPALDING, *Indetermined Sentences for Penitentiary Prisoners. A Paper Prepared for the National Prison Congress, 1895 s.l., s.n., 1895*; Id., *Possibilities of the Probation System*, Boston: Massachusetts Prison Association, 1908.

⁽⁴⁶⁾ In questo senso cfr. ad es. R.J. WRIGHT, *Digest of Indeterminate Sentence and Parole Laws*, (Reprint from 91st Annual Report of the Prison Association of N.Y.), Albany: J.B. Lyon Co., 1936, pp. 79-80: « One of the glaring defects of the entire parole situation today is that of an inadequate personnel »; E. LINDSEY, *What Should Be the Form of the Indeterminate Sentence and What Should Be the Provisions as to Maximum and Minimum Terms, If Any?*, in « JAICLC », XII, 4, 1922, p. 537: « we may take it as certain that public sentiment will not approve a sentence without a maximum limit until reformatory methods within the prisons have been developed to a much greater degree of perfection than is the case at present ».

⁽⁴⁷⁾ Cfr. per es. H. ELLIS, *The New York State Reformatory in Elmira*, London: Alexander Winter, 1891, *Preface*, p. iv: « The European criminologists (...) have worked for the most part purely as scientific investigators. The founders of Elmira, on the other hand, seem to have been guided purely by practical and social considerations, and to have had no knowledge of the scientific movement that was arising in Europe. In the future, there is now good reason to hope, these two currents of scientific advance and practical social progress will be united »; M. PARMELEE, *The Principles of Anthropology*

sentence, che, dopo le prime sperimentazioni legislative, diviene bersaglio di serrate critiche di incostituzionalità, respinte a livello dottrinale e giurisprudenziale proprio grazie all'apporto delle convincenti argomentazioni criminologiche. Questa 'battaglia' sulla legittimità dell'istituto tra riformisti e conservatori ⁽⁴⁸⁾ tocca il cuore del problema, ovvero la distribuzione di poteri e responsabilità nella *sentencing phase* tra legislatore, giudici, amministrazione. La logica della pena indeterminata, infatti, sembra, per un verso, ampliare la discrezionalità del giudice nella commisurazione della pena, non essendo più vincolato da un ristretto limite edittale previsto nella legge, per altro verso, invece, restringere di molto le prerogative giudiziali nell'irrogazione della sanzione, trasferendole in capo ad un organo amministrativo di nuova costituzione di cui il giudice può (non sempre) esserne parte e le cui decisioni non sempre sono sottoposte ad un vaglio di giurisdizionalità.

Il *judiciary*, dunque, soggetto tecnico esperto di diritto ma non ancora provvisto di competenze criminologiche, esaurirebbe il proprio ruolo con il verdetto di condanna, che prende atto della scelta della giuria, e con l'irrogazione di una pena detentiva per un tempo indeterminato (entro un minimo ed un massimo molto ampi). In concreto spetterebbe poi al *board of prison* decidere la modalità esecutiva e la durata effettiva della pena, valutare il momento e le condizioni della possibile liberazione in base ad uno studio approfondito del carattere, del *background*, delle condizioni psicologiche, dell'educazione del reo, scegliere in ragione di una verifica periodica del livello di rieducazione, di un accertamento della cessata pericolosità o del rischio di recidiva. Nell'ottica dei suoi sostenitori la pena

and Sociology in Their Relations to Criminal Procedure, New York: The Macmillan Company, 1908, p. 6: « It is now very essential that these reforms should be studied in the light of this new science of criminology, and that they should be given a sound scientific basis. European science and American practical reform should be brought together ».

⁽⁴⁸⁾ Cfr. G.C. SPERANZA, *What Are We Doing for the Criminal?*, in « The American Law Register », 49, 4, 1901, p. 219: « The most hopeful sign of popular discontent against classic penal provisions is the introduction in many of our states of the "Indeterminate Sentence" and the "Suspension of Judgment". The *fight* for their introduction into our criminal codes has been a hard one, and, even where successful, it has been but partially so ».

indeterminata, in quanto compiuta realizzazione di pena individualizzata, rappresenta un progresso significativo nella giustizia penale e nelle discipline carcerarie, proprio perché massimamente conformata alle caratteristiche personali del singolo trasgressore. Essa, tuttavia, spostando il baricentro della sanzione dalla funzione retributiva del fatto commesso alla funzione riabilitativa del delinquente, da una prospettiva di repressione della prava volontà ad una di prevenzione della *dangerousness*, incide anche sulla legittimità e la competenza dei soggetti chiamati a gestire la fase del *sentencing* nei suoi diversi momenti.

VI. *La biforcazione tra trial e sentencing.*

« *Verdict Guilty, Now What?* », è il titolo di un articolo nel quale lo psichiatra Karl Menninger, nel 1959, accusa i metodi punitivi statunitensi di essere inefficaci perché ancora dipendenti dalle vecchie teorie giuridiche ed impermeabili alle nuove scoperte scientifiche sui criteri di trattamento dei criminali ⁽⁴⁹⁾: al di là della sfasatura temporale, che dimostra come il *rehabilitative ideal*, nonostante le riforme legislative introdotte, fatichi concretamente ad imporsi sulla tradizionale mentalità retributiva, interessa qui cogliere il senso della domanda sulla funzione della pena, nella quale è possibile riassumere la *ratio* del movimento per la *indeterminate sentence* iniziato a fine Ottocento. L'accertamento della colpevolezza dell'imputato non è che la prima tappa di un complesso itinerario rieducativo, la premessa indispensabile di ogni trattamento correzionale la quale, tuttavia, non può né condizionare né determinare tempi e modi dell'*individual treatment* (non più *punishment*), perché il giudice del fatto non può sapere preventivamente se e quando il

⁽⁴⁹⁾ K. MENNINGER, *Verdict Guilty - Now What?*, in « Harper's Magazine », agosto 1959, pp. 60-64, il quale, dopo aver sostenuto che la causa della criminalità deve essere ricondotta all'incapacità della società di integrare tutti i suoi membri, conclude con un invito ad uscire finalmente dall'impulsiva logica vendicativa della legge del taglione, caratteristica della *old penology*, per intraprendere la via scientifica del trattamento terapeutico del delinquente: « In its place should go a quiet, dignified, therapeutic program for the rehabilitation of the disorganized one, if possible, the protection of society during his treatment period, and his guided return to useful citizenship, as soon as this can be effected ».

malato-reo sarà ‘guarito’ ⁽⁵⁰⁾. Se le funzioni, dunque, sono diverse (accertare la responsabilità penale nel processo, prendersi cura della rieducazione del criminale nella pena-trattamento), diversi dovranno essere anche sia gli strumenti sia i protagonisti delle due fasi: la tecnica giuridica dovrebbe cedere il passo ad altre scienze (medicina, psichiatria, psicologia, statistica, sociologia, antropologia), così come il giudice dovrebbe lasciare spazio ad esperti delle nuove discipline carcerarie ⁽⁵¹⁾. L’introduzione legislativa della pena indeterminata e del *parole*, sospinta dalla *criminological wave* che travolge la cultura e l’opinione pubblica americana, conduce ad un *biphasic trial* nel quale la prima parte, pienamente giurisdizionale, conserva caratteri, regole, limiti del processo penale precedente e si esaurisce con la sentenza di condanna; la seconda parte, invece, quella del *sentencing*, è affidata ad un organo amministrativo di nuova istituzione e si apre alle sperimentazioni metodologiche *in progress* della *criminology* ⁽⁵²⁾.

Dal punto di vista teorico tale biforcazione, separando colpa e pena in ambiti autonomi che rispondono a logiche diverse, appare certamente un compromesso tra tradizione e rinnovamento, perché consente di non rinunciare alla nozione di *mens rea* ma, nello stesso tempo, apre al determinismo biologico e sociologico tutta la fase del trattamento. Nella cultura giuridica europea una posizione simile è

⁽⁵⁰⁾ In questo senso cfr. per es. C.D. WARNER, *Some Aspects of the Indeterminate Sentence*, in «The Yale Law Journal», 8, 5, 1899, pp. 219-224, specie p. 221; sui caratteri della *reformatory sentence* cfr. anche C.T. LEWIS, *The Indeterminate Sentence*, in «The Yale Law Journal», 9, 1, 1899, pp. 17-30.

⁽⁵¹⁾ Sulla biforcazione del processo penale nell’*American jurisprudence*, come riflesso teorico dei «differing ways in which jurists and behavioral scientists conceptualized criminal responsibility», con la nozione di *mens rea* ancora a fondamento della *guilt phase*, sostituita, invece, dalle idee positivistiche di responsabilità sociale e pericolosità nel *sentencing*, cfr. GREEN, *Freedom and Criminal Responsibility*, cit., specie pp. 1923-1927.

⁽⁵²⁾ Cfr. WINES, *The New Criminology*, cit., p. 11: dei tre rami del potere due hanno fino ad ora cercato di assicurare una *penal justice*, il legislativo e il giudiziario, ma «neither has succeeded» perché si sono basati su regole astratte e sulla *mathematical proportion*; ciò che serve, dunque, è «the establishment of a system under which the authorities who have the custody of the prisoner, and who, being appointed by the governor, are his representatives and agents, and are empowered to establish rules, subject to executive (or even joint executive and judicial) approval, governing the date and the conditions of the prisoner’s release».

autorevolmente sostenuta da Raymond Saleilles⁽⁵³⁾, non a caso tradotto e recensito con grande attenzione negli Stati Uniti⁽⁵⁴⁾. Al di là del rifiuto del puro meccanicismo in difesa della *freedom of the will*, lo scontro sulla costituzionalità dell'*indeterminate sentence* riguarda il cuore del *rule of law*, il *tripartite genius of our institutions* come lo chiamano i giuristi americani, ovvero i meccanismi che garantiscono la separazione ed il bilanciamento dei poteri legislativo, giudiziario, esecutivo. Gli *Acts* che nei vari stati introducono l'*indeterminate sentence* sono accusati di incostituzionalità perché il potere di stabilire concretamente la durata della detenzione conferito al *board of managers* è visto sia come un'illegittima « delegation of the duty and power of the legislature to prescribe punishment for the violation of the penal laws of the state », sia come una « invasion of the province of the judicial department to determine and fix, under the provisions of the legislature, the term of imprisonment »⁽⁵⁵⁾, sia, infine, come un *infringement* del *pardoning power* del Governatore, unico soggetto costituzionalmente titolare del potere di grazia che non può, pertanto, essere delegato⁽⁵⁶⁾. I poteri che sono costituzio-

(53) R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine. Etude de criminalité sociale*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1927 [13 ed.], p. 167 « La conception de la peine implique la responsabilité; il faut que l'on croie à la responsabilité pour qu' une mesure prise contre un malfaiteur soit une peine. Mais l'application de la peine n'est plus affaire de responsabilité, mais d'individualisation. C'est le crime que l'on punit, mais c'est la considération de l'individu qui détermine le genre de mesure qui lui convient. La responsabilité, fondement de la peine, et l'individualisation, critérium de son application: telle est la formule du droit pénal moderne ».

(54) L'opera è tradotta nel 1911 nella *Series* di Wigmore con prefazione di Roscoe Pound; tra le recensioni cfr. « Harvard Law Review », 25, 8, 1912, pp. 749-750; « Yale Law Journal », 21, 2, 1911, pp. 175-176; « University of Pennsylvania Law Review », 60, 4, 1912, pp. 291-292; « Columbia Law Review », 12, 4, 1912, pp. 382-383; « Annals of the American Academy of Political and Social Science », 44, 1912, pp. 186-187.

(55) J.M. KERR, *The Indeterminate-Sentence Law Unconstitutional*, in « American Law Review », 55, 5, 1921, p. 729.

(56) In questo senso cfr. ad es. *In Re Conditional Discharge Of Convicts*, 73 Vt. 414, 29 maggio 1901 (Supreme Court Of Vermont), 429: « The result is that No. 127, laws of 1898, so far as it undertakes to confer upon the board of prison commissioners the power of paroling prisoners, is also unconstitutional and void. Therefore, answering question four submitted, the board of prison commissioners has no authority to grant a conditional discharge nor a parole to a convict in any case ».

nalmente attribuiti a determinati soggetti, non possono essere delegati o trasferiti *in toto* ad altri, senza con ciò violare lo spirito della stessa legge fondamentale.

Secondo alcune prime decisioni, il *board of prison* introdotto dalle nuove leggi ma non definito né previsto in Costituzione (né nelle Costituzioni statali), invadendo ed occupando spazi di altri 'poteri', sarebbe *unconstitutional* perché romperebbe, in prima battuta, l'equilibrio su cui si regge il *rule of law* e rischierebbe, come ulteriore conseguenza, di far saltare i meccanismi di garanzia a tutela dell'individuo. Infatti, anche se il nuovo sistema punitivo è motivato dal desiderio di riformare il reo ed al tempo stesso di punirlo, di migliorare i condannati proteggendo la società, il rischio dell'indeterminatezza è che « when the convict (...) enters the prison, he becomes the servant and slave of the prison board, and no court in the country has any power to protect his rights or redress his wrongs »⁽⁵⁷⁾. Al *board of prison* composto di quattro membri non eletti dal popolo viene affidata una « almost unlimited authority »⁽⁵⁸⁾ riguardo al rilascio del detenuto, senza controllo giurisdizionale e senza appello: il presupposto della dichiarazione d'illegittimità sta nella duplice convinzione che la pena debba essere *certain* e *definite* da parte del legislatore e che ogni decisione relativa alla pena sia (e debba essere) di natura giudiziale, perché il vaglio di una corte assicura maggiori tutele ai condannati⁽⁵⁹⁾.

L'interpretazione prevalente, tuttavia, considera la *indeterminate sentence* ed il *parole* costituzionalmente legittimi in base ad argomentazioni che fanno salve le peculiari prerogative sia del *legislature* sia del *judiciary*. È vero, infatti, che « the power to declare what shall be the appropriate punishment for an ascertained crime belongs solely to the legislature »⁽⁶⁰⁾, ma il legislatore può libera-

⁽⁵⁷⁾ *People v. Cummings*, 88 Mich. 249, 13 novembre 1891, 254: infatti, « Their discretion is not reviewable by the courts; it is arbitrary ».

⁽⁵⁸⁾ Ivi, 262.

⁽⁵⁹⁾ La *dissenting opinion* del giudice Grant in *People v. Cummings* ritiene, invece, che « The constitutional power of the courts is neither abridged nor enlarged. The character and extent of the punishment are clearly within the exclusive control of the Legislature » (Ivi, 264), e che, soprattutto, la decisione del *board* sulla libertà del detenuto non sia un *judicial act*.

⁽⁶⁰⁾ *Woods v. State*, 130 Tenn. 100, aprile 1914, 106-107.

mente decidere di indicare un margine edittale molto ampio anziché fissare una pena determinata. Ciò che cambia con le nuove *indeterminate laws*, rispetto al sistema precedente, è solo la durata della detenzione che, mai inferiore al minimo, si intende di fatto sempre estesa fino al limite massimo, salvo una 'meritata' riduzione decisa dal *board of prison*. I poteri conferiti alla commissione, però, « are not judicial in their nature, but only administrative »⁽⁶¹⁾: richiedono certamente « the exercise of judgment and discretion; but it is essential that such powers be vested in administrative officers, to a limited extent »⁽⁶²⁾. Come ogni potere amministrativo, essa opera con margini di discrezionalità che non si traducono però in arbitrio incontrollato, perché le decisioni del *board* nel fissare i confini della libertà del detenuto devono essere orientate dalle considerazioni sulla sua storia pregressa, sulla pericolosità, sul livello di risocializzazione.

Lo spazio di intervento concesso al *board* è lo strumento operativo per l'attuazione del fine riabilitativo del diritto penale riformato: il delinquente deve essere limitato, osservato, guidato ed assistito nel percorso verso una rinnovata cittadinanza, secondo un itinerario che richiede tempo, vicinanza con il soggetto, conoscenze criminologiche. Non si può certo chiedere né al legislatore, né alle corti, né al governatore di farsi carico di tale scopo, ma « it is possible only through the agency of some such board or commission », poiché « these powers, while neither judicial, legislative, nor executive (...) belong to that great residuum of governmental authority, the police power, to be made effective, as in often case, through administrative agencies »⁽⁶³⁾. La commissione istituita dalle nuove norme, secondo tale interpretazione che ne legittima la costituzionalità, non altera gli equilibri dei poteri separati né invade funzioni fondamentali riservate ai singoli ambiti, bensì esercita un potere amministrativo finalizzato alla migliore applicazione della pena prevista in astratto dal legislatore e irrogata in concreto dal

⁽⁶¹⁾ Ivi, 108.

⁽⁶²⁾ *Ibidem*. Come altri esempi dimostrano, non tutti gli atti che implicano esercizio di potere discrezionale devono necessariamente essere « judicial in their nature » (Ivi, 110).

⁽⁶³⁾ Ivi, 114.

giudice, svolgendo un compito divenuto necessario nella prospettiva finalistica riabilitativa ormai politicamente dominante ⁽⁶⁴⁾. Nonostante alcune voci critiche ⁽⁶⁵⁾, questa lettura della pena indeterminata prevale nella dottrina e nella giurisprudenza americane di inizio Novecento, contribuendo all'ampia diffusione dell'istituto: diviene, anzi, gradualmente, un punto fermo della *criminal jurisprudence*, una delle manifestazioni più tipiche della moderna filosofia dell'individualizzazione ⁽⁶⁶⁾.

La conseguenza più evidente del sistema della pena indefinita è l'accentuarsi della separazione tra *trial* e *sentencing*, concepiti come due momenti autonomi del processo penale, non solo guidati da soggetti diversi per competenze e formazione, ma anche sotto-

⁽⁶⁴⁾ In questo senso cfr. anche *In re Lee*, 177 Cal. 690, 8 marzo 1918 (Supreme Court of California), 693: rispondendo alla questione sulla possibile delega di poteri legislativi o giudiziari al *prison board* la Corte afferma che « it is pointed out that the legislative function is filled by providing the sentence which is to be imposed by the judicial branch upon the determination of the guilt of the offender. This is done by the enactment of the indeterminate sentence law. The judicial branch of the government is intrusted [*sic*] with the function of determining the guilt of the individual and of imposing the sentence provided by law for the offense of which the individual has been found guilty. The actual carrying out of the sentence and the application of the various provisions for ameliorating the same are administrative in character and properly exercised by an administrative body ». Sul dibattito relativo alla costituzionalità della *indeterminate sentence* cfr. LINDSEY, *Historical Sketch of the Indeterminate Sentence*, cit., pp. 40-52; P.R. GATENS, *A Brief Upon Question of Constitutionality of the Parole and Indeterminate Sentence Laws*, New York, 1917.

⁽⁶⁵⁾ Quella di James Kerr, per esempio, il quale sostiene che se un atto prevede esercizio di discrezionalità o di giudizio, esso può solo essere o « administrative in its character » ed appartiene al potere esecutivo, o « judicial in its nature » ed appartiene al giudiziario, « in either of which cases the legislature is inhibited by the constitution from delegating to another the act to be done »; solo se le *indeterminate laws* prevedessero condizioni definite per l'esecuzione della pena potrebbero essere legittime, ma « the great trouble with all the indeterminate sentence statutes is that they are shadowy and not definite; they delegate to others the discretion which the legislature should exercise in definite manner in positive law and not by way of suggestion and recommendation » (*The Indeterminate-Sentence Law Unconstitutional*, cit., p. 736, 740; cfr. anche *Id.*, *Judicial Parole Against Sound Public Policy*, in « American Law Review », 55, 4, 1921, pp. 512-528).

⁽⁶⁶⁾ Sulla pena indeterminata nella quale « the court does not participate in the fixing of the sentence », ma è un « administrative board » a decidere la durata della detenzione, come « more logical application » della dottrina rieducativa della pena, cfr. M.F. MCGUIRE, A. HOLTZOFF, *The Problem of Sentence in the Criminal Law*, in « Boston University Law Review », 20, 3, 1940, pp. 423-434 (cit. p. 433).

posti a regole differenti, specie per l'utilizzabilità di prove relative non al fatto (escluse dal *trial*) ma alla personalità del reo (necessarie nel *sentencing*) (67). Solo la logica della biforcazione, con due momenti distinti teleologicamente e quindi anche metodologicamente, riesce a conciliare, per esempio, l'attività valutativa del *board* con la *undue prejudice rule* fondamentale nel sistema di *common law*, per la quale non possono essere utilizzate nel processo prove relative alla personalità dell'imputato o riferite a sue precedenti condotte per non influenzare negativamente il giudizio della giuria sulla singola *res iudicanda* (68). Tale regola, infatti, continua ad essere valida solo per il *trial*, non più per il *sentencing*, dove, al contrario, tutte le possibili informazioni sul carattere e la storia pregressa del condannato sono fondamentali per scegliere il trattamento più adatto (69).

Nella sempre più marcata enfasi che la criminologia attribuisce alle fasi dell'imposizione ed esecuzione della pena, il baricentro si

(67) Cfr. ad es., a dimostrazione di come la logica bifasica sia ormai penetrata nel discorso giuridico sulla pena, *Williams v. State*, 337 U.S. 241, 6 giugno 1949, 248-249, in cui la Corte Suprema legittima differenti utilizzazioni di materiale probatorio, sul presupposto che « Modern changes in the treatment of offenders make it more necessary now than a century ago for observance of the distinctions in the evidential procedure in the trial and sentencing processes. For indeterminate sentences and probation have resulted in an increase in the discretionary powers exercised in fixing punishments ». Sulla distinzione, tra *trial function* e *sentencing function* come conseguenza della diffusa applicazione degli *habitual criminal statutes* e della *indeterminate sentence*, cfr. anche le brevi ma utili note in *The Admissibility of Character Evidence in Determining Sentence*, in « University of Chicago Law Review », 9, 4, 1942, pp. 715-722.

(68) Regola non osservata, come sottolinea Wigmore, nella procedura europea continentale, dove alla *character evidence* « is given great consideration and is freely used » (J.H. WIGMORE, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, I, 2nd Ed., Boston, Little Brown and Co., 1923, § 193, p. 413).

(69) In questo senso cfr. per es. *State v. Reeder*, 79 S.C. 139, 21 febbraio 1908 (Supreme Court of South Carolina), 140: « The American cases lay down the principle that, in the case where it devolves upon the Court to determine the punishment, either upon the finding or upon the plea of guilty, it is the correct practice for it to hear evidence in aggravation or mitigation, as the case may be, where there is any discretion as to the punishment (...). It has likewise been held that evidence of the moral character of the accused is competent to guide the Court in determining the punishment to be imposed »; *People v. Popescue*, 345 Ill. 142, 18 giugno 1931 (Supreme Court of Illinois), ed i precedenti ivi richiamati, con anche il commento di F. BROADY, *Criminal Law — Use of Evidence of Prior Offenses in Fixing Discretionary Penalties*, in « The University of Chicago Law Review », I, 5, 1934, pp. 810-811.

sposta dal giudice ad un organo amministrativo, perché la conoscenza della legge e delle regole procedurali nulla ha a che vedere con la capacità di gestire il trattamento rieducativo. Poiché i giudici non solo non sono provvisti della scienza necessaria per valutare la situazione psicologica e la personalità complessiva del reo, ma considerano spesso la criminologia come un 'sapere' del tutto superfluo per il loro compito, risulta ancora più necessario l'affidamento del *sentencing* ad un altro organo d'esperti che possa assumere decisioni fondate su conoscenze scientifiche (70). Questo *judge's dilemma* sul confine della sua sfera di operatività ha naturalmente radici giuridiche, filosofiche e storiche nel principio della separazione dei poteri, complicate però dalla tendenza emersa a fine Ottocento a trasferire compiti « of a truly judicial character from the Courts to the administrative authorities » (71). È una delle contraddizioni del modello correzionalista, che, nell'intento di ridisegnare i rapporti tra poteri in modo da non irrigidire il momento applicativo-esecutivo della pena, sembra trasferire al giudiziario prerogative del legislativo, ma, in realtà, sposta la responsabilità di scelte valutative discrezionali in capo ad organi amministrativi, ponendo, almeno nelle interpretazioni più prudenti, seri dubbi per la tenuta delle garanzie individuali (72).

(70) In questo senso cfr. ad es. le considerazioni generali di H.M. BAKER, *The Court and the Delinquent Child*, in « The American Journal of Sociology », 26, 2, 1920, p. 178: « Lawyers and judges rightfully resent this institutionalization of courts. The true function of a court is to determine judicially the facts at issue before it; or, in criminal matters, the guilt or innocence of persons charged with crime. Investigations of the lives, environments, or heredity of delinquents, the infliction of punishment, and the supervision of probation institutionalize the courts and are repugnant to every tenet of the science of law ». A dimostrazione di una radicata mentalità di *common law* che considera il compito del magistrato estraneo ai nuovi saperi, cfr. R.C.K. ENSOR, *Courts and Judges in France, Germany, and England*, London, Oxford University Press, 1933, nt. 1, pp. 89-90, il quale, commentando la carenza di « any proper equipment » degli *High Court judges* inglesi nel decidere la pena, racconta che quando chiese al *Lord Chief Justice Alverston* se fosse interessato ai libri di *criminology* e *penology*, questi rispose "I prefer to rely on common sense", considerando sdegnosamente inutili i nuovi studi sul delinquente e sulla pena.

(71) H. MANNHEIM, *The Dilemma of Penal Reform*, London, G. Allen and Unwin Ltd., 1939, p. 174.

(72) Il taglio tematico e lo spazio di questo contributo non consente di allargare lo sguardo al vivace dibattito internazionale sulla legittimità della *indeterminate sentence*, sempre rifiutata dalla maggioranza dei giuristi europei per i quali essa rappresenta una

Certo tutto l'ideale riabilitativo si regge sulla premessa che la *discretion* riconosciuta alla *sentencing agency* sia esercitata saggiamente in base alle più avanzate conoscenze scientifiche, « there is no guarantee, however, that sentencing boards will possess wisdom nor that there will be agreement on what knowledge is "best". Individualization of treatment can lead to concentration camps as well as to psychiatric therapy » (73). Si pone, dunque, il problema dei limiti al potere decisionale della *prison board*, da ricercare di nuovo nei paletti imposti dalla legge che definisca tipi e forme del *treatment* o nella garanzia della giurisdizione, per impedire che la *sentencing phase* sia governata da un *rule of men* anziché da un *rule of law* (74).

sorta di cavallo di Troia che rischia di riportare nell'amministrazione della giustizia penale quella discrezionalità tipica dell'antico regime, superata con la Rivoluzione francese e il positivismo giuridico. Meglio piuttosto continuare con la liberazione condizionale, con mezzi 'eliminativi' come la relegazione, o con misure di prevenzione della pericolosità come le misure di sicurezza, tutte più rispettose del principio di legalità. Per un'utile sintesi comparativa cfr. M. ANCEL, *The Indeterminate Sentence*, United Nation Dept. of Social Affairs, New York, U.N. Publication, 1954 e, sul dibattito svoltosi in occasione del Congresso Internazionale Penitenziario di Washington nel 1910, cfr. C.H. HENDERSON, *Report of the Proceedings of the Eighth International Prison Congress, Washington D.C., Sept.-Oct. 1910*, Washington, Government Printing Office, 1913 e N.K. TEETERS, *The International Penal and Penitentiary Congress (1910) and the Indeterminate Sentence*, in « Journal of Criminal Law and Criminology », 39, 5, 1949, pp. 618-628.

(73) N. CANTOR, *A Disposition Tribunal*, in « JAICLC », 29, 1, 1938, p. 61.

(74) Ivi, p. 60: « Complete abandonment of the rule *nullum crimen sine lege* would expose individuals to the whims of the court, city and state officials who identify themselves with the law and to the political currents of the day. (...) Above all, we must not abandon the law. No people is safe unless rules of law limit the judgments of men ». In questa direzione di compromesso va letta, per es., la proposta di istituire i *Treatment Tribunals*, o *Disposition Tribunals*, organi incaricati della scelta e della gestione del trattamento, nei quali agli specialisti psichiatri, psicologi e operatori sociali si affianchi anche il giudice, in modo che il *sentencing* non sia tutto nelle mani di *administrative bodies*. Proposta non facile da realizzare, perché implica la costruzione di meccanismi di cooperazione ed integrazione tra *judiciary* e *board of prison* non solo formali, ma davvero capaci di garantire correttezza, efficacia, legittimità del trattamento. Tale riforma non dovrebbe ridisegnare la divisione dei poteri, ma dovrebbe tendere « at a complete unification of the whole sphere of Criminal Administration in the hands of a Court that would possess the necessary qualifications to act as a tribunal for the finding of the guilt as well as for the imposing and the supervision of the carrying out of the sentence » (MANNHEIM, *The Dilemma of Penal Reform*, cit., p. 204). Sul punto cfr. in particolare S.B. WARNER e H.B. CABOT, *Judges and Law Reform*, Cambridge, Harvard University Press, 1936, pp. 156-181, la cui proposta di *disposition tribunal* (per imputati tra la fine della

VII. *La difesa del rule of law e del nulla poena.*

La sfida più difficile per i riformisti consiste nel contemperare l'individualizzazione, che esige ampi spazi di discrezionalità amministrativa, con il rispetto dei fondamenti costituzionali a garanzia delle libertà individuali come il principio di legalità e la separazione dei poteri. Già alla fine degli anni Venti del Novecento la fiducia nelle potenzialità euristiche delle nuove scienze criminologiche è messa in discussione; criteri obiettivi, razionali, uniformi di valutazione della pericolosità del delinquente non sono stati elaborati, i pochi dati statistici raccolti mostrano la mancanza di una base scientifica, emergono incongruenze, incompetenze negli operatori, scarsa efficacia delle misure alternative adottate ⁽⁷⁵⁾. Il ruolo del giudice inevitabilmente subisce estensioni o riduzioni a seconda della fiducia nei nuovi metodi rieducativi, oscilla come un pendolo tra il costringimento entro il *trial* e la giurisdizionalizzazione del *sentencing* ⁽⁷⁶⁾: quando, a cavaliere del nuovo secolo, la scienza sembra poter spiegare e 'correggere' ogni comportamento criminale,

minore età e i 25 anni) è indotta dal fatto che « the problem of sentencing exists because the law has given judges wide discretion in determining what sentence to impose, but no criteria for deciding how to exercise that discretion » (p. 180).

⁽⁷⁵⁾ Valga, come esempio, lo studio di S. e E. GLUECK, *Predictability in the Administration of Criminal Justice*, in « Harvard Law Review », 42, 3, 1929, pp. 300-329, nel quale i due criminologi analizzano criticamente le debolezze del sistema riabilitativo introdotto con le varie riforme (*parole, probation, indeterminate sentence*), perché i metodi di prognosi della pericolosità o della risocializzazione del criminale sono fondati su basi del tutto *unscientific*: « In other words, legislative prescription of penalties, and judicial sentencing, are founded upon considerations almost wholly irrelevant to whether or not a criminal will thereunder ultimately be a success, partial failure, or total failure. Can any proof of the unscientific nature of the contemporary treatment of this problem be stronger? » (p. 327). Il loro tentativo di indicare modelli prognostici affidabili svela, di riflesso, l'ammissione del fallimento dei metodi fino ad allora utilizzati nel *sentencing* dai giudici o dalle *parole boards*.

⁽⁷⁶⁾ Sulla necessità di risolvere il « dilemma of free judicial discretion versus protection of individual liberty », senza tuttavia vincolare il giudice ad un meccanico calcolo dei fattori astratti di pericolosità (come propone Enrico Ferri nel suo Progetto del 1921), bensì attraverso mezzi di « "judicialization of the administrative act" of determination of appropriate treatment for every "individual delinquent" », cfr. le riflessioni di S. GLUECK, *Principles of a Rational Penal Code*, in « Harvard Law Review », 41, 4, 1928, pp. 478-479 e nt. 32 p. 479.

il tecnicismo del giudice ed i formalismi della legge sono visti come ostacoli al progresso della giustizia penale.

Dopo una sperimentazione di qualche decennio, invece, lo stesso Pound che nel 1911 guardava con interesse alle aperture della *individualization of punishment* americana come ad una « phase of this general movement for individualizing the application of all legal rules », in sintonia con la generale « reaction against administration of justice solely by abstract formula » (77) che attraversava il modernismo francese o la *freie Rechtsfindung* tedesca, riconosce che il « movement for individualization and for preventive justice has itself brought about a reaction »: una reazione critica, in particolare, contro i modi di pensare e le procedure adottate dalla *administrative justice* che è, appunto, la « chief agency of individualization » (78). Nato per assicurare ad un tempo difesa sociale e riforma individuale, tale ‘movimento’ ha indebolito entrambi, trasmettendo la sensazione di una giustizia troppo indulgente verso le più pericolose condotte antisociali, e contemporaneamente troppo minacciosa dei diritti del soggetto « by committing too much to the discretion of administrative officers » (79). Alla reazione dei *progressives* contro le ingiustizie delle pene fisse e della meccanica applicazione giudiziale, è subentrata una controreazione per l’inattendibilità e l’inefficacia dei nuovi metodi sperimentali, che sembra rimettere in discussione le certezze scientifiche della criminologia (80).

(77) R. POUND, *Introduction to the English version*, in R. SALEILLES, *The Individualization of Punishment*, Boston, Little, Brown and Co., 1911, pp. XVI, XV.

(78) R. POUND, *Foreword* a S. e E. GLUECK, *Predictability in the Administration of Criminal Justice*, cit., p. 298.

(79) *Ibidem*.

(80) Ivi, p. 299: « But over-enthusiasm in the decades of progressivism, inadequate provision for administration of the new devices, the necessarily experimental character of some of them, leaving many things to be worked out by trial and error, and the strain put upon the whole machinery of criminal justice by post-war conditions in our large cities, have brought all the agencies of preventive criminal justice under suspicion ». Critici verso l’applicazione al diritto criminale del *legal realism*, che enfatizza troppo « the utility of empirical knowledge (...) but, in so far as it ignores or undere-stimates the importance of the development of a rational science of law and the utility of rational knowledge in the solution of such problems, it is performing a disservice », sono J. MICHAEL, M.J. ADLER, *Crime, Law and Social Science*, New York, Harcourt, Brace and Co., 1933, nt. 60, p. 372.

Prima ancora delle critiche aperte del *Nothing works* negli anni Settanta ⁽⁸¹⁾ che hanno di nuovo fatto spostare il pendolo del sistema punitivo verso il modello di pene determinate, con una riduzione del margine discrezionale del giudice e dei *prison officials* in merito alla scelta e alla gestione della pena culminata poi nelle *Sentencing Guidelines* del 1984 ⁽⁸²⁾, la fine dell'ideale riabilitativo propugnato dai *progressives* è già segnata negli anni Trenta dalle interpretazioni di chi, come Jerome Hall, accusa la « infusion of equitable principles that overrode the rules of law » ⁽⁸³⁾, sia in Europa che negli Stati Uniti. Hall si schiera in difesa del principio di legalità, sottoposto a continue erosioni che, mascherate dietro il paravento dell'individualizzazione rieducativa o della difesa sociale, nascondono pericoli concreti per la libertà degli individui. Le riforme penali centrate sulla personalità dell'offensore e sul trattamento, in parte già introdotte ed in parte ancora invocate dai *criminologists*, mirano a spezzare il valore unitario garantistico del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, conservando il *nullum crimen* ma abbandonando completamente il *nulla poena* per poter realizzare una piena individualizzazione. È proprio la logica della biforcazione tra *trial* e *sentencing* che Hall contesta ⁽⁸⁴⁾, svelando il rischio di un

(81) Per ragioni di sintesi è qui sufficiente rinviare alle note posizioni di M.E. FRANKEL, *Criminal Sentences. Law without Order*, New York: Hill and Wang, 1973, Id., *Lawlessness in sentencing*, « University of Cincinnati Law Review », 41, 1, 1972, pp. 1-54; più in generale cfr. F.A. ALLEN, *The Decline of the Rehabilitative Ideal. Penal Policy and Social Purpose*, New Haven and London, Yale University Press, 1981; GARLAND, *La cultura del controllo*, cit., pp. 128-156; A.M. DERSHOWITZ, *Indeterminate Confinement: Letting the Therapy Fit the Harm*, in « University of Pennsylvania Law Review », 123, 2, 1974, pp. 297-339; A. VON HIRTSH, *Recent Trends in American Criminal Sentencing Theory*, in « Maryland Law Review », 42, 1, 1983, pp. 6-36.

(82) Per una ricostruzione storica del dibattito e delle scelte legislative che portano alla riforma federale, cfr. K. STITH E J.A. CABRANES, *Fear of Judging. Sentencing Guidelines in the Federal Courts*, Chicago, The University of Chicago Press, 1998, specie pp. 1-77; per uno studio del reale funzionamento delle *Sentencing Guidelines* alla luce delle interpretazioni giurisprudenziali, cfr. da ultimo R.W. SCOTT, *Inter-Judge Sentencing Disparity After Booker: A First Look*, in « Stanford Law Review », 63, 1, 2010, pp. 1-67.

(83) J. HALL, *Nulla Poena Sine Lege*, in « Yale Law Journal », 47, 2, 1937, p. 186.

(84) Ivi, p. 184: « The judge, it is argued, should be confined entirely to the conduct of the trial; his participation should end when a verdict is reached. Sentences, we are informed, should be wholly indeterminate; treatment, if any is necessary, should be prescribed by an administrative board of experts who have opportunity to study the

depotenziamento della legalità nella/della pena, di un *punishment* tutto assorbito in misure di *social defence* ed affidato alle *sentencing boards*, secondo una tendenza che vede con preoccupazione affermarsi in Germania e in Italia e che trova corrispondenti anche in America. Le due 'parti' del principio non possono essere separate, « the two rules are inextricably interwoven »⁽⁸⁵⁾, perché non si può abbandonare la legalità della pena a favore di un non ben definito *treatment* o di un'indeterminata *social defence* dietro i quali si nasconde un vero *punishment*, « perhaps of a repressive sort »⁽⁸⁶⁾. Il pericolo, storicamente provato, di un'abdicazione del *nulla poena*, ovvero di un affidamento ingenuo della gestione della pena ad organi amministrativi, è la degenerazione autoritaria della giustizia penale, poiché « For the abolition of nulla poena provides a sieve through which can flow not only humanity and science but also repression and stupidity »⁽⁸⁷⁾.

offender and knowledge concerning rehabilitation. (...). Presumably, the "anti-social" person will in some sort of proceeding be declared "dangerous" and placed in the hands of the sentencing tribunal. Not punishment but only measures of "social defense" are to be applied ».

⁽⁸⁵⁾ Ivi, p. 183.

⁽⁸⁶⁾ Ivi, p. 185. Sul tema cfr. F.A. ALLEN, *The Habits of Legality. Criminal Justice and the Rule of Law*, New York - Oxford, Oxford University Press, 1996, pp. 14-26.

⁽⁸⁷⁾ HALL, *Nulla Poena Sine Lege*, cit., p. 189. La sua posizione critica verso i metodi d'individualizzazione della pena è confermata anche dai suoi scritti successivi, tra cui cfr. J. HALL, *General principles of criminal law*, 2nd ed., Indianapolis: The Bobbs-Merrill Co., 1960, p. 58 « While, in general, one applauds the sound individualization of treatment and feasible programs of crime prevention and rehabilitation, it should also be remembered that the rule of law, especially as regards crime and punishment, is the greatest achievement of Western political experience »; ID., *The Purposes of a System for the Administration of Criminal Justice*, Washington DC, Georgetown University Law Center, 1963.

MASSIMO MECCARELLI

DIRITTO GIURISPRUDENZIALE E AUTONOMIA
DEL DIRITTO NELLE STRATEGIE DISCORSIVE
DELLA SCIENZA GIURIDICA TRA OTTO E NOVECENTO

1. Il dibattito sul metodo di interpretazione della legge. — 2. Autonomia del diritto e orizzonte monistico. — 3. La giurisprudenza delle Corti supreme come fattore di stabilizzazione: una comparazione tra Francia, Germania e Italia. — 4. La fase attuale: oltre l'orizzonte monistico una nuova prospettiva di senso per l'autonomia del diritto.

Nel corso dei due secoli in cui i regimi giuridici della legalità hanno trovato svolgimento sono spesso tornate a proporsi le questioni relative al rapporto tra diritto e società, al grado di ancoraggio alle opzioni del legislatore e al valore sistematico da riconoscere al fattore giurisprudenziale. L'avvento del primato della legge ha posto il problema della sua sostenibilità.

Intento di queste pagine è seguire alcuni itinerari teorici otto-novecenteschi sul come concepire, tramite la giurisprudenza, dinamiche di manifestazione del diritto autonome dalla mediazione del potere politico. Il tema ha una sua rilevanza anche per una comprensione della fase attuale; in essa infatti, come si cercherà di mostrare, sembra delinearci un diverso orizzonte di senso per l'autonomia del diritto rispetto a quel passato recente.

Si procederà considerando le percezioni dottrinali di due questioni correlate: i caratteri dell'interpretazione del diritto da un lato e i profili sistematici della giurisdizione dall'altro.

1. *Il dibattito sul metodo di interpretazione della legge.*

I percorsi del pensiero giuridico riguardo al metodo di interpretazione del diritto nel secolo XIX sono molto complessi e solo

accettando un certo grado di semplificazione si può proporre una classificazione sintetica. Visto che però qui ci interessa individuare, nella molteplicità degli orientamenti, alcune tendenze più generali, è possibile considerare due diverse polarizzazioni.

Una prima distingue tra approcci tesi ad *implementare* e approcci tesi a *innovare* il diritto positivo. Tale distinzione permette di guardare alla nota dialettica tra formalismo di stampo pandettistico e antiformalismo di ispirazione variamente giusliberista, facendo riferimento al diverso significato attribuito alla rivalutazione del ruolo del giurista rispetto all'ordinamento normativo.

Attraverso l'attività di implementazione la scienza giuridica si è accreditata come spazio ermeneutico con cui portare a compimento il processo di affermazione del primato della legge e di introduzione della forma codice. Semplificando il discorso possiamo dire che sul piano epistemologico ciò ha determinato una chiusura formalistica del sapere giuridico; su quello assiologico ha implicato un'adesione (sotto il velo della neutralità della scienza) ai principi veicolati dal legislatore attraverso il diritto positivo; su quello strategico ha prodotto un'attività di costruzione dogmatica del sistema sulla legge, posta a custodia della concezione individualistica del diritto privato.

Gli approcci tendenti alla innovazione invece hanno voluto valorizzare il momento ermeneutico elevandolo ad attività capace di incidere sui contenuti e gli orientamenti ideologici del diritto, in risposta ai mutamenti della società. L'interpretazione qui diventava anzitutto un momento valutativo, decostruttivo e solo dopo ricostruttivo. Si trattava di scoprire il diritto in formazione dal basso e sostenerne l'emersione. Ciò ha favorito un'apertura della scienza giuridica ad altri saperi capaci di rivelare tendenze e caratteri della società ed una disponibilità ad accogliere nell'ordinamento vigente principi e valori non in linea con quelli originariamente scelti dal legislatore. L'obiettivo strategico era infatti quello di promuovere una concezione sociale del diritto privato, sia nel senso di un recupero di orientamento solidaristico, sia in quello di una accentuazione di funzionalità rispetto ai processi economici complessivi del capitalismo industriale.

C'è però un'altra polarizzazione, che, a mio avviso, fa emergere uno scenario più complesso; essa consiste nel distinguere gli atteg-

giamenti rispetto al principio di legalità: alcune dottrine intendevano *metterlo in discussione*, altre consideravano irrinunciabile presupporlo e *confermarlo*.

Visti sotto tale luce gli approcci innovativi non ci appaiono più così unitari e ben distinti dagli approcci meramente implementativi. La prospettiva programmatica della innovazione veniva infatti a rifrangersi attraversando il prisma dei modi possibili con cui trovare realizzazione. Si trattava di decidere in che modo dar luogo ad un processo di liberazione del diritto dalla legge: occorreva dargli una evidenza sul piano delle fonti o era più opportuno ottenerlo solo a livello ermeneutico e nel segno del primato della legge?

Comprendere questo dubbio sul metodo è per noi decisivo perché è in esso che si connotano spazio e natura del diritto giurisprudenziale in quel contesto di esperienza giuridica; tanto più se si considera che gli approcci che fanno maggiormente breccia nel dibattito sono chiaramente quelli del secondo tipo, prudenti sul punto delle fonti, ma non rinunciatari ad un progetto di riscrittura dei contenuti del diritto in rapporto alla società.

Concentriamoci dunque sulle strategie discorsive che tendono a realizzare il recupero del diritto giurisprudenziale, ponendosi nella prospettiva metodologica dell'*interpretazione evolutiva della legge*. Si tratta di un atteggiamento fondamentale che, seppur sviluppato e declinato in modi diversi, è ricorrente nell'Italia del tardo Ottocento, ma anche in Europa ha avuto la sua diffusione; si pensi alle tesi di Rudolf von Jhering, Josef Kohler, Raymond Saleilles o Eugen Huber, solo per fare alcune esempi ⁽¹⁾.

(1) Per qualche riferimento bibliografico su questo composito panorama di posizioni teoriche, oltre ai saggi che verranno citati nel seguito di questo paragrafo, ricordiamo anche F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, Milano, Giuffrè, 1980, vol. II, pp. 306 ss.; D. MANAI, *Eugen Huber jurisconsulte charismatique*, Bâle, Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1990; P. CARONI, *Il mito svelato: Eugen Huber*, in « Zeitschrift für schweizerisches Recht », 132, 1991, pp. 381-492; G. SPECIALE, *Antologia giuridica. Laboratori e rifondazioni di fine Ottocento*, Milano, Giuffrè, 2001; C. PETIT, *Lambert en la Tour Eiffel, o el derecho comparado de la Belle Époque*, in *La comparazione giuridica tra Ottocento e Novecento. In memoria di Mario Rotondi*, Milano, Istituto lombardo di scienze e lettere, 2001, pp. 53-98; A.M. HESPANHA, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna, il Mulino, 2003, pp. 258 ss.; J. RÜCKERT, *Der Geist des Rechts in Jherings "Geist" und Jherings "Zweck"*, in « Rechtsgeschichte », 5, 2004, pp. 128-149 e 6, 2005, pp. 122-142; M. Sabbioneti, *Un Cattolico "Protestante". La crisi della*

Qui, se il sistema delle fonti resta dominato dalla legge, l'ordinamento giuridico viene concepito come qualcosa di più esteso del mero insieme del diritto positivo. L'interpretazione in tale orizzonte non tende a ricostruire l'originaria volontà del legislatore, ma è pensata come « lo studio della stessa vita sociale », che serve a « completare la legge », scoprendo « quel che è latente in essa » (2). L'interpretazione può assolvere tale compito sapendo cogliere le tendenze del *diritto in formazione* nella coscienza popolare e nei rapporti sociali.

Questo nuovo diritto resta però un tutt'uno con la legge. Essa, spiegavano, « si stacca, diciamo così, dal suo autore; parla un linguaggio proprio, non quello di chi la dettò » (3). Essendo essa stessa un prodotto storico in evoluzione è portatrice di uno scopo da perseguire, più che di un contenuto predefinito (4); è lo scopo che, grazie alle declinazioni sempre aggiornate che l'interpretazione riesce a farne, tiene in connessione la legge con la società e i suoi bisogni.

Il nuovo diritto in formazione seppure viene dall'esterno, non

separazione tra Stato e Chiesa nelle lettere inedite di Raymond Saleilles a Louis Birot (1906-1909), Torino, Giappichelli, 2005; A. ARAGONESI, *Recht im "fin de siècle". Briefe von Raymond Saleilles an Eugen Huber (1895-1911)*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2007; ID., *Un jurista del Modernismo. Raymond Saleilles y los orígenes del derecho comparado*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2009.

(2) V. SIMONCELLI, *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, (1890), in ID., *Scritti giuridici*, Roma, Foro italiano, 1938, vol. I, p. 424.

(3) B. BRUGI, *Della proprietà*, Napoli-Torino, Margheri, UTE, 1911, vol. I, p. 7; ID., *Di un fondamento filosofico della così detta interpretazione storica delle leggi*, in *Studi storici e giuridici dedicati ed offerti a Federico Ciccaglione nella ricorrenza del XXV anniversario del suo insegnamento*, Catania, Giannotta, 1910, vol. II, pp. 4-7. Così anche V. SIMONCELLI, *Le presenti difficoltà*, cit., p. 431; L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. I *Teoria e sistema della giurisdizione civile*, Milano, Vallardi, Seconda edizione, (s.d.), § 75, p. 81; L. COVIELLO, *Dei moderni metodi d'interpretazione della legge*, S. Maria C. V., Cavotta, 1908, pp. 9-10; F. DEGNI, *L'interpretazione della legge*, Napoli, Jovene, 1909, pp. 160 ss.; V. POLACCO, *Penombre e sorprese nella formazione delle leggi*, (1914), in ID., *Opere minori. Parte prima, Problemi di legislazione*, Modena, Università degli Studi di Modena, 1928, pp. 69-78; N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, Società Editrice Libreria, 1915, pp. 71-72; F. FERRARA, *Potere del legislatore e funzione del giudice*, in « Rivista di diritto civile », III, 1911, pp. 512 ss.

(4) Si vedano ad esempio L. COVIELLO, *Dei moderni metodi*, cit., pp. 32-35; B. BRUGI, *Di un fondamento filosofico*, cit., p. 8; ID., *L'abuso del diritto nel progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti*, in *Studi in onore di Alfredo Ascoli*, Messina, Principato, 1931, p. 83; L. MORTARA, *Commentario*, cit., p. VII.

si afferma dunque al di fuori della norma positiva ⁽⁵⁾; piuttosto esso rappresenta *un momento della vita della norma legale* che si rende manifesto attraverso la *ri-definizione* giurisprudenziale della norma legale.

La costruzione del campo di evoluzione giurisprudenziale dell'ordinamento è tecnicamente ottenuta con i cosiddetti *organi respiratori* della legge: le *clausole generali*, cioè quei concetti non definiti e non completamente definibili « per i quali attingiamo criterii che son fuori dalla legge stessa » ⁽⁶⁾; i *principi generali* del diritto, se concepiti, seppur secondo prospettive diverse, come valvole che mettono in comunicazione il diritto legale con l'esterno ⁽⁷⁾; la *dialettica tra legge speciale e codice* come spazio di riorientamento del diritto privato in senso solidaristico ⁽⁸⁾; l'*abuso del diritto* come categoria con la quale verificare la corrispondenza

⁽⁵⁾ Essendo la legge una « produzione organica secolare », spiega V. SIMONCELLI, *Le presenti difficoltà*, cit., p. 424, ogni sviluppo non può che partire dal diritto positivo vigente.

⁽⁶⁾ B. BRUGI, *I principii generali del diritto e il diritto naturale*, in « Archivio giuridico », XC, 1923, p. 166; « il legislatore » prosegue « deve avere avuto l'intenzione che l'uomo di legge definisse via via i concetti non definiti e li applicasse conformemente a ciò che si crede giusto ». Il concetto di *organi respiratori* era stato impiegato già prima da altri giuristi come ad esempio V. POLACCO, *Le cabale del mondo legale*, (1908), in Id., *Opere Minori*, cit., p. 60. Cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico, 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 107-108.

⁽⁷⁾ Sugli orientamenti manifestatisi intorno al concetto di principi generali fra gli altri cfr. P. COSTA, *L'interpretazione della legge: François Gény e la scienza giuridica del Novecento*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 20, 1991, pp. 429-438; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 119-214; 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, pp. 450 ss.; A. SCIUMÈ, *I principii generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo (1837-1942)*, Torino, Giappichelli, 2002, passim; S. SOLIMANO, *Tra esegesi e sistema? Cultura giuridica e metodo scientifico di Francesco Saverio Bianchi (1827-1908)*, in « Ius. Rivista di scienze giuridiche », 1-2, 2010, pp. 203-248.

⁽⁸⁾ Si vedano in proposito P. GROSSI, *Il coraggio della moderazione (specularità dell'itinerario riflessivo di Vittorio Polacco)*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 18, 1989, pp. 217 ss.; Id., *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 22 ss e 123 ss; Id., *L'avvio di un itinerario scientifico (una lettura del primo volume degli Scritti giuridici di Salvatore Pugliatti)*, in « Rivista di diritto civile », LV, 2009, 4, pp. 365-384; G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammenti del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 155 ss.; Id., *Scienza giuridica e trasformazioni*

delle facoltà esercitate dal titolare di un diritto soggettivo a quelle « necessarie per il conseguimento di uno scopo tutelato dal diritto »⁽⁹⁾.

Il terreno privilegiato per lo sviluppo di queste teoriche è certamente il diritto civile. Tuttavia è bene sottolineare che — così come del resto si può osservare per le dottrine formalistiche — tali sensibilità vanno ricondotte ad una visione complessiva dell'ordinamento, tanto che ne troviamo declinazioni anche in altri campi.

Si pensi alle tesi di Lodovico Mortara sul « metodo critico » di interpretazione della legge (cioè quel metodo che per il giurista mantovano consiste nel valorizzare la funzione degli istituti giuridici considerando il valore attuale della norma alla luce delle « mutazioni sostanziali », anche dove esse non consistano in sue modificazioni esterne⁽¹⁰⁾): tale metodo di interpretazione è posto in relazione con una certa concezione della *divisione dei poteri* che vuole essere di tipo *organico* piuttosto che meccanico. Qui il recupero di funzioni sistematiche per il diritto giurisprudenziale corrisponde ad un recupero della *funzione giudiziaria*⁽¹¹⁾, perché anche essa, accanto a quella legislativa, in modo coordinato ma in condizioni di autonomia⁽¹²⁾, concorre all'esercizio della sovranità dello Stato⁽¹³⁾.

sociali. Diritto del lavoro in Italia tra Otto e Novecento, Milano, Giuffrè, 2009, passim; M. MECCARELLI, *Un senso moderno di legalità*, cit., pp. 423 ss.

⁽⁹⁾ B. BRUGI, *L'abuso del diritto*, cit., pp. 81-82. Per una considerazione del problema nel dibattito dottrinale francese si vedano ora G. CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Torino, Giappichelli, 2011, cap. VI; M. SABBIONETI, *Democrazia sociale e diritto privato. La terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 611-630.

⁽¹⁰⁾ L. MORTARA, *Commentario*, cit., pp. VI-VIII.

⁽¹¹⁾ L'interpretazione segue le evoluzioni del diritto, spiegava *Ibidem*, p. VII, « attraverso le vicende della funzione giudiziaria, che sono poi le vicende stesse della civiltà ».

⁽¹²⁾ *Ivi*, §§ 60-65, pp. 67-72 e § 485, p. 591. Quella che si attua è una collaborazione tra i poteri dello Stato, per cui il giudice mette in opera una attività che ha « il carattere di una *continuazione ed integrazione* del precetto legislativo » *Id.*, *Istituzioni di ordinamento giudiziario*, Firenze, Barbera, 1896, p. 23 [corsivi dell'Autore]. Ne deriva una « esecuzione della volontà del legislatore per tal modo specializzata ed integrata » [*Ivi*, p. 26].

⁽¹³⁾ Si trattava di completare il processo di superamento della forma di Stato

Questa idea della legge come « statica del diritto obbiettivo » affiancata dalla giurisprudenza « che ne costituisce la dinamica »⁽¹⁴⁾, implica un margine necessariamente creativo per quest'ultima, e, come è stato osservato, pone il giudice « al centro dell'esperienza »⁽¹⁵⁾. Ma si tratta al contempo di un'attività concepita ancora come *svolgimento del principio di legalità attraverso la giurisdizione*; molteplici correttivi sistematici vengono infatti previsti per evitare il rischio di un « esautoramento della potestà legislativa »⁽¹⁶⁾.

Dobbiamo necessariamente limitarci a cenni brevi; quanto basta per sottolineare come le strategie discorsive sul metodo abbiano a che fare con la concezione dell'ordinamento giuridico nel suo complesso.

dispotico. L'affermazione dell'autonomia della funzione legislativa costituiva per Mortara solo la prima fase della instaurazione della nuova forma di Stato (lo "Stato libero"); perché questa potesse effettivamente configurarsi, occorreva anche una valorizzazione della funzione giudiziaria negli assetti costituzionali della sovranità. Per una ricostruzione più approfondita si rinvia a M. MECCARELLI, *Giurisdizione penale e legalità in Lodovico Mortara*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 36, 2007, pp. 957-979. Sulla vicenda intellettuale e biografica di Mortara si vedano F. CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi: la procedura civile nel Regno d'Italia, 1866-1936*, Milano, Giuffrè, 1991, passim; *Giornata Lincea in ricordo di Lodovico Mortara*, (Roma, 17 aprile 1997), Roma, Accademia nazionale dei Lincei, 1998; P. Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 61-66; L. LACCHE', « Personalmente contrario giuridicamente favorevole ». La "sentenza Mortara" e il voto politico alle donne (25 luglio 1906), in *Donne e diritti. Dalla sentenza Mortara del 1906 alla prima avvocata italiana*, a cura di N. Sbanò, Bologna, Il Mulino, 2004, pp. 99-151.

(14) L. MORTARA, *Commentario*, cit., § 70, p. 76.

(15) S. SATTÀ, *Attualità di Lodovico Mortara*, (1968), in Id., *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Nuoro, Ilisso, 2004, p. 400. Il magistrato come *viva vox legis*, spiega L. Mortara, *Istituzioni di ordinamento giudiziario*, cit., pp. 13-14, interviene sul diritto scritto « adattandolo alla multiformità e incostanza dei bisogni sociali e delle idee dominanti ».

(16) Ivi, p. 30; in particolare Mortara si riferisce a: il principio dell'interpretazione autentica come prerogativa esclusiva del potere legislativo; una Corte di cassazione posta al vertice dell'ordinamento giudiziario, capace di garantire l'uniformità nella interpretazione della legge e fungere da freno all'azione integrante della giurisprudenza; il vincolo ai principi generali contenuti nel diritto positivo; la negazione al giudice di un potere di sindacato di costituzionalità delle leggi. Cfr. Ivi, pp. 27-38; Id., *Commentario*, vol. I, cit., §§ 87-114, pp. 66-119.

2. *Autonomia del diritto e orizzonte monistico.*

Torniamo invece al punto del rapporto tra interpretazione evolutiva e legge. Una simile impostazione del discorso sul recupero del diritto giurisprudenziale sottraeva valore strategico alla prospettiva della ridefinizione del sistema delle fonti del diritto. Anzi per molti aspetti il *rifiuto dell'equità*, accanto al rifiuto del formalismo pandettistico, costituiva l'altro termine di confronto per costituire l'identità di tali indirizzi metodologici.

Quella dell'equità doveva apparire una falsa apertura rispetto alle aspettative di innovazione del diritto nella sua dimensione sostanziale. Lo si vede bene nell'atteggiamento prudente, di fronte alle accelerazioni della *Freirechtsbewegung*, di personalità come Josef Kohler e Oskar Bülow, che pure avevano contribuito in modo decisivo ad aprire la prospettiva del *Richterrecht* ⁽¹⁷⁾. Bülow nel 1906 avrebbe precisato come il legame tra giurisprudenza e legge fosse irrinunciabile nel quadro costituzionale dello Stato di diritto ⁽¹⁸⁾. Pochi anni dopo Kohler avrebbe sottolineato come l'orizzonte ermeneutico formalista condizionasse tanto la dimensione dottrinale quanto quella giudiziale. Il problema prima che di fonti appariva di metodo: occorreva costruire una diversa interazione tra legge, scienza giuridica e giudice, per un effettivo superamento dell'orizzonte formalistico in modo da costruire il diritto « *durch das zusammenwirken von Gesetz, Wissenschaft und Richterspruch* » ⁽¹⁹⁾; anche nel nuovo orizzonte ermeneutico, aveva

⁽¹⁷⁾ Ci riferiamo al saggio di J. KOHLER, *Über die Interpretation von Gesetzen*, in « *Zeitschrift für privat- und öffentliche Recht der Gegenwart* », XIII, 1886, pp. 1-61 e a O. BÜLOW, *Gesetz und Richteramt*, Leipzig, Duncker und Humblot, 1885. Cfr. R. OGOREK, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie in 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1986, pp. 158 ss.; T. HENNE, K. CARSTEN, *Ein Mythos der Richterrechtsdiskussion: Oskar Bülow, Gesetz und Richteramt*, in « *Ius commune* », 26, 1999, pp. 211-237.

⁽¹⁸⁾ O. BÜLOW, *Über das Verhältnis der Rechtsprechung zum Gesetzesrecht*, in « *Das Recht* », X, 1906, coll. 770-780. Cfr. R. OGOREK, *Richterkönig*, cit., pp. 269 ss.; T. HENNE, K. CARSTEN, *Ein Mythos*, cit., pp. 223 ss.

⁽¹⁹⁾ J. KOHLER, *Ein "juristischer Kulturkampf"!*, in « *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* », VI, 1912-1913, pp. 275-281; la citazione è a pagina 278.

del resto già precisato nel 1886, « soll immer die Jurisprudenz noch wissenschaftliche Jurisprudenz bleiben » (20).

Tale difficoltà ad accettare l'equità come fonte di diritto è riscontrabile anche nella scienza giuridica italiana (21). Si pensi alle tesi di Biagio Brugi.

Per il giurista pisano il carattere legicentrico dell'ordinamento è irrinunciabile se non si vuole metterne a repentaglio la tenuta complessiva (22). Il giudice è sì chiamato a dare un apporto specifico, ma a partire dalle scelte operate dal legislatore, facendosi prosecutore della sua opera (23) e restando un giurista (24). Del resto gli strumenti dell'interpretazione evolutiva della legge, osservava Brugi, già implicano un ruolo di primo piano per il giudice. Ciò vale per le clausole generali dove la individuazione del senso dei concetti indeterminati dipende essenzialmente da un *arbitrium boni viri* (25); discorso simile viene fatto per la dialettica tra leggi speciali e codice, sul cui terreno il giudice è chiamato a svolgere un insostituibile ruolo di composizione degli interessi tutelati dalle diverse norme di legge (26); l'impiego della categoria dell'abuso di diritto, dal canto

(20) ID., *Über die Interpretation von Gesetzen*, cit., p. 57.

(21) Lo hanno evidenziato gli studi di P. COSTA, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 398 ss.; P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., 102-108; C. LATINI, *L'araba fenice. Specialità delle giurisdizioni ed equità giudiziale nella riflessione dottrinale italiana tra Otto e Novecento*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 35, 2006, pp. 595-657; S. SOLIMANO, *Tra esegesi e sistema?*, cit., pp. 217-228.

(22) È un punto di vista costante nei suoi scritti. Si vedano ad esempio B. BRUGI, *Senso giuridico romano e senso moderno di legalità*, in «Atti del Real Istituto veneto di scienze lettere ed arti», LIX, 1900, Parte II, pp. 430-432; ID., *Logica di leggi e logica di scienza*, in «Rivista italiana di sociologia», V, 1901, p. 168; ID., *Nel regno della filosofia del diritto*, Padova, Tipografia Randi, 1905, pp. 63-67; ID., *Della proprietà*, cit., vol. I, pp. VII-VIII; ID., *L'equità e il diritto positivo*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», III, 1923, p. 452.

(23) ID., *Della proprietà*, cit., vol. I, p. 161; ID., *Di un fondamento filosofico*, cit., p. 8. Altro esempio è quello di L. MORTARA, *Istituzioni di ordinamento giudiziario*, cit., pp. 13 ss.

(24) B. BRUGI, *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, Firenze, Barbera, 1891, p. 248.

(25) ID., *Della proprietà*, cit., vol. I, pp. 175-177. Cfr. L. RAGGI, *Appunti sull'interpretazione progressiva*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», III, 1923, pp. 336-339.

(26) B. BRUGI, *Della proprietà*, cit., vol. I, p. 172.

suo, implica necessariamente una ponderazione tra contrastanti interessi di esclusiva pertinenza del giudice (27); poi c'è tutto il campo dei principi generali, nel quale, ad avviso di Brugi, è anzitutto il giudice a dover proseguire l'opera di traduzione del potenziale storicistico dell'ordinamento, che la legislazione ha solo in parte realizzato (28).

Il problema insomma non sembra essere il riconoscere uno spazio creativo alla giurisprudenza, ma il fatto di sostituire un primato, quello della legge, con un altro primato, quello dell'equità del giudice. Semmai il vero 'primato' da affermare è quello del giurista interprete; è in capo alla sua attività ermeneutica, che vanno a concentrarsi le dinamiche di rinegoziazione del rapporto tra diritto e realtà.

Ma ciò significa rinunciare a perseguire l'obiettivo della innovazione sul terreno delle fonti del diritto e ricondurre il problema su quello di un confronto tra interprete e legge.

Proviamo a trarre una prima conclusione; le posizioni teoriche che abbiamo considerato mostrano un tratto comune: pur nelle loro differenti costruzioni tendono a fondarsi tutte su una *concezione monistica* del fenomeno giuridico (29), sia nel senso di ricondurre i processi della sua manifestazione ad un unico fondamentale principio ordinante; sia nel senso di comporre le eventuali tensioni

(27) ID., *L'abuso del diritto*, cit., pp. 81-82.

(28) ID., *Introduzione enciclopedica*, cit., p. 31; ID., *I principi generali del diritto*, cit., pp. 160-166; ID., *L'analogia di diritto e il cosiddetto giudice legislatore*, in « Il diritto commerciale », 35, 1916, pp. 263-270. Su queste tesi di Brugi anche in rapporto al vivace dibattito dottrinale nel quale si inserivano rinviamo a P. COSTA, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 426 ss.; M. MECCARELLI, *Un senso moderno di legalità*, cit., pp. 450 ss. Sugli itinerari teorici di Biagio Brugi si vedano inoltre G. MARINO, *Positivismo e giurisprudenza. Biagio Brugi e la congiunzione di scuola storica e filosofia positiva*, Napoli, ESI, 1987; ID., *Biagio Brugi e il "metodo storico" nella determinazione dei principi del diritto*, in « Index », 16, 1988, pp. 299-325; P. GROSSI, *La scienza del diritto privato*, cit., p. 178-184; ID., *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 140-146; C. LATINI, *L'araba fenice*, cit., pp. 609-657.

(29) Sul monismo giuridico come orizzonte precomprensivo si vedano le osservazioni di P. GROSSI, *L'Europa del diritto. Uno storico del diritto in colloquio con gli storici del pensiero economico*, in « Il pensiero economico italiano », XVI, 2008, pp. 16 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, il Mulino, 2008, p. 250 ss.; F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au raseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Sant-Louis, 2002, pp. 450 ss.

dialettiche nelle espressioni di pluralismo, attraverso una conferma dell'unico fondamentale principio ordinante.

Il potenziale innovativo delle teorie sull'interpretazione evolutiva e il connesso recupero del diritto giurisprudenziale appaiono svolti in una, seppur originale, prospettiva legalistica.

È un discorso che vale, a mio avviso, anche per quegli orientamenti innovativi che superano l'orizzonte dell'interpretazione della legge, accogliendo l'idea di un diritto oltre la legge, diretta espressione della società. Anche in tali casi infatti l'apertura pluralistica sul piano sistematico, sembra coesistere su quello fenomenologico con una concezione monistica: la ridefinizione del sistema delle fonti del diritto corrisponde ad una dottrina tendente a negare una giustapposizione tra le stesse (ad esempio stabilendo un ordine gerarchico e comunque proteggendo la legge dall'erosione della giurisprudenza).

Ciò, come è stato mostrato ⁽³⁰⁾, è rilevabile in François GénY ⁽³¹⁾, ma è ben evidente anche nell'eterogeneo panorama italiano tra i giuristi che condividono l'ipotesi di una apertura del sistema delle fonti oltre la legge, seppur secondo orientamenti e con finalità molto diverse tra di loro. Si pensi ad esempio ad Alberto Asquini, dove il riconoscimento della natura dei fatti come fonte del diritto serve a ribadire la « teoria positiva sui principi generali » ⁽³²⁾. Si pensi anche a Vincenzo Miceli che, mentre riconosce lo spazio all'equità, pure opta per una concezione positivista dei principi generali dell'ordinamento ⁽³³⁾. Significativo è poi l'atteggiamento dei

⁽³⁰⁾ Si vedano a tal proposito P. GROSSI, *Ripensare GénY*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 20, 1991, pp. 29-36; P. COSTA, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 375 ss.; M. SABBIONETI, *Democrazia sociale e diritto privato*, cit., pp. 325-329. Significativo è poi rilevare come anche O. BÜLOW, *Über das Verhältnis*, cit., coll. 773-774, avesse distinto le posizioni di GénY da quelle di Ehrlich, Rumpf e Stampe, proprio sul punto del riconoscimento del principio della *Verbindlichkeit des Gesetzesrechts*.

⁽³¹⁾ F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Seconde édition revue et mise au courant*, Paris, LGDJ, 1919, vol. I, pp. 316-446, in particolare pp. 383-387.

⁽³²⁾ A. ASQUINI, *La natura dei fatti come fonte del diritto*, (1921), in Id., *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 1936, pp. 19-20.

⁽³³⁾ V. MICELI, *Sul principio di equità*, in *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto pubblicati in onore di Vittorio Scialoja nel XXV anniversario*

fratelli Nicola e Leonardo Coviello i quali, mentre sollecitano il legislatore ad aperture sul terreno dell'equità del giudice, rifiutano la prospettiva dell'interpretazione evolutiva poiché « conculca » la legge ⁽³⁴⁾.

Discorso diverso sembra potersi fare solo per la *Freirechtsbewegung*. Qui l'apertura al pluralismo delle fonti, è associata ad un profilo che si riflette in modo decisivo sulla natura del diritto giurisprudenziale; essa infatti sembra pensata anche per far emergere *campi di tensione* nel processo di manifestazione del diritto, come momenti fisiologici di generazione dell'ordinamento giuridico.

In un certo senso si potrebbe dire che è soprattutto dalla loro *irriducibilità* che dipende il livello di tenuta tra diritto e realtà e la possibilità che il diritto giurisprudenziale si faccia fedele interprete delle esigenze sociali.

Bastino qui tre rapidi esempi. Nella concezione del rapporto giudice-legge in Herrmann Kantorowicz la *freie Rechtschöpfung* in effetti viene affermata non semplicemente nei termini (monistici) di un mero primato dell'equità: essa è risultante piuttosto da una dialettica tra le scelte del legislatore e le scelte del giudice nel quadro di una comune funzione, quella della *Rechtspflege*, che viene svolta in reciproca condizione di autonomia ⁽³⁵⁾. Anche Ernst Stampe

del suo insegnamento, Milano, Hoelpi, 1905, vol.II, p. 89; Id. *I principi generali del diritto*, in « Rivista di diritto civile », XV, 1923, pp. 35-42.

⁽³⁴⁾ N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile*, cit., pp. 88-92: « il metodo evolutivo poi è quello che più degli altri s'ammanta d'ipocrisia, perché mentre propugna il rispetto della legge, la conculca; dacché riduce la legge a una cornice in cui qualunque quadro può farsi rientrare, a una formula algebrica, in cui alle lettere possono farsi corrispondere i numeri che si vogliono, a una parvenza destituita di sostanza! » [p. 92]. Si veda anche L. COVIELLO, *Dei moderni metodi*, cit., pp. 37-39. Linea simile è quella rintracciabile nella critica di Gény alla *méthode historique* e alla teoria dell'*assouplissement*; cfr. M. SABBIONETTI, *Democrazia sociale e diritto privato*, cit., p. 326.

⁽³⁵⁾ H. KANTOROWICZ, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, (1906), in Id., *Rechtswissenschaft und Soziologie. Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre*, Karlsruhe, Müller, 1962, pp. 33 ss. È un concetto che Kantorowicz ribadisce anche in altri scritti ivi raccolti come ad esempio *Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre*, (1925), p. 43 ss; *Staatsauffassungen*, (1925), pp. 71-72; *Die Rechtswissenschaft — eine kurze Zusammenfassung ihrer Methodologie*, (1928), pp. 89 ss.; *Rechtswissenschaft und Soziologie*, (1911), pp. 126 ss.

Sugli orientamenti di Kantorowicz e Ehrlich come di altre figure della *Freirechtsbewegung* si vedano, fra gli altri, A. FEBBRAJO, *Eugen Ehrlich: dal diritto libero al diritto*

descrivere quella del giudice come una *selbständige Rechtschöpfung*; l'attività di creazione di diritto *praeter e contra legem*, inoltre, è rilevante anche in relazione al problema del *nicht verfassungsmässig ausgesprochenen Gesetzeswillen* ⁽³⁶⁾. Guardando ad Eugen Ehrlich in fine si può osservare come nel superamento dell'orizzonte della *Gesetzesanwendung*, imposto dalla ricerca della *Gerechtigkeit* e nella correlativa distinzione tra *technische Rechtsfindung* e *freie Rechtsfindung*, ruolo decisivo rivesta l'idea di una certa extrastatalità del diritto, che affianca, come dimensione giuridica coesistente e non gerarchicamente subordinabile, il diritto legislativo statale e che solo il giudice come persona (e non lo Stato con le sue leggi) può cogliere ⁽³⁷⁾.

Si tratta di tesi di forte impatto sul piano sistematico. Esse poi, oltre a toccare il tema della fonti, si spingevano anche sullo specifico terreno della rifondazione metodologica della stessa scienza giuridica, nel segno di una inversione di tendenza rispetto ai consolidati approcci ermeneutici formalistici.

vivente, in *Sociologia del diritto*, 1982, pp. 137-159; K. MUSCHELER, *Relativismus und Freirecht. Ein Versuch über Hermann Kantorowicz*, Heidelberg, Müller, 1984; M. REHBINDER, *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*, Berlin, Duncker & Humblot, 1986; J. SCHRÖDER, *Gesetzesauslegung und Gesetzesumgebung. Das Umgebungsgeschäft in der rechtswissenschaftlichen Doktrin von der Spätaufklärung bis zum Nationalsozialismus*, Paderborn, München, Wien, Zürich, Schöningh, 1985, pp. 93 ss.; R. SCHRÖDER, *Die deutsche Methodendiskussion um die Jahrhundertwende: Wissenschaftstheoretische Präzisierungsversuche oder Antworten auf den Funktionswandel von Recht und Justiz*, in « *Rechtstheorie* », 19, 1988, pp. 345 ss.; S. VOGL, *Soziale Gesetzgebungspolitik, freie Rechtsfindung und soziologische Rechtswissenschaft bei Eugen Ehrlich*, Baden-Baden, Nomos, 2003; S. SILBERG, *Hermann Kantorowicz und die Freirechtsbewegung*, Berlin, Logos, 2004; J. BEATSON, R. ZIMMERMANN (Ed.), *Jurists uprooted. German-speaking émigré lawyers in Twentieth-century Britain*, Oxford, Oxford University Press, 2004; M. HERTOIGH (Ed.), *Living law: reconsidering Eugen Ehrlich*, Oxford, Portland (OR), Hart, 2009.

⁽³⁶⁾ E. STAMPE, *Die Freirechtsbewegung. Gründe und Grenzen ihrer Berechtigung*, Berlin, Franz Wahlen, 1911, in particolare pp. 25 ss. Cfr. *infra*, paragrafo conclusivo.

⁽³⁷⁾ E. EHRLICH, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, Leipzig, Hirschfeld, 1903, in particolare pp. 18 ss. Di Ehrlich si vedano inoltre *Soziologie und Jurisprudenz*, (1906), in ID., *Gesetz und lebendes Recht. Vermischte kleinere Schriften*, Berlin, Duncker & Humblot, 1986, pp. 88-103 e ivi *Die Neuordnung der Gerichtsverfassung*, (1907), pp. 146-178.

Tuttavia, come è noto, l'incidenza della *Freirechtsbewegung* è stata molto inferiore al suo potenziale innovativo. Si tratta di un orientamento emerso quando ormai l'opzione legalistica aveva celebrato in Germania il suo definitivo trionfo con l'emanazione del BGB; il giusliberismo, anche a causa del drammatico tornante che la storia tedesca avrebbe conosciuto dopo il fallimento dell'esperimento weimeriano, non ha avuto margine sufficiente per tradursi in un progetto effettivamente capace di incrinare il solido ancoraggio legalistico della cultura giuridica.

Il paradigma della legalità, con la concezione monistica che ha implicato, seppure con declinazioni diverse, sembra aver circoscritto l'orizzonte di riferimento per la generalità della scienza giuridica continentale tra Otto e Novecento.

3. *La giurisprudenza delle Corti supreme come fattore di stabilizzazione: una comparazione tra Francia, Germania e Italia.*

Spostiamo ora la nostra attenzione sui caratteri della giurisdizione. Anche qui appare evidente come il recupero del diritto giurisprudenziale resti concepito entro l'orizzonte legalistico. Consideriamo al riguardo le esperienze maturate in tre contesti statuali differenti, quello francese, quello tedesco e quello italiano, concentrandoci sul tratto fondamentale delle funzioni e dei caratteri della giurisdizione suprema.

Durante la Rivoluzione francese, infatti, proprio al livello di giurisdizione suprema si era inteso ottenere la neutralizzazione del diritto giurisprudenziale di fronte alla legge. Con l'introduzione della *cassation* nell'ordinamento processuale e giudiziario infatti si era intervenuti sulle dinamiche concrete di svolgimento della giurisprudenza, non solo per controllarla, ma anche per *snaturarla*.

La *cassation* introduceva due novità che interessavano direttamente i regimi del diritto giurisprudenziale: la prima consisteva nel dare rilevanza ad una inedita separazione tra questione di fatto e questione di diritto, di modo che il giudizio del giudice supremo si restringesse solo a quest'ultima; la cassazione, si diceva, non è chiamata a sanzionare le decisioni ingiuste; è prevista piuttosto per sanzionare le violazioni della legge.

La seconda novità consisteva nel trasformare il giudizio di

fronte al giudice supremo in uno spazio procedimentale dall'esito meramente rescindente; il giudice supremo — ogni qual volta avesse rinvenuto una violazione di legge — era obbligato a rinviare la sentenza al giudice di merito per la decisione.

Senza entrare troppo nei dettagli tecnici, basti qui ricordare che l'idea guida era quella di tutelare la volontà del legislatore, trasformando il terzo grado di giudizio (*de iure litigatoris*) in un momento di verifica della corretta applicazione della legge (*de iure constitutionis*); esso sarebbe servito ad annullare il giudicato, non a costruirlo. Si impiegava un'attività giurisprudenziale in senso *anti-giurisprudenziale* nell'interesse della legge. In tal modo la giurisprudenza non avrebbe potuto più porsi in contrasto con le scelte del legislatore, né avrebbe potuto svolgersi secondo dinamiche autonome da quelle scelte. Con la *cassation* si intendeva tradurre in concreto una *concezione meccanicistica* dell'applicazione della legge.

La realizzazione di tale programma dai lineamenti abbastanza semplici si sarebbe complicata sensibilmente nel corso dell'Ottocento, aprendosi ad un significativo recupero di spazi per il diritto giurisprudenziale.

Affrancandosi dalle restrittive impostazioni originarie, la *Cour de cassation*, istituita nel 28 fiorile dell'anno XII in sostituzione del *Tribunal de cassation*, ha assunto un ruolo di primo piano nello sviluppo del diritto giurisprudenziale ⁽³⁸⁾. Parte non secondaria ha

⁽³⁸⁾ Si vedano sul punto L. MONTAZEL, *Entre fait et droit: histoire d'un pouvoir judiciaire. Les techniques de la cassation civile en France et en Allemagne au XIXème siècle*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1998, pp. 1-89; M. MECCARELLI, *Le Corti di cassazione nell'Italia unita. Profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 127-135 e 176-182; ID., *Cassation, révision et tâche de la juridiction: une comparaison entre France, Allemagne et Italie au cours du XIXe siècle*, in *Modèles français, enjeux politiques et élaboration des grandes textes de procédure en Europe*, sous la direction de J. Hautebert, S. Soleil, Paris, Editions juridiques et techniques, 2007, pp. 153-157. Una tendenza alla ricostruzione di un ruolo guida nello sviluppo della giurisprudenza è comunque già rinvenibile nell'esperienza dello stesso *Tribunal de cassation*; al riguardo J.L. HALPÉRIN, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris, LGDJ, 1987, passim e in particolare pp. 267-269. Riguardo alla *cassation* si vedano anche P. CALAMANDREI, *La cassazione civile. I. Storia e legislazioni*, (1920), in ID., *Opere giuridiche*, vol. VI, Napoli, Morano, 1976; J.P. ROYER, *Histoire de la justice en France de la monarchie absolue à la République*, Paris, PUF, 1995; M. GLAESER, *Lehre und Rechtsprechung im französischen Zivilrecht des*

giocato in ciò una progressiva tendenza ad estendere il campo dei motivi di ricorso in Cassazione, di modo che alla figura della contravvenzione espressa della legge si sono affiancate anche quelle della *fausse application* (una *contravention négative*) del *défaut de base légale* e del difetto di motivazione della sentenza ⁽³⁹⁾. Decisiva è stata poi l'introduzione, nel 1837, del giudizio a *Chambres réunies* sul secondo ricorso per gli stessi motivi, nel qual caso la sentenza di rinvio della Cassazione assumeva un valore vincolante, quanto alla questione di diritto, per il giudice di merito.

Con tali attribuzioni la *Cour de cassation*, è stata in grado di produrre orientamenti interpretativi e promuovere l'uniformità della giurisprudenza ⁽⁴⁰⁾.

I caratteri che attribuivano alla Cassazione una funzione anti-giurisprudenziale, come la separazione tra questione di fatto e di diritto e l'effetto solo rescindente delle sue sentenze, tuttavia vennero conservati. La *Cassation* francese del secolo XIX, sarebbe restata, mezzo strategico per rendere irreversibile la svolta legicentrica e per difendere i valori e gli orientamenti ideologici del *Code civil*. Non dimentichiamo a tal proposito le caratteristiche di solidità che presentava il codice civile francese ⁽⁴¹⁾: il forte valore rappre-

19. *Jahrbunderts*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1996; P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Torino, Giappichelli, 2005.

⁽³⁹⁾ Si vedano ad esempio P. BONCENNE, *Théorie de la procédure civile*, Paris, Videcoq, 1837, pp. 501-548; T. CRÉPON, *Du pourvoi en cassation en matière civile*, Paris, Larose & Forcel, 1892, vol. I, pp. 217-222, vol. III, pp. 3-6 e 47-48, 95-129; E. FAYE, *La Cour de cassation*, Paris, 1903 (ristampa, Paris, Auvermann, 1970), pp. 127-135, 186-196, 312-319; R. DE LA GRASSERIE, *De la fonction et des juridictions de cassation en législation comparée (évolution, comparaison critique, réforme)*, Paris, LGDJ, 1911, p. 17 e 45-49.

⁽⁴⁰⁾ G. MARTY, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir et le contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Paris, Sirey, 1929, pp. 206 ss; Y. SALOMÉ, *Les pouvoirs de contrôle de la Cour de cassation en matière de conflits des lois*, Paris, Sirey, 1938, pp. 17 ss. Lo constatavano anche F. GÉNY, *Méthode d'interprétation*, cit., pp. 90-96 e E. EHRLICH, *Freie Rechtsfindung*, cit., p. 26.

⁽⁴¹⁾ Fra gli altri cfr. J.L. HALPÉRIN, *L'impossible code civil*, Paris, PUF, 1992; ID., *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 1996; I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 570 ss; Y. GAUDEMET, *Le code civil, "Constitution civile de la France"*, in 1804-2004 *Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, sous la direction de Y. Lequette, L. Leveneur, Paris, Dalloz, 2004, pp. 297-307; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e*

sentativo della svolta politica compiutasi con la Rivoluzione; il suo rilievo ‘costituzionale’ rispetto ai nuovi equilibri sociali; la chiusura alle eterointegrazioni.

Ciò rendeva possibile immaginare uno spazio attivo per una giurisprudenza ‘snaturata’ come quella della Cassazione, senza temere per le scelte del legislatore.

Prendiamo ora in esame un esempio diverso, quello della Germania. Qui l’appuntamento con il codice è ritardato (si parla in proposito di codice rinviato ⁽⁴²⁾); la codificazione infatti segue ad una edificazione del nuovo diritto privato, svoltasi anzitutto sul piano dottrinale per opera della *Pandektenwissenschaft*. L’unità nazionale tedesca, del resto, è un dato che si determina solo nella seconda metà del secolo XIX; ma anche dopo il 1870 non si è pensato prioritariamente alla codificazione. Mentre la giurisprudenza dei concetti proseguiva il suo itinerario costruttivo dell’impianto dogmatico del nuovo diritto nazionale, occorre infatti affrontare il problema della diversità di sistemi giuridici nelle regioni unificate; la strategia è stata di promuovere, tramite la giurisprudenza, un processo di armonizzazione del diritto.

Di nuovo, ma a diverso titolo rispetto alla Francia, tornava al centro della questione la giurisdizione suprema. Venne istituita una Corte suprema unica — il *Reichsgericht* ⁽⁴³⁾ — che, divisa in Sezioni

il pensiero giuridico, vol. 2, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 566-569; P. CAPPELLINI, *Code civil, Säkularisierung, politische Form*, in *200 Jahre Code civil. Die napoleonische Kodifikation in Deutschland und Europa*, herausgegeben von W. Schubert, M. Schmoeckel, Köln, Weimar, Wien, Böhlau, 2005, pp. 4-6.

⁽⁴²⁾ P. CARONI, *Il codice rinviato. Resistenze europee all’elaborazione e alla diffusione del modello codicistico*, in *Codici. una riflessione di fine millennio*, a cura di P. Cappellini e B. Sordi, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 263-307.

⁽⁴³⁾ Rinviamo anche a tal proposito a quanto illustrato in M. MECCARELLI, *Le Corti di cassazione*, cit., pp. 136-148 e ID., *Cassation, révision et tâche de la juridiction*, cit., pp. 157-159. Sui caratteri, il ruolo e gli orientamenti del *Reichsgericht* si vedano inoltre R. SCHRÖDER, *Die deutsche Methodendiskussion*, cit., pp. 340 ss.; K. LUIG, *Rechtsvereinheitlichung durch Rechtsprechung in den Urteilen des Reichsgerichts von 1879 bis 1900 auf dem Gebiete des deutschen Privatrechts*, in « *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* », 5, 1997, pp. 762-779; H.P. GLÖCKNER, *Die Rechtsprechung des Reichsgerichts: Thema mit Variationen*, in « *Ius commune* », XXV, 1998, pp. 391-425; T. HENNE, *Richterliche Rechtsharmonisierung. Startbedingungen, Methoden und Erfolge in Zeiten beginnender staatlicher Zentralisierung. Analysiert am Beispiel des Oberhandelsgerichts*, in *Kontinui-*

competenti per territorio, avrebbe operato sui diversi ordinamenti regionali, per promuovere una *Rechtsbarmonisierung* e favorire l'emersione di un diritto nazionale: costruire una giurisprudenza unitaria, si diceva ⁽⁴⁴⁾, per ottenere un diritto unitario.

Lo strumento processuale di una tale giurisdizione suprema, anche qui limitiamo al minimo le precisazioni tecniche, non avrebbe potuto essere quello della cassazione; si scelse infatti quello della *revisio in iure*: un giudizio di terzo grado limitato ad un riesame della questione di diritto ma, applicando la questione di diritto al fatto, capace di produrre sentenze con effetti rescissori.

Anche in tale schema i motivi di ricorso in terzo grado venivano ridotti all'ipotesi della violazione di legge; tuttavia, in mancanza di un codice e in presenza di sistemi giuridici diversi tra di loro, essa veniva considerata in senso ampio come riferita al "diritto materiale" (comprendente anche la consuetudine ⁽⁴⁵⁾). Ciò ha avrebbe consentito al *Reichsgericht* di operare su terreni che invece nel sistema francese erano interdetti alla Corte di cassa-

täten und Zäsuren in der Europäischen Rechtsgeschichte, herausgegeben von A. Thier, G. Pfeifer, P. Grizmek, Frankfurt am Main, Lang, 1999, pp. 335-355; *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter. Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896-1914)*, herausgegeben von U. Falk, H. Mohnhaupt, Frankfurt am Main, Klostermann, 2000; R. ZIMMERMANN, *Das Bürgerliche Gesetzbuch und die Entwicklung des Bürgerlichen Rechts*, in *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, herausgegeben von M. Schmoeckel, J. Rückert, R. Zimmermann, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, pp. 1-33; S. GEYER, *Den Code civil „richtiger“ auslegen. Der zweite Zivilsenat des Reichsgerichts und das französische Zivilrecht*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2009.

⁽⁴⁴⁾ Ad esempio J. WEISSMANN, *Einheitliches Recht und einheitliche Rechtsprechung*, in « Zeitschrift für deutschen Civilprozess », IX, 1886, pp. 171-181.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. W. ENDEMANN, *Der deutsche Civilprozeß. Erläuterungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Civilprozessordnung des deutschen Reichs*, Band II, Berlin, Weidemannsche, 1879, pp. 456-457; F.H. SONNENSCHMIDT, *Über das Rechtsmittel der Revision nach der Zivilprozessordnung für das deutsche Reich von 30. Januar 1877*, in « Zeitschrift für deutschen Civilprozess », 1880, II, pp. 440-447; ERYTHROPEL, *Zur Lehre von der Revision*, in « Zeitschrift für deutschen Civilprozess », III, 1881, pp. 116-122; A. BOLZE, *Über die Zulässigkeit der eigenen Auslegung von Rechtsgeschäften durch den Revisionsrichter im Civilprozess*, in « Zeitschrift für deutschen Civilprozess », 14, 1890, pp. 415-470; R. SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1910, pp. 798-799; K. HELLWIG, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, Teil I, Leipzig, Deichert, 1912 (ristampa Aalen, Scientia, 1980), pp. 852-855.

zione ⁽⁴⁶⁾. Correlativamente la separazione tra questione di fatto e di diritto era pensata soprattutto per far in modo che il giudice di terzo grado si ponesse la questione della *giustizia sostanziale solo come questione di diritto* (al contrario in Francia serviva a distinguere tra controllo della decisione che violava la legge e controllo della decisione ingiusta).

Per tali sue peculiarità il *Reichsgericht* veniva reso idoneo ad esercitare una attività giurisprudenziale creativa, ma la sua *Rechtsfortbildung* non si poneva necessariamente in termini di incompatibilità con un orizzonte di diritto codificato e, soprattutto, con il progetto edificatorio della pandettistica.

Se è vero che dalla Germania del XIX secolo ci viene proposto un tipo di diritto giurisprudenziale diverso da quello contemporaneamente emergente dall'assetto sistematico francese, è anche vero che esso, pur costituendo per certi versi anche una manifestazione di autonomia del diritto, sembra collocarsi all'interno del processo di modernizzazione che si sta compiendo nel segno della riduzione del diritto nella legge.

Osserviamo ora un terzo scenario, quello italiano. Anche qui abbiamo una tarda unificazione territoriale nazionale, per un territorio nel quale si sono consolidate nei secoli diverse tradizioni giuridiche. Al nuovo Stato unificato però si è voluto dare rapidamente un diritto nazionale, rinunciando ad avviare un diverso percorso di ponderazione del diritto unitario ⁽⁴⁷⁾. Ciò ha conferito un profilo di inadeguatezza originario al diritto codificato italiano (accentuatosi poi con le trasformazioni economico-sociali di fine Ottocento) e proprio per questo esso non sarebbe stato in grado di svolgere, da solo, una funzione conformativa; sarebbe stato piuttosto destinato a dipendere dal momento ermeneutico.

Tale quadro ha influito certamente sui caratteri assunti dalla giurisdizione suprema. Nel 1865 con il codice di procedura civile

⁽⁴⁶⁾ Lo segnalava la stessa dottrina coeva; si veda ad esempio W. BOYENS, *Grenze zwischen Tatsfrage und Rechtsfrage in den Zivilsenaten des Reichsgerichts*, in *Die ersten 25 Jahre des Reichsgerichts*, Leipzig, Roßberg, 1904, p. 155.

⁽⁴⁷⁾ S. SOLIMANO, "Il letto di Procuste". *Diritto e politica nella formazione del codice civile unitario. I progetti Cassinis*, (1860-1861), Milano, Giuffrè, 2003; Id., *L'edificazione del diritto privato italiano: dalla restaurazione all'Unità*, in « *Forum Historiae Iuris* », <http://www.forhistiur.de>, 17. Mai 2005.

venne definitivamente scelto un sistema di cassazione, secondo le regole consolidate in Francia, orientato al controllo della violazione di legge, con mero potere rescindente. Tuttavia si trattava di una originalissima ibridazione dell'idea di *cassation*.

Basti qui accennare a due profili soltanto: in Italia operarono fino al 1923 non una ma cinque Corti supreme di cassazione civile; esse esercitarono la propria giurisdizione e svilupparono la propria giurisprudenza su territori distinti e in modo autonomo tra loro. Inoltre l'elenco dei motivi di ricorso previsto dal codice di procedura civile del 1865 risultava più ampio rispetto a quello che caratterizzava l'ordinamento francese; ciò permetteva alle Cassazioni italiane di operare sconfinamenti sulla questione di fatto pur conservando il principio della separazione tra questione di diritto e di fatto ⁽⁴⁸⁾. La cassazione italiana, con tali suoi tratti peculiari, si avvicinava in tal modo alla *Revision* tedesca senza però recepirne un tratto decisivo: la possibilità di applicare al fatto la questione di diritto.

Tale originale impiego dell'istituto della cassazione ha potuto favorire in Italia l'instaurarsi di un rapporto dialettico tra diritto codificato e giurisprudenza, sia nel senso di dare a quel momento giudiziale il valore di una ponderazione del diritto positivo rispetto alle esigenze di giustizia, sia nel senso di aumentare la capacità di penetrazione ermeneutica del diritto positivo, per favorirne la necessaria evoluzione e determinare i necessari punti di sintesi ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁸⁾ Le Corti di cassazione nel Regno d'Italia avevano Sede in Torino, Firenze, Napoli, Palermo e (dal 1875) Roma. La loro autonomia reciproca venne corretta a partire dal 1888; con la legge che unificava le Cassazioni penali, infatti, si dispose anche la concentrazione della competenza per i ricorsi a Sezioni unite nella sola Cassazione di Roma. Per maggiori approfondimenti rinviamo a M. MECCARELLI, *Le Corti di cassazione*, cit., passim. Sulle Cassazioni italiane si vedano inoltre cfr. P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, cit., pp. 669 ss.; M. TARUFFO, *Cassazione e revisione: un problema nella storia delle istituzioni giudiziarie*, in Id., *Il vertice ambiguo*, Bologna, il Mulino, 1991, pp. 27-50; A. SCIUMÈ, *Fra revisione e cassazione: modelli di organizzazione giudiziaria e politica dell'unificazione nella Lombardia postunitaria*, in *Ius mediolani. Studi di storia del diritto milanese offerti dagli allievi a Giulio Vismara*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 979-1050; F. CIPRIANI, *La scomparsa di Carlo Lessona e La cassazione di Piero Calamandrei*, in « Il giusto processo civile », 2008, 1, pp. 3-40.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. L. BORSARI, *Il codice italiano di procedura civile annotato*, Parte I, Roma, Napoli, UTET, 1872, pp. 649 ss.; R. MARCHETTI, *Terza istanza e cassazione*, in *Relazioni*

Al contempo però tale diritto giurisprudenziale è stato prodotto da una giurisdizione suprema che si è interposta tra il diritto codificato e la giurisprudenza ordinaria con una connotazione anti-giurisprudenziale. Sotto tale punto di vista la giurisprudenza delle Corti di cassazione sembra essere stata idonea a costituire un sostegno a quel diritto codificato (e alle opzioni ideologiche che vi erano alla base) — tanto più se se ne considera l'inadeguatezza congenita —, mettendolo al riparo da un probabile e più incisivo processo di erosione giurisprudenziale.

Volendo tirare qualche conclusione da tali rapidi cenni, direi che lo snaturamento del diritto giurisprudenziale progettato con l'ideazione della *cassation* è stato ottenuto; tuttavia non nel senso, immaginato dai rivoluzionari francesi, di dare forma ad una concezione meramente meccanicistica dell'applicazione della legge.

Le nuove Corti supreme, infatti, pur nelle diversità dei sistemi legislativi che ne hanno stabilito il ruolo e caratterizzato la funzione sono state dotate tutte di una forte potenzialità creativa.

Esse però vengono congegnate per produrre un diritto giurisprudenziale dietro lo schermo del primato della legge e in funzione di esso. In tutti e tre i sistemi analizzati, infatti, il diritto giurisprudenziale trova la propria determinazione sul presupposto di una separazione (seppur diversamente concepita) tra questione di fatto e

e deliberazioni del Circolo legale romano sulle tesi proposte al primo Congresso giuridico italiano, Roma, Mugnoz, 1872, pp. 179 ss.; E. BRUSA, *Dell'unità di Cassazione penale*, in « Annuario delle scienze giuridiche sociali e politiche », 4, 1883, pp. 276-277; A. SANGIORGI, *Relazione della Commissione istituita per studiare un Progetto di costituzione della suprema magistratura del Regno*, in « Il circolo giuridico », XXII, 1891, pp. 290 ss.; V.E. ORLANDO, *Sull'unificazione della Cassazione civile*, Palermo, F.lli Vena, 1893, pp. 8-13; L. MORTARA, *Commentario*, cit., §§ 61-75, pp. 67-81; G. ZANARDELLI, *Relazione al disegno di legge sull'ordinamento giudiziario*, in *Atti della Camera dei Deputati*, Documenti, Legislatura XXI, 2a Sessione 1902-1903, Roma, 1903, doc. 294, pp. 2-37; B. GABBA, *Sul progetto di legge per la riforma giudiziaria*, in « *Monitore dei tribunali* », XLIV, 1903, pp. 225 ss.; E. GIANTURCO, *Sulla riforma giudiziaria*, (1904), in *Id.*, *Opere giuridiche*, Roma, Libreria dello Stato, 1947, vol. I, pp. 280 ss.; E. PIOLA CASELLI, *La magistratura. Studio sull'ordinamento giudiziario nella storia, nelle leggi straniere, nelle leggi italiane e nei progetti di riforma*, Torino, UTET, 1907, pp. 235 ss.; F. DEGNI, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 129-132 e 160-161; F. CARNELUTTI, *Limiti del rilievo dell'error in iudicando in Corte di cassazione*, in « *Rivista del diritto commerciale* », XIII, 1915, I, pp. 801-809.

di diritto e attraverso un processo di sussunzione del fatto nel diritto.

Tali Corti supreme sono state chiamate a promuovere una giurisprudenza che costituisse un *fattore di stabilizzazione* del diritto, sia che si trattasse di applicare fedelmente la volontà del legislatore (*cassation* francese) o di predeterminare le condizioni perché essa potesse efficacemente esprimersi (*Revision* tedesca) o ancora di contestualizzarne meglio la portata (cassazione italiana).

I margini creativi di cui godevano, andavano ad esprimersi in un *orizzonte nomofilattico*.

4. *La fase attuale: oltre l'orizzonte monistico una nuova prospettiva di senso per l'autonomia del diritto.*

Dalla nostra analisi emerge dunque che il diritto giurisprudenziale sia sul terreno del metodo ermeneutico che su quello della giurisdizione, è stato concepito come uno strumento non solo compatibile ma anche funzionale al primato della legge; esso non ha rappresentato un elemento di contraddizione, bensì di *determinazione del regime della legalità*. Non c'è un infatti un superamento dell'orizzonte monistico in questo recupero della giurisprudenza.

L'esperienza giuridica contemporanea ha mostrato di potersi proiettare oltre tale orizzonte solo nell'ultimo cinquantennio del secolo XX. In questa fase si è infatti determinato un mutamento del quadro ordinamentale d'insieme a seguito dell'introduzione di un complesso di nuove giurisdizioni in campo costituzionale, comunitario e internazionale (si pensi alle Corti costituzionali, alla Corte di giustizia europea o alla Corte europea dei diritti dell'uomo). La diversa costellazione delle condizioni sistematiche in cui è stata chiamata ad operare l'interpretazione del diritto ha inoltre aperto orizzonti nuovi in cui pensare i caratteri dei procedimenti ermeneutici ⁽⁵⁰⁾.

⁽⁵⁰⁾ Sul piano della teoria generale si vedano ad esempio M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 210 ss.; L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 1. *Teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, in particolare 846 ss.; Id., *Democrazia costituzionale e scienza giuridica*, in « Diritto pubblico », 1, 2009, pp. 1-20; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua*

Soffermiamoci dunque brevemente in chiusura ad osservare i tratti di questa che sembra a pieno titolo poter essere considerata come una nuova fase del diritto giurisprudenziale.

Tali alte Corti in forza delle proprie prerogative e nello svolgimento del proprio compito istituzionale, si sono mostrate capaci di incidere nella formazione del diritto in condizione di reciproca autonomia, dando concretezza ad un respiro dialettico di pluralismo giuridico e *superando l'orizzonte sistematico monistico* che aveva caratterizzato l'Ottocento e la prima parte del Novecento. Nessuna di esse si è visto riconosciuto il potere di governare l'intero processo di manifestazione (e al contempo di produzione) del diritto vivente; ciascuna espressione giurisdizionale ha assunto però un rilievo fondamentale e originale in quello stesso processo.

La giurisdizione costituzionale, chiamata a sindacare la costituzionalità delle leggi⁽⁵¹⁾ da una posizione non organica ma funzionalmente collegata all'ordinamento giudiziario, ha sancito definitivamente la fine della riduzione del diritto nella legge e ha favorito il superamento della mera logica della *separazione* tra questione di fatto e questione di diritto, per introdurne una, inedita, ispirata alla

giustizia, cit., p. 161 ss.; F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au raseau*, cit., passim; J. HABERMAS, *On Law and Disagreement. Some Comments on "Interpretative Pluralism"*, in « Ratio iuris », 16, 2003, pp. 187-194.

(51) Cfr. fra gli altri M. BIGNAMI, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 87 ss.; M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano*, Bologna, il Mulino, 1998, pp. 100-108; Id. *Stato e costituzione*, in *Lo Stato moderno in Europa*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 19 ss.; Id., *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, Laterza, 2009, pp. 98-104 e pp. 125-127; E. CHELI, *Il giudice delle leggi: la Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna, il Mulino, 1999; E. CHELI, F. DONADI, *La creazione giudiziale del diritto nelle decisioni dei giudici costituzionali*, in « Diritto pubblico », 1, 2007, pp. 155-178; *Corte costituzionale e Parlamento: profili problematici e ricostruttivi*, a cura di A. Ruggeri, G. Silvestri, Milano, Giuffrè, 2000; il numero monografico della rivista « Ratio Juris », 16, 2003, *Constitutionals Courts*; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, passim; Id., *La legge e la sua giustizia*, cit., passim; il numero monografico del « Giornale di storia costituzionale », 11, 2006, *Storia, giustizia, costituzione. Per i cinquant'anni della Corte costituzionale*; P. GROSSI, *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. Lobbuono, Bari, Cacucci, 2009, pp. 26-30.

relazione tra giurisprudenza ordinaria e giurisprudenza costituzionale.

A loro volta la Corte di giustizia europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo, seppur distinte quanto a natura, caratteri e funzioni, hanno costituito due poli giurisdizionali autonomi da quelle dei singoli Stati membri, ma immediatamente collegate al diritto di questi; la loro giurisprudenza si è inserita in modo strutturale, se non sistemico, nel circuito di produzione del diritto vivente ⁽⁵²⁾.

Per gli aspetti che interessano la nostra indagine le dinamiche relazionali complesse che legano le giurisprudenze ordinarie a quelle di tali alte Corti sembrano poter essere considerate come fenomeno unitario.

Rinunciando ad ogni approfondimento e senza alcuna pretesa di sistemazione, ci interessa qui però evidenziare alcuni profili che, in questo diverso scenario, sembrano caratterizzare in modo inedito il diritto giurisprudenziale: esso scaturisce da un *campo di relazioni aperto* tra le fonti del diritto (tra legge e principi (costituzionali, comunitari o di diritto internazionale), così come anche tra principi e principi); gli svolgimenti di questo campo di relazioni vengono

⁽⁵²⁾ Cfr. fra gli altri J. VELU, *De l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme: vues de droit comparé sur des évolutions en cours*, in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 527-562; M.R. FERRARESE, *Il diritto europeo nella globalizzazione: fra terra e mare*, in « *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* », 31, 2002, pp. 32 ss. e ivi anche i saggi di A. BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e la scienza penale*, pp. 543 ss. e E. CANNIZZARO, *Il pluralismo dell'ordinamento giuridico europeo e la questione della sovranità*, pp. 245 ss. (di questo Autore si veda anche ID., *Il bilanciamento fra diritti fondamentali e il nuovo articolo 117, 1° comma, Cost.*, in « *Rivista di diritto internazionale* », 1/2010); nella rivista « *Quaderni fiorentini* », 31, 2002 si veda anche il saggio di M. FIORAVANTI, *Il processo costituente europeo*, pp. 273 ss. Si vedano inoltre ID., *Costituzionalismo*, cit., pp. 127-133, 156-158; P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, Giuffrè, 2004; P. GROSSI, *Il diritto civile*, cit., pp. 30-33; M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, Paris, Editions du Seuil, 2006; G. MARTINICO, *L'integrazione silente: la funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli, Jovene, 2009; M. RUOTOLO, *La questione del crocifisso e la rilevanza della sentenza della Corte europea dal punto di vista del diritto costituzionale*, in « *Costituzionalismo.it* », 3, 2009, www.constituzionalismo.it; *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno*, a cura di L. Ruggeri, Napoli, ESI, 2009.

infatti determinati da enunciati di immediata derivazione giurisprudenziale o posti da norme, che però hanno bisogno di passare attraverso il filtro giurisprudenziale per esprimere la loro esatta valenza; sono anzitutto le giurisdizioni a venir incaricate del compito (senza con questo voler sminuire il contributo della dottrina, che invece dalla centralità del momento giurisdizionale sembra trarre nuove sollecitazioni); tali giurisdizioni interagiscono tra loro non sulla base di un principio gerarchico ma secondo un principio di riconoscimento delle competenze; gli sviluppi del diritto giurisprudenziale che ne risulta sono sempre provocati da un concreto problema di giustizia sostanziale e quindi scaturiscono da una ricerca della dimensione giuridica materiale corrispondente al principio.

Ne risulta un dato importante per il nostro itinerario, poiché tali interazioni sembrano aver la capacità di conferire al diritto giurisprudenziale delle *valenze nomopoietiche*. Considerando la nostra prospettiva storico-giuridica, potremmo dire che, se la forma codice aveva imposto una giurisprudenza che assolveva il compito di stabilizzare il diritto, ora invece, nel nuovo orizzonte giurisdizionale (costituzionale e superstatuale), la funzione della giurisprudenza torna ad essere quella di attribuire *gradi di libertà* al diritto.

Qui la dimensione dell'autonomia del diritto si arricchisce di valenze sistematiche, poiché accanto al profilo dell'autosufficienza dalla mediazione politica — e piuttosto che affermare semplicemente un diverso primato, quello del diritto giurisprudenziale, in luogo del primato della legge — si qualifica anche per produrre nella fenomenologia delle fonti *affrancamenti dal paradigma gerarchico e formalistico*.

Per questo ci pare di poter concludere che l'uscita dal legalismo è un fatto recente del quale il secolo XIX non rappresenta il tempo di gestazione; esso costituisce piuttosto una fase nella quale sono state svolte complesse strategie discorsive, che, seppure a favore del diritto giurisprudenziale, hanno continuato a muoversi entro un orizzonte precomprensivo monistico.

È anche a partire dalla consapevolezza di tale discontinuità che è forse possibile oggi costruire (e riscoprire) uno spazio di significati per l'autonomia del diritto.

ALBERTO SPINOSA

« L'ECONOMIA DEI CODICI MODERNI ».
LEGISLAZIONE E GIURISPRUDENZA
NELLA DOTTRINA ITALIANA DELL'OTTOCENTO

« Il giorno in cui la società è abile a distinguere il potere giudiziario dal potere legislativo, nasce necessariamente un codice ».

G. PISANELLI (1863)

1. Introduzione. — 2. Condizioni e limiti dell'indagine: giurisprudenza e Stato di diritto. — 3. Codificazione e diritto giurisprudenziale: il moderno Codice e i suoi oppositori. — 4. La *paix* ottocentesca tra giurisprudenza e Codice. — 5. « L'economia dei codici moderni ». — 6. Dal *juge automate*, alla magistratura come fattore di progresso e continuità.

1. *Introduzione.*

“L'evoluzione storica dei rapporti fra la legislazione e la giurisdizione”; “La giurisprudenza nello svolgimento del diritto”; “Per una missione della magistratura” ⁽¹⁾. Anagraficamente figlio dell'Ottocento, sia pur del suo ultimo tratto di strada, ciascuno di questi tre titoli appartiene già, di fatto, all'universo giuridico e culturale del secolo successivo, manifestazione sintomatica di quella crisi di cer-

⁽¹⁾ Sono questi i titoli di tre contributi che, a distanza ravvicinata, anticipano la crisi di fine secolo. A. MAJORANA, *L'evoluzione storica dei rapporti fra la legislazione e la giurisdizione*, in « Archivio Giuridico », XLIII, 1889, pp. 568-587; P. BONFANTE, *La giurisprudenza nello svolgimento del diritto*, in « Temi Veneta. Eco dei tribunali », XX, 1895, 3, pp. 105-111; E. CALDARA, *Per una missione della magistratura*, in « La scienza del diritto privato », III, 1895, pp. 373-383.

tezze ⁽²⁾ e fondamenti che avrebbe caratterizzato la parabola novecentesca dello Stato moderno almeno fino al varo della Costituzione repubblicana, se non addirittura fino ai giorni nostri ⁽³⁾.

La scoperta di una divaricazione crescente tra diritto positivo e realtà sociale, figlia di una trasformazione della struttura socio-economica del Paese e di una contestuale opera di aggiornamento metodologico della scienza giuridica, infrangeva progressivamente il sogno postunitario di una corrispondenza perfetta tra società e rappresentazione codicistica, aprendo spazi teorici fino a qualche anno prima difficilmente percorribili. Di fronte all'inadeguatezza funzionale della disciplina codicistica, quando non è in gioco direttamente la richiesta di una nuova impresa codificatoria, e accanto (o in alternativa) ad un intervento 'speciale' del legislatore su singoli settori di particolare allarme sociale, vi è chi inizia a pensare che una parte non secondaria di questa improrogabile opera di cucitura tra norma e 'vita', possa essere affidata alla prudente mediazione della giurisprudenza.

Ad essere messo in discussione è il modello montesquieuiano di giudice, così come recepito dagli Stati liberali ottocenteschi. Il giudice come « fonografo vivente » ⁽⁴⁾ del comando legislativo, vincolato ad un'attività meramente ricognitiva del contenuto di volontà racchiuso nel testo di legge. Ma, ancora prima, è l'ideale illuministico e giuspositivistico del legislatore omniprevedente a risultare improvvisamente invecchiato ⁽⁵⁾. Un modello che, per convinzione sempre più diffusa, poteva, sì, funzionare nel quadro di una trasformazione 'normale' dei rapporti economici e sociali, ma

⁽²⁾ Cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. un profilo storico (1860-1950)*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 71 e ss.

⁽³⁾ Cfr. P. GROSSI, *Novecento giuridico: un secolo posmoderno*, Napoli, Arte Tipografica, 2011.

⁽⁴⁾ L'espressione è mutuata da G. MAGGIORE, *La dottrina del metodo e la sua revisione critica*, in « Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto », VI, 1926, p. 373.

⁽⁵⁾ « Lo svolgimento progressivo del diritto privato non si può sperar dall'opera dei Parlamenti », constata Bonfante. Così per Caldara è « la naturale insufficienza della funzione legislativa a regolare i rapporti sociali » ad imporre quel ripensamento delle « funzioni della magistratura » necessario ad evitare che il nesso tra diritto e società, già sfibrato « sotto la pressione ognora crescente della nuove necessità di vita », non venga infine « violentemente spezzato ». Cfr. rispettivamente, P. BONFANTE, *La giurisprudenza*, cit., p. 109 e E. CALDARA, *Per una missione*, cit., pp. 377, 373, 382, 383.

che necessariamente doveva mostrare la corda dinanzi ad un'evoluzione della società che d'improvviso si avvertiva procedere con moto accelerato, e che non appariva più governabile attraverso il solo canale della legge generale e astratta ⁽⁶⁾.

Il modello liberale dello Stato di diritto ottocentesco comincia, dunque, a mostrare i primi segni di cedimento nelle parti della costituzione più esposte alle intemperie delle dinamiche sociali. Accantonato il mito liberista di uno spontaneo assestamento della società su livelli di massimizzazione del benessere, tramonta di conserva il mito di una razionalità legislativa capace di distendersi indefinitamente sui rapporti sociali in virtù di una propria forza ordinante. *Simul stabunt, simul cadent*. Il patto di non belligeranza tra giurisprudenza e legislazione, eretto attorno ad un Codice capace di tenere insieme passato presente e futuro, si incrina in corrispondenza dell'esplosione dei compiti di promozione dei diritti sociali del nuovo Stato-providenza ⁽⁷⁾. Da una parte per una forma di 'supplenza' giurisprudenziale rispetto alle denunce di inadempienza regolativa degli organi elettivi. In parte maggiore, paradossalmente, sarebbe stato lo stesso nuovo interventismo legislativo ad indurre un progressivo slittamento del baricentro del sistema dal momento legislativo a quello interpretativo-applicativo ⁽⁸⁾. Della cui rinnovata

⁽⁶⁾ Tanto che lo stesso principio di separazione dei poteri comincia ad essere guardato con sospetto, ritenuto « *convenzionale e di maniera* ». Il governo rappresentativo dovrebbe — è vero — funzionare come camera di compensazione dei bisogni sociali sufficiente a scongiurare « indebite intromissioni » del giudizio nel campo della legge. Ma, chiosa Majorana, la confusione non sempre è un male: in certe condizioni sociali e politiche « può essere sorgente di bene ». Cfr. A. MAJORANA, *L'evoluzione storica*, cit., p. 578.

⁽⁷⁾ Cfr. G. CAZZETTA, *Critiche sociali al codice e crisi del modello ottocentesco di unità del diritto*, in *Codici Una riflessione di fine millennio* — Atti dell'incontro di studio — Firenze, 26-28 ottobre 2000, a cura di P. Cappellini e B. Sordi, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 309-350. Più in generale, P. COSTA, *Alle origini dei diritti sociali: « Arbeitender Staat » e tradizione solidaristica*, in *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, a cura di G. Gozzi, Bologna, Il Mulino, 1997, pp. 277-340 e L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 400 e ss.

⁽⁸⁾ Il fenomeno della centralità del giudiziario come effetto indiretto dell'« intasamento » (*overload*) della funzione legislativa, dell'accresciuta domanda di legislazione che si registra nei sistemi di *Welfare*, è studiato efficacemente da T. KOOPMANS, *Legislature and Judiciary — Present Trends*, in *New Perspectives for a Common Law of Europe/Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, a cura di M. Cappelletti,

centralità fanno piena prova gli innumerevoli interventi che, a partire dai primi del '900, direttamente o indirettamente, chiamano in causa il ruolo e la funzione dell'interprete (del giudice in particolare, ma anche, più in generale, del giurista) ⁽⁹⁾.

Leyden & Bruxelles, Sijthoff & Bruylant, 1978, in particolare p. 314. Sul tema della 'Grande Trasformazione' del ruolo della giurisprudenza nelle moderne 'società del benessere', una mappa dei problemi in M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 22 e ss.

⁽⁹⁾ Solo per ricordare alcuni dei passaggi più significativi: V. SCIALOJA, *Sulla teoria dell'interpretazione delle leggi*, in *Studi giuridici dedicati ed offerti a Francesco Shupfer*, Torino, Bocca, 1898, ora in Id., *Studi giuridici. III, Diritto privato*, Roma, Anonima romana editoriale, 1932, pp. 46-8; G. VADALA-PAPALE, *Dei metodi di interpretazione giuridica per il novello indirizzo degli studi di diritto privato*, in V. Congresso nazionale giuridico-forense. Palermo 1903-Relazioni sui temi, Palermo, tip. Barravecchia, 1904, pp. 107-122; E. REDENTI, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, Roma, 1906; M. GALDI, *La riforma della legislazione del diritto privato, e la scuola del diritto libero* — Prelezione al corso di diritto civile dell'anno 1906-1907 detta il 15 novembre 1906, Napoli, 1906; Id., *La scuola del diritto libero*, Napoli, 1907; L. COVIELLO, *De' moderni metodi d'interpretazione della legge* — Prolesione al corso ufficiale di diritto civile nella R. Università di Palermo, letta il 14 gennaio 1908, in « La Corte d'Appello », IX, Napoli, 1908, pp. 1-12; V. POLACCO, *Le cabale del mondo legale* — Discorso letto nell'adunanza solenne del R. Istituto veneto di Scienze Lettere ed Arti il 24 maggio 1908 — ora in Id., *Opere minori — parte I — Problemi di legislazione*, Modena, Univ. degli Studi, 1928, II, 2, pp. 41-68; F. DEGNI, *L'interpretazione della legge*, Napoli, Jovene, 1909; P. COGLIOLO, *La funzione giurisprudenziale nella creazione delle norme giuridiche*, in Id., *Scritti vari di diritto privato*, Torino, UTET, 1910, pp. 375-87; F. FERRARA, *Potere del legislatore e funzione del giudice*, in « Rivista di Diritto civile », 1911, pp. 490-516, ora in Id., *Scritti giuridici*; G. PACCHIONI, *I poteri creativi della giurisprudenza*, in « Rivista di Diritto Commerciale », X, 1912, pp. 133-149; G. MAGGIORE, *L'interpretazione delle leggi come atto creativo*, Palermo, 1914; G. BRUNETTI, *Le fonti e la funzione del dubbio nella giurisprudenza* — Discorso letto nell'Aula magna della R. Università di Modena il 12 novembre 1922 per l'inaugurazione dell'a.a. 1922-23, Modena, Società tipografica modenese, 1923; A. CHECCHINI, *Storia della giurisprudenza e interpretazione della legge*, in « Archivio Giuridico », XC, 1923, pp. 167-230, ora in Id., *Scritti giuridici e storico giuridici*, Padova, CEDAM, 1958, I, pp.; M. SIOTTO-PINTOR, *Diritto naturale, diritto libero e diritto legislativo, nel pensiero d'un giurista-filosofo americano*, in « Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto », III, 1923, pp. 109-142; V. RAGUSA, *La giurisprudenza come fonte di diritto*, in « Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto », IV, 1924, pp. 418-427; A. RAMELLA, *L'opera del giudice nell'interpretazione della legge*, in « Diritto Commerciale », 1924, pp. 33-49; T. ASCARELLI, *Il problema delle lacune e l'art. 3 disp. prel. cod. civ. (1865) nel diritto privato*, in « Archivio Giuridico », XCIV, 1925, ora in Id., *Studi di diritto comparato e in materia di interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1952, pp.

Difetti sociali del Codice; scuola del diritto libero; problema delle lacune; filosofia dell'interpretazione creativa; principii generali del diritto; potere di equità; teoria delle fonti; certezza del diritto. Quale che sia il *focus* attorno al quale si viene a disporre di volta in volta lo sforzo riflessivo del giurista, identico resta il nucleo problematico di partenza: la crisi del modello statualistico liberale — diagnosticata ad inizio secolo dalla nota prolusione pisana di Santi Romano e resa manifesta con il deflagrare della prima guerra mondiale — spinge a ripensare con drammatica urgenza i rapporti di convivenza tra giurisprudenza e legislazione, a ridefinire compiti, funzioni e limiti delle reciproche competenze.

Ebbene, diciamo subito che non è su questo crinale di fine secolo che si colloca il punto di partenza della presente indagine. Esso ne rappresenta, semmai, il momento conclusivo e rileva qui soltanto come necessario termine di comparazione rispetto alla vicenda che si vuol ripercorrere. Una vicenda che al contrario rimane intenzionalmente circoscritta all'Ottocento 'maturo': l'Ottocento che la crisi l'ha ormai alle spalle (il 'trauma' della rivoluzione) e che, salvo smentite (il '48 ad esempio), può illudersi di occupare stabilmente il posto d'onore al tavolo del progresso civile universale ⁽¹⁰⁾. Non l'Ottocento della 'crisi', dunque, ma, se si vuole, quello della 'paix' ⁽¹¹⁾, l'Ottocento del Codice, quel mondo 'di ieri' ancora saldamente legato alle certezze ideologiche *bourgeoises*, cui avrebbero guardato con rimpianto i giuristi novecenteschi meno disposti ad accettare la complessità crescente degli ordinamenti giuridici postbellici. Insomma, il luogo meno indicato per ospitare istanze di ampliamento, o semplice complicazione, delle fonti giuridiche in direzione giurisprudenziale.

È convinzione di chi scrive, infatti, che pur nell'adesione

209-246; M. BACHI, *I poteri del giudice in un sistema di codice, di "Judge made law" e di equità*, in « Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto », 1925, pp. 247-256; M. ASCOLI, *La interpretazione delle leggi. Saggio di filosofia del diritto* (1928), Milano, Giuffrè, 1991.

⁽¹⁰⁾ Progresso e *incivilimento*, come vedremo, sono due dei concetti più ricorrenti del lessico giuridico ottocentesco, allo stesso modo in cui (si potrebbe dire) 'riforma' e 'ragione' lo erano per il Settecento.

⁽¹¹⁾ Il riferimento è a A.-J. ARNAUD, *La paix bourgeoise*, in « Quaderni fiorentini », II, 1973, pp. 147-176.

convinta alle clausole essenziali di quella ‘pace’, il panorama ottocentesco italiano offrì sul punto alcune soluzioni non scontate dei rapporti tra scienza, giurisprudenza e legislazione; alcuni itinerari teorici che difficilmente si lasciano ricondurre entro una cornice di acritica continuità con quel modello codicistico del quale contemporaneamente si celebrava il trionfo.

2. *Condizioni e limiti dell'indagine: giurisprudenza e Stato di diritto.*

Nelle pagine che seguono intendiamo dunque verificare se, a quali condizioni ed entro quali limiti, nel dibattito dottrinale dell'Ottocento italiano — in un arco temporale che va grossomodo dalla Restaurazione allo scoppio della c.d. ‘questione sociale’ — vi sia spazio (contro ogni aspettativa legittima) per un discorso sul c.d. diritto giurisprudenziale.

Limiti e condizioni in questo caso sono decisivi. E si tratta, come vedremo, di limiti insieme costituzionali, ideologici e culturali. Chi cerca in questo lasso di tempo incunaboli di una *Freirechtsbewegung ante litteram* deve prepararsi a rimanere deluso (sebbene un'inattesa convergenza su singoli punti teorici, come il rifiuto del dogma della completezza del codice⁽¹²⁾, possa suggerire indebiti parallelismi tra *Freirecht* e scienza risorgimentale). Fosse questo il criterio, tanto varrebbe — per intendersi — chiudere sul nascere la ricerca per assoluta mancanza di oggetto storiografico. Quella giu-sliberista fu una rivendicazione d'avanguardia, che muoveva dal presupposto di un antagonismo radicale verso la cultura ufficiale (formalistica, legalistica, pandettistica). Una « epidemia di sincerità »⁽¹³⁾, come è stato scritto, in un contesto di solido e diffuso conformismo. L'Italia di metà Ottocento, al contrario, non solo non presenta nulla di analogo, quanto a proporzioni o *vis* polemica, ma il maggior sostegno all'ipotesi di una giuridicità a trazione giurisprudenziale sarebbe venuto piuttosto dal settore della (pur sempre

⁽¹²⁾ Cfr. *infra* § 5.

⁽¹³⁾ Cfr. L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 217.

moderata) ‘resistenza’ dottrinale ⁽¹⁴⁾, che da una qualche fronda avanguardista ansiosa di ‘superamenti’.

In assenza di dispute dottrinali di analogo rilievo simbolico — deboli appaiono ormai anche le motivazioni che giustificarono, ad inizio secolo, la spaccatura della scienza giuridica europea tra sostenitori e oppositori del Codice ⁽¹⁵⁾ — limiti e condizioni coincidono sostanzialmente allora con quelli di una scienza giuridica ‘pacificata’ attorno ai valori dell’individualismo borghese, una scienza che guarda con aperto favore alle grandi trasformazioni che hanno investito i sistemi costituzionali continentali post-rivoluzionari, e che per voto pressoché unanime, saluta il processo di codificazione del diritto come un passaggio obbligato del progresso civile universale. Nessuna particolare scossa sarebbe giunta, per il momento, a smuovere dall’esterno queste fondamentali certezze. Se qualche spiraglio teorico poteva rimanere aperto, in questa fase, per il diritto giurisprudenziale, era dentro e *nonostante* quelle certezze, non già a condizione di una loro revisione critica.

Lo spazio di manovra che resta alla scienza giuridica risorgimentale per prendere in considerazione l’ipotesi di una giurisprudenza produttrice di diritto è dunque volutamente molto limitato. Esso presuppone l’accettazione delle ‘regole del gioco’ ⁽¹⁶⁾ degli ordinamenti giuridici liberali ed è *solo* dentro a questi confini, tracciati da conquiste di civiltà ritenute intangibili e da limiti teorici al momento invalicabili, che diventa possibile definire per la giurisprudenza criteri di partecipazione meno svantaggiosi rispetto a quelli che, astrattamente, quegli stessi ordinamenti (visti nella loro purezza di ‘modello’) tendevano ad assegnarle.

⁽¹⁴⁾ Cfr. più avanti § 3.

⁽¹⁵⁾ Tanto che l’auspicio di un trattato di pace tra i due ‘eterni’ rivali (Thibaut e Savigny, non c’è quasi bisogno di nominarli) sarebbe stato uno dei *Leitmotiv* culturali di questo singolare cinquantennio. Cfr. per tutti, F. DEL ROSSO, *Un primo passo verso la pace tra le scuole di diritto alemanne*, in *Giornale Toscano di scienze morali, sociali, storiche e filologiche*, Pisa, Pieraccini, 1841, I, pp. 127-133.

⁽¹⁶⁾ Cfr. ARNAUD, *Essai d’analyse structurale du code civil français: la règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, L.G.D.J., 1973. Si vedano sul punto anche le penetranti notazioni di M. SBRICCOLI, *Strutturalismo e storia del diritto privato. La regola del gioco nel gioco delle regole*, ora in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè, 2009, II, pp. 1057-1068.

Il primo poderoso ostacolo al riconoscimento di un compito ‘creativo’ di diritto da parte della giurisprudenza è rappresentato dalla stessa cornice costituzionale dello Stato moderno post-rivoluzionario (17).

L’idea di un diritto a formazione giurisprudenziale entra in rotta di collisione con entrambi i ‘lati’ che qualificano lo Stato di diritto come forma di Stato: il lato della *sovranità* (unità) e quello della *garanzia* dei diritti (del limite). Sul primo versante, infatti, essa tende a scomporre (nuovamente) in senso pluralistico quel monopolio della produzione giuridica che dalla Dichiarazione dell’89 si vuole prerogativa esclusiva della Nazione sovrana legiferante (18). Ma la possibilità che si diano più centri di produzione giuridica si pone in contrasto anche col secondo presupposto dello Stato di diritto, quello della garanzia dei diritti, che il pensiero liberale ritiene sufficientemente protetti dal primato stesso della legge sovrana (19). Da questo punto di vista, ammettere l’idea di una formazione giurisprudenziale (e dunque *extra*-legislativa) di diritto significherebbe autorizzare indirettamente (illegittime) compressioni dei diritti individuali al di fuori dei casi previsti dalla legge. Da cui, a sua volta, la necessità che i due poteri fondamentali dello Stato, quello di fare le leggi e quello di (interpretarle e) applicarle, restino divisi e indipendenti (20). Il tutto a duplice garanzia, e dei diritti individuali, e della stessa sovranità.

Sin qui il ‘modello’. Ci si potrebbe domandare a questo punto se, per la dottrina costituzionalistica italiana, esso ammetta ‘deroghe’ (anche parziali, eccezionali), se esso insomma consenta letture meno rigide capaci di ridurre, in qualche misura, il grado di incompatibilità esistente tra l’ipotesi del diritto giurisprudenziale e quel nesso inscindibile tra sovranità politica-diritto-legge-garanzia dei diritti,

(17) Cfr. M. FIORAVANTI, *Lo Statuto e il costituzionalismo dell’età liberale*, in Id., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 821-832 e Id., *Stato e costituzione*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari-Laterza, 2002, pp. 3-36; nonché i saggi contenuti in *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, a cura di P. Costa e D. Zolo, Milano, Feltrinelli, 2002.

(18) Artt. 3 e 6 della Dichiarazione.

(19) Artt. 4 e 5.

(20) Art. 16.

che costituisce il nocciolo duro dell'esperienza dello Stato di diritto post-rivoluzionario (magari, ad esempio, sviluppando fino in fondo l'analogia con quel modello 'inglese' che negli stessi anni non si manca di indicare come *optimum* costituzionale).

La risposta a nostro avviso è netta. Nessun contributo di rilievo arriva in questa fase dalla riflessione costituzionalistica ⁽²¹⁾. Né per ammettere, il che è abbastanza scontato, ma nemmeno per discutere l'ipotesi di una produzione giuridica 'delle Corti' (il che può esser meno ovvio). Concentrato nell'unico vero obiettivo che gli sta a cuore, quello cioè di individuare il giusto punto di equilibrio tra monarchia e parlamento rappresentativo ⁽²²⁾, il costituzionalista italiano semplicemente si limita ad *ignorare* il problema. Ogni possibile vertenza è risolta (e *dissolta*) all'interno del commento all'art. 73 dello Statuto sull'ordine giudiziario, che sul piano prescrittivo è molto chiaro: se, infatti, non ha inteso precludere « l'adito al giudice dell'interpretazione della legge » ⁽²³⁾, ha di certo voluto escludere che, alla maniera degli antichi Parlamenti francesi, i suoi giudicati avessero portata generale (e pertanto 'normativa'). Conseguentemente, « dal momento che egli studiando una causa, porta le sue conclusioni sopra altre cause somiglianti o analoghe [...]; dal momento che consultando le disposizioni della legge, si permette di scrutarne l'utilità e di modificarla secondo il proprio concetto, da

⁽²¹⁾ Salvo naturalmente il beneficio di un inventario più rigoroso. Cfr. M. SOLIMENE, *Corso di diritto costituzionale e commento sulla costituzione*, Napoli, Stamperia reale, 1848; E. PESSINA, *Manuale di diritto pubblico costituzionale*, Napoli, Stabilimento poligrafico, 1849; D. SORIA, *Corso completo di diritto pubblico elementare*, Torino, Pavesio e Soria, 1851; D. CARUTTI, *Dei principii del governo libero* (1852), Milano, Casa editrice Leonardo, 1946; L. A. MELEGARI, *Sunti dalle lezioni del diritto costituzionale*, Torino, Laudi, 1857; L. CASANOVA, *Del diritto costituzionale*, Genova, Lavagnino, 1859-60, I-II; P. CASTIGLIONI, *Della monarchia parlamentare e dei diritti e doveri del cittadino secondo lo Statuto e le ultime leggi del Regno Sardo-Lombardo*, Milano, Guglielmini, 1860; P. CASTAGNA, *Diritto costituzionale*, Napoli, Stamperia del fibreno, 1861; G. SAREDO, *Trattato di diritto costituzionale*, Parma, Cavour, 1862; A. VISMARA, *Statuto fondamentale commentato e spiegato al popolo italiano*, Milano, Manini, 1865; V. WRZY PLATANIA, *Osservazioni sullo Statuto costituzionale del Regno d'Italia*, Catania, Galatola, 1868.

⁽²²⁾ Cfr. M. FIORAVANTI, *Costituzione e legge fondamentale*, in « Diritto Pubblico », 2006, 2, pp. 467-510.

⁽²³⁾ Cfr. A. VISMARA, *Statuto fondamentale*, cit., p. 146.

quel momento ei dimentica il suo mandato, tradisce le sue funzioni »⁽²⁴⁾.

Per la dottrina costituzionalistica quello del diritto giurisprudenziale è dunque a tutti gli effetti un non-problema. Un ossimoro, si potrebbe dire, la riunione di mondi concepiti per stare separati. Il giudice, scrive Casanova, « non è se non l'organo della legge »⁽²⁵⁾. Ma non manca anche chi si spinge oltre, a ricordare (se mai ve ne fosse bisogno) che i giudici « non potranno interpretare la legge, o intenderne le disposizioni a loro talento »⁽²⁶⁾. L'immagine prevalente è quella illuministica del giudice come semplice cinghia di trasmissione, neutra e meccanica, tra la volontà legislativa e i fatti sociali. Al legislatore soltanto spetta di « riguardare al pubblico interesse », laddove il giudice « conosce solo i diritti e i doveri dei particolari »: quindi « nulla può egli sacrificare alla pubblica utilità, e deve fare astrazione dalle conseguenze, qualunque sieno per essere, della sua pronuncia »⁽²⁷⁾. Il momento giurisprudenziale, si riduce tutto ad un'attività di cognizione della norma legislativa, tanto più corretta quanto più disinteressata agli effetti sociali che produce⁽²⁸⁾. Attività che si 'consuma' nell'atto stesso del conoscere e che in punta di teoria non solo non può valere come *precedente* per successivi casi analoghi⁽²⁹⁾, ma se possibile non deve lasciare traccia alcuna.

Neppure il richiamo insistente al modello anglosassone (inglese più spesso, ma anche statunitense) vale a complicare quel paradigma del giudice *sub lege* di matrice illuministica che risulta qui

(24) Cfr. L. CASANOVA, *Del diritto costituzionale*, II, cit., p. 332.

(25) *Ibid.*

(26) Cfr. P. CASTAGNA, *Diritto costituzionale*, cit., p. 306.

(27) Cfr. L. CASANOVA, *Del diritto costituzionale*, II, cit., p. 315.

(28) Insiste sul cognitivismo interpretativo come presupposto di una 'neutralizzazione' della funzione giudiziaria, V. MARCENÒ, *La neutralizzazione del potere giudiziario. Regole sulla interpretazione e sulla produzione del diritto nella cultura giuridica italiana tra ottocento e novecento*, Napoli, Jovene, 2009.

(29) La contrarietà al principio dello *stare decisis* è perfettamente conseguenziale con questa impostazione. Infatti: « se l'interpretazione del giudice dovesse obbligare tutti i cittadini, si costituirebbero i giudici in altrettanti legislatori, più spesso in contraddizione fra loro, sempre discordi, disordinati per mancanza di nesso e di un unico obbiettivo ». Cfr. A. VISMARA, *Statuto fondamentale*, cit., p. 147.

ancora pienamente operante ⁽³⁰⁾. La comparazione si arresta all'elogio del carattere moderato e bilanciato della *Constitution* d'oltremarina (e dunque indirettamente di quella italiana), ma non va molto oltre. Certo, il confronto dei modelli avrebbe potuto anche dare adito, teoricamente, ad un'opera di ripensamento di quel paradigma, fino al punto di legittimare l'idea opposta di una legge *sub iudice*, ed identificare nell'operato della giurisprudenza (e dunque in un sedimento di diritto giurisprudenziale) il limite più sicuro alla sovranità della legge in funzione di presidio dei diritti individuali. Ed in effetti, qualche segnale in tal senso non manca ⁽³¹⁾. Ma anche in questo caso ogni stimolo resta sotto soglia, un binario interrotto, uno sviluppo potenziale del sistema che per il costituzionalismo liberale risulta ancora largamente fuori portata ⁽³²⁾.

All'altezza del dibattito costituzionale, dunque, la tenuta del modello è totale, granitica. Il clima è perfettamente settecentesco, montesquieuiano. A tratti addirittura 'giacobino', come quando Pessina ammette — sostanzialmente con Robespierre — che la « pronunziatione » del giudice non è altro che « la legge medesima personificata nella specie di fatto » ⁽³³⁾. Certo, molto del *pathos* antigisprudenziale che animava le parole del ginevrino è nel

⁽³⁰⁾ E semmai è utile a porre in evidenza, attraverso il rimando all'istituto della giuria, l'opportunità di un contrappeso 'democratico', diremmo oggi, all'onnipotenza dei giudici: « l'intervento della nazione nel giudizio, la dichiarazione che fa della esistenza del fatto incriminato o disputato, modera l'onnipotenza del giudice e dà ai giudici la sanzione dell'opinione pubblica ». Cfr. D. CARUTTI, *Dei principii*, cit., p. 237.

⁽³¹⁾ Cfr. ad esempio, F. A. DE MARCHI, *Dell'autorità giudiziaria siccome guarentigia dell'osservanza dello Statuto*, Milano, tip. Bernardoni, 1860, e soprattutto, A. BRUNIALTI, *Funzione politica del potere giudiziario*, in « Archivio giuridico », V, 1870, pp. 403 e ss. Sul saggio di Brunialti, cfr. L. LACCHÉ, *Il potere giudiziario come "potere politico" in Attilio Brunialti*, in « Storia Amministrazione Costituzione, Annale Isap », 7, 1999, pp. 25 e ss.

⁽³²⁾ Un esempio lampante è quello che fornisce il napoletano Solimene. Pur escludendo che « il voto della maggioranza » sia in sé sufficiente « a legittimare i suoi atti e ad imprimersi il carattere della giustizia, perché solamente è maggioranza », di fronte all'ipotesi di un attacco legislativo ai diritti individuali, non sa indicare che due possibili forme di garanzia: la « pubblica opinione » e « le armi ». Che il « papiro della Costituzione » possa legittimare una censura di costituzionalità della legge 'arbitraria' da parte dei giudici non gli passa per la mente nemmeno per un attimo. Cfr. M. SOLIMENE, *Corso*, cit., pp. 50 e ss.

⁽³³⁾ Cfr. E. PESSINA, *Manuale*, cit., p. 206.

frattempo svanito. Ma a leggere molte delle pagine della prima scienza costituzionalistica italiana, non sembra esser trascorsa poi molta strada dall'idea che, in fin dei conti, « Dans un État qui a une Constitution [...], la jurisprudence n'est autre que la loi » ⁽³⁴⁾.

3. *Codificazione e diritto giurisprudenziale: il moderno Codice e i suoi oppositori.*

Garanzia dei diritti e divisione dei poteri ⁽³⁵⁾: è lo stesso vincolo di destinazione che da Montesquieu in avanti definisce il carattere 'liberale' della Costituzione, a rendere impraticabile per il cultore del diritto costituzionale l'ipotesi di un diritto giurisprudenziale. Nella sua geometrica semplicità, il modello liberale traccia una linea di demarcazione netta e invalicabile tra produzione e applicazione della legge, sconosciuta agli ordinamenti giuridici pre-rivoluzionari. Un abisso 'concettuale' prima di tutto (spalancato da una svolta *exegetische* dell'ermeneutica giuridica ottocentesca, che coinvolgeva — insospettabilmente — anche i principali avversari della metodologia *exégétique* ⁽³⁶⁾) il quale a sua volta rende possibile un'altrettanto netta ripartizione funzionale, sul piano organizzativo, tra organi della *legislazione* e organi della *giurisdizione*. Ogni punto di contatto tra i due momenti deve essere respinto in nome di quel duplice fondamentale vincolo. La garanzia dei diritti individuali pretende la separazione (concettuale e funzionale) tra creazione e applicazione della legge come mezzo necessario e sufficiente allo scopo. L'idea di un concorso giurisprudenziale alla formazione del diritto positivo evoca automaticamente scenari da antico regime (la

⁽³⁴⁾ Cfr. M. ROBESPIERRE, *Discorso alla Costituente* del 18 novembre 1790.

⁽³⁵⁾ « Scopo di una Costituzione liberale si è la conservazione e lo sviluppo dei diritti individuali dell'uomo, di que' diritti che formano le condizioni assolute senza la cui osservanza nessuna legislazione può esser buona. Il mezzo indispensabile per ottenere siffatto scopo consiste nella separazione delle funzioni, nella divisione del potere ». L. CASANOVA, *Del diritto costituzionale*, II, cit., p. 395.

⁽³⁶⁾ L'immagine spiazzante di un Savigny 'esegeta' è in J. SCHRÖDER, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500-1850)*, München, Verlag C.H. Beck, 2001, in particolare, p. 215. Il testo è opportunamente segnalato da P. CAPPELLINI, in « Quaderni Fiorentini », XXX (2001), pp. 645-653.

prassi degli *Arrêts de reglement*), ed è tanto estranea all'orizzonte mentale del costituzionalista liberale quanto l'ipotesi opposta di una legge del 'caso singolo', che rinunciando alla sua naturale generalità ed astrattezza, pretendesse di intervenire nella composizione di interessi meramente particolari. Compatibile con quel modello è invece l'idea di una giurisprudenza meramente *dichiarativa/ricognitiva* del 'dato' normativo contenuto nella legge. E pertanto incapace di affiancarsi alla legislazione reclamando un autonomo ruolo di fonte del diritto.

Dinanzi alla totale impermeabilità (e alla durevole vitalità) del disegno costituzionale liberale ⁽³⁷⁾, le condizioni di possibilità per un diritto a formazione giurisprudenziale si giocano tutte sull'altra grande linea di trasformazione degli ordinamenti giuridici ottocenteschi, ovvero quella presidiata (e monopolizzata) dalla presenza della moderna codificazione. Un fronte, dunque, non meno problematico del precedente; un modello di giuridicità, quello del Codice,

(37) Più tenace di qualunque diagnosi di 'crisi', l'immagine di una giurisprudenza come semplice *bouche* del comando legislativo, sarebbe stata capace di unire la disciplina giuspubblicistica ben oltre le sue divisioni culturali interne e le emergenze sociali di fine secolo. Si invita a leggere in parallelo, D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Modena, Unione tipo-litografica modenese, 1907, p. 187 e S. ROMANO, *Il diritto pubblico italiano* (1914), Milano, Giuffrè, 1988, pp. 362, 363, 364. Non a caso, una prima decisa revisione del paradigma dall'interno della tradizione disciplinare si sarebbe vista solo nel mutato contesto politico degli Trenta e Quaranta del Novecento, e pensiamo in modo particolare al notissimo studio mortatiano del '40 in tema di Costituzione 'materiale'. Osservava Mortati, infatti, che secondo un meccanismo già noto al diritto canonico, allorché veniva introdotto nell'ordinamento giuridico il concetto di un *fine* supremo, ossia l'idea di un « indirizzo politico » fondamentale, capace, in ogni momento, di ricondurre ad unità il sistema giuridico, ecco che tutti i limiti (ed i sospetti) che normalmente circondavano l'operato del giudice erano destinati a perdere di significato. Una volta, pertanto, individuato lo scopo ultimo al quale tutte le norme dovevano orientarsi, nulla ostava per Mortati a riconoscere anche al giudice-interprete un'« attività formativa di nuovo diritto » nelle ipotesi di mancanza di regolamentazione legislativa, come esigenza fondamentale di « completamento » dell'ordine giuridico. Cfr. C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale* (1940), Milano, Giuffrè, 1988, pp. 164 e ss. Da notare, in ogni caso, che l'apertura di credito all'idea di una produzione di diritto positivo per via interpretativa/giurisprudenziale non era funzionale per Mortati ad una declinazione *pluralistica* dello Stato. Al contrario essa si reggeva teoricamente sul presupposto di un principio di *unità* che, trascendendo ormai il livello della legislazione positiva, rimandava direttamente alla competizione delle forze politiche organizzate, e al prevalere di un indirizzo politico dominante.

retto da mitologie ⁽³⁸⁾, simboli e aspettative non meno confliggenti con l'idea di una centralità della dimensione ermeneutica nell'ambito dell'esperienza giuridica. Eppure, forse, in qualche misura, più duttile, maggiormente disponibile — se si vuole, per via di un'insopprimibile necessità pratica, quotidiana, di *funzionare* — a letture capaci di rendere meno 'drammatico' il distacco con quell'universo giurisprudenziale *ancient*, che pure aveva voluto destinare espressamente ad un passato senza ritorno.

Di nuovo: non si tratta di andare alla ricerca di 'sorgenti laviche' di diritto giurisprudenziale al di sotto della fredda crosta legale del Codice ⁽³⁹⁾; non si vuole qui interrogare direttamente la fonte 'giurisprudenza' per verificare se per caso essa continuasse a svolgere di fatto, nonostante la pesante cappa codicistica, quella funzione nomopoietica che sul piano formale le era fatalmente preclusa. Ci interessa piuttosto vagliare — sotto il profilo del rapporto tra giurisprudenza e legislazione — la tenuta teorica del modello codicistico da parte della cultura giuridica italiana dell'Ottocento. Un modello, che, come è noto, si presentava come il simbolo di una cesura epocale rispetto al sistema di diritto comune, e che proprio *contro* il primato giurisprudenziale e sapienziale di antico regime pretendeva imporre il comando legislativo a fonte esclusiva, tendenzialmente completa e idealmente autosufficiente della giuridicità ⁽⁴⁰⁾.

Se è il Codice, dunque, ad ergersi a criterio dirimente tra le pretese 'assolutistiche' ⁽⁴¹⁾ della legge e una dimensione giurisprudenziale che si vuole ormai estromessa dal novero delle forze vive dello sviluppo progressivo del diritto, è innanzi tutto alla schiera (per la verità abbastanza esigua) dei suoi 'oppositori' che si deve rivolgere lo sguardo. La Toscana della Restaurazione offre da questo punto di vista un laboratorio di straordinario interesse storico ⁽⁴²⁾.

⁽³⁸⁾ Cfr. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001.

⁽³⁹⁾ L'immagine è presa a prestito da P. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità* (1921), ora in Id., *Opere Giuridiche*, Napoli, 1965, III, pp. 3-51.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. *Codici. Una riflessione di fine millennio*, cit.

⁽⁴¹⁾ Cfr. i saggi contenuti in P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998.

⁽⁴²⁾ Cfr. F. COLAO, *Progetti di codificazione civile nella Toscana della Restaura-*

In Toscana, infatti, più che altrove ⁽⁴³⁾, la prospettiva illuministica di una modernità giuridica che per uscire dal cono d'ombra dei suoi inguaribili 'difetti', avrebbe dovuto affidarsi al 'sigillo d'autorità' del principe, si scontrava con il prestigio di una giurisprudenza forense che sembrava aver trovato, all'interno della propria razionalità, le risorse per soddisfare le stesse richieste di certezza, coerenza e sistematicità che alimentavano il mito codicistico ⁽⁴⁴⁾.

Uno scontro, dunque, che correva non tanto sul filo di una contrapposizione classica tra modernità e tradizione, quanto piuttosto tra due versioni (e 'visioni') diverse di modernità. Due distinte progettualità, due modelli antitetici ma altrettanto legittimi di pensare l'ordine giuridico: il primo, legato al progetto di un governo 'dall'alto' del sistema giuridico, all'intervento di un « Codice completo » ⁽⁴⁵⁾ come unico strumento possibile di « estirpazione del pirronismo » ⁽⁴⁶⁾ legale; il secondo, invece, concepito come lo sviluppo progressivo 'dal basso' di una razionalità giuridica che solo nel sedimento dell'interpretazione giurisprudenziale

zione, Bologna, Monduzzi Editore, 1999; A. LANDI, *Tra diritto comune e codice civile. Francesco Forti e il problema dell'interpretatio nella Toscana della Restaurazione*, in *Scritti in onore di Antonio Cristiani*, Torino, Giappichelli, 2001; L. MANNORI, *Un'«istessa legge» per un'«istessa sovranità»: la costruzione di un'identità giuridica regionale nella toscana Asburgo-lorenese*, in *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*, a cura di I. Birocchi, A. Mattone, Roma, Viella, 2006, pp. 355-386; M. MONTORZI, *Il caso della Toscana: una terra di diritto giurisprudenziale e forense di fronte alla cultura ed alle tensioni dell'omologazione codicistica*, in *Richterliche Anwendung des Code civil in seinem europäischen Geltungsbereichen außerhalb Frankreichs*, a cura di, B. Dölemeyer, H. Monhaupt, A. Somma, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2006, pp. 309-357.

⁽⁴³⁾ Sulle resistenze piemontesi al *Code Napoléon*, cfr. G. S. PENE VIDARI, *L'attesa dei codici nello Stato sabauda della Restaurazione*, in « Rivista di Storia del Diritto Italiano », LXVIII, 1995, pp. 107-152.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. M. MONTORZI, *Il caso della Toscana*, cit., p. 333, e, con particolare riguardo alla figura di Del Rosso, G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico: 1865-1914*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 48.

⁽⁴⁵⁾ Questo il programma — incompiuto — della commissione legislativa nominata nel 1847 da Leopoldo II. Cfr. F. COLAO, *Progetti di codificazione*, cit., Appendice IV, p. 189.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. G. D. CERI, *Prodomo all'estirpazione del pirronismo dalla ragion civile d'Italia*, Firenze, 1769.

era in grado di trovare il suo criterio più sicuro di certezza e validità.

In questo quadro, la testimonianza di Francesco Forti ⁽⁴⁷⁾ emerge come una delle difese più convincenti (e appassionate) della possibilità di una positiva convergenza tra diritto giurisprudenziale e modernizzazione. Un connubio che il pensiero giuridico moderno, in nome di un Codice che prometteva di assicurare *standards* di efficienza di gran lunga più elevati, tendeva ormai a condannare ai margini della storia, ma di cui proprio la vicenda settecentesca toscana offriva per Forti uno degli esempi più virtuosi e storicamente riusciti.

L'esperienza giurisprudenziale della Toscana lorenese dimostrava, infatti, che non solo era possibile coniugare l'istanza legittima di certezza giuridica e di progresso civile al di fuori di una necessaria evoluzione del sistema in senso 'legicentrico', ma che, come modello di sviluppo, quello affidato alla prudente opera interpretativa della giurisprudenza forense era in grado di garantire livelli di affidabilità addirittura maggiori. Se era dunque al *pirronismo* legale che occorreva mettere un argine, non già all'utopia semplicistica di un Codice auto-applicante ci si sarebbe dovuti rivolgere, ma direttamente a quel modello insuperato di sapienza e perizia cui dettero prova i giudici toscani nel corso del XVIII secolo: « Molto si potrebbe fare a diminuire questa incertezza veramente calamitosa della giurisprudenza; ma che sia dato ridurre a cognizione de' diritti e de' doveri all'intelligenza di tutti per modoché senza bisogno di giureconsulti ognuno fosse capace a giudicare della propria ragione, non sembra proposizione da accettarsi da chi conosce le cose forensi [...]. Con ciò pertanto credo che ad escir dai mali del probabilismo legale e cessare una volta il divorzio della giurisprudenza forense dal buon senso, giovasse assai il riandare l'intero sistema della giurisprudenza cercandone la storia e la ragione siccome fecero i sommi decidenti toscani del passato secolo, che niuno può sdegnare di chiamare maestri, perché è più da imparare da una loro decisione che da molti

(47) Sulla figura di Forti, è ora indispensabile *Tra due patrie. Un'antologia degli scritti di Francesco Forti*, con introduzione e a cura di L. Mannori, con un'appendice di lettere inedite pubblicate da A. Chiavistelli, Firenze, Le Monnier, 2003.

e molti trattati francesi, che sventuratamente si vanno accreditando » (48).

Forti insomma non è insensibile all'istanza di certezza che anima il partito dei sostenitori del Codice. L'assunzione del punto di vista 'dell'altro', tuttavia, è funzionale ad un ribaltamento complessivo della logica che stava a monte di quella preoccupazione, e che finisce per far risaltare, contro la tendenza illuministica a scaricare sugli interpreti la responsabilità dello stato di « incertezza presente intorno alle massime legali », proprio la « giurisprudenza interpretativa » come la sola possibile fonte di certezza e avanzamento civile.

Dimensione storica e vocazione pratica (il buon senso delle « persone meticolose », dei « cittadini prudenti e dabbene » (49), che il pesciatino esercita negli anni di servizio presso la magistratura fiorentina) rappresentano le cifre distintive del Forti giurista, i suoi strumenti di comprensione dell'universo giuridico, e all'occorrenza le risorse argomentative da opporre, polemicamente, alle « dolci illusioni » dei filosofi che possono concedersi il lusso di parlare alla pubblica opinione prescindendo dalla verifica di sostenibilità delle proprie teoriche. Dentro a queste due fondamentali scelte metodologiche è innanzi tutto l'ideale benthamiano di un diritto 'senza interpreti' a subire un primo decisivo processo di ridimensionamento, quel sogno illuministico di poter ridurre « tutte le questioni civili [...] ad un facile sillogismo, [...] inguisaché bastasse saper leggere il Codice per conoscere il punto di ragione » (50).

Il Codice è incapace, da solo, di mantenere tutte le sue promesse. C'è una sproporzione sostanziale tra il carico di aspettative di cui è stato gravato e l'effettiva possibilità che esso ha di corrispondervi. Questo non significa che in assoluto esso sia inutile, come taluni vorrebbero far credere (51). Certo è che la portata del suo intervento deve essere ricondotta ad un maggiore criterio di

(48) Cfr. F. FORTI, *Libri due delle Istituzioni di diritto civile accomodate all'uso del Foro*, Firenze, G. P. Vieusseuz, 1840, I, pp. 557, 550.

(49) Cfr. L. MANNORI, *Introduzione*, in *Tra due patrie*, cit., p. 27.

(50) Cfr. F. FORTI, *Libri due*, cit., p. 557.

(51) « Uomini di somma dottrina hanno mosso dubbio sull'utilità dei Codici. Rispetto i dubbi de' grandi uomini, ma non capisco la ragione del dubitare ». Cfr. *ivi*, p. 556.

realtà⁽⁵²⁾. Più che il netto rifiuto savigniano, dunque, ad emergere è la saggia moderazione che aveva guidato il programma riformistico di un Neri, il giureconsulto che senza pensare « che la luce della civiltà cominciasse col secolo XVIII », volle « consultare l'esperienza delle passate età, e dalla buona giurisprudenza estrarre le buone leggi »⁽⁵³⁾. Questa per Forti la sola destinazione possibile del Codice: un semplice strumento di razionalizzazione e divulgazione giuridica, del quale, in fin dei conti, la « giurisprudenza interpretativa » sarebbe stata tanto l'autore, quanto il destinatario.

In fondo al processo fortiano di decostruzione del mito codicistico, più che la potenzialità creativa/valutativa del singolo gesto interpretativo (che anzi, in nome della prevalente esigenza di certezza, occorre contenere entro limiti rigorosi), ad imporsi è la giurisprudenza come soggetto collettivo, soggetto 'incarnato' oggettivamente, si potrebbe dire, nell'insieme delle sue pronunce, in quel deposito ininterrotto di scienza e sapienza pratica⁽⁵⁴⁾, che costituisce il più saldo criterio di perfezionamento civile di ogni ordinamento. Lì principio di certezza e difesa della libertà si fondono, secondo un tragitto ascensionale che non conosce cesure rivoluzionarie o battute d'arresto. Leggi e Codici « posson variarsi », conclude Forti. La vera autorità risiede nel « consentimento del Foro »⁽⁵⁵⁾.

4. *La paix ottocentesca tra giurisprudenza e Codice.*

Il primo e più comprensibile meccanismo di sopravvivenza di

⁽⁵²⁾ « Abbia pure il Codice le sue definizioni, sieno pure scritte nel Codice e regole per giudicare delle qualità morali de' fatti, e sarà compiuta una gran parte dell'opera che spetta alla giurisprudenza interpretativa; ma tuttavia non sarà mai vero che la sola lezione della legge scritta basti sempre a decidere una controversia ». Cfr., *ivi*, p. 559.

⁽⁵³⁾ Cfr. *ivi*, p. 532.

⁽⁵⁴⁾ Un giudizio che Forti, ripetiamolo, ritaglia sul modello del magistrato toscano del '700: « Nel XVIII secolo la giurisprudenza forense in Toscana ebbe uomini, che alla cognizione delle dottrine prevalenti nel Foro, unirono la somma cognizione del testo romano, la scienza del diritto pubblico e del naturale la cognizione storica della ragione delle leggi e delle patrie costumanze. Scosse il giogo della barbarie chi mirò all'eccellenza nell'uso del Foro ». Cfr. *ivi*, p. 549.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. *ivi*, p. 582.

un punto di vista giurisprudenziale nel cuore degli ordinamenti *codificati* (o *codificandi*) ottocenteschi, mette capo ad un'opposizione radicale alla 'logica' del Codice. Simboli di concezioni e visioni divergenti di modernità, modelli di sviluppo giuridico retti da razionalità opposte e inconciliabili, giurisprudenza e Codice possono affermarsi storicamente solo a condizione di negare l'altro. Così è per Bentham e, specularmente, per Forti: l'adesione formale e di facciata che egli accordava al sistema codicistico celava in realtà uno svuotamento dei suoi caratteri più autenticamente ottocenteschi, funzionale al mantenimento della giurisprudenza nel ruolo di baricentro stabile del sistema giuridico.

Nella sua prosa vibrante e appassionata la testimonianza di Forti è per certi versi un *unicum*, ma non è in assoluto la sola. A conclusioni non dissimili da quelle del pesciatino giungeva, ad esempio, a distanza di qualche anno, il trentenne Montanelli, fresco docente di Diritto Patrio della facoltà giuridica pisana ⁽⁵⁶⁾. Pur battendo strade argomentative differenti — più forte in lui, si fa sentire, almeno in questa fase, l'influenza di Savigny — anch'egli come Forti rifiuta l'equivalenza illuministica tra diritto e legge (nonché tra giurisprudenza e legge) e disegna un modello di ordinamento giuridico (esemplato sul precedente leopoldino) nel quale, qualche legge quadro di particolare interesse economico/sociale (es. sulle ipoteche) e un ben più ampio e collaudato bacino di principi di fattura scientifico/giurisprudenziale, finiscono per saturare ogni spazio giuridicamente rilevante, tagliando alla sorgente ogni possibile rifornimento alla ipotesi codicistica: « Perloché noi siamo d'avviso che al desiderio indeterminato d'un codice civile, debba piuttosto sostituirsi quello di leggi che rappresentino completamente le condizioni organiche del movimento comune, e quello d'un riassunto scientifico che sia quasi fiaccola della esperienza accesa nel tempio della sapienza vivente » ⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁶⁾ La letteratura su Montanelli è più spesso dedicata al Montanelli intellettuale e uomo politico del Risorgimento. Sul Montanelli giurista, il 'secondo' Montanelli, il sostenitore del 'Codice del cristiano incivilimento' segnalò soltanto le brevi ma acute riflessioni contenute in P. CAPPELLINI, 'Napoleone contro Montaigne'. *Il modello napoleonico e lo sguardo dell'altra Europa*, in « Revista da Faculdade de direito UFPR », 2006, XLIV, pp. 5-15.

⁽⁵⁷⁾ G. MONTANELLI, *Prolusione alle lezioni di Diritto Patrio*, in « Giornale

Altre testimonianze dello stesso tenore potrebbero allegarsi⁽⁵⁸⁾. Non è, tuttavia, a partire da queste premesse che possono diramarsi gli itinerari teorici più persuasivi (e in qualche misura rappresentativi) di 'salvataggio' dottrinale della giurisprudenza nel panorama ottocentesco. Quella di Forti e compagni è infatti una linea argomentativa che a metà Ottocento, eccettuato il caso della Toscana granducale, appare ormai largamente recessiva, minoritaria nel quadro 'nazionale' di una scienza giuridica guadagnata in larghissima parte alla causa codicistica.

Ma, ecco il punto. Se dal partito degli 'sconfitti' spostiamo l'attenzione dalla parte dei 'vincitori', di coloro cioè che si schierarono a favore della codificazione, a cominciare da quanti, sul modello espositivo della scuola esegetica francese, si dedicarono di buona lena a redigerne il commentario, ebbene, in molti casi in realtà lo scenario non muta in modo drammatico. L'impressione è che, parallelamente ad una comprensione tipicamente 'esegetica' dell'interpretazione giurisprudenziale, e al di sotto di un'evidente ed innegabile contrasto di superficie, la distanza tra i due schieramenti fosse a conti fatti meno pronunciata di quello che sarebbe lecito attendersi.

In sostanza, l'adesione al Codice da parte della dottrina italiana, pur convinta e largamente maggioritaria, non si associa automaticamente ad una 'classica' invettiva antigisprudenziale di stampo illuministico. Al contrario, le due prospettive, che finora abbiamo visto collidere come le due parti inconciliabili di una dicotomia, in molti casi, per qualche motivo, tendono ad avvicinarsi fin quasi a sovrapporsi l'una con l'altra. Da una parte, dando luogo a ibridazioni concettuali del tipo 'Codice di diritto giurisprudenziale', quali venivano autorizzate da letture della svolta che tendevano (gattopardescamente) a valorizzarne gli elementi di moderazione e di continuità rispetto alla tradizione di diritto romano-

toscana di scienze morali sociali storiche e filosofiche », Pisa, 1841, I, p. 58. Un 'riassunto scientifico' che — è bene specificarlo in questa sede — per Montanelli avrebbe dovuto essere composto « delle massime dalla pratica consentite nella applicazione delle istituzioni ai fatti controversi della vita ». Cfr. *ivi*, p. 57. In sostanza, una raccolta ragionata (e ordinata sistematicamente) di giurisprudenza.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. ad esempio G. BANDI, *Codicificazione*, in « La Temi. Giornale di legislazione e giurisprudenza », 1848, I, 4, pp. 221-224.

comune ⁽⁵⁹⁾. Dall'altra, prospettando una dinamica tra le fonti che, pur ruotando attorno al nuovo baricentro del diritto codificato, implicava il necessario riferimento ad un mondo extra-legislativo — ancora una volta, di fabbricazione sapienziale-giurisprudenziale — come strumento privilegiato di integrazione e svolgimento delle norme codicistiche ⁽⁶⁰⁾.

Ora, indagare a fondo le ragioni (storiche, giuridiche, culturali) che potevano favorire la composizione di un simile composito quadro teorico, è compito che ovviamente esorbita dai limiti di questo saggio. Occorrerebbe forse un apposito studio monografico, che pazientemente ripercorresse da vicino quel singolare (e per certi versi sfuggente) momento del pensiero giuridico. In estrema sintesi, esse rinviano, da una parte, a quel più generale « superamento storicistico dell'idea di codice illuministico », su cui pose l'accento Ungari nel suo lontano affresco sull'Italia risorgimentale ⁽⁶¹⁾, e dall'altra, a quel più specifico processo di re-interpretazione del mito codicistico in chiave nazionale, che guidò la strategia di 'recezione' del *Code Napoléon* da parte delle monarchie restaurate.

Per motivi che rimandano tutti al peculiare orizzonte storico e culturale del Risorgimento italiano (anche se sarebbe scorretto non cogliere la dimensione europea di certe dinamiche ⁽⁶²⁾), la scelta per

⁽⁵⁹⁾ Si pensi, ad esempio, alla proposta boselliniana di un Codice 'federativo' di diritto comune, oppure all'idea della « giurisprudenza come l'inizio ed il compimento della legislazione » che sorregge l'ideale codicistico di Pepere. O ancora, al bagno di « umiltà » che Rosmini suggeriva di compiere alle future imprese codicistiche. Cfr. L. BOSELLINI, *Del Gius comune, e dei Codici, in relazione alle nazionalità*, in « La Temi. Giornale di legislazione e giurisprudenza », 1848, I, 3, pp. 129-149 e Id., *Lettera sulla Codificazione, specialmente in Italia, e sul Codice civile già progettato in Toscana*, ivi, IV, 43, pp. 393-396; F. PEPERE, *Enciclopedia organica del diritto*, Napoli, Marghieri, 1870, p. 115; A. ROSMINI-SERBATI, *Filosofia del diritto*, Milano, Tipografia e Libreria Bogliardi-Pogliani, 1841.

⁽⁶⁰⁾ Il tutto, come tra poco vedremo, trovava il suo ancoraggio legislativo nella norma delle Preleggi (art. 3) che parlava di 'principii generali' del diritto.

⁽⁶¹⁾ Cfr. P. UNGARI, *L'età del Codice civile. Lotta per la codificazione e scuole di giurisprudenza nel Risorgimento*, Napoli, ESI, 1967, p. 81.

⁽⁶²⁾ La necessità di un ripensamento del concetto napoleonico di codice è un tarlo che percorre trasversalmente gran parte della cultura storicistica, positivista e idealistica europea. Si pensi ad esempio a Lerminier, a Comte (Charles), allo stesso Hegel. Vero è, però, che la 'via italiana' alla codificazione seguì percorsi largamente autonomi.

il Codice sembra dunque poter (dover) fare a meno sulla Penisola del necessario ricorso agli argomenti tipici della propaganda illuministica (63).

La stessa precoce penetrazione del pensiero savigniano in Italia, se non può sperare di fondare un programma vincente di opposizione al codice, di certo fa sì che esso sia adottato *insieme* alla sua critica, che ad esempio le sue pretese di completezza ed autosufficienza subiscano nel frattempo un drastico ridimensionamento. È in questo quadro, ancora invisibile ad un Forti, ma già operativo nel ragionamento che sorregge l'opzione codicistica prevalente, che è possibile pensare ad un salvataggio dell'interpretazione giurisprudenziale *dentro* la logica del Codice, e non già sul presupposto di una opposizione frontale ad esso.

Perfettamente coerente con questa nuova prospettiva, e non dunque, espressione di un ritardo culturale o di un 'allineamento mancato', è la dottrina delle fonti che, proprio all'indomani della promulgazione del Codice albertino, compare in una di quelle trattazioni enciclopediche che, per la loro vocazione didattico-formativa, erano destinate a ricoprire un ruolo strategico nei piani di studio delle facoltà giuridiche ottocentesche (64).

In modo significativo, l'influenza dei « nuovi Codici » è per Albini serenamente compatibile con una teoria delle fonti di stampo premoderno, nella quale, oltre ai « principii immutabili del giusto » e all'equità, spetta un posto autonomo alla stessa interpretazione/

(63) Lo stesso concetto di 'legge' non appare ancora, in questa fase, univocamente orientato verso quell'accezione volontaristica che rappresenta una delle cifre distintive della modernità giuridica. Cfr. ad esempio, T. ARABIA, S. CORREA, *Codice civile del Regno d'Italia con commenti e raffronti*, Milano-Firenze, Sonzogno, 1865, p. 8; S. JANNUZZI, *Discorso sul codice civile confrontato nei capi principali con le leggi di diritto privato che vigevano in Italia e con vari codici d'Europa* — recitato nell'Università di Ferrara il 20 marzo 1866 per inaugurare il corso di diritto e procedura civile —, Firenze, Tipografia delle murate, 1866, pp. 8, 33; F. DE FILIPPIS, *Corso completo di diritto civile italiano comparato*, Milano, Vallardi, 1869, I, pp. 48 ss.; L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, Torino, UTET, 1871, p. 10; C. BAUDANA-VACCOLINI, *Commento al Codice civile del Regno d'Italia*, Roma, Salviucci, 1872-73, I, 2, p. 4; G. MADIA, *Istituzioni di diritto civile italiano*, I, Napoli, Gabriele Sarracino Editore, 1873, pp. 5-6.

(64) Cfr. P. L. ALBINI, *Saggio analitico sul diritto e sulla scienza ed istruzione politico-legale*, Vigevano, Pietro Vitali e Comp., 1839 e Id., *Enciclopedia del diritto, ossia Introduzione generale alla scienza del diritto*, Torino, Mussano, 1846.

applicazione: « Per quanto esteso ed esatto esser possa il diritto positivo, sia esso consuetudinario, o sia scritto, non può mai comprendere sotto le sue generalità tutti i casi che pure debbono essere regolati secondo le norme giuridiche. Ove per tanto avvengano di siffatti casi, uopo è richiamarli sotto alcuna delle classi delle azioni dalle leggi previste, ed o secondo lo spirito delle leggi stesse, o per analogia od induzione, o finalmente secondo i principii generali del diritto regolare i rapporti giuridici da tali casi derivanti. Per tal modo *l'interpretazione del diritto vigente, o l'applicazione delle norme generali di giustizia forma un fonte di diritto positivo distinto dagli altri* » (65).

Certo, quando Albini scrive, aleggiano ancora nell'aria le altisonanti parole dal sapore di *Caffè* che il Conte di Salerano rivolgeva ai seguaci di Savigny: « L'incivilimento [...] non si accontenta che di una vera e schietta legalità. [...] Il rimprovero che si è fatto alle legislazioni ristrette e precise in forma di codice, che aspirino cioè ad ottenere una *sicurezza meccanica*, per cui il giudice sia dispensato dall'interporre l'opera del suo raziocinio nel determinare il precetto, parmi si possa volgere a tutta lode dei medesimi » (66).

Eppure, più che la consueta retorica antigiusprudenziale di cui Sclopis fa ancora largo impiego, è al nuovo spirito conciliativo che affiora dalla pagina di un Albini che la dottrina ottocentesca, in linea di massima, avrebbe guardato con favore. E se l'idea che l'interpretazione/applicazione potesse costituire — in regime codicistico — un'autonoma fonte (in senso formale) di diritto positivo è generalmente respinta, al tempo stesso è diffusa la convinzione che il mantenimento della *paix* borghese richiedesse ormai di superare una logica oppositiva 'classica' tra giurisprudenza e legislazione, che lasciasse spazio a forme nuove di alleanza capaci assicurare gli stessi vantaggi che, a suo tempo, giustificarono quella durissima resa dei conti. Passata la tempesta, accanto all'elogio del Codice si può riaffacciare l'idea che « una retta e lodevole giurisprudenza [...]

(65) Cfr. P. L. ALBINI, *Saggio analitico*, cit., p. 52.

(66) Cfr. F. SCLOPIS, *Discorso IV. Della vocazione del nostro secolo alla legislazione ed alla giurisprudenza* (1835), in Id., *Della legislazione civile. Discorsi*, ristampa a cura di G. S. Pene Vidari, Torino, Giappichelli, pp. 102, 104.

reagisce sulle leggi, mette in rilievo usi e consuetudini varie, e svolge dei principii che parevano chiusi ». Che essa, insomma, sia « ad un tempo [...] storia, arte e scienza » (67).

5. « *L'economia dei codici moderni* ».

Convinta che « fra il disprezzo del passato e l'adorazione ipocrita o superstiziosa delle vecchie istituzioni », vi sia lo spazio per seguire « una via diversa dall'una cosa e dall'altra » (68), per la cultura giuridica ottocentesca anche giurisprudenza e legislazione possono trovare forme di convivenza che non contemplino necessariamente il reciproco divorzio.

Da una parte, come si è visto, un possibile motivo di incontro è fornito dallo stesso apparato discorsivo che legittima il Codice. Il largo ricorso ad argomentazioni savigniane (ma anche vichiane, positivistiche, ecc.) presente in molte pagine dei suoi sostenitori, invita a ridurre l'iniziale distanza tra le due originarie antagoniste per evidenziare nel Codice il precipitato storico di un'evoluzione giuridica che non ha potuto che svolgersi nel segno di un nesso di continuità necessario con la tradizione giurisprudenziale di diritto romano-comune (69).

Da questo punto di vista, non sorprende affatto che in sede di commento all'art. 3 delle *Preleggi* al Codice civile unitario, possa riscontrarsi una generale difficoltà, per non dire resistenza, da parte della dottrina ottocentesca — anche di quella che in teoria, per una forma di *habitus* professionale, avrebbe dovuto essere più attenta a

(67) Cfr. F. BUONAMICI, *Breve nota dell'editore*, in *Alcuni cenni alla logica del diritto civile privato del rof. Federigo Del Rosso*, Pisa, Tipografia Citi, 1866, p. VIII.

(68) Cfr. E. PESSINA, *Discorso inaugurale alle lezioni di Diritto penale letto nella R. Università di Napoli il dì 5 dicembre 1861*, in *Discorsi inaugurali pronunciati del Prof.re Enrico Pessina*, Napoli, Francesco Giannini e Figli, 1899, p. 268.

(69) « I Codici (...) non crearono una tradizione; la *conservarono* » scriveva Buonamici. « (...) essi non sono da considerare come efficaci se non in quanto mantengono o lentamente modificano la vecchia nostra tradizione. La quale per essi adunque non è punto interrotta. Resta tuttora romana dentro quei Codici, come resta romana nell'attuale ». Cfr. F. BUONAMICI, *Dell'uso del diritto romano nella giurisprudenza italiana moderna* — Prelezione detta nella R. Università di Pisa, il dì 23 novembre 1876 — Pisa, Tip. Nistri, 1877, pp. 19-21.

rispettarne le volontà — a tradurre il rinvio ai « principii generali di diritto » in un coerente principio di ‘autointegrazione’ del testo codicistico. Al contrario, anziché chiudere il Codice entro il circolo ermeneutico (vizioso) delle sue disposizioni normative, secondo i parametri di una classica ‘ideologia della codificazione’, tale formula avrebbe consentito di valorizzare — in una carpiatura radicale della vocazione assolutistica del Codice ottocentesco — proprio l’interpretazione giurisprudenziale a naturale fonte di integrazione della legge ⁽⁷⁰⁾.

Certo, la posizione di chi, come Ferrarotti, sostiene che « alloraquando il Cod. Civ. non ha espressamente statuito sovra una questione, ma havvi una serie di giudicati uniformi sulla stessa questione, *la massima risultante dalle conformi decisioni ha lo stesso carattere d’irrevocabilità di una legge esistente*, ove quella massima sia consentanea ai principii generali di diritto » ⁽⁷¹⁾, deve ritenersi una ipotesi-limite, all’interno di un percorso di avvicinamento che in linea di massima non raggiunge questi estremi. Tuttavia, la linea di tendenza mi sembra chiara: al di sotto del principio di separazione dei poteri, che si riaffaccia di quando in quando a ricordare il limite oltre il quale è impossibile spingersi, attraverso la mediazione dei principî generali è possibile pensare ad un diverso gioco costituzionale tra legislazione e giurisprudenza: un gioco nel quale, in nome di quella continuità dello sviluppo giuridico nazionale di cui il Codice è pensato espressione, legislatori e giudici (e più in generale giuristi) siano entrambi pedine determinanti e insostituibili di « quel moto progrediente che agita tutte le istituzioni umane » ⁽⁷²⁾.

⁽⁷⁰⁾ « Quali sono questi principii generali di diritto? » si domanda Vignali « Sono quelli che si cavano dalle *Fonti generali*, da quel diritto romano, di cui nei tempi che volgono, non pare che si tenga quel conto che merita [...] — I responsi di quegli immortali giureconsulti, che si raccolgono nei frammenti riportati nel Digesto, sono il semenzaio dei principii generali di diritto ». Cfr. G. VIGNALI, *Commentario del codice civile italiano*, Napoli, Stabilimento tipografico Prete, 1878, I, p. 50. Nello stesso senso, almeno G. SAREDO, *Trattato delle leggi dei loro conflitti di luogo e di tempo, e della loro applicazione. Della formazione, applicazione, interpretazione ed abrogazione delle leggi*, Firenze, Pellas, 1871, I, § 636, p. 428; F. BUONAMICI, *Dell’uso del diritto romano*, cit., p. 34.

⁽⁷¹⁾ Cfr. T. FERRAROTTI, *Commentario teorico pratico comparato al codice civile italiano*, Torino, Verzellino, 1872, pp. 29, 30.

⁽⁷²⁾ Cfr. L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano*, Torino, UTET, 1871, p. 8.

La ricca e variegata simbologia che sorregge il mito codicistico, impedisce dunque alla scienza giuridica ottocentesca di dare una lettura comodamente giuspositivistica delle stesse norme del Codice. Se da un lato, il riferimento ai 'principii' finisce per scardinare la pretesa completezza normativa del testo e per chiamare in causa il necessario intervento della giurisprudenza (presente e passata) ad ovviare alle continue e inevitabili mancanze della legge⁽⁷³⁾, dall'altro una complessiva rivalutazione del momento ermeneutico può essere conseguita, sovrapponendo tranquillamente alla scarna disciplina codicistica « non pochi spunti savigniani »⁽⁷⁴⁾: coerenti sì con il concetto di un'interpretazione che non esce dal perimetro di un'attività meramente dichiarativa di un contenuto di pensiero precostituito al suo interprete, ma comunque sufficienti a sottrarre il momento ermeneutico-applicativo a quella dimensione patologica nella quale tendeva a relegarlo l'ideale illuministico del *juge automate*.

Ma anche quando non è direttamente Savigny l'*auctoritas* invocata ad attenuare la tensione illuministica tra modernità (legislativa) e tradizione (giurisprudenziale), è comunque la stessa 'logica del diritto' a richiedere una revisione sostanziale dei tradizionali limiti apposti all'attività dell'interprete⁽⁷⁵⁾.

L'univocità del messaggio illuministico tende ad infrangersi dinanzi ad una rappresentazione 'sdoppiata' della giuridicità, che si vuole non solo sopravvissuta alla *reductio ad unum* compiuta dal Codice, ma paradossalmente consacrata grazie ad esso. In tal caso, allora, l'ampiezza delle prerogative del giudice viene a modularsi in ragione del diverso piano legislativo (*commune* o *singulare*) sul quale egli sia chiamato ad operare, restringendosi man mano che dal

(73) Il Codice vive in questi anni senza che una specifica dottrina della completezza giunga a sorreggerlo. Al contrario, è pressoché unanime la convinzione opposta, ossia che l'incompletezza sia in qualche misura, la sua condizione 'normale'. Cfr. per tutti, L. BOSELLINI, *Lettera sulla Codificazione, specialmente in Italia, e sul Codice civile già progettato in Toscana*, in « La Temi. Giornale di legislazione e giurisprudenza », 1854, IV, 43, pp. 393-396.

(74) Cfr. P. COSTA, *L'interpretazione della legge: François Gény e la cultura giuridica italiana fra ottocento e novecento*, in « Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XX, 1991, p. 387.

(75) Il riferimento è doppio: al già citato Del Rosso (v. *supra* nota 67), e soprattutto a M. PESCATORE, *La logica del diritto. Frammenti di dottrina e giurisprudenza*, Torino, UTET, 1863.

centro di quei principî di giustizia (comune) che si pensano confluiti dentro al Codice, egli si sposti verso la periferia del sistema, quel territorio di confine in cui la legge diventa espressione di utilità e mere convenienze (76).

Il superamento dello schema dicotomico illuministico (e for-tiano), non segue dunque nella dottrina ottocentesca italiana una traiettoria univoca. Quale che sia il *medium* culturale adoperato per far coesistere in un sistema a diritto codificato l'idea di uno sviluppo (anche) giurisprudenziale del diritto, alla fine ciò che sembra emergere con maggior frequenza è l'immagine portalisiana di un Codice che può funzionare solo in quanto immerso entro un *corpus* di massime di dottrina e giurisprudenza che ne orientino l'applicazione e ne garantiscano la longevità (il diritto a diventare 'antico', diceva Portalis). Un Codice, insomma, che si limita a « fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit » e per il resto si affida senza timore ai suoi interpreti (77).

E probabilmente è più a questa idea di fondo, che ad una forma di sospettoso controllo dottrinale dell'operato delle corti, che a mio avviso deve essere ricondotto lo straordinario successo editoriale che arride in quegli anni ai massimari e alle riviste di giurisprudenza, che affollano le biblioteche giuridiche ottocentesche almeno quanto non facciano i vari commentari esegetici (78).

La testimonianza di Borsari in questo senso è paradigmatica, e

(76) « nella materia del *gius comune* la questione è sempre di principio: in essa domina liberamente la logica del diritto (...), il grande strumento della giurisprudenza. All'incontro nella materia di *jus singulare* la questione è sempre di apprezzamento, e il solo legislatore è competente a derogare ai principî del *jus commune* per considerazioni di convenienza (...). Il giudice usurperebbe *auctoritatem constituentium* (...), se passando da caso a caso si facesse arbitrario estimatore di convenienze supposte analoghe, ma che il legislatore non ha estimate, e pretendesse declinare dai principî di ragione in un caso in cui il legislatore non ha derogato ». Cfr. M. PESCATORE, *La logica del diritto*, cit., p. 273. Nello stesso senso, cfr. F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, Torino, UTET, 1876, pp. 26 e ss.

(77) J. M. E. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le project de Code civil présenté le 1er pluviöse an IX par la commission nommée par le gouvernement consulaire*, in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* (1827), Otto Zeller, Osnabrück, 1968, I, p. 470.

(78) Cfr. C. MANSUINO (a cura di), *Periodici giuridici italiani (1850-1900)*. *Repertorio*, Milano, Giuffrè, 1994.

per certi aspetti conclusiva ai fini del nostro percorso. Quando Borsari scrive, infatti, il panorama dottrinale italiano si sta ulteriormente segmentando e, annunciati dai primi titoli battaglieri che parlano di rinnovamento metodologico ⁽⁷⁹⁾, già si intravedono in lontananza i segni di quella ‘crisi’ che rappresenta il punto d’arrivo che ci siamo imposti.

Contro la nuova generazione dei savigniani italiani, quella che sull’onda di una nuova vocazione sistematica, stava rimettendo in discussione l’equilibrio delle moderne codificazioni, Borsari difende l’idea di uno sviluppo giuridico che, proprio assumendo il Codice a baricentro stabile dell’ordinamento, è stato in grado di tenere a bada il pericolo dell’onnipotenza creativa del legislatore statale, reggendosi tutto sulle spalle dell’opera silenziosa ed ‘invisibile’ di scienza e giurisprudenza. Il Codice non è, come vorrebbero i nuovi adepti della scuola storica, il simbolo dell’onnipotenza legislativa eletta a fonte esclusiva della giuridicità, che induce al silenzio tutte le altre voci. Ma il semplice ‘ritratto’ di un diritto che (savignianamente) « già preesiste nella pubblica coscienza » ⁽⁸⁰⁾, e che suppone, a monte, l’opera ‘ispiratrice’ della scienza, e a valle la necessaria attività interpretativa della giurisprudenza. Questa è « *l’economia dei Codici moderni* »: « La scienza adunque *precede*, ispira il legislatore, e non si dimostra; la giurisprudenza *sussegue*, apre ai dogmi legislativi l’orizzonte dell’attività pratica, li svolge in tutti quegli aspetti che i bisogni sociali richieggono, li feconda, e dove la esperienza ne riveli i difetti, prepara quel nuovo corso o ciclo nel quale vanno trapassando tutte le istituzioni umane onde perfezionarsi col tempo » ⁽⁸¹⁾.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. E. SALA, *Del rinnovamento dei buoni studi giuridici in Italia*, Torino, UTET, 1870. Al Sala Borsari riservava una critica espressa fin dalla prefazione al suo commentario.

⁽⁸⁰⁾ « Si comprende che la scuola storica (...) non riconosca nell’opera del legislatore il potere di creare il diritto. Noi pure riteniamo che il legislatore non crea il diritto, ma ne determina la esteriorità. (...) Nulla di più vero che il legislatore non adempie alla sua missione se non ritraendo il diritto che già preesiste nella pubblica coscienza dal suo stato di mera apprensione scientifica al grado di statuto obbligatorio ». Cfr. L. BORSARI, *Commentario*, cit., pp. 10, 12.

⁽⁸¹⁾ Cfr. *ivi*, p. 13.

6. *Dal juge automate, alla magistratura come fattore di progresso e continuità.*

Accanto, dunque, ad una tipica contrapposizione giuspositivistica tra giurisprudenza e legislazione, quale continua ad affiorare in molte pagine della scienza giuridica ottocentesca, il panorama dottrinale italiano, in alcuni dei suoi filoni culturali più rappresentativi, sembra proporre una diversa comprensione del momento interpretativo, individuando nel Codice moderno, si potrebbe dire — proseguendo nel lessico borsariano —, un'economia di tipo 'cooperativo'. Non l'espressione di una pretesa 'autarchica' della legge diretta contro l'opera potenzialmente corruttiva dell'interpretazione giurisprudenziale, ma l'instaurazione di un sistema che può reggersi solo sul presupposto del necessario coinvolgimento di tutte le componenti della 'costituzione' — scienza, giurisprudenza, legislazione — nessuna delle quali può coltivare l'ambizione di poter fare a meno delle altre: « Ma che sarebbe mai il miglior codice di leggi senza il Magistrato? Quello ch'era la macchina umana prima che un soffio dell'Eterno non l'avesse animata; un mirabile corpo morto e non altro. Sono i Magistrati quelli che gli danno movimento e vita; una legge che mancasse di chi la mettesse in esecuzione, applicandola a' casi particolari, non sarebbe che un essere inutile, un vano ingombro [...]. L'appoggio adunque delle leggi, il loro compimento è soprattutto nell'opera di colui che siede in magistrato. [...] L'ingegno eminentemente sublime di un Magistrato nello animare il morto corpo della legge [...] investigandone e scorgendone i difetti, può ripararvi con la sua dottrina ed intelligenza, emettendo decisioni che sono atte a comporre una giurisprudenza la quale potrà formare la base più solida e la guida più sicura pel perfezionamento di un Codice » (82).

Momento produttivo e interpretativo-applicativo, che il modello costituzionalistico liberale esige ancora formalmente separati e soggetti ad un rapporto di fine a mezzo, nella dottrina giuridica ottocentesca che ragiona di codici e fonti del diritto, riducono sensibilmente la loro distanza funzionale e concettuale, quasi a

(82) V. MORGIGNI-NOVELLA, *Del potere morale de' Magistrati negli ordinamenti civili*, in « Annali di diritto teorico pratico », 1856, I, 1, pp. 376-77.

diventare (in un'ottica storicistica ormai diffusa) le fasi successive di un medesimo procedimento di attuazione del diritto nella storia: « e così la storia dà la ragione alla legge, la giurisprudenza l'adatta ai bisogni diversi, e quella che un momento addietro era un progresso, un momento dopo è giurisprudenza e immediatamente appresso si perde nella storia » (83). Un processo di svolgimento 'circolare' del diritto, del quale comincia a non essere più tanto agevole distinguere il punto di avvio.

Certo, per quanto la scienza giuridica appaia ormai in larga parte estranea all'idea settecentesca di un'interpretazione che appartiene, non già alla fisiologia, ma ad una disfunzione patologica del sistema, nessun richiamo al contributo suppletivo o integrativo della giurisprudenza può servire a mettere in dubbio il primato del Codice, o a deviare l'equilibrio complessivo del sistema, verso un dispiegamento 'casistico' del diritto sul modello inglese (84). Né la scoperta dell'inevitabile incompiutezza della legge può dar luogo a forme di delega in bianco alla giurisprudenza, tali da consentirle autonome valutazioni degli interessi sociali che di volta in volta domandino tutela.

Intanto è possibile, infatti, per la dottrina ottocentesca, invitare la *giurisprudenza* a partecipare al progressivo perfezionamento del sistema giuridico, ben oltre, pertanto, quel compito meramente ricognitivo che teoricamente le era stato assegnato (integrando, sviluppando, 'animando' la norma codicistica), in quanto il suo intervento si concepisce necessariamente filtrato attraverso il riferimento ai principî della *iurisprudentia*. È il richiamo ai principî della tradizione (85) (sia che si intendano confluiti direttamente nella trama normativa del Codice, sia che siano fatti rivivere indirettamente per il tramite dei « principii generali »), ciò che consente, in

(83) E. AMARI, *Della necessità e della utilità dello studio della legislazione comparata — Prolusione*, 1845-46, in G. BENTIVEGNA, *Emérico Amari: la filosofia, le leggi e la storia. Con un inedito giovanile*, Catania, Società di Storia patria per la Sicilia orientale, 1992, p. 274.

(84) Un sistema, del resto, criticato dallo stesso Forti, come quello nel quale la cognizione dei diritti era la più « difficile a conseguirsi ». Cfr. F. FORTI, *Libri due*, cit., p. 558.

(85) Cfr. G. CAZZETTA, *Codice nazionale e "vocabolario mentale" dei giuristi*, in Id., *Codice civile e identità giuridica nazionale*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 93-117,

definitiva, di abbandonare con relativa serenità l'ideale illuministico del *juge automate*, per identificare nel magistrato la figura in grado di assicurare, nei territori di 'frontiera' dell'ordinamento, quelli necessariamente più sensibili alle trasformazioni e alle tensioni sociali, uno sviluppo del sistema giuridico nel segno della continuità e della moderazione.

Con questo, abbiamo messo in luce l'ultimo importante elemento del rapporto legislazione/giurisprudenza nel panorama dottrinale italiano del XIX secolo, grazie al quale tutto il quadro acquista in coerenza e chiarezza.

Il superamento ottocentesco della sfiducia tipicamente beccariana nei confronti dell'attività degli interpreti non è prova di per sé di un rinnovato sentimento di fiducia circa il loro operato. Il superamento è possibile, e, vedremo tra poco, anche auspicabile, perché si ritengono ormai saldi perimetro e direzione di senso entro cui quell'attività ha il dovere di svolgersi. Di apertura si tratta, dunque, ma sempre di apertura condizionata, circospetta, soggetta al controllo valoriale della classe dominante, impersonalmente rappresentata da quei principî di giustizia (naturale) che, se non si sono riversati nel Codice, in ogni caso lo sovrastano e orientano la decisione quando la norma codicistica fa difetto.

L'eventualità di un contrasto tra giurisprudenza e codice, la possibilità che la prima possa farsi tutrice di interessi *altri* rispetto a quelli selezionati (anche tacitamente) dal secondo, è rimossa alla radice in virtù dell'intermediazione dei principî della tradizione: libertà, proprietà, autonomia negoziale definiscono, nel loro insieme, le clausole di un mandato specifico all'interprete, destinato a riprodurre e ad estendere la razionalità del Codice anche oltre i suoi limiti strettamente testuali. In questo modo, quand'anche la legge non disciplini espressamente un caso, o qualora dal seno della società emergano istanze nuove e confliggenti con quei presupposti, la continuità del sistema non viene mai meno, garantita, e non già messa a repentaglio, dalla paziente opera della interpretazione giurisprudenziale, il « potere benefico e protettivo » del magistrato, che in tempo di disordine ed incertezza si erge come il baluardo del « progresso moderato »: « Quanto più dunque il Magistrato si sarà mostrato conservatore delle tradizioni e di principii consacrati dal rispetto della generazione, più egli camminerà con passo sicuro e

con autorità nella propagazione del regolare progresso, che è la vita e la salute delle nazioni intelligenti »⁽⁸⁶⁾.

Ora, stabilire il momento esatto in cui queste due immagini — quella del giudice neutro (meccanico) applicatore della legge e quella del giudice garante del progresso moderato del sistema giuridico (in chiave di continuità con i principî giuridici della tradizione) — si passano il testimone, non è possibile accertare con sicurezza. Di certo, e molti indizi depongono a questo favore⁽⁸⁷⁾, la violenta e inattesa scossa politica (e sociale) del '48 europeo non giocò un ruolo secondario. Quell'improvvisa e dirompente spallata della storia, che metteva in crisi tutte le rappresentazioni tranquillizzanti di una modernità ormai destinata a non incontrare più grandi ostacoli sul suo trionfale cammino di incivilimento, fece intuire che le ragioni che a suo tempo avevano indotto gli uomini dell'Ottantanove a considerarla nemica, erano le stesse che adesso invitavano a guardare la giurisprudenza come potenziale alleata. Allora, il sospetto che i giudici potessero far rivivere nelle loro sentenze quel mondo comunitario e pluralistico che era ormai incompatibile con i principî della rivoluzione, impose il rispetto assoluto della volontà della legge; adesso, contro il rischio di oscillazioni schizofreniche della stessa legislazione positiva, che in tempi di disordine politico poteva rischiare di farsi strumento di dottrine attraenti e distruttive (lo 'spettro' comunista), si scopre d'un tratto l'urgenza di allentare quel vincolo, per legare l'interprete alla piattaforma più stabile dei principî della tradizione. Altrimenti, « il

⁽⁸⁶⁾ A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *Del contegno della magistratura in mezzo al movimento sociale e politico de' tempi moderni* (traduzione di Ludovico Bosellini), in « La Temi. Giornale di legislazione e giurisprudenza », 1860-61, VII, 80, pp. 476-486 e 81, pp. 524-533. Il discorso scritto e mai pronunciato da De Marsangy (consigliere a Parigi e illustre criminalista) in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario del tribunale di Versailles del 1849, è riproposto da Bosellini al lettore italiano della *Temi*, nella convinzione che le sue osservazioni « possono dirigersi egualmente ai giuristi e ai cittadini d'ogni nazione civile ». Cfr. *ivi*, p. 477, nota.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. G. ROCCO, *L'ordine giudiziario considerato come principio e base dell'incivilimento degli Stati* — Discorso pronunciato presso il Tribunale di Molise nell'anno 1850, Campobasso, Nuzzi, 1850; A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *Del contegno della magistratura*, cit.; D. NIUTTA, *Della istruzione de' magistrati e della influenza de' medesimi sul pubblico costume e sulla prosperità dei popoli*, Potenza, Santarello, 1853; V. MORGIGNI-NOVELLA, *Del potere morale de' Magistrati*, cit.

magistrato [...] sarebbe il più contraddittorio, il più variabile, il più incoerente fra gli uomini, simile a quelle lievi banderuole che svolazzano sui nostri edifizii, e ricevono ad ogni istante mille direzioni differenti » (88).

Nel mutato scenario post-quarantottesco non è più sufficiente che il giudice si limiti ad « un freddo e arido eseguitamento della legge » (89). Egli « non dev'essere [...] una macchina per applicar le leggi. [...] Il magistrato obbedisce alla legge positiva ma senza perdere di vista la giustizia eterna e il diritto che lega la umana società » (90). Anche la sua vantata 'imparzialità' può diventare in qualche misura censurabile. Tra l'ordine e il disordine, non è dato compiere scelte neutrali. In quanto custodi della « verità » (91), delle « imperiture tradizioni de' nostri antenati [...] ispirazioni eterne della vera giustizia » (92), i giudici (e i giureconsulti in genere) che hanno piena consapevolezza della propria funzione, non possono che essere schierati, unanimemente, dalla parte dell'ordine: in nome « degli immutabili principii della giustizia », a difesa dei governati, contro i possibili travimenti dei governanti. Il giudice, « col diritto sentenziare quotidiano e co' suoi responsi è una scuola continua contro l'erroneità della dottrina. Direi, che la *proprietà* smarrita e palpitante si rifugia e ripara sotto l'egida ed il paludamento dell'ordine giudiziario » (93).

(88) Cfr. A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *Del contegno della magistratura*, cit., p. 481.

(89) Cfr. *ivi*, p. 483.

(90) Note di Bosellini a BONNEVILLE DE MARSANGY, *Del contegno della magistratura*, cit., pp. 479-81.

(91) Il giudice, « nei tempi più disagiati, quando l'umana ragione torce dal retto sentiero, e si rende corriva all'errore; quando si scuote e vuolsi scrollare la idea fondamentale della società, cioè della esistenza di un diritto incommutabile, e permanente, fra gli ondeggiamenti della scienza guarda e *custodisce la verità*. Si ne' tempi da non guarir trascorsi, siam noi stati spettatori d'inusitati travimenti dell'umano pensiero, e nel generale agitato abbiamo visto l'ordine giudiziario propugnacolo in ogni paese d'Europa contra le socialiste dottrine e comunistiche, le quali con meretrice attrattive divertivano le menti di molti dal giudizioso pensare ». Cfr. G. ROCCO, *L'ordine giudiziario*, cit., p. 13.

(92) Cfr. A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *Del contegno della magistratura*, cit., p. 485.

(93) Cfr. G. ROCCO, *L'ordine giudiziario*, cit., p. 13.

La difesa della proprietà individuale, dapprima garantita da una legge che si imponeva innanzi tutto ai suoi interpreti, a scongiurare il rischio di illeciti rapporti di continuità con la tradizione (medievale), ora, contro lo spettro di « leggi che si incalzano come le onde del mare procelloso o le nubi furiosamente agitate dagli aquiloni »⁽⁹⁴⁾, reclama l'intervento attivo dei giudici, individuando proprio nelle loro pronunce la prima e più efficace garanzia di uno sviluppo moderato del sistema giuridico nel segno della continuità dei principî della tradizione (liberale borghese).

Ci sarebbe voluta una nuova rivoluzione (quella industriale), a mettere nuovamente in crisi questo idilliaco quadretto. E non potendosi più fidare, né della legge, né degli interpreti, la proprietà 'smarrita e palpitante' avrebbe trovato nuovo ristoro entro le pagine incontaminate delle *Parti generali* e dei *Sistemi*. Abbastanza lontane dal frastuono dei fatti sociali, da consentirle sonni tranquilli ancora a lungo.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. E. PRECERUTTI, *La codificazione e la legislazione civile* - Prolusione al corso di Codice civile letta nei giorni 24 e 26 novembre 1868 nella R. Università di Torino, Torino, Tipografia del Giornale « Il Conte Cavour », 1868, p. 7.

GIOVANNI CAZZETTA

COSCIENZA GIURIDICA NAZIONALE E GIURISPRUDENZA PRATICA NEL PRIMO NOVECENTO ITALIANO

1. Un'alleanza italiana. — 2. « Uno stato di coscienza generale assai turbato ». — 3. Il sistema e « gli anarchici nel regno di Temi ». — 4. Legalità codicistica e legalità del sistema. — 5. « Mantenere il diritto al livello della coscienza sociale »: i principî liberali e la giurisprudenza.

1. *Un'alleanza italiana.*

Il tema di un'indispensabile *alleanza*, di un *connubio*, tra scienza e pratica, diritto teorico e pratico, giurisprudenza dottrinale e forense, è costantemente posto dopo l'Unità a rappresentare la peculiarità del diritto civile italiano. L'unione è ora data per presente, ora invece invocata come da realizzare, in ogni caso è intesa come il segno di un diritto *veramente italiano*. L'estremizzazione di modelli opposti di riferimento, quello francese di tipo legalistico-esegetico e quello tedesco teorico-sistematico, spinge a individuare la via intermedia come *nostra*, come caratterizzata da un equilibrio nazionale conforme al *genio italiano*.

Prima dell'Unità obiettivo programmatico della rivista fiorentina *La Temi* è, ad esempio, di « ravvicinare la scienza con la pratica del diritto » ⁽¹⁾. La via italiana è intermedia tra quella francese (appagata di « una giovane e vigorosa legislazione » che non chiede « alla patria storia le origini, alla filosofia le ragioni ») e quella tedesca (indirizzata a « isolare la teorica dalla pratica »). Per il

⁽¹⁾ Così Lorenzo PANATTONI nel breve comunicato in cui annuncia la sua direzione della rivista « La Temi, Giornale di legislazione e giurisprudenza » (I, fasc. 7, 15 novembre 1848, p. 385). Si cfr. anche nel primo fascicolo, Vol. I, 1847, p. 3 e ss., C. GUARNACCI, *Il Direttore ai collaboratori e agli associati*.

giureconsulto italiano « le teoriche e le meditazioni della scuola », i « sistemi » sono certo « indispensabili » ma essi sono da « purgare » da sottigliezze e astrusità, e da verificare nel foro ⁽²⁾. Chi negli stessi anni propone di connettere scienza e pratica diffondendo soprattutto il pensiero tedesco, tiene a precisare (affinché ciò non si dica « teutomania ») che in ogni caso la teoria non si scosterà « dalla pratica del foro » ⁽³⁾.

Negli anni Ottanta, nel pieno del cosiddetto passaggio dall'esegesi al sistema, la richiesta di una « una scuola nazionale di diritto civile » capace di affermarsi « indipendentemente da ogni applicazione pratica », « non per i bisogni del foro, ma [...] per i suoi principii » ⁽⁴⁾, suscita risentite reazioni proprio perché intesa come rottura del carattere nazionale del diritto italiano. La fortuna di alcune pagine di Emanuele Gianturco, giocate in contrapposizione alla « scienza per la scienza » evocata da Gian Pietro Chironi, è in larga parte legata proprio all'esaltazione del « felice connubio » della scienza colla pratica ⁽⁵⁾.

⁽²⁾ « Senza i lumi e le emendazioni del Foro, la scuola non avrebbe che astrusi teorici inutili affatto ai bisogni del vivere civile; e senza le dottrine della scuola il Foro non avrebbe che pomposi parolai, pratici faccendieri, legulei, rabuli ». G.B. TABARRINI, *Frammenti di storia delle giurisprudenza in Italia. Tendenza allo studio di scrittori tedeschi e francesi*, in « La Temi, Giornale di legislazione e giurisprudenza » (vol. I, 1847), pp. 344 e ss., p. 347 e 348.

⁽³⁾ Così nella *Introduzione* ai napoletani « Annali di diritto teorico pratico » (opera periodica compilata a cura di Luigi Capuano), I, vol. I (1855), p. 5.

⁽⁴⁾ G.P. CHIRONI, *Del libro e del metodo*, Prefazione a *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, Torino, Bocca, 1884, pp. VI e ss., p. X.

⁽⁵⁾ Lo scontro tra Gianturco e Chironi è esasperato nella ricostruzione di Alpa che valorizza il 'giusto equilibrio', « la linea esegetica corretta in modo sistematico », l'unione del « diritto patrio dell'unità nazionale » con « le colonne portanti della costruzione scientifica » presente nel metodo di Gianturco. Sul contrasto cfr. G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 182 e ss. Sul tema si cfr. *L'esperienza giuridica di Emanuele Gianturco*, a cura di A. Mazzacane, Napoli, Liguori, 1987; F. TREGGIARI, *Itinerari della casistica. La Crestomazia di Emanuele Gianturco fra modelli illustri e nuove istanze: Lettura alla ristampa di E. Gianturco, Crestomazia di casi giuridici, in uso accademico* [Napoli, 1884] (rist. Bologna, Forni, 1989); Id., *Sistematica e metodo del caso come tecniche complementari d'istruzione giuridica: maestri tedeschi ed epigoni italiani dell'Ottocento*, in *Diritto e processo. Studi in memoria di Alessandro Giuliani*, a cura di N. Picardi, B. Sassani, F. Treggiari, I, Napoli, 2001, p. 446 e ss.; E. STOLFI, *Quaestiones iuris. Casistica e insegnamento giuridico in*

Nel primo decennio del Novecento, il tentativo di comprendere e fornire « un indirizzo » alla nuova realtà caratterizzata da leggi speciali e da un « codice non più intatto nella coscienza dei suoi stessi ammiratori » passa ancora attraverso l'affermazione del carattere teorico-pratico del diritto italiano: occorre — così si scrive nel 1909 nel programma della *Rivista di diritto civile* — che « la nostra produzione del diritto si faccia prettamente italiana », che « la nostra scienza civilistica sia fondata su materiali italiani, sia opera di intellettuali italiani », « attinga alle fonti della vita, dei bisogni, dei costumi, dei sentimenti italiani ». Lontano non solo dall'eccessiva « influenza francese » del recente passato ma anche dalla tendenza del presente a « cadere soverchiamente sotto quella germanica », l'obiettivo può essere raggiunto grazie al « connubio fra la pratica e la scienza » (6). Dieci anni dopo è Nicola Stolfi a tuonare — con toni oramai nazionalistici — a favore di un recupero « della nostra gloriosa tradizione giuridica »: si deve abbandonare il « cieco ossequio » nei confronti della « scuola tedesca » e dei suoi « sistemi campati in aria » che ha fatto seguito alla pedissequa imitazione del diritto francese; « occorre serbare il carattere e il genio nazionale », « ritornare alle nostre gloriose tradizioni giuridiche », tornare a guardare la « giurisprudenza patria » (7).

Ad accentuare il carattere *nazionale* offerto dalla *giurisprudenza patria* è soprattutto il riferimento alla natura conservatrice dell'opera dei giudici, naturalmente portati a saldare le nuove norme con le massime tradizionali, a custodire i principî, ad assicurare continuità nello svolgimento del diritto. Anche questo tema si ripete costante. Dopo l'entrata in vigore dei codici l'immagine di un diritto custodito dalla giurisprudenza salda il nuovo universo con quello antecedente, allontana l'idea di una cesura nello svolgimento del diritto imposta da un legislatore giacobino. Di fronte al nuovo codice civile albertino si insiste sulla continuità con il passato (« le nuove leggi sono una riforma, e non già un sovvertimento delle

romanisti e civilisti napoletani di fine Ottocento, in « Teoria e storia del diritto privato » (Rivista internazionale on-line), I (2008).

(6) Così nel *Programma* della « Rivista di diritto civile », I (1909), p. 1 e 2, firmato dai direttori A. ASCOLI, P. BONFANTE, C. LONGO e E.A. PORRO.

(7) N. STOLFI, *Diritto civile*, I, *Parte generale*, Torino, Utet, 1919, p. 53 e ss., pp. 539 e 540.

precedenti») assicurata dai principî custoditi dai giudici (« i Magistrati, depositarii e custodi [dei principii] ad essi per non interrotta successione trasmessi, ne mantengono nell'applicazione l'integrità e la sincerità») (8). La giurisprudenza come « ultima tradizione del giureconsulto » si riaffaccia a saldare retoricamente il codice civile del 1865 al diritto patrio, ai principî di sempre. Il codice presuntuosamente proteso a innovare resta affidato agli interpreti, può essere compreso solo in riferimento all'« uso antico » (9). A quasi un secolo di distanza l'argomento è ancora proposto nel quadro di una (tardiva) polemica contro l'esegesi e in direzione di un'ennesima valorizzazione della tradizione romanistico-civilistica: contro la « profonda nociva scissione fra romanisti e civilisti » del periodo post-unitario (10), si chiede di riconsacrare l'unitaria autorità di scienza e pratica, « il *valore* della giurisprudenza, come fonte complementare del sistema giuridico legislativo »; un valore che non si è mai estinto e che « perdura, oltre la pubblicazione dei nostri codici » (11).

Il riferimento al necessario ruolo conservatore della giurisprudenza non esclude richiami opposti all'indispensabile carattere innovatore dell'opera dei giudici comunque protesi ad adattare la legge alle sempre nuove situazioni e a 'ringiovanirla', ad assicurare l'ordinato progresso del diritto, la sua piena corrispondenza alla

(8) *Introduzione* a « Annali di giurisprudenza pratica » (raccolta mensile pubblicata da una società di avvocati e di causidici), I, 1838, p. IV e V.

(9) « L'uso antico e il modo di intendere ed applicare una legge ne sono i migliori interpreti ». V. CATTANEO-C. BORDA, *Il Codice civile italiano annotato*, Torino, Ute, 1865, p. 30 (annotazione all'art. 3 disp. prel.). Cfr. G. CAZZETTA, *Codice nazionale e "vocabolario mentale" dei giuristi*, in *Id.*, *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Torino Giappichelli, 2011.

(10) Che mise « in onore la disgraziata opinione che il diritto romano non fosse più diritto vivo e vigente, ma morto e sepolto! ». Grave appare il fatto (che peraltro non trova corrispondenza nei testi degli autori menzionati) che Luigi Borsari, Francesco Ricci, Emidio Pacifici-Mazzoni, Giorgio Giorgi « ostentassero un certo disprezzo per il diritto romano inclinando a ritenerlo morente », attribuendo eccessiva importanza a « le scuole di Francia », « alla volontà dello Stato, cioè alle leggi, nella formazione del diritto, quasi che la scienza del diritto e la giurisprudenza avessero del tutto perduto la loro missione ». G. PACCHIONI e C. GRASSETTI, *Diritto civile*, in *Nuovo Digesto italiano*, IV, 1938, pp. 953 e 955.

(11) *Ivi*, pp. 952-953.

coscienza giuridica nazionale. Progresso e tradizione dei principî (che *perdura* oltre il codice, che *sottende* la legislazione moderna) marciano assieme. Il progresso non può essere *vero* — di questo tutti sono convinti — se non è corrispondente alla coscienza giuridica generale, se non è realizzato *dall'alleanza* (il riferimento all'opera innovatrice dei giudici finisce, in sostanza, per riferirsi immancabilmente alla giurisprudenza intesa in senso lato).

Convenire sulla « duplice direzione, conservatrice ed innovatrice », dell'opera « prudente e insieme ardita » ⁽¹²⁾ della giurisprudenza non significa avere soluzioni univoche riguardo al potere creativo dei giudici o essere concordi sul ruolo dell'interpretazione. Movendo dalla peculiarità del modello *nostro*, conforme al *nostro* glorioso passato e alla vita moderna, è infatti possibile giungere a conclusioni anche opposte. A conferire *entro l'alleanza* una diversa missione alla giurisprudenza pratica è di volta in volta la difforme estremizzazione dei modelli stranieri, la diversa considerazione del tempo presente, il timore di una lacerazione tra ordinamento e coscienza giuridica così come diversamente sentita, immaginata, analizzata nella storia patria.

2. « *Uno stato di coscienza generale assai turbato* ».

A fine Ottocento è l'incrinarsi della centralità del codice civile e il timore di una frammentazione dei principî collegata alla prima legislazione sociale-speciale a mutare la rappresentazione dell'alleanza tra teoria e pratica e a far emergere richiami sempre più frequenti a un *dissidio*. A caratterizzare l'unione tra dottrina e giurisprudenza dopo l'Unità è la mitizzazione del codice civile nazionale come legge fondamentale, come tavola di valori condivisi, assieme di principî indiscutibili, posti al riparo dalle mutevolezze della politica e dalla transitorietà del sociale. L'unione è avvertita come il naturale corollario di un diritto civile nazionale proiettato verso il futuro e (rappresentato come) forte di una gloriosa tradizione preesistente: teoria e pratica sono unite dalla comune missione di interpretare e applicare un diritto percepito come corrispondente alla coscienza politica, morale, culturale della nazione rigenerata. Le

(12) E.T. LIEBMAN, *Giurisprudenza*, in *Nuovo Digesto italiano*, VI, 1938, p. 412.

accorate invocazioni dell'inizio del Novecento per una nuova unione patriottica tra teoria e pratica segnalano, invece, la crisi della legalità codicistica come valore fondante dell'unione, il divario tra ordinamento e nuove situazioni sociali, tra pedagogia patriottica e coscienza giuridica.

La civilistica italiana nel periodo immediatamente successivo all'Unità dà per scontato che la giurisprudenza affermerà il diritto italiano presente nel codice unitario. I giudici sono alleati con la dottrina nel raccordare passato e presente, nell'immedesimare — a scriverlo è Luigi Borsari che dopo essere stato avvocato e professore di Pandette nello Stato Pontificio fu giudice, oltre che fortunato commentatore del codice civile — il « concetto politico » e quello « giuridico » nella « rigenerazione nazionale »⁽¹³⁾. Il mito del codice salda disinvoltamente assieme diritto naturale dichiarato dal legislatore, principi generali del diritto⁽¹⁴⁾, vaghi rinvii all'equità come « vero complemento della legislazione » e riferimento a giudici « cui non può giammai essere lecito [...] di scostarsi dalla legge, ancorché la trovassero dura, e diciamo anche, secondo il loro criterio, ingiusta »⁽¹⁵⁾. Le *Istituzioni di diritto civile italiano* di Emidio Pacifici

(13) Nel momento della « rigenerazione nazionale », il « concetto politico » (« il bisogno universalmente sentito di avere una legislazione unica e uniforme ») « si immedesima [...] col giuridico »: il legislatore riveste con la sua sanzione ciò che è certo, ciò che è parte del patrimonio giuridico della nazione, « parte sostanziale della storia ». « Si comprende che la scuola storica [...] non riconosca nell'opera del legislatore il potere di creare il diritto. Noi pure riteniamo che il legislatore non crea il diritto, ma ne determina l'esteriorità ». L. BORSARI, *Commentario del Codice civile italiano*, Torino, Ute, 1871, (Prefazione), pp. 5, 9 e 10.

(14) « I principii generali del diritto [...] sono quelle idee fondamentali del giusto tratte dal diritto naturale, che si perpetuano malgrado i più profondi mutamenti di legislazioni, e che, sublimite in principii per mezzo dell'uso e della tradizione, hanno la stessa forza che avrebbero se fossero state distese in articoli di legge: quei principii generali e positivi di diritto [...] trovansi per la maggior parte in bello ed elegante fascio raccolti nei titoli del Digesto ». CATTANEO-BORDA, *Il Codice civile italiano annotato*, cit., p. 30.

(15) *Ibidem*. Avendo ben presente la centralità del codice si può anche designare l'autorità « più morale che legale » della giurisprudenza cui è demandato il compito « di segnalare i difetti della leggi vigenti, di accennare ai rimedi possibili per ripararvi, di rendersi interpreti della coscienza pubblica, del sentimento morale della nazione » (Francesco Saverio BIANCHI, *Corso di codice civile italiano. Principii generali sulle leggi*, Torino, Ute, 1888, p. 97-99).

Mazzoni continuano, ad esempio, a proporre nel corso degli anni un legalismo esegetico che si nutre di certezze indiscutibili: il *codice nostro* — scrive — è « elaborazione del diritto romano », « confacente ai nostri costumi », caratterizzato dalla « conservazione delle nostre gloriose e antiche tradizioni » ma pienamente corrispondente ai « grandi principii della civiltà moderna » (16). È « la consonanza delle disposizioni del nostro Codice coi nostri costumi e coi nostri sentimenti » (17), è la certezza che, nel « Codice civile patrio », « le leggi e i principii si confondono », a garantire una guida sicura alla dottrina e ai giudici: la « giurisprudenza patria » è chiamata a svolgere una parte « umile, modesta » (18), ad essere rigorosamente pratica, ad evitare sfoggi di erudizione, a non distogliere lo sguardo dal caso concreto, ad evitare sentenze generiche (19). La strada che il giudice è chiamato a seguire è segnata dal riferimento al modello francese (ritenuto di maggiore utilità pratica) ma non ci sono dubbi nell'affermare che « l'eccellenza sarebbe nel connubio delle due scuole [tedesca e francese], somministrando l'una l'erudizione scientifica, l'altra il senso pratico » (20). Ancora riproposte nel corso del Novecento (a quasi cinquant'anni dalla morte, nel 1880, dell'Autore) le *Istituzioni* di Pacifici-Mazzoni, indicano oramai un *connubio* tra teoria e pratica che è molto distante dalle nuove invocazioni dell'alleanza diffuse agli inizi del secolo. A partire dagli ultimi decenni dell'Ottocento le certezze della legalità codicistica si erano infatti profondamente incrinare; « la consonanza delle disposizioni del nostro Codice coi nostri costumi e coi nostri sentimenti » di cui parlava Pacifici-Mazzoni non era più indiscussa. Nuove sensibilità sociali nella civilistica, critica all'esegesi e riferimento al sistema,

(16) E. PACIFICI MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*, I, *Parte generale. Del diritto in generale, Del diritto italiano. Del diritto civile italiano in particolare*, Torino, Utet, 1929, p. XI e ss. Faccio riferimento alla ristampa della quinta edizione (corredata con note di dottrina e giurisprudenza a cura di Giulio Venzi, che già nel 1902 aveva curato la quarta edizione). La prima edizione è del 1867 (Firenze, Pellas).

(17) Ivi, p. XIX

(18) Ivi, pp. XXVII-XXVIII.

(19) Ivi, p. LXI.

(20) Ivi, p. LXIII.

richiesta di leggi sociali-speciali stavano modificando la rappresentazione del codice e della scienza del diritto privato ⁽²¹⁾.

Gian Pietro Chironi rinuncia nel 1897 a pubblicare la pagina sul metodo che aveva suscitato vive reazioni per la richiesta di 'scienza per la scienza', 'scuola per la scuola'. « La parola — scrive — andava certo oltre l'intendimento voluto », quello di respingere una ricerca scientifica affidata soltanto alla considerazione dei casi pratici. Nessun rifiuto dell'alleanza, dunque, ma più semplicemente ricerca di un diverso equilibrio caratterizzato dall'affermarsi di un metodo rigorosamente scientifico: nello studio del diritto non è certo possibile trascurare « il movimento della pratica giudiziaria », « la vita vera del diritto », né « consigliare un dissidio tra la scienza e la pratica » ⁽²²⁾ che assieme, unite da un comune ruolo innovatore e conservatore, « temper[ano] ciò che di molto accelerato può essere nel movimento economico » ⁽²³⁾.

Pur spostando l'attenzione sulla teoria, l'alleanza può dunque essere riproposta ⁽²⁴⁾. Affiorano però elementi nuovi. L'affermazione che lo svolgimento progressivo del diritto privato è affidato alla giurisprudenza (teorica e pratica) assume un carattere polemico nei confronti del legislatore, dell'opera dei Parlamenti velleitariamente pretesa a voler regolare tutto; nello stesso tempo, la certezza della piena coincidenza tra legge e principî si incrina. L'alleanza non è più invocata a sostegno della legalità di un codice-monumento sentito come sicura espressione di una comune coscienza nazionale, ma contro quanti (primo fra tutti lo stesso legislatore), protesi a inseguire le particolarità del sociale, minacciano l'unitarietà del

⁽²¹⁾ Cfr. P. GROSSI, "La scienza del diritto privato". *Una rivista progetto nella Firenze di fine secolo*, Milano, Giuffrè, 1988; Id., *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, Giuffrè, 2008; Id., *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano Giuffrè, 2000.

⁽²²⁾ G.P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, Torino, Bocca, 1897, Prefazione alla seconda edizione, p. VI.

⁽²³⁾ Ivi, p. VIII.

⁽²⁴⁾ A colorare l'unione resta l'affermazione di una via intermedia, conforme al 'genio italiano', capace di mediare l'empirismo francese e la vuota speculazione tedesca. Cfr., a mo' d'esempio, E. CIMBALI, *Lo studio del diritto civile negli Stati moderni* (1881), in Id., *Studi di dottrina e di giurisprudenza civile*, Lanciano, Carabba, 1889, pp. 20 e 24; e la chiusura della voce *Diritto civile* (di G. RECAGNI), in *Enciclopedia giuridica italiana*, vol. IV, parte V, Milano, Soc. Ed. Libreria, 1912, p. 115.

diritto, l'equilibrio dei principî dell'ordinamento. Chi insiste nell'esigere ad ogni piè sospinto una funzione sociale del diritto — scrive Bonfante — « crea, distrugge, trasforma e spesso farnetica » (25). L'appello alla missione 'progressiva e moderatrice' della giurisprudenza manifesta sempre più un senso di « disagio » (26) di fronte a una trasformazione dell'ordinamento avvertita come caotica.

Un disagio di fronte all'accrescersi dall'« uso e abuso della giurisprudenza » nella « vita affrettata e intensa della società moderna » emerge nettamente dalla voce *Giurisprudenza* del *Digesto italiano* (27). Il *connubio* non esiste più, l'unità è minacciata: la pratica insegue « la opinione che prevale nei tribunali » senza curarsi appieno della conformità alla legge, la scienza si perde in sistemi astratti oppure, peggio, si abbandona completamente alla casistica (« persino la dottrina accede alla giurisprudenza » (28)). Ristabilire « l'alleanza della giurisprudenza con la dottrina » (29), un nuovo incontro tra « cattedra » e « foro » (30), appare indispensabile per respingere la frammentazione del diritto, per replicare al fenomeno « assurdo » della « invasione scientifica » della sociologia, per « rivendicare contro le scienze sociologiche i diritti del

(25) P. BONFANTE, *La giurisprudenza nello svolgimento del diritto* (1895), in *Id., Scritti giuridici vari*, IV, Studi generali, Roma, Sampaolesi, 1925, pp. 15, 16 e 21.

(26) *Ivi*, p. 21.

(27) Caratterizzata da « una costante, ostinata tendenza a portare nelle aule dei tribunali i suoi problemi più importanti, anche di natura politica e sociale », da una « natura prevalentemente industriale e commerciale », la « vita moderna » esige « cognizioni rapide e sicure » e rifugge da ponderate meditazioni e mediazioni. E. PIOLA CASELLI, *Giurisprudenza*, in *Digesto italiano*, XII, 1900-1904 (la voce è datata 31 luglio 1902), pp. 831 e ss.; p. 842.

(28) *Ibidem*.

(29) L'importanza dell'uso forense (« della prassi forense, come espressione dell'azione dello Stato nell'attuazione del diritto in via giudiziaria ») si lega alla realizzazione di un doppio movimento, dalla vita forense alla dottrina e dalla dottrina alla vita giudiziaria, che conferisce « una base scientifica » alla giurisprudenza e lega la dottrina alla « chiara e sicura precisione della vita reale del diritto ». *Ivi*, p. 843.

(30) *Ivi*, p. 844. Piola Caselli ripropone — forte della lettura di Jhering — il tema dalla specificità 'teorico-pratica' dell'identità giuridica nazionale: « posto che si debba studiare il diritto non come un principio teorico specularmente perfetto, ma come una regola che funzioni nella vita sociale per raggiungere un dato scopo, alla dottrina converrà di scendere dalla cattedra nel foro per studiate sperimentalmente se e come la norme della legge abbia attuazione pratica ».

giurista», per fissare una risposta comune a convulse trasformazioni sociali ⁽³¹⁾.

Ancor più decisa è l'invocazione dell'alleanza lanciata qualche anno dopo da Vittorio Scialoja, in pagine in cui il disagio si è definitivamente trasformato in fastidio, in scomposta reazione nei confronti di certezze minacciate dalla « crisi del momento attuale », da « uno stato di coscienza generale assai turbato » ⁽³²⁾, da una disordinata trasformazione del diritto che pone « tutto il solido edificio sotto cui viviamo vita sicura [...] in balia di ogni intemperie » ⁽³³⁾. Turbamento e coscienza della crisi si fondono nel discorso di Scialoja (tenuto nell'anno del festeggiamento dei primi cinquant'anni dell'Unità ⁽³⁴⁾) con una pedagogia patriottica rivolta essenzialmente al giudice. Nel nuovo scenario porre l'accento sull'*alleanza italiana* significa indicare « verità », impedire l'anarchia delle coscienze: « è assolutamente necessario che teoria e pratica ricostituiscano la loro unità, non solo obiettivamente, ma anche nell'animo di ciascuno di noi. E con ciò noi faremo opera veramente italiana » ⁽³⁵⁾. A definire la gravità della crisi (e a turbare la tranquillizzante immagine di una giurisprudenza custode della legalità e dell'unitaria coscienza generale) è in particolare lo spettro del *diritto libero*: i giudici — sentenza Scialoja — devono necessariamente guardare al passato non possono « solo perché siedono sopra un

⁽³¹⁾ La valorizzazione delle giurisprudenza appare nel complesso stereotipata e contraddittoria. Sottolinea, al contrario, « la modernità sorprendente » del pensiero di Piola Caselli ALPA (*La cultura delle regole*, cit., pp. 206 e 207).

⁽³²⁾ V. SCIALOJA, *Diritto pratico e diritto teorico*, in « Rivista del diritto commerciale », IX (1911), I, pp. 941 e ss., pp. 942 e 947.

⁽³³⁾ Ivi, p. 948

⁽³⁴⁾ La precisazione non vuole essere casuale. Emilio Gentile ha rilevato che è a partire da quel momento che si delinea un contrasto tra retorica nazionale e « percezione di una realtà negativa, che dilatava i contrasti e le incompiutezze dello Stato nazionale » (E. GENTILE, *Italiani senza padri, Intervista sul Risorgimento*, a cura di S. Fiori, Roma-Bari, Laterza, 2011, p. 46) Nelle stesso 1911 Benedetto Croce sottolineava nella sua rivista, « La Critica », l'« indebolimento nella coscienza dell'unità sociale »: « gli individui non si sentono più legati a un gran tutto, parti di un gran tutto, sottomessi a questo, cooperanti in esso, attingenti il loro valore dal lavoro che compiono nel tutto » (citato in ibidem; si cfr. anche Id., *La Grande Italia. Il mito della nazione nel XX secolo*, Roma-Bari, Laterza, 2011, I ed. 2006, p. 61).

⁽³⁵⁾ SCIALOJA, *Diritto pratico e diritto teorico*, cit., 944.

determinato scanno » arbitrariamente alterare le certezze del presente e progettare il futuro ⁽³⁶⁾. Il futuro è del legislatore. L'affermazione finale del saggio (« Vi è poi il futuro: il lavoro legislativo »), più che come semplice invito all'impegno legislativo, suona come scomposta evocazione di un'indiscutibile divisione di compiti ⁽³⁷⁾, come una minaccia di una nuova imposizione dell'unione attraverso la solenne maestosità della legge.

Qualche anno prima, nel 1908, anche Vittorio Polacco aveva parlato di « anarchia delle coscienze » per respingere il diritto libero ⁽³⁸⁾; diversi però erano i termini dell'invocazione dell'unione tra teoria e pratica per mantenere salda la comune coscienza giuridica. Il fastidio di Polacco era rivolto soprattutto nei confronti del legislatore, contro il « mal vezzo » di far « penetrare di sbieco » grosse modificazioni nel diritto comune attraverso « leggine », contro la « farraginosa produzione della macchina parlamentare » volta a produrre un « arruffo di norme » ⁽³⁹⁾. Nelle stesse pagine Polacco valorizza — com'è noto — le clausole generali come polmone del codice e richiama l'« azione del magistrato socialmente benefica » per difendere la minacciata unitarietà del sistema senza cadere però nell'anarchia ⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁶⁾ Ivi, p. 948: « l'onore, il patrimonio e tutti gli interessi di ciascuno di noi rimessi all'arbitrio di Tizio, di Caio o Sempronio solo perché siedono sopra un determinato scanno ».

⁽³⁷⁾ La scienza — scrive nello stesso anno Bonfante opponendosi al diritto libero — non può rimettersi « all'intuizione del giudice rinunciando al suo compito ». P. BONFANTE, *Criterio fondamentale nei rapporti di vicinato* (1911), in *Scritti giuridici vari*, II, *Proprietà e servitù*, Torino, Utet, 1918, p. 798. Ma si veda anche ID., *L'equità* (1923), in *ibidem*, vol. IV, *Studi generali*, Roma, 1925, p. 129: « Immergersi nel caos con la speranza che dal cozzo dei giudicati abbia a scaturire la luce del nuovo diritto significa minare dalle fondamenta il senso e la fede del diritto ».

⁽³⁸⁾ Cfr. V. POLACCO, *Le cabale nel mondo legale* (Discorso letto nell'adunanza solenne del R. Istituto veneto di Scienze, Lettere ed Arti il 24 maggio 1908), in ID., *Opere minori*, Modena, Università degli Studi, 1928, vol. I p. 61. Per un inquadramento delle pagine del 1908 nel complessivo percorso dell'autore cfr. P. GROSSI, « Il coraggio della moderazione » *Specularità dell'itinerario riflessivo di Vittorio Polacco* (1989), ora in ID., *Nobiltà del diritto*, cit., pp. 131 e ss.

⁽³⁹⁾ POLACCO, *Le cabale nel mondo legale*, cit., pp. 42 e 51 e ss.

⁽⁴⁰⁾ Ivi, pp. 60 e 61. « Sono poi nel corpo delle patrie leggi degli organi che vorrei dire respiratori perché gli consentono di alimentare di sempre nuovo ossigeno, sì che si adattino con sufficiente elasticità e rapidità di ricambio al variare dell'atmosfera che

L'uso della clausola generale per elasticizzare il codice, per aprirlo a un'azione sociale del giudice ⁽⁴¹⁾, aveva generato timori nei confronti del « socialismo giudiziario » ⁽⁴²⁾ non minori di quelli provocati dal diritto libero; all'inizio del Novecento la necessità di « ossigenare » il diritto, « rinsanguare » gli istituti, di immettervi la « la corrente fresca e vitale della corrispondenza alla vita » ⁽⁴³⁾, è rafforzata dall'esigenza di contrastare « trasformazioni violente » ⁽⁴⁴⁾

lo circonda. Tale la massima [...] del rispetto ai buoni costumi ed all'ordine pubblico [...]. Tale parimenti [...] il precetto che debbano i contratti eseguirsi di buona fede ed obbligano, oltre a quanto vi è espresso, alle conseguenze che ne derivano secondo l'uso e l'equità. Non si ha in tutto questo una sufficiente latitudine per un'azione del magistrato socialmente benefica? ».

⁽⁴¹⁾ Nel valutare la funzione della clausola generale durante la vigenza del Codice del 1865 ora si sottolinea il « temperamento del principio individualistico dei codici ottocenteschi » (l'affermazione di « istanze di umana solidarietà » realizzate « chiamando il giudice, di solito spettatore d'una scena obiettiva e lontana, a intervenire nel giuoco delle parti e a modificarlo », così D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato. Dal codice napoleone al codice civile italiano del 1942*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 31), ora invece si sottolinea la loro funzionalità alla conservazione e alla migliore regolazione dell'assetto individualistico. Cfr. A. DI MAJO, *Recensione a Corradini (La buona fede ...)*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », II (1973), pp. 722-731; A. SOMMA, *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale. Aspetti storico-comparativi di una vicenda concettuale*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 306 e ss.; Id., *La buona fede contrattuale. Modelli solidali e modelli ordoliberali a confronto*, in « Europa e diritto privato », 2006, 2, pp. 501 e ss.; E. STOLFI, 'Bonae fidei interpretatio'. *Ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica*, Napoli Jovene, 2004, pp. 223 e ss.; A. D'ANGELO, P.G. MONATERI, A. SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale. Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Torino, Giappichelli, 2005; M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 2006.

⁽⁴²⁾ L'uso delle clausole generali è — si afferma — strumento di attuazione di un « socialismo giudiziario » ben più pericoloso del « socialismo legale » perché indirizzato a piegare l'uguaglianza codicistica in modo arbitrario e incerto. La considerazione delle condizioni sociali e delle « fragilità umana » da parte del giudice incrina in modo arbitrario l'uguaglianza codicistica: « il magistrato, postosi arbitro tra la miseria dell'operaio e la potenza del capitale, trova umano indulgere a favore del primo » G. RISSETTI, *Nota a Corte d'Appello di Roma*, 10 giugno 1896, in « Il Foro italiano », 1897, I, c. 310

⁽⁴³⁾ Così L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, Soc. Ed. Libreria, 1901, p. 559; si cfr. anche nella seconda edizione (Milano, Soc. Ed. Libreria, vol. I, 1915; vol. II, 1917), vol. I, pp. XXXIX.

⁽⁴⁴⁾ Ivi, prima edizione, p. 7; e, seconda edizione, vol. I, p. XLV e p. 451.

nel diritto privato. Il tempo presente del diritto non coincideva più, come al momento dell'avvento del codice, con l'idea stessa di modernità⁽⁴⁵⁾; si riteneva però ancora possibile un'estensione benefica dell'ordinamento, un'azione non distruttiva dei principî, un'alleanza contro l'anarchia del diritto giudiziario, contro l'aruffo di norme del legislatore.

3. *Il sistema e « gli anarchici del regno di Temi ».*

La prolusione Corso di diritto civile nell'Università di Messina di Francesco Ferrara — siamo ancora nel 1911 — pone assieme le preoccupazioni di Scialoja e la valorizzazione dell'azione benefica della giurisprudenza prospettata da Polacco. Il fastidio nei confronti di « questi novatori » intenti a « voler seppellire il diritto positivo, per mettere al suo posto un elastico e incerto diritto giudiziario »⁽⁴⁶⁾ è nettissimo. I seguaci del nuovo indirizzo si accrescono⁽⁴⁷⁾, sollevano l'interesse dell'opinione pubblica e della politica (« la questione assume un carattere politico: i nuovi giuristi sono i socialisti o meglio gli anarchici del regno di Temi »⁽⁴⁸⁾), farneticano ponendo in discussione ogni evidenza. La creazione giudiziale — taglia corto Ferrara — è esclusa nel nostro ordinamento che vincola « incondizionatamente » il giudice alla legge⁽⁴⁹⁾. La chiusura nei confronti

⁽⁴⁵⁾ U. BRECCIA, *Clausole generali e ruolo del giudice*, in « Lavoro e diritto », XXI, 3 (estate 2007), pp. 454 e 455.

⁽⁴⁶⁾ F. FERRARA, *Potere del legislatore e funzione del giudice*, in « Rivista di diritto civile », III, 1911, p. 490. Sul testo si cfr. G. FURGIUELE, *La « Rivista di diritto civile » dal 1909 al 1931*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 16 (1987), pp. 565 e ss.; P. GROSSI, *Itinerari dell'assolutismo giuridico. Saldezze e incrinature nelle « parti generali » di Chironi, Coviello e Ferrara*, in ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 430 e ss.

⁽⁴⁷⁾ Ferrara accomuna in un solo fascio posizioni diverse di giuristi tedeschi e francesi, da Bülow a Saleilles, da Kohler a Lambert, da Ehrlich a Geny. FERRARA, *Potere del legislatore e funzione del giudice*, cit., pp. 491 e ss.

⁽⁴⁸⁾ Ivi, p. 495.

⁽⁴⁹⁾ Ad escludere con assoluta certezza ogni possibile riferimento alla « creazione giudiziale » ci sono il « dogma della divisione dei poteri », l'imposizione al giudice del giuramento di obbedire alla legge, l'attribuzione alla Cassazione della funzione di mantenere l'esatta osservanza delle leggi e le regole per l'interpretazione fissate nell'art. 3 delle 'preleggi' (ivi, pp. 508-509).

dell'ingresso dell'anarchia nel regno di Temi non si accompagna, però, a una scelta di rigido legalismo: negare la funzione creatrice non significa ridurre l'interpretazione ad « arte meccanica », né fare del giudice « un automatico di sentenze » ⁽⁵⁰⁾.

La teoria della creazione ha infatti il torto di « ridurre ai minimi termini » l'interpretazione, di ignorare il fatto che, senza creare, il giudice può ampliare l'applicazione di un principio, scoprire nuove terre (« chi scopre nuove terre, certo non le crea lui, ma indubbiamente egli le guadagna alla civiltà » ⁽⁵¹⁾) e conferire al diritto « un'elasticità d'espansione non sospetta, un'adattabilità plastica che lo piega a tutte le esigenze della vita » ⁽⁵²⁾. L'opposizione al diritto libero genera per questa via un elogio nei confronti dell'« opera feconda della giurisprudenza » e dei « concetti mobili ed elastici », organi respiratori del sistema che consentono continue aperture verso « la vita moderna » ⁽⁵³⁾.

L'elasticità del diritto compare con accezione ora negativa, ora positiva. L'elasticità spaventa, affascina, accomuna. L'incerto ed elastico diritto giudiziario dei troppi novatori e l'uso fecondo da

⁽⁵⁰⁾ Ivi, p. 510.

⁽⁵¹⁾ Ibidem.

⁽⁵²⁾ Ivi, p. 511. La *ratio* della legge è « forza vivente mobile, acquista col tempo una colorazione diversa » e il giudice, di fronte a « a casi *nuovi* », potrà « dare a principî della legge un senso *nuovo* (purché non urti contro altre norme) ». Da sdrammatizzare è anche il problema delle lacune: « l'atmosfera giuridica avvolge tutta la vita sociale, e non lascia alcuno spazio vuoto di diritto », i vuoti sono colmati dall'analogia: « tanto più in alto opera l'analogia, astruendo da disposizioni singole e lavorando con norme combinate o con lo spirito dell'ordine giuridico, tanto più il lavoro intellettuale spaziando ampiamente e liberamente acquista *quasi* un carattere creativo. Ma creazione del diritto non è. È sviluppo, derivazione, scoperta del diritto esistente: non introduzione nel sistema d'un principio nuovo » (ivi, pp. 512-513). In un dura recensione del 1908 indirizzata contro la « vacuità teorica » del libriccino di Kantorowicz, Benedetto Croce aveva insistito sia sull'impossibilità di « giudicare caso per caso, in un ambiente mentale vuoto di legge », sia sulla « libertà volitiva da parte del giudice » nell'interpretazione e sul « necessario momento di finzione, necessario per mantenere la legge ». B. CROCE, *Recensione a H.U. Kantorowicz (Gnaeus Flavius), La lotta per la scienza del diritto ...*, in « La Critica », 6, 1908, pp. 199-200. In contrasto con l'opera di Kantorowicz, Croce valorizza il discorso di De Montemayor (*La legge ingiusta e l'ufficio del giudice*, 1904) come caratterizzato da « italiana prudenza » e privo degli « errori dottrinali nei quali il K. è caduto » (ivi, p. 201).

⁽⁵³⁾ FERRARA, *Potere del legislatore e funzione del giudice*, cit., p. 511.

parte del giudice di concetti mobili ed elastici appaiono però distanti come l'ordine e l'anarchia, l'uso « sano » e « insano »⁽⁵⁴⁾ dell'interpretazione. Di fronte al pericoloso diffondersi delle tesi eversive dei novatori, diventa essenziale evitare « dissidi » tra scienza e pratica, tornare ad accomunare la coscienza giuridica, educare i giudici all'uso dei principî e del sistema.

Dopo la guerra, nella prefazione al *Trattato*, Ferrara constata con rammarico che il « dissidio immanente e latente tra teoria e pratica »⁽⁵⁵⁾ non si è risolto e, anzi, per molti aspetti si è aggravato. Più che il superato pericolo del diritto libero, è ora il proliferare delle leggi speciali (« una massa di disposizioni slegate che si vanno accumulando per opera del legislatore »⁽⁵⁶⁾) a contrastare la salda alleanza tra teoria e pratica (« oggi in Italia la posizione dei problemi da un punto di vista generale penetra difficilmente nelle aule giudiziarie ») e a rendere più urgente il bisogno di disciplinare con una « severa sistematica » l'esigenza di giustizia dei giudici⁽⁵⁷⁾.

Il rifiuto in nome della certezza del diritto del potere creativo del giudice⁽⁵⁸⁾ accompagnato da una apertura nei confronti di una giurisprudenza (disciplinata, guidata, educata) per realizzare la necessaria evoluzione del diritto e per evitarne l'« immobilità »⁽⁵⁹⁾

⁽⁵⁴⁾ Ivi, p. 497: « la parte più sana della dottrina si oppone all'insano movimento [del diritto libero] ».

⁽⁵⁵⁾ F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, Vol. I, *Dottrine generali*, Parte I, Roma, Athenaeum, 1921, p. V.

⁽⁵⁶⁾ *Ibidem*. Il fenomeno della legislazione speciale era stato seguito da Ferrara con lucida consapevolezza critica già negli anni della guerra. Cfr. F. FERRARA, *Influenza giuridica della guerra sui rapporti civili* (1915), in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1954, pp. 33 e ss., testo in cui si richiama l'esigenza di « ricorrere fidenti all'ausilio del giudice, il quale in casi concreti presta opera più efficace di quella del legislatore » (p. 38); *Id.* *Diritto di guerra e diritto di pace* (1918), in *ibidem*, pp. 65 e ss.

⁽⁵⁷⁾ Occorre « affinan[are] l'arte della decisione della giurisprudenza, che pure da noi ha la rara virtù d'una squisita sensibilità all'esigenze della giustizia, ma che ha bisogno di essere disciplinata ed educata ad una severa sistematica ». FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, cit., p. VI.

⁽⁵⁸⁾ « La dottrina del diritto libero è esclusa da una necessità elementare del diritto, la necessità della certezza » V. SIMONCELLI, *Istituzioni di diritto privato italiano*, Roma, Athenaeum, 1921 (terza edizione riveduta e aumentata da F. Vassalli), p. 90.

⁽⁵⁹⁾ « L'interpretazione [...] non solo ricollega la parte al tutto, ma anche il tutto alla parte; non solo subordina il particolare al generale, ma coordina il generale al

rappresenta un luogo comune della dottrina italiana di inizio Novecento. Si ripete che la giurisprudenza non è fonte del diritto ⁽⁶⁰⁾, che la creazione giudiziale rappresenta « *l'anarchia nel diritto* » ⁽⁶¹⁾, che solo la « ricerca e determinazione dei principî fondamentali che sono alla base delle norme legislative » può allargare l'orizzonte dei giudici. Insomma, interpretazione e non creazione. L'affermazione tranquillizza ponendo una distanza a prima vista incolmabile tra l'interpretazione e le farneticazioni dei fautori del diritto libero; il timore dell'arbitrio giudiziale porta inevitabilmente, però, a diffidare anche dell'interpretazione « ipocrita » che ricerca a tutti i costi un nuovo scopo pratico della norma, rendendo il giudice « arbitro della situazione » ed eleggendolo in sostanza a creatore, a legislatore « proprio come nel caso del diritto libero » ⁽⁶²⁾.

La missione del giudice indicata dai pochi che si schierano a difesa del potere creativo della giurisprudenza (« intesa in senso lato » come si tiene a precisare costantemente) si limita semplicemente ad evocare con maggior forza retorica l'alleanza tra teoria e pratica come vera anima della trasformazione del diritto, come creatrice del vero adeguamento del diritto alla vita. Si guadagna molti richiami per la nettezza polemica del titolo (*I poteri creativi della giurisprudenza*) una breve replica di Giovanni Pacchioni alla

particolare, e coordinandolo può talvolta trasformare quello o modificarlo ». La formula ribadita da Simoncelli (richiamando il suo *Le presenti difficoltà della scienza e del diritto civile*, 1890) è quella di valorizzare il nuovo solo quando è già penetrato nella legislazione (SIMONCELLI, *Istituzioni di diritto privato italiano*, cit., p. 90).

⁽⁶⁰⁾ NICOLA COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*, Milano, Soc. ed. Libreria, 1924 (terza ed. riveduta da Leonardo Coviello; la prima ed. è del 1910), pp. 33-34. Il giudice, che è « in continuo contatto con la vita quotidiana », può porsi come « organo della coscienza giuridica generale e attua[re] l'idea della conformità del diritto alla vita »; ma le decisioni non conformi alle « leggi scritte » restano un 'abuso di potere' e non possono in nessun caso considerarsi una fonte del diritto.

⁽⁶¹⁾ COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, cit., p. 90 (corsivo nel testo).

⁽⁶²⁾ « S'ammanta d'ipocrisia » soprattutto il « metodo evolutivo » che « mentre propugna il rispetto della legge, la conculca », « riduce la legge a una cornice in cui qualunque quadro può farsi rientrare, a una formula algebrica, in cui alle lettere possono farsi corrispondere i numeri che si vogliono, a una parvenza destituita di sostanza! ». La scelta è netta: « Finché la legge non attribuisce al giudice il potere del pretore romano » si avrà un solo sistema di interpretazione, quello « logico ». Ivi, p. 92.

prolusione messinese di Ferrara ⁽⁶³⁾, ma la posizione dell'Autore non è particolarmente eterodossa. La valorizzazione della giurisprudenza è tutta giocata sul nesso inscindibile tra scienza e pratica, tra « giurisprudenza forense e dottrinale »: è dal « complesso di tutte le sentenze dei giudici e di tutte le opinioni dei giuristi che si sviluppano nuove norme » che si affermano anche « oltre » la legge scritta ⁽⁶⁴⁾. Pacchioni ricerca una strada intermedia tra la « dottrina ortodossa » e « l'esagerazione opposta e contraria » (rappresentata dal diritto libero così come proposto da Kantorowicz ⁽⁶⁵⁾): si può certo — scrive — convenire sul fatto che « il diritto privato è oggidi nella sua fondamentale struttura *diritto legale* », ciò non significa però che la libertà sia « estinta », che il giudice e il giurista non abbiano più « poteri creativi di diritto » ⁽⁶⁶⁾.

L'affermazione per cui la legge non può essere considerata « sola ed esclusiva fonte del diritto positivo » perché ha accanto ad essa due altre fonti, « la consuetudine e la giurisprudenza in senso lato » ⁽⁶⁷⁾, è sostenuta insistendo sull'impotenza innovatrice della legislazione, su un codice incapace di rompere le tradizioni giurisprudenziali. La negazione del potere creativo del legislatore esalta quello della giurisprudenza ⁽⁶⁸⁾. La ricerca di « gradazioni e sfumature » tra gli opposti (troppo semplicisticamente delineati) della « moderna teoria del così detto diritto libero che permette, sempre,

⁽⁶³⁾ G. PACCHIONI, *I poteri creativi della giurisprudenza*, in « Rivista del diritto commerciale », X (1912), pp. 40-44.

⁽⁶⁴⁾ Ivi, p. 41. La convinzione che solo la legge possa modificare il diritto è « una illusione non la realtà »: a dimostrarlo è il fatto che « il giudice non è un puro strumento di applicazione meccanica del contenuto della legge: egli ne è l'interprete ». Ivi, p. 41-42.

⁽⁶⁵⁾ Ivi, p. 43.

⁽⁶⁶⁾ Ivi, p. 44.

⁽⁶⁷⁾ G. PACCHIONI, *Diritto civile italiano*, Parte prima, *Le preleggi*, vol. I. *Delle leggi in generale e della loro retroattività*, Padova, Cedam, 1935, p. 38.

⁽⁶⁸⁾ « Il compito che i legislatori si proposero colle loro codificazioni, non fu tanto compito di *creazione*, quanto di *revisione*, *aggiustamento* e *riformulazione* del diritto privato tramandato ». Ivi, p. 46 (corsivi nel testo). In tal senso si muove la voce 'Diritto civile' di Pacchioni e Grasseti richiamata sopra (note 10 e 11). Per una diversa valorizzazione della fusione tra tradizione e legalità, cfr. V. SCIALOJA, *L'arbitrio del legislatore nella formazione del diritto positivo* (1909), in *Studi giuridici*, vol. III, *Diritto privato*, 1, Roma, Anonima romana, 1932, pp. 37 e ss.

al giudice di passare sopra la legge » e la dottrina « degli uomini della rivoluzione che vincolava i giudici alla lettera della legge » (69), non offre niente di più rispetto alle proposte di elasticizzazione dei principî del codice, niente di diverso dalla retorica volta a esaltare la *nostra* tradizione romanistica. La ripetuta affermazione per cui « la giurisprudenza (forense e dottrinale) è fonte viva del diritto », « crea diritto » (70), esaspera il tema di un'alleanza da giocare contro l'apparente potere creativo del legislatore, un potere che a ben vedere « nella realtà storica » non si è mai realizzato neppure nel momento della codificazione (71). Il richiamo unificante è dato dalla *tradizione nostra* come cemento dell'unità morale della nazione e come espressione di un diritto universale.

Biagio Brugi esprime — con maggiore accortezza di Pacchioni — posizioni non dissimili proponendo percorsi circolari tra indagine storico-giuridica e dogmatica (72) che giungono anche a sostenere il potere creativo della giurisprudenza. A impedire l'anarchia delle coscienze è « la tradizione italiana nella nostra giurisprudenza civile » (73), una tradizione che guida e indirizza i giudici verso decisioni conformi all'essenza degli istituti, alla logica del sistema.

(69) PACCHIONI, *Diritto civile italiano*, cit., p. 39.

(70) Ivi, p. 102. Cfr. anche p. 45: « la prima vera e propria fonte del diritto privato è nella realtà storica delle cose, la giurisprudenza ».

(71) Tutto il dibattito sulla giurisprudenza come fonte del diritto è, a dire di Pacchioni, « basato su un equivoco »: confonde « i fenomeni della produzione del diritto, quali si svolgono nella realtà storica » con la « rappresentazione che di tali fenomeni si vuol dare da punto di vista della concezione moderna dello Stato e delle sue funzioni », per cui « tutto il diritto *dovrebbe* [...] tutte le fonti del diritto dovrebbero essere statuali ». Nella « realtà storica, questo postulato non ha mai trovato, né trova ora, piena e completa attuazione. La società afferma, anche in questo campo, i suoi imprescrittibili diritti di fronte allo Stato e una certa parte dell'ordinamento giuridico si vien pur sempre formando per opera dei giudici, per spontanea collaborazione dei dotti, per naturale atteggiamento dei rapporti nella vita individuale e sociale » (p. 102).

(72) A. MAZZACANE, *Scienza e Nazione. Le origini del diritto italiano nella storiografia giuridica di fine Ottocento*, in *La cultura storica italiana tra Otto e Novecento* (a cura di G. Di Costanzo) Napoli, Morano, 1990, p. 127. Su Biagio Brugi si cfr. G. MARINO, *Positivismo e giurisprudenza. Biagio Brugi alla congiunzione di scuola storica e filosofia positiva*, Napoli, Esi, 1986; 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 », XXX (2001), pp. 361 e ss.

(73) B. BRUGI, *Per la tradizione italiana nella nostra giurisprudenza civile* (1915),

Intesa come strumento di educazione della giurisprudenza al sistema, la tradizione italiana offre un argomento spendibile da tutti; anche da parte di chi, percorrendo errori e trionfi della giurisprudenza pratica, annuncia con soddisfazione che « l'utopia del diritto libero è passata di moda e il dogma del rispetto alla legge ha ripreso [...] il suo antico imperio » (74). Si è molto lontani da qualsiasi valorizzazione dell'apporto creativo del giudice: perennemente in bilico tra conservazione e innovazione, la giurisprudenza non può essere lasciata libera di perseverare nei suoi errori (75), deve certo essere « tenuta in debito conto » ma indirizzata dalla dottrina che ha « l'alta missione di dirigere e disciplinare lo svolgimento talora incompuesto della vita del diritto » (76). L'educazione al dogma del rispetto delle leggi è fondata sulla stessa tradizione giuridica nazionale: il diritto romano, il diritto giustiniano, il nostro diritto comune ancora tutto da riscoprire (77). È, d'altronde, la stessa analisi della « giurisprudenza pratica » a portare alla conclusione che i suoi principali trionfi sono legati proprio alla conservazione del diritto italiano, sono « il trionfo del diritto comune che preesisteva ai codici », affermazione « della coscienza giuridica generale che è il substrato delle legislazioni moderne » (78). Si può dunque riconoscere ai giudici il merito di far emergere il diritto sotteso alla legge, il diritto della coscienza giuridica generale, « coscienza giuridica che nel campo almeno del diritto privato, non è così radicalmente

in ID., *Per la storia della giurisprudenza e delle università italiane. Nuovi saggi*, Torino, Utet, 1921.

(74) La notizia tranquillizzante è data da Leonardo COVIELLO in apertura della sua prolusione al Corso di diritto civile letta l'11 marzo del 1918 nell'Università di Napoli indirizzata a mettere a fuoco errori e trionfi della « giurisprudenza patria » (*Gli errori della giurisprudenza e i suoi trionfi*, in « Giurisprudenza italiana », LXX, 1918, parte IV, c. 33).

(75) A deviare i giudici dalla « diritta strada » sono intervenute, secondo Coviello, cause opposte: l'eccessivo « attaccamento alle tradizioni del passato e alla lettera della legge »; « il desiderio di precorrere le riforme legislative sempre lente a venire, mentre i bisogni sociali e le esigenze dei tempi nuovi premono » (ivi, cc. 33-34).

(76) Ivi, c. 48.

(77) Il riferimento va in particolare a Brugi e all'invito di Gianturco a far ritorno « a quei polverosi volumi dove vi sono tanti tesori nascosti ». Ivi, p. 48.

(78) Ivi, cc. 37 e 38.

cangiata, come potrebbe credersi » (79). Il quadro si ricompone retoricamente in una complessiva unitarietà: « giovandosi da un lato dei risultati dei nuovi studi romanistici, e degli insegnamenti del diritto comune [...], dall'altro avvantaggiandosi del sussidio prezioso della giurisprudenza, la nostra disciplina raggiungerà pienamente il suo duplice scopo, scientifico e pratico, e darà nuovi frutti degni del genio latino » (80). Ma la retorica patriottica dell'alleanza appare oramai sempre più vuota di fronte a una coscienza giuridica generale avvertita come sempre più divisa, sempre più turbata.

4. *Legalità codicistica e legalità del sistema.*

La retorica patriottica dell'*alleanza italiana* cresce in misura pari all'accrescersi del timore di una frammentazione di un ordine giuridico comune. A partire dal periodo post-unitario il giudice appare come naturalmente indirizzato nella sua missione dalla legalità codicistica (avvertita come pienamente corrispondente ai 'sentimenti nostri'); dalla fine del secolo (di fronte ad una legalità minacciata) egli si presenta come da indirizzare con la legalità del sistema, con il richiamo ai principî. Smarrita però la convinzione della piena corrispondenza tra norme e principî, tra legalità e 'sentimenti', le indicazioni sulle direzioni di marcia si moltiplicano e si contraddicono. La giurisprudenza ('conservatrice e innovatrice') è chiamata a mantenere il diritto al livello della comune coscienza, a farsi intermediaria tra legge e comune coscienza giuridica, ma i caratteri della « coscienza generale » oramai si moltiplicano col complicarsi del volto della nazione. Il giudice è ora chiamato a farsi interprete della « coscienza sociale », della « coscienza morale della generalità », ora a difendere, al di là di qualsiasi considerazione sociale, « principî liberali ». Entro la legalità codicistica il riferimento alla certezza illuministica della legge si fondeva con le convinzioni radicate nella cultura degli interpreti, con la certa unità di regole e principî. All'inizio del Novecento — di fronte a una coscienza giuridica lacerata come lo stesso codice e la stessa società borghese — il semplice richiamo alla legalità non unifica, non offre più alcuna

(79) Ivi, c. 38.

(80) Ivi, 49.

guida sicura per la missione della stessa alleanza tra ‘giurisprudenza teorica e pratica’.

Il tema dell’intervento del giudice nei confronti dell’esercizio del diritto — un tema ampiamente ripreso nel dibattito giuridico del primo Novecento riguardo all’abuso del diritto — può offrirci una spia importante per ripercorrere, in riferimento a una questione specifica, il diverso riferimento all’alleanza tra dottrina e giurisprudenza nel passaggio dalla legalità codicistica a quella del sistema, dalle certezze della società borghese del codice a una società più articolata e complessa.

Immediatamente a ridosso del codice civile del 1865 il riferimento al diritto di proprietà come potere di usare e abusare del bene è costantemente accompagnato dal richiamo al principio *qui iure suo utitur neminem laedit*: i danni prodotti *iure*, esercitando un proprio diritto, sono considerati sempre « apparenti » e « giusti » ⁽⁸¹⁾. Di fronte alle nuove situazioni sociali la questione di come regolare la « coesistenza delle proprietà e la coesistenza sociale » (così in una sentenza del 1877 della Corte d’appello di Firenze ⁽⁸²⁾) comincia ad essere posta in termini che tendono a superare la semplice presa d’atto di una sempre perfetta coincidenza tra assoluta libertà e sicurezza: affiora un cauto riferimento a limiti sostanziali da valutare in concreto da parte del giudice. Si allude così alla possibilità di limitare l’assolutezza del principio *qui iure suo utitur neminem laedit*: si muove da un’idea di limite segnata dal « principio divino della carità » ma non si manca di far riferimento alla « funzione ordinata » del diritto, legittima solo se « conforme al fine cui è diretta » ⁽⁸³⁾. Manca una precisa teorizzazione ma l’assioma di un

⁽⁸¹⁾ L. BORSARI, *Commentario al codice civile italiano*, cit., vol. III, parte II, § 3049, p. 334.

⁽⁸²⁾ Corte d’appello di Firenze, 12 marzo 1877, in « Il Foro italiano », 1877, cc. 561 e ss., c. 562. I giudici fiorentini affrontavano la classica questione dei danni arrecati dalle scintille delle locomotive alle proprietà limitrofe ai binari.

⁽⁸³⁾ Cfr. A. J.B. SOURDAT, *Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en de hors des contrats*, Paris, De Cosse, 1852, vol. I, n. 439, p. 334. Si cfr. anche F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, Paris-Bruxelles, Bruylant-Christophe & Comp., 1876, vol. XX, n. 411, p. 428; E. CIMBALI, *La proprietà e i suoi limiti nella legislazione italiana*, in « Archivio giuridico », XXIV (1880), in particolare alle pp. 150-151 e 157.

esercizio del diritto sempre legittimo, sempre sottratto alla valutazione del giudice, si incrina ⁽⁸⁴⁾.

La richiesta di un controllo giudiziale è tenue ma le reazioni sono immediate. Una nota di Vittorio Scialoja a una sentenza della Corte di Cassazione di Firenze del 13 dicembre 1877 ⁽⁸⁵⁾ pone con forza la questione della liceità degli atti emulativi: l'interprete deve affidarsi esclusivamente al dettato del codice e non ai principî, occorre diffidare di chi « ha sempre di mira i principî supremi » ⁽⁸⁶⁾. Ferma è la contrapposizione tra norme codificate e principî, tra *dura lex* e equità; la mancata codificazione del divieto degli atti emulativi nel codice del 1865 è solo però uno degli argomenti utilizzati. L'incompatibilità di « inquisizioni » giudiziali dell'esercizio del diritto scaturisce infatti non solo dall'assenza di un'esplicita norma ma anche dai « principî supremi » dell'ordinamento: analizzare, investigare, controllare, inquisire, l'esercizio del diritto è negare la libertà, sovvertire la logica dell'intero sistema. L'*assurdità* di consentire al giudice *inquisizioni* dell'esercizio del diritto ⁽⁸⁷⁾ nasce dalla fusione di certezze codicistiche e verità del diritto romano, dalla certa corrispondenza tra impianto del codice e principî supremi. Qualsiasi

⁽⁸⁴⁾ L'incrinatura è minima: la richiesta oggettiva di « misura » nell'esercizio del diritto non ha particolare seguito e il riferimento all'intento malvagio di danneggiare è circoscritto al caso di assenza di un qualsiasi (anche minimo) vantaggio per il titolare del diritto.

⁽⁸⁵⁾ In « Il Foro italiano », 1878, cc. 481 e ss. Lo scritto sarà poi ripreso e ampliato da Scialoja nel 1892 per la voce *Aemulatio* comparsa nella *Enciclopedia giuridica italiana*. Gli interventi di Scialoja sul tema sono poi raccolti in Id., *Studi giuridici*, vol. III, *Diritto privato*, parte I, Roma, Anonima Romana Ed., 1932.

⁽⁸⁶⁾ SCIALOJA, *Nota* a Corte di Cassazione di Firenze del 13 dicembre 1877, cit., c. 489. Altrettanto fermo, com'è noto, è in Scialoja il rifiuto di una fondazione del divieto degli atti emulativi nei « principî generali del diritto » e in fumosi richiami a una « equità sentimentale », « non giuridica », « cerebrina ». L'equità « altro non può essere che diritto »; è solo « il rigore del diritto » a « segna[re] i confini della libertà di ciascuno ». Ivi, c. 489-490. Al tema SCIALOJA dedica nello stesso periodo la sua nota prolusione di Camerino del 23 novembre 1879 (*Del diritto positivo e dell'equità*, in Id., *Studi giuridici*, Roma, cit., vol. III). Sul « troppo famoso » e « troppo influente saggio » di Scialoja come « modello » dello statalismo e del legalismo di cui i romanisti-civilisti si fecero portatori, cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 43-44.

⁽⁸⁷⁾ Si insiste in particolare sulla « assurdità dell'idea che il diritto di proprietà, esercitato con intenzioni anche moralmente riprovevoli, non sia più un diritto ». SCIALOJA, *Nota* a Corte di Cassazione di Firenze del 13 dicembre 1877, cit., c. 491.

attacco al principio *qui iure suo utitur neminem laedit* propone una visione incompatibile con un sistema fondato sull'assolutezza del diritto come « guarentigia » della sola socialità giuridicamente possibile ⁽⁸⁸⁾, come sicuro presidio dell'edificio entro cui il cittadino-proprietario vive vita sicura (così come affermerà anni dopo lo stesso Scialoja).

L'inquisizione giudiziaria sull'esercizio del diritto è negata — si tiene a ribadire con forza — dai principî generali e dal sistema ⁽⁸⁹⁾. Nell'esercizio del diritto — scrive Enrico Lai — si possono arrecare ad altri danni anche gravissimi ma questi danni sono condannati a restare giuridicamente invisibili per l'impossibilità « logica » di consentire al giudice di sindacare la libertà: « il diritto è libertà di conseguire o anche di non conseguire il nostro fine », « soppesando ogni atto del proprietario rimarrebbe distrutto il diritto di proprietà in se stesso »; non si può affermare che « la migliore e più equa distribuzione della ricchezza si ottiene con lo svolgimento libero e spontaneo della proprietà » e poi ipotizzare un controllo « socialista » da parte del giudice ⁽⁹⁰⁾. A indirizzare la « giurisprudenza pratica » è il riferimento al sistema, a « sommi principii » ⁽⁹¹⁾ ritenuti corrispondenti al volto unitario della società del codice.

La certa corrispondenze tra norme e *sommi principii* è meno ferma all'inizio del Novecento. Le trasformazioni in atto sono anche dovute alla giurisprudenza. Tra le elaborazioni volte a « far penetrare nel diritto positivo tutta l'aria ossigenata della vita moderna », Francesco Ferrara — anch'egli, come abbiamo visto, particolarmente attento all'esigenza di educare la giurisprudenza pratica al sistema — cita nella sua prolusione messinese del 1911 la teoria dell'abuso del diritto ⁽⁹²⁾. Si tratta di un richiamo fatto senza entrare nel merito ma che porta acqua al mulino di un'opera feconda della giurisprudenza realizzata 'senza creare'. La teoria aveva suscitato un coro di contrastanti richiami a un'azione del giudice ora benevola

⁽⁸⁸⁾ Cfr. *ivi*, c. 490.

⁽⁸⁹⁾ E. LAI, *Principii generali della responsabilità civile per delitti e quasi delitti. Appunti*, Cagliari, tip. Timon, 1880; *Id.*, *Sistema del diritto civile italiano*, I: *Parte generale*, Cagliari, Tip. Timon, 1885.

⁽⁹⁰⁾ LAI, *Principii generali della responsabilità civile*, cit., pp. 32 e ss.

⁽⁹¹⁾ LAI, *Sistema del diritto civile italiano*, cit., p. 4 e ss.

⁽⁹²⁾ FERRARA, *Potere del legislatore e funzione del giudice*, cit., p. 515.

ora distruttiva. Era stata presentata in Francia come negazione dell'assolutezza del diritto, come riferimento alla finalità tipica, sociale, del diritto⁽⁹³⁾, come strumento giudiziale capace di rendere vivente, prima dell'intervento della legge, la trasformazione in atto nell'idea di diritto e nel suo fondamento⁽⁹⁴⁾. Una nuova idea di giustizia⁽⁹⁵⁾ si realizza grazie all'opera del giudice che, richiamando la solidarietà⁽⁹⁶⁾, tempera il carattere antisociale dell'individualismo codicistico.

Toni entusiastici non mancano anche in Italia pur a fronte di una giurisprudenza molto povera e cauta: l'abuso del diritto è l'espressione di « un nuovo diritto, che modifica sostanzialmente le norme classiche del diritto antico »⁽⁹⁷⁾, che fa cadere il principio *qui suo iure utitur neminem laedit* « tagliente come una scure » per la sua

⁽⁹³⁾ Cfr. J. CHARMONT, *L'abus du droit*, in « Revue trimestrielle de droit civil », I (1902), pp. 113 e ss.; C. CÉZAR-BRU e G. MORIN, *La faute, le risque, l'abus du droit*, in *Annales des Facultés de Droit et des Lettres d'Aix*, II, 1, (avril-juin 1906) pp. 63-106; M. DESSERTAUX, *Abus de droit ou conflit de droits*, in « Revue trimestrielle de droit civil », 1906, pp. 119 e ss. Riguardo all'attenzione dedicata da Gény al tema cfr. P. GROSSI, *Pagina introduttiva (ripensare Gény)*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 20 (1991), *François Gény e la scienza giuridica del Novecento*, p. 43 e ss.; su l'abuso del diritto in Saleilles cfr. M. SABBIONETI, *Democrazia sociale e diritto privato. La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1922)*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 338 e ss.; 611 e ss. Si cfr. anche P. ANCEL e C. DIDRY, *L'abus de droit: une notion sans histoire? L'apparition de la notion d'abus de droit en droit français au debut du XXe siècle*, in *L'abus de droit. Comparaisons franco-suisses*, Saint Étienne, 2001, pp. 51 e ss.

⁽⁹⁴⁾ Si tratta di andare oltre — sottolinea Jossierand — i limiti obbiettivi del diritto predeterminati dalla legge: « L'abus de droits constitue [...] une théorie mouvante, une notion merveilleusement souple: elle est un instrument de progrès. Un procédé d'adaptation du droit aux besoins sociaux; loin de nécessiter l'intervention législative, elle permet de la différer, d'imprimer aux droit, au fur et à mesure que les moeurs se transforment, une orientation nouvelle » (L. JOSSEYRAND, *De l'abus des droits*, Paris, Rousseau, 1905, p. 76).

⁽⁹⁵⁾ H. CAPITANT, *Les transformations du droit civil français depuis cinquante ans*, in *Les transformations du droit civil dans les principaux pays depuis cinquante ans (1869-1919). Livre du cinquantenaire de la Société de législation comparée*, Tome I, Paris, Librairie Général de droit et de jurisprudence, 1922, pp. 31 e ss., p. 60.

⁽⁹⁶⁾ *Ivi*, p. 74.

⁽⁹⁷⁾ M. TEDESCHI, *L'abuso del diritto. Studio*, Torino, Tip. Cug. Baravalle e Falconieri, 1908, p. 5. Cfr. anche quanto scriveva due anni prima G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato. Influenza delle odierne dottrine socialiste nel diritto privato* (1906), Milano, Giuffrè, 1980 (ed. a cura di Paolo Ungari), p. 243.

« inflessibile rigidità », espressione di « amore di simmetria e di logica astratta » distanti dalla vita reale della nuova epoca ⁽⁹⁸⁾. Il giudice — si aggiunge — è finalmente chiamato a indagare in concreto la « zona grigia » posta « sul limitare fra i due opposti territori della responsabilità e della irresponsabilità », a ricercare un nuovo equilibrio nell'ordine giuridico abbandonando la certezza di « diritti assoluti, individualistici, producibili a tutte le estreme conseguenze », ricercando « sagge limitazioni in omaggio al fine essenzialmente sociale della giustizia » ⁽⁹⁹⁾. Con il divieto di abuso del diritto il giudice « supplisce » all'assenza della legge, all'impossibilità della legge di inseguire tutti i casi ⁽¹⁰⁰⁾.

I richiami alla missione del giudice appaiono radicalmente diversi da quelli di qualche decennio prima. I principî sono giocati contro le norme, il giudice è chiamato a farsi interprete della nuova coscienza generale. Giova seguire però più da vicino qual è all'inizio del secolo, di fronte a una coscienza generale turbata, la missione indicata dalla dottrina alla 'giurisprudenza pratica'.

5. « *Mantenere il diritto al livello della coscienza sociale* »: *i principî liberali e la giurisprudenza.*

A Gian Pietro Chironi si deve la ricostruzione italiana più meditata sul tema dell'abuso del diritto ⁽¹⁰¹⁾. La valorizzazione del

⁽⁹⁸⁾ TEDESCHI, *L'abuso del diritto*, cit., p. 7.

⁽⁹⁹⁾ Ivi, pp. 7 e ss., p. 45.

⁽¹⁰⁰⁾ G. NOTO SARDEGNA, *L'abuso del diritto*, Palermo, Alberto Seber, 1907, pp. 11 e ss.; 42 e ss. Per un'analisi più approfondita del tema cfr. G. CAZZETTA, *Certezza del diritto e società del Codice. Il problema dell'abuso del diritto*, in ID., *Codice civile e identità giuridica nazionale*, cit.

⁽¹⁰¹⁾ Il tema è affrontato nella seconda edizione (completamente rifatta) dei volumi sulla responsabilità aquiliana: G.P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extra-contrattuale*, Torino, Bocca, vol. I 1903 [prima ediz. 1886]; vol. II, 1906 [prima ediz. 1887]. Nel 1897, il tema era stato già affrontato nel volume sulla responsabilità contrattuale (ID., *La colpa nel diritto civile odierno Colpa contrattuale*, 2 ed, pp. 654-655) in esclusivo riferimento al problema del recesso *ad nutum* dal contratto di lavoro: in linea con la tendenza delineatasi nella giurisprudenza francese, Chironi aveva sostenuto che il recesso doveva essere esercitato senza *abusare del diritto*. La locazione dei propri servizi senza limiti di tempo — scrive — fa nascere nel lavoratore, per un « un tacito affidamento », la « presunzione » che « il padrone non gli darebbe congedo senza

ruolo del giudice e della funzione sociale dell'interpretazione è netta ma non sovversiva ⁽¹⁰²⁾. L'abuso del diritto, secondo Chironi, consente al giudice di verifica l'esercizio del diritto con riferimento alla « norma che fa obbligo di esercitare il diritto in modo normale, come cioè la maggior parte lo eserciterebbe nelle condizioni economico sociali dell'agente » ⁽¹⁰³⁾. La norma non è espressa nella legge ma è « manifestazioni dell'ordine sociale in un dato momento storico »: il limite all'esercizio del diritto è « dedotto dalla funzione sociale del diritto » (« il diritto deve essere esercitato secondo il suo fine, nel rispetto della posizione economico sociale del soggetto » ⁽¹⁰⁴⁾). L'applicazione della *norma sociale* da parte del giudice dovrà essere flessibile: nel caso dell'« abuso del diritto di unione », ad esempio, occorrerà valutare in modo differenziato le diverse « unioni », distinguendo le coalizioni industriali aventi lo scopo di alterare ingiustamente il normale svolgersi dei prezzi e di restringere la libertà di commercio ⁽¹⁰⁵⁾ da quelle invece indirizzate a fornire a un lavoratore « isolato » e « debole » un rafforzamento dei suoi diritti ⁽¹⁰⁶⁾. Nel valutare l'offesa di una situazione « il cui riconoscimento sia implicito nel concetto e nel fine etico-sociale com'è nell'ordinamento giuridico fermato nella legge », il giudice sarà tenuto a dosare la tutela giuridica considerando « il luogo, il momento, la condizione sociale stessa delle persone » ⁽¹⁰⁷⁾.

giusto motivo »; qualora licenziato abusivamente, cioè « senza giusto motivo », il lavoratore avrà diritto al risarcimento del danno.

⁽¹⁰²⁾ « Chironi tutto vuol fare meno che mettere a repentaglio con esperimenti troppo arrischiati il sistema di certezze del diritto italiano ». GROSSI, *Itinerari dell'assolutismo giuridico*, cit., p. 405.

⁽¹⁰³⁾ CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extra-contrattuale*, vol. II, cit., p. 502. Nello scritto non compaiono riferimenti a Geny e a Saleilles che avevano impostato la questione in modo non dissimile.

⁽¹⁰⁴⁾ Ivi, pp. 504, 505, 509 (corsivi nel testo). Verificando l'astratta assolutezza del diritto in riferimento al « fine sociale » e alle circostanze del caso concreto, si potrà avere un'estensione del diritto comune ai « moltissimi casi » apparentemente sottratti al suo ambito. Si va dai casi di responsabilità dello Stato, alla responsabilità dei funzionari, al licenziamento dalla pubblica amministrazione; dal danno prodotto dagli impianti industriali, alla concorrenza illecita e all'abuso nell'esercizio del diritto di unione.

⁽¹⁰⁵⁾ Ivi, p. 540.

⁽¹⁰⁶⁾ Ivi, pp. 540-541.

⁽¹⁰⁷⁾ Ivi, p. 540 e p. 543.

Contestazioni in nome della certezza del diritto giungono immediatamente ⁽¹⁰⁸⁾; più che seguire la disputa, è utile guardare la rappresentazione del potere di intervento del giudice sull'esercizio del diritto così come emerge da specifiche questioni.

Lodovico Barassi — che pur non risparmia elogi alla giurisprudenza pratica e alle clausole generali come polmoni del codice nel nascente settore del diritto del lavoro ⁽¹⁰⁹⁾ — condanna senza mezzi termini la possibilità di un intervento del giudice per sindacare il diritto assoluto di recesso, indiscutibile portato della « logica liberale » dell'intero sistema ⁽¹¹⁰⁾, « principio che non comporta violazioni di nessun genere » ⁽¹¹¹⁾, principio « alto » che i giudici non possono piegare in nome di interessi sociali e della mutata coscienza giuridica ⁽¹¹²⁾. A infastidire è il conferimento al giudice — in base a « formule equivoche » e ad « assurdità » ⁽¹¹³⁾ — del potere di esercitare una tirannica inquisizione sull'esercizio del diritto: « con questa inchiesta dei motivi dell'operato di una persona, dove si arriva? Forse all'inchiesta [...] del giudice sulle cause del licenziamento: cioè una forma di inquisizione che può degenerare sino a divenire tirannica » ⁽¹¹⁴⁾.

Anche il tema di una verifica giudiziale dell'esercizio 'normale' delle 'coalizioni industriali' suscita dure reazioni in nome della assolutezza della libertà di commercio ⁽¹¹⁵⁾.

⁽¹⁰⁸⁾ Si veda, ad esempio, G. BRUNETTI, *Il delitto civile*, Firenze, Seeber, 1906. Le critiche a Chironi sono alle pp. 186 e ss.

⁽¹⁰⁹⁾ Si veda sopra alle note 43 e 44. Cfr. G. CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2007.

⁽¹¹⁰⁾ L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, cit., p. 820.

⁽¹¹¹⁾ Ivi, p. 70.

⁽¹¹²⁾ Stabilito il principio che « il diritto di recesso unilaterale c'è, ed è assoluto » (ivi, p. 178), Barassi lo mitiga ricorrendo al « correttivo naturale » del preavviso. Il 'correttivo' è ritenuto coerente con la logica del sistema e perché contrasta l'interpretazione « sociale » dei « giuristi novatori » (ivi, p. 872 e ss.; a p. 877 la critica a Chironi). Cfr. P. FERGOLA, *La teoria del recesso e il rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 173 e ss.

⁽¹¹³⁾ BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Seconda edizione interamente rifatta, vol. II, Milano, Società editrice Libreria, 1917, p. 835.

⁽¹¹⁴⁾ Ivi, pp. 836-837.

⁽¹¹⁵⁾ CHIRONI aveva insistito — con particolare riferimento alle coalizioni « fatte

Nel 1900 la Corte di Appello di Napoli ⁽¹¹⁶⁾ e poi, nel 1903, la Cassazione napoletana ⁽¹¹⁷⁾ affermano che la formazione di cartelli essendo « esercizio della libertà » non poteva mai costituire una « lesione della medesima ». I giudici si rappresentano come *bocca della legge*, come « chi deve applicare la legge scritta e null'altro ». La missione del giudice — scrivono — è più agevole di quello del moralista e dell'economista (il primo intento a scorgere « lesioni del diritto etico degli altri commercianti e dei consumatori », il secondo a studiare provvedimenti legislativi per « temperare l'esercizio del libero commercio »), non esige equi bilanciamenti, moderazioni e temperamenti della libertà di commercio: la protezione del « debole contro il forte » « non è ancora regolata dalla legge generale », non rappresenta un « dovere della Società », non è riferibile agli « scopi dell'ordine pubblico sociale ». Un imperfetto equilibrio tra diritti può, certo, arrecare danni « al consumatore o agli altri produttori » ma tali danni sono condannati a rimanere giuridicamente irrilevanti, sottratti all'intervento del giudice che è necessariamente circoscritto a quanto voluto dai contraenti e a null'altro ⁽¹¹⁸⁾.

La prospettiva tutta interna all'assoluta libertà di contratto

allo scopo di alterare ingiustamente il normale svolgersi dei prezzi pei prodotti e per le merci » — sul fatto che la libertà di commercio è di « comune interesse » e non può essere alterata da un *uso anormale* (*La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extracontrattuale*, vol. II, cit. p. 540). All'inizio del Novecento mancavano in Europa interventi legislativi sul tema dei cartelli industriali. Mentre giungevano gli echi dei dibattiti d'oltreoceano, restava ferma la convinzione che la costituzione dei cartelli industriali rappresentasse un'ordinaria espressione della libertà contrattuale insuscettibile di controlli anche quando tendenti ad influenzare il mercato in senso monopolista. Sulla logica ispiratrice dei primi interventi europei sulla disciplina dei cartelli David J. GERBER, *Law and Competition in Twentieth Century Europe. Protecting Prometheus*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 34 e ss.

⁽¹¹⁶⁾ Corte d'Appello di Napoli, 2 luglio 1900, in « Il Foro italiano », 1901, I, cc. 68 e ss.; nello stesso volume (cc. 564 e ss.) la sentenza è annotata da L. BARASSI.

⁽¹¹⁷⁾ Corte di Cassazione di Napoli, 26 maggio 1903, in « Rivista di diritto commerciale », 1903, II, pp. 377 e ss. (nello stesso volume — 1903, I, pp. 458 e ss. — la sentenza è commentata da M. RICCA BARBERIS, *I sindacati industriali e la giurisprudenza*); la sentenza può essere letta anche in « Il Foro Italiano », 1903, I, cc. 1039 e ss. con nota di L. BELTRAME QUATTROCCHI.

⁽¹¹⁸⁾ « Non può dirsi che [...] siavi alcunché di lesivo alla volontà libera di colui che a quella associazione si iscrive [...] imperocché per questo non vi è altro vincolo alla libertà che quello contrattuale il quale è proprio di tutti i contratti in cui sempre a

(l'impossibilità di considerare gli interessi dei terzi, la protezione del debole contro il forte) non manca di suscitare l'indignazione di chi propone di allargare lo sguardo, considerando l'abuso del diritto (come proponeva Chironi) oppure facendo riferimento all'illiceità della causa per contrasto con l'ordine pubblico (l'art. 1122 del codice prevedeva la illiceità della causa del contratto « contraria alla legge, al buon costume o all'ordine pubblico » (119)).

È ancora Lodovico Barassi che si impegna, in nome dei « principî liberali » a sostenere la lettura dei giudici « che ha sancito, ed egregiamente, il principio della piena liceità dei trusts » (120) considerando giuridicamente « indifferente il modo con cui queste coalizioni operano » (121). Il problema giuridico posto dai cartelli si riduce per Barassi a un semplice interrogativo: « sono compatibili col nostro attuale sistema legislativo del diritto privato queste coalizioni miranti a far forza sulle condizioni degli scambi? » (122). La risposta è tutta affidata al principio della *tolleranza* del diritto di fronte al fenomeno economico, ai principî cardine (« i caposaldi ») dell'attuale sistema giuridico, proprietà individuale e libertà (123), volti ad esigere il rispetto dell'egoismo regolatore delle azioni umane (124), dell'« autonomia economica dell'individuo » e della « libera concorrenza ». Non si può ovviamente escludere che l'autonomia dei singoli conduca all'affermazione di situazioni oscillanti tra la perfetta concorrenza e il monopolio. Tali situazioni di fatto, « opera dell'attività solerte e cosciente dell'uomo », sono però giuridicamente irrilevanti e restano insindacabili da parte del giudice. I cartelli, a ben vedere, sono da considerare come « una rifioritura dell'autonomia economica, e cioè della libertà in ognuno di esercitare con criterî proprî l'attività occorrente al soddisfacimento del

qualcosa di libero si deve rinunciare ». Corte d'Appello di Napoli, 2 luglio 1900, cc. 70-71.

(119) RICCA BARBERIS, *I sindacati industriali e la giurisprudenza*, cit., p. 458.

(120) BARASSI, *Nota a Corte d'Appello di Napoli, 2 luglio 1900*, cit., c. 564.

(121) *Ibidem*.

(122) *Ivi*, c. 565.

(123) *Ivi*, c. 566.

(124) « Il tornaconto individuale e collettivo è riconosciuto come il miglior regolatore delle azioni umane ». « Il diritto interviene in genere per la *sicurezza*, per la *certezza* delle azioni compiute dall'*homo oeconomicus* ». *Ivi*, c. 567.

proprio bisogno»; le modalità di esercizio di tale libertà possono certo avere ‘poco simpatiche’ conseguenze sociali ma esse restano non sottoponibili a controllo, a inquisizione ⁽¹²⁵⁾.

Il lirico riferimento al monopolio come fioritura della libertà economica non manca di essere rilevato: si tratta — si scrive — di una posizione « speciosa » e « estrema » ⁽¹²⁶⁾; di un’argomentazione di « seducente e fallace chiarezza » che trasforma la libertà « in tirannia » ⁽¹²⁷⁾. Insistendo sull’illiceità della causa per contrasto con l’ordine pubblico, sui « principî supremi dell’ordine sociale », Ricca Barberis invita i giudici a cogliere le sempre nuove esigenze sociali, « espressione schietta della coscienza morale della generalità »: il giudice « è chiamato ad un alto e oggettivo apprezzamento di ciò che costituisce l’etica sociale di un determinato momento storico », è chiamato a flettere il « rigido schema della legge ». « Anziiché all’invocata opera legislativa spetterà all’oculattezza del giudice il compito altissimo di mantenere il diritto al livello della coscienza sociale » ⁽¹²⁸⁾.

Annotando una sentenza della Cassazione di Torino del 1910 (inerente un ‘cartello’ tra panettieri per il controllo dei prezzi), il tema della « liceità dei sindacati » è ripreso da Biagio Brugi ⁽¹²⁹⁾. La questione dei cartelli industriali — scrive — non può essere risolta né con riferimento alla rigidità della legge, né con un generalizzato richiamo ai principî supremi. La soluzione dei casi concreti è da affidare al giudice che, illuminato dalle scienze sociali e dall’economia, agirà (« bisogna avere pure il coraggio di dirlo ») come legisla-

⁽¹²⁵⁾ Ivi, cc. 567-568. « L’ordine giuridico non va a scrutare quali siano state le intenzioni di ognuna delle parti [...]; troverà solo un risultato oggettivo che si concentra appunto sull’accordo delle parti. [...] Che può importare di più all’ordine giuridico una volta posto il principio cardinale dell’autonomia economica, e cioè della libertà contrattuale? ». Ivi, c. 570. La Cassazione napoletana ribadisce nel 1903 le stesse convinzioni: i cartelli possono rappresentare un pericolo o produrre « insigni vantaggi » ma ciò è indifferente per il giudice « il quale deve applicare, non creare la legge » (Corte di Cassazione di Napoli, 26 maggio 1903, cit., c. 1039).

⁽¹²⁶⁾ BELTRAME QUATROCCHI, Nota a Corte di Cassazione di Napoli, 26 maggio 1903, cit., cc. 1040-1041.

⁽¹²⁷⁾ RICCA BARBERIS, *I sindacati industriali e la giurisprudenza*, cit., pp. 470 e 471.

⁽¹²⁸⁾ Ivi, p. 470.

⁽¹²⁹⁾ B. BRUGI, *Sindacati leciti* (nota a Corte di Cassazione di Torino, 12 luglio 1910), in « Rivista di diritto commerciale », 1911, II, pp. 213 e ss.

tore. Di fronte al caso concreto egli deciderà « secondo opportuni criteri, come deciderebbe il legislatore se fosse presente » (130).

Brugi non crede sia possibile individuare un divieto generale nel « rifugio » offerto dall'art. 1151 del cod. civ. inteso « come riferibile anche ad una violazione di norme morali, sociali, politiche, insomma non strettamente giuridiche » (131). La soluzione, a suo avviso, è quella di dare per scontata la liceità dei cartelli, valutando di volta in volta la liceità della causa dei negozi posti in essere con la nozione ampia e sfaccettata di « ordine pubblico » inteso come « la risultante dell'esercizio legittimo e regolare di tutte le facoltà individuali e sociali » (132). La soluzione proposta è in linea con quella avanzata da Ricca Barberis: affidare al giudice la correzione delle astratte e rigide norme giuridiche (133). Brugi è ben consapevole però che la « determinazione casistica » di « un argomento collegato alle mobilissime funzioni economiche » (134) lascia comunque intatta la necessità di risalire ai principî supremi, di far riferimento a una coscienza giuridica generale.

Nel 1923 è la tesi di laurea di un allievo di Lodovico Barassi, Mario Rotondi (135), a offrire una sintesi delle inquietudini e dei contrasti della dottrina italiana: la certezza del diritto resta il valore supremo di riferimento (136) ma questa certezza appare in contrasto con gli spazi di autonomia del giudice, con gli elogi al suo benefico

(130) Ivi, p. 275.

(131) « I criteri morali, sociali, economici non potranno mai approdare ad una regola o a un divieto di carattere generale ». Ivi, p. 277.

(132) Ivi, p. 279.

(133) In tal senso rilegge il dibattito sulla questione dei cartelli Angelo SRAFFA, *Sulla natura giuridica dei sindacati* (nota a Corte di Cassazione di Firenze, 9 marzo 1914), in « Rivista di diritto commerciale », 1914, II, pp. 845 e ss.; in particolare a p. 849 ove riprende le tesi di Brugi.

(134) Ivi, p. 279.

(135) M. ROTONDI, *L'abuso del diritto. Aemulatio* [1923], Padova, Cedam, 1979.

(136) L'opera posta in essere dai magistrati per accordare il diritto con « le esigenze della vita sociale e con le aspirazioni della coscienza giuridica » — aveva scritto anni prima il filosofo del diritto Alessandro Levi — è « forse conforme all'idea di giustizia, ma certo contraria all'attuale ordinamento giuridico ». La formula dell'abuso del diritto è « troppo elastica », « illogica », in contrasto con il « sommo interesse sociale, ch'è rappresentato dalla certezza del diritto ». La 'correzione' che il giudice può realizzare rispetto alle trasformazioni in corso non può spingersi ad una estensione del sistema che sia tale da porlo in contrasto con se stesso, con i suoi principî « fonamen-

intervento per la trasformazione del diritto ⁽¹³⁷⁾. L'alleanza tra teoria e pratica ha il compito — ripete Rotondi — di innovare, di penetrare « l'essenza intima » degli istituti, di supplire al divario tra astrazione e concretezza, tra lentezza del giuridico e veloci mutamenti sociali; di fronte, però, a costruzioni che minano le basi, i fondamenti, la coerenza ⁽¹³⁸⁾ del sistema giuridico, di fronte al conferimento al giudice di un pericoloso potere creativo, compito della dottrina è di essere « saviamente, gelosamente, recisamente conservatrice » ⁽¹³⁹⁾.

Innovazione e conservazione dell'ordinamento non sono più congiunte e, nel momento in cui la coscienza giuridica generale non si presenta più come 'il substrato della legislazione', la distinzione non è facile da porre. Al di là degli elogi alla feconda missione del giudice, Rotondi risolve il dilemma affermando che il contrasto tra la « lenta evoluzione giuridica » e « rapida evoluzione sociale », è un segnale lanciato al legislatore dall'anticamera del diritto ⁽¹⁴⁰⁾.

Nello stesso anno — con la legge del 30 dicembre 1923, n. 2814 che concedeva la delega al governo per gli « opportuni emendamenti » al codice civile — « il compito altissimo di mantenere il diritto al livello della coscienza sociale » tornava ufficialmente ad esser posto nelle mani del legislatore.

tali ». A. LEVI, *Sul concetto di buona fede. Appunti intorno ai limiti etici del diritto soggettivo*, Genova, Formiggini, 1912, p. 95, 100 e 101.

⁽¹³⁷⁾ Sottolinea il contrasto FURGIUELE, *La « Rivista di diritto civile »*, cit., p. 609-610.

⁽¹³⁸⁾ In pagine dense, della metà degli anni Sessanta, Pietro RESCIGNO (*L'abuso del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1998, ove è riproposto il saggio del 1965, cfr. in particolare pp. 26-27) ha insistito sul « problema dell'abuso del diritto come problema storico » ponendo in evidenza « la coerenza » della tesi negatrice del problema giuridico dell'abuso « con l'origine e con il regime dei codici di diritto privato e con la società liberale dell'Ottocento ».

⁽¹³⁹⁾ ROTONDI, *L'abuso del diritto*. cit., p. 220.

⁽¹⁴⁰⁾ Ivi, pp. 188 e ss.

MONICA STRONATI

UN'IDEA DI GIUSTIZIA SOLIDALE. IL BUON GIUDICE
MAJETTI E IL CASO DELLA GIURISPRUDENZA
“MINORILE” NEL PRIMO NOVECENTO

1. « Il fondamento della pena è la giustizia sociale »: responsabilità per colpa e responsabilità sociale. — 2. I « contratti infami »: la giustizia minorile. — 3. Il Rifugio di Majetti e gli « infortuni morali sul lavoro ». — 4. La Circolare Orlando e il documento umano di Majetti. — 5. « Tre cose elastiche v'hanno al mondo: la Bibbia, la trippa e la legge »: il problema delle fondazioni dottrinali. — 6. Il giudice cittadino e il solidarismo giuridico. — 7. Il dovere sociale dello Stato e le nuove frontiere del diritto.

1. *« Il fondamento della pena è la giustizia sociale »: responsabilità per colpa e responsabilità sociale.*

« La majesté de la justice réside tout entière dans chaque sentence rendue par le juge au nom du peuple souverain ». Così recita l'incipit de L'affaire Cranquebille, il contributo del futuro premio nobel per la letteratura, Anatole France, all'affaire Dreyfus.

Jérôme Crainquebille è un venditore ambulante, incappa nella giustizia perché « Il ne comprit pas que la jouissance d'un droit individuel ne le dispensait pas d'accomplir un devoir social ». Una storia giudiziaria di poco conto, Crainquebille è accusato, in modo del tutto inverosimile, d'aver offeso un agente: « mort aux vaches »!. Ad ogni modo viene condannato e dopo una manciata di giorni, quando torna al suo mestiere, tutto è cambiato e la sua reputazione è irrimediabilmente compromessa. Crainquebille finisce vagabondo e stordito dall'alcol. In un gesto di disperazione tenta di tornare in carcere e insulta, stavolta davvero, una guardia: « mort aux vaches »!, ma se la caverà con una semplice paternale.

La grottesca vicenda di Crainquebille è la storia d'una giustizia inceppata negli ingranaggi distratti della burocrazia. Un *tascabile* per il buon magistrato che vuole, e deve, rappresentare agli occhi

dell'opinione pubblica lo Stato. Se ci si prendesse la briga di indagare, quanti Crainquebille scoveremmo? La domanda sembra essersela posta un giudice, Raffaele Majetti, che traduce la raccolta delle sentenze del già famoso Magnaud, presidente del tribunale di Château-Thierry. Per la verità non si tratta d'una mera traduzione, giacché il libro è anche un lungo elenco di sentenze di giudici italiani con l'aggiunta di qualche riflessione teorica sui temi più dibattuti.

Sentenze di poco conto, che non hanno la forza di lasciare un segno nella storia della giustizia a meno che fuoco della sentenza non sia il tale o talaltro articolo di codice ma l'*habitus*, l'idea condivisa, sul ruolo del giudice.

Da un lato Majetti fa emergere una realtà difficilmente osservabile proprio perché atomizzata e dispersa, d'altro lato addita alle nuove generazioni di giudici — a disagio nel loro ufficio in forza delle incongruenze che passano tra la legge e la concretezza della vita — modelli di comportamento.

L'interesse è soprattutto rivolto alla dimensione pratica: sembra prematura l'attenzione verso i fondamenti teorici dell'attività interpretativa, un'esigenza, questa, che si presenterà e per certi aspetti sarà espressa con la traduzione, nel 1908, de *La lotta per la scienza del diritto* ⁽¹⁾ di Kantorowicz.

Lo stesso Majetti, alle prese con i suoi Cranquebille, ha cercato sostegno nelle esperienze altrui e, perché no, modelli da imitare. Ci tiene, però, a precisare che anche la sentenza Ferri precede la sua conoscenza dei *jugements* del *bon juge*.

Da pochi mesi giudice del tribunale di Campobasso, Majetti fa parlare di sé attirando « i fulmini di tutti gli idolatri dell'arida parola della legge », a causa di una sentenza nella quale il « *delinquente* appare vittima lacrimata dell'ambiente sociale » ⁽²⁾.

Si tratta del caso "Giorgio Ferri" il quale vanta una sessantina di condanne, un'attività *criminale* che dal 1880 « reiterata, pertinace, si svolge uniforme, sempre nell'allontanarsi dall'abitazione — che

⁽¹⁾ H.U. KANTOROWICZ, *La lotta per la scienza del diritto. Con prefazione e note del giudice R. Majetti*, Milano, Sandron, 1908.

⁽²⁾ M. MAJETTI, *La delinquenza dei minorenni e "il buon giudice italiano". Vita, scritti, opere, lineamenti di pedagogia emendativa*, Roma, Tipografia della Camera dei Deputati, Colombo, MCMXXXII-X, p. 29.

non ebbe mai perché dorme nelle stalle — per avvisarne egli stesso, dopo, l'autorità di P.S. allo scopo di ottenere nel carcere vitto e alloggio » (3).

Il giudice Majetti sentenza che « non riscontra nel fatto del Ferri sostanza e qualità di reato. Se fondamento della pena è la giustizia sociale e suo effetto la tutela giuridica con la correzione del reo; se essa tiene dietro al delitto come sociale ministero di giustizia, Giorgio Ferri non è responsabile del delitto ascrittogli » (4).

Non solo Ferri non può essere considerato responsabile, ma per Majetti non è ravvisabile neanche un pericolo per la sicurezza e la pubblica tranquillità, cioè le ragioni a sostegno della vigilanza speciale. Il caso Ferri, semmai, « rappresenta un caso tristissimo di miseria, di abbandono, di degradazione giuridica e morale ». Il Tribunale concede la libertà a Ferri, non « come la invocava il difensore ufficioso — quale unica pena meritata da lui, che brama il carcere; ma per instaurare nella sua coscienza di cittadino il sentimento del Diritto e dell'Autorità. Non il carceriere, ma la carità avrebbe dovuto pietosamente aprirgli le braccia, a consolare gli ultimi giorni di sua esistenza desolata! ... Per questi motivi » (5) viene assolto dal *buon giudice* Majetti che si prende a casa il Ferri, gli trova lavoro come lustrascarpe e gli procura un sussidio.

La sentenza di Majetti s'inserisce nel coevo dibattito sulla fattispecie dello stato di necessità, tema d'esordio di Magnaud dinanzi al grande pubblico con la famosa sentenza del 4 marzo 1898, il caso Ménard. La fame, cioè il diritto alla vita, è una forza irresistibile che prevale sulla forza dell'agente e dunque anche sul diritto di proprietà. Majetti ovviamente plaude alla 'umana' sentenza, pienamente calata nella realtà, tuttavia non aderisce senza riserve. Anche questa memorabile sentenza viene utilizzata da Majetti per porre in luce la stretta giuridicità delle decisioni dei magistrati tralasciando gli aspetti, per così dire, più 'politici' della questione. L'intento di Majetti è di dare visibilità e rilievo all'espe-

(3) Ivi, p. 30.

(4) P. MAGNAUD, *Le sentenze del Presidente Magnaud riunite e commentate da Enrico Leyret. Tradotte ed annotate da Raffaele Majetti*, S. Maria Capua Vetere, F. Cavotta, 1901, p. 48.

(5) Ivi, p. 49.

rienza giuridica nazionale. E non c'è bisogno di chiamarsi «Hawkins, per rendere una sentenza giusta», né di risalire ai magistrati degli «alti gradi», tanti giovani pretori sparsi per la penisola amministrano già una giustizia sociale nonostante i limiti della giustizia legale. Le difficoltà dei magistrati nascono dai limiti di un codice penale troppo legato al codice civile, come vedremo non solo rispetto all'istituto della proprietà.

Le sentenze che ruotano attorno al tema della 'necessità' ⁽⁶⁾ fanno emergere una nuova sensibilità dei giudici che ha poco a che vedere con il sentimentalismo, la carità e la beneficenza, piuttosto si tratta dell'emersione di una visione solidaristica della società che non trova riscontro nei codici. A Majetti non sfugge il commento apparso sulla «Scuola Positiva», il diritto all'esistenza, scrive l'avvocato Olivieri, «è un *dovere sociale* di cui l'etica moderna reclama l'adempimento. Negare codesti mezzi equivale a commettere un atto di ribellione ai principi della solidarietà sociale» ⁽⁷⁾. Secondo l'avvocato, nel prevalere del «diritto di conservazione sul diritto di proprietà, non vi è nulla che urti contro le leggi della convivenza sociale (che sono leggi di *solidarietà*)» ⁽⁸⁾.

Le sentenze citate dal 'buon' giudice testimoniano una trasformazione in atto, forse anche un disagio per il clima di incertezza e di transizione ed anche una certa preoccupazione per la nuova responsabilità che investe il giudice. L'anno della sentenza Ménard è un momento importante anche per le vicende giuridiche italiane. Il 17 marzo 1898 infatti è stata varata la legge sull'assicurazione obbligatoria per gli infortuni sul lavoro, cioè l'ultima di una serie di leggi speciali che ha eroso le certezze codicistiche. Quest'ultima legge, in particolare, «abbatte» un caposaldo dell'ordine liberale: il principio

⁽⁶⁾ La categoria proprio in questa fase è oggetto di riflessione in figure di primo piano, come Santi Romano, cfr., P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 115 ss., C. LATINI, «*L'araba fenice*». *Specialità delle giurisdizioni ed equità giudiziale nella riflessione dottrinale italiana tra Otto e Novecento*, in «Quaderni fiorentini», 35 (2006), pp. 631 ss., Id., *Governare l'emergenza. Delega legislativa e pieni poteri in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 123 ss.

⁽⁷⁾ V. OLIVIERI, *I bisogni elementari e la responsabilità del furto necessario*, in «La Scuola Positiva nella giurisprudenza penale», VIII (1898), p. 275.

⁽⁸⁾ Ivi, p. 276.

della responsabilità per colpa ⁽⁹⁾. Certo, il percorso è stato lungo e sofferto, non è proprio un fulmine a ciel sereno ma a maggior ragione l'evento è interessante. Il legislatore prende atto dei mutamenti economici e sociali e di fronte all'impossibile riforma del diritto civile opta per la "soluzione" pubblicistica ⁽¹⁰⁾, e, gradualmente, prende confidenza con il nuovo ruolo dello Stato. Persino nella culla del 'masso di granito' si muove qualcosa a partire dal 1880: « du début du débat sur les accidents du travail à la loi sur les retraites », scrive Ewald, « un espace de trente ans qui voit la naissance et l'institutionnalisation d'une nouvelle rationalité politique et juridique. Le partage libéral des obligations est aboli, et le principe de responsabilité est remplacé par le schéma de l'assurance comme diagramme de régulation sociale. La responsabilité ne disparaît pas; elle est maintenant pensée à travers la problématique de la répartition des risques. Au rêve politique libéral et à son rapport à la nature en succède un autre, où la société devient à elle-même sa propre fin » ⁽¹¹⁾. Si consuma in quegli anni un cambiamento di paradigma dello Stato, inizia l'epoca dello Stato 'provvidenza' ⁽¹²⁾, di certo s'incrina l'idea legale di giustizia ed emerge un'altra idea, quella della giustizia sociale.

Majetti non è certo un teorico: è — e vuol essere — un pratico ⁽¹³⁾, un *buon* cittadino e un *buon* funzionario dello Stato. La

⁽⁹⁾ Sulla ricostruzione delle complesse vicende relative alla trasformazione dell'istituto della responsabilità aquiliana si rimanda a G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, (Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno), 40, Milano, Giuffrè, 1991. In particolare i « continui ritorni di vitalità » della responsabilità aquiliana testimoniano da un lato la lunga durata della centralità della responsabilità codicistica. D'altro lato la "vitalità" e centralità della scienza giuridica nelle trasformazioni del diritto.

⁽¹⁰⁾ Cfr., G. CAZZETTA, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 114 ss., P. PASSANITI, *Storia del diritto del lavoro. La questione del contratto di lavoro nell'Italia liberale (1865-1920)*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 86 ss., Id., *Filippo Turati giuslavorista. Il socialismo nelle origini del diritto del lavoro*, Manduria-Bari-Roma, Lacaita, 2008, pp. 72 ss.

⁽¹¹⁾ F. EWALD, *L'Etat providence*, Paris, Grasset, 1986, pp. 372-373.

⁽¹²⁾ L. MANNORI, B. SORDI, *Giustizia e amministrazione*, in *Lo Stato moderno in Europa*, a cura di M. FIORAVANTI, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 88 ss.

⁽¹³⁾ Così anche Roselli: Majetti « non fu teorico del diritto bensì autore di compilazioni e di saggi destinati immediatamente ai bisogni della pratica oppure alla

traduzione delle sentenze sembra solo il pretesto per mostrare, soprattutto ai colleghi, che in Italia già si pratica una giustizia *umana, solidale*, legale ma non formalista, sociale ma non socialista.

In « alto i cuori », scrive 'presentando' il pretore Luigi Martini o l'avvocato Bartolo Longo. Ma primo fra tutti il procuratore del Re di Como, Lino Ferriani, uno « scrittore dal cuore e dalla penna di oro », ammirato anche da De Amicis... un modello di cittadino e soprattutto di magistrato.

Il *buon* funzionario, evocato da Majetti, ricorda la figura del maestro ⁽¹⁴⁾ del libro *Cuore*, il successo letterario di quegli anni, che ai nostri 'gusti' può sembrare « un manuale di propaganda sovietica che De Amicis scrive in perfetta buona fede immaginando una possibile coesione sociale dell'Italia dopo l'unità » ⁽¹⁵⁾.

È indiscutibile « Il tono deamicisiano dei commenti di Majetti », uno stile che però « deve essere apprezzato come proprio del genere letterario di divulgazione giuridica, oggi scomparso » ⁽¹⁶⁾ o forse oggi semplicemente meno onesto, perché non così ingenuamente dichiarato.

Questo, del sentimentalismo, è un limite avvertito da più versanti, un giudizio che non è solo di oggi, basta pensare alla 'liquidatoria' etichetta di Gény sul *phénomène Magnaud*: « jurisprudence de pur sentiment » ⁽¹⁷⁾.

divulgazione », F. ROSELLI, *La traduzione italiana de "La lotta per la scienza del diritto" di Gnaeus Flavius*, in H. KANTOROWICZ, *La lotta per la scienza del diritto. Con prefazione e note di Raffaele Majetti. Lettura di Federico Roselli*, Milano, Arnaldo Forni, 1988, p. XXVIII.

⁽¹⁴⁾ « In effetti una chiave di volta di *Cuore* sta nella sacralizzazione della figura del maestro, come sacerdote d'una chiesa laica, ordinata dallo stato », V. SPINAZZOLA, *Pinocchio & C.*, Milano, Il Saggiatore, 1997, p. 75.

⁽¹⁵⁾ Dice Carlo FRUTTERO (*Com'è stato bello riuscire a vivere escluso da tutto*, in « La Repubblica », 16 aprile 2010, pp. 50-51).

⁽¹⁶⁾ Così commenta Federico Roselli, H. KANTOROWICZ, *La lotta per la scienza del diritto*, cit., p. XXXII.

⁽¹⁷⁾ « Verso il *phénomène Magnaud* Gény non ha alcun movimento simpatetico », scrive Paolo Grossi (*Pagina introduttiva* (ripensare Gény), in « Quaderni fiorentini », 20 (1991), pp. 32-33), « per lui si tratta di "une passade de jurisprudence" e, più volte nel corso del suo lavoro, parla di "une façon d'impressionisme dans l'application du droit", di "sentences purement 'impressionistes'", di "impressionisme judiciaire" e di "jurisprudence de pur sentiment" ». Un giudizio non meno severo di quello di Saleilles,

Proprio lo stile carico di enfasi umanitaria, di retorica, fanno di Majetti un uomo che può suscitare al più, come Magnaud, *umana simpatia* ⁽¹⁸⁾, a sottolineare l'isolamento e l'eccezionalità del personaggio.

Majetti, con il suo stile enfatico, qualche volta pittoresco, alimenta l'immagine del buon giudice amato dal popolo anche per la sua capacità di comunicare con quello, ma inesorabilmente si pone nella condizione di ottenere tutt'altro giudizio dagli intellettuali. Per esempio, Piermattei dopo aver parlato di Majetti ricordando le sue opere, insinua il dubbio: « Fu Egli sempre un "buono e clemente giudice"? ». La domanda è retorica perché Piermattei ha incontrato personalmente Majetti presso l'associazione culturale "L'Unione Storia ed Arte", e può testimoniare che Majetti era pressappochista e, ovviamente, lombrosiano ⁽¹⁹⁾.

Al di là della facile ironia, i tipi lombrosiani sono una risorsa per chi, come Majetti, vive l'urgente necessità di orientarsi nella pratica. La Scuola positiva percepisce questa esigenza e, anzi, fa leva proprio sulla giurisprudenza come luogo privilegiato del rapporto tra società e diritto, luogo ideale per collaudare le risultanze che emergono dallo studio sperimentale dei fenomeni criminali. Soprattutto a sostegno dei pratici nasce il 15 maggio 1891 « La Scuola Positiva nella giurisprudenza civile e penale e nella vita sociale » con

che si spiega per l'incompatibilità di fondo rispetto al modello di giudice prefigurato: « Magnaud incarna un modello di giurisdizione incompatibile con la visione di Saleilles, che colloca nelle *constructions juridiques*, e quindi in primo luogo nell'opera metodica e prudente dei dottrinari, il fondamento dell'evoluzione del sistema », M. SABBIONETI, *Democrazia sociale e diritto privato. La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)*, (Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno), 91, Milano, Giuffrè, 2010, p. 172.

⁽¹⁸⁾ Bobbio a proposito di Magnaud: « merita di essere considerato con umana simpatia », N. BOBBIO, *Magnaud Paul*, in « Novissimo Digesto Italiano », X (1964), p. 50.

⁽¹⁹⁾ In un crescendo d'attesa, Piermattei racconta di quando Majetti aveva lasciato intendere che la barbetta nera fosse lo 'stigma' del falsario nel cav. Ambrosi. Piermattei rimane, comprensibilmente, di sasso perché al contrario quell'uomo « sempre elegante nel vestire, con un tradizionale crausetto nero e gilet bianco in socievole dignità con una ben curata barbetta "nera" », aveva suscitato, in lui, stima. M.P. PIERMATTEI, *Il "Buon giudice" Majetti*, in « Strenna dei romanisti », 2 (1950), pp. 215-219. Cfr., F. VENTURINI, *Un "sindacato" di giudici da Giolitti a Mussolini. L'Associazione Generale fra i Magistrati Italiani 1909-1926*, Bologna, Il Mulino, 1987, p. 60.

lo scopo dichiarato di avvicinare « le teorie positiviste al cimento pratico dei problemi sociali e giudiziari » e diffonderle « fra i cultori delle discipline giuridiche anche civili » (20).

Majetti non può che dichiararsi « positivista » nel senso che condivide l'idea di giustizia tracciata, per esempio, da Enrico Ferri: la trasformazione della giustizia penale si deve al « progressivo avvicinarsi della giustizia penale alla giustizia sociale » (21).

La giustizia sociale, in definitiva, sarebbe la coincidenza dei reciproci interessi tenuti in equilibrio dallo Stato. Un esempio si può rinvenire anche nell'ambito del commercio: nella testa di coloro che non si sono modernizzati, dice Ferri, « il commercio consiste nell'ingannare o sfruttare il cliente ». La giustizia, così come il tornaconto, sta invece nella soddisfazione reciproca degli interessi: « La linea di coincidenza tra l'interesse del venditore e del compratore segna appunto l'onestà commerciale, cioè una forma di giustizia sociale » (22).

Majetti mette in pratica quella idea di giustizia e finisce sui giornali. Il 27 gennaio 1917 si celebra il processo sulle « suole di cartone ». Majetti condanna alla multa di 1050 lire il negoziante di calzature, Carlo Mariani, per frode in commercio, una sentenza a difesa dei consumatori e contro la disonestà commerciale (23).

Il processo attira l'attenzione e i favori del pubblico che assiste al dibattimento, ma al contempo provoca la serrata dei negozianti di calzature. La protesta terminerà solo dopo aver trovato l'escamotage per aggirare la responsabilità penale avvisando i clienti con un cartello: « non si garantisce se le scarpe siano confezionate con cuoio o con cartone ». Il processo a Mariani, in effetti, ha moltiplicato le denunce anche verso altri rivenditori ma Majetti si dichiara inten-

(20) « La Scuola Positiva nella giurisprudenza civile e penale e nella vita sociale », I (1891), pp. V-VI.

(21) E. FERRI, *Giustizia penale e giustizia sociale*, in « La Scuola Positiva nella dottrina e nella giurisprudenza penale », XXI (1911), vol. II, p. 30.

(22) Ivi, p. 37.

(23) *Ex art. 295 c.p.*: Chiunque, nell'esercizio del proprio commercio, inganna il compratore, consegnandogli una cosa per un'altra, ovvero una cosa, per origine, qualità o quantità, diversa da quella dichiarata o pattuita, è punito con la reclusione sino a sei mesi o con la multa da lire cinquanta a tremila.

zionato a non cedere, mostra tutto il suo temperamento sanguigno e si mette a sventrare scarpe dove trova, ovviamente, il cartone (24).

Il ‘buon’ Majetti rappresenta, dunque, quel tipo di magistrato evocato da Ferri, cioè un giudice che è « anche un cittadino, che sente i palpiti della vita sociale, che gli freme d’attorno e non può quindi dalla interpretazione della legge escludere le ragioni della vita ». Tuttavia, Enrico Ferri prende una chiara posizione rispetto al tema del ruolo del giudiziario e dunque anche delle fonti del diritto: non crede « che il giudice possa creare la legge » (25).

Se il tema è la tentazione di utilizzare le sentenze per forzare gli assetti politici e sociali, né Majetti né Magnaud operano in questa direzione: « Pas une fois, Magnaud n’écrira: “la loi est mauvaise, donc je n’applique pas”. On est au contraire frappé de la longueur des motivations de ses jugements et de son souci de les fonder en droit, y compris du point de vue du droit positif » (26).

Michele Majetti ricorda « la perfetta identità di sentimenti e di idee » (27) tra suo padre e Magnaud e cita una vicenda che aveva procurato al *buon* giudice le critiche severe e sarcastiche di anarchici e socialisti, un evento che ha segnato le cronache del tempo, citato anche da Pirandello (28).

(24) Gli stralci di giornale sul processo sono raccolti nel fascicolo personale di Majetti (Archivio centrale dello Stato. Ministero Grazia e Giustizia. Fascicoli personali magistrati. Busta 0697).

(25) E. FERRI, *Giustizia penale e giustizia sociale*, in « La Scuola Positiva nella dottrina e nella giurisprudenza penale », XXI (1911), vol. II, p. 34.

(26) R. WEIL, M. PICARD WEIL, *Socialisme et justice dans la France de 1895: le “bon juge Magnaud”*, in « Quaderni fiorentini », 3-4 (1974-75), I, p. 380.

(27) M. MAJETTI, *La delinquenza dei minorenni e “il buon giudice italiano”*, cit., p. 44.

(28) « C’è er cordone, nun se passaa [...]. Ora ci voleva anche la canaglia che reclamava per le vie di Roma qualche nuovo diritto; e, santo Dio, s’era d’aprile e faceva un tempo stupendo: il fervido tepore del primo sole inebriava! Innanzi a piazza Venezia il volto d’Attilio Raceni si allungò come se un filo interno gliel’avesse a un tratto tirato. Lo spettacolo violento gli riempi la vista e lo tenne lì un pezzo a bocca aperta, sopraffatto e compreso. La piazza rigurgitava di popolo. I cordoni dei soldati erano all’imboccatura di via del Plebiscito e del Corso. Parecchi dimostranti s’erano arrampicati sul tram d’aspetto e di là urlavano a squarciagola. — Morte ai traditoriii! — Mortèèè! — Abbasso il ministeròòò! — Abbassòòò! », L. PIRANDELLO, *Suo marito*, a cura di RITA GUERRICCHIO, Firenze, Giunti, 1994, p. 7. Pirandello descrive proprio quel 2 aprile 1908. La folla in realtà è una processione per « i funerali d’un muratore, il pontarolo Cesare Premucci,

Nel novembre del 1907 Majetti viene trasferito a Roma e pochi mesi dopo istruisce il processo per i gravi fatti di Piazza del Gesù: prosciolti per legittima difesa le guardie e i carabinieri; rinvio a giudizio per « una ventina di sovversivi ». Di fronte agli attacchi, Magnaud « volle inviare a Raffaele Majetti, la testimonianza viva della sua *très grande sympathie et haute estime* ed il suo grido solidale, definendolo — per l'energica difesa dei soldati dell'ordine — *un homme ... un juge!* » (29).

2. *I « contratti infami »: la giustizia minorile.*

In definitiva neanche Majetti vorrebbe “creare la legge” ma attuarla, proprio così come si dichiara nel primo numero della « Scuola Positiva », cioè renderla vicina « il più possibile alla realtà della vita individuale e sociale » (30), per esempio in tema di « protezione dell'infanzia abbandonata ».

Il problema di Majetti, come di molti altri giudici, è che il legislatore è prodigo di silenzi che non chiama lacune, e quando si esprime spesso propone soluzioni giuridiche completamente distanti dalla realtà. Per esempio, a proposito del lavoro dei fanciulli, il

morto per un incidente sul lavoro ». L'itinerario prevedeva un certo percorso « ma il corteo, di due-tremila persone », cambia il tragitto « per dirigersi all'ambasciata d'Austria, in Piazza Venezia. Giunto a Piazza del Gesù, trova Via del Plebiscito bloccata da una compagnia del 47° fanteria. Alle 16 passano due carri carichi di mattoni da Piazza del Gesù, i manifestanti se ne impossessano e li lanciano sui soldati. Partono i primi colpi d'arma da fuoco che fanno svuotare la piazza. Alle 16.35 vengono tolti i cordoni della forza pubblica da Via del Plebiscito. Sul selciato restano quattro morti (tra i quali uno dei *leaders* del Sindacato muratori, l'anarchico Paolo Chiarella) e una ventina di feriti, poi condotti all'ospedale della Consolazione. L'episodio suscita notevole clamore in città, e anche qualche interpellanza parlamentare. La sera stessa le organizzazioni dei lavoratori proclamano lo sciopero generale, in segno di protesta e lutto », F. DANELON, *Appunti per « Suo marito » di Luigi Pirandello*, in *Gli scrittori d'Italia. Il patrimonio e la memoria della tradizione letteraria come risorsa primaria. Atti del Congresso nazionale dell'ADI*, Napoli 26-29 settembre 2007 <http://www.italianisti.it/FileServices/103%20Danelon%20Fabio.pdf>

(29) M. MAJETTI, *La delinquenza dei minorenni e “il buon giudice italiano”*, cit., p. 44.

(30) « La Scuola Positiva nella giurisprudenza civile e penale e nella vita sociale », I (1891), p. VI.

giudice si trova tra l'incudine e il martello, tra silenzi e irreali previsioni.

Il legislatore non aveva previsto, per esempio, l'esistenza dell'*Omino di burro*, il losco personaggio di Collodi, che è, invece, un tipo facile da incontrare nell'Italia di quegli anni: un « briccone di razza superiore, che con la sua tratta dei bambini [...] “in pochi anni aveva fatto fior di quattrini ed era diventato milionario” »⁽³¹⁾.

Il “titolo” di ‘buon giudice’ Majetti lo ottiene per la ‘personale’, ma non solitaria, battaglia contro la compravendita dei piccoli *schiavi bianchi*. Quella esperienza sarà anche la ragione della nomina in varie commissioni di studio e legislative sulla questione minore (32) che lo mettono in contatto con i maggiori esponenti della dottrina e della politica, italiani e stranieri.

Il diritto dei fanciulli è anche un tipico terreno delle decisioni del *bon juge* puntualmente segnalato nella traduzione delle sentenze ma precisando, anche in questa occasione, che « sebbene non avesse ancora studiato Magnaud, seppe in esse, uscire da *la justice d'école*, tanta era la pietà del caso! »⁽³³⁾.

Majetti si riferisce allo sfruttamento di fanciulli come mendicanti o operai all'estero, in particolare in Inghilterra e in Francia. I fanciulli incontrano davvero l'*Omino di burro*: « Tutti i ragazzi, appena lo vedevano, ne restavano innamorati e facevano a gara nel montare sul suo carro, per essere condotti da lui in quella vera cuccagna conosciuta nella carta geografica col seducente nome di “Paese dei Balocchi” »⁽³⁴⁾.

La promessa non è proprio da Paese dei Balocchi ma, fatte le dovute proporzioni, è molto vicina, « Lusingati dai *negrieri* — i quali sono sempre dei compaesani che dimorano in Francia e vengono per poco tempo a rifornirsi di carne umana — i fanciulli si vedono promessa una vita di agi e di ricchezze, dinanzi a cui si inebriano. In modo che, quando non sono i genitori che cedono per le promesse

(31) V. SPINAZZOLA, *Pinocchio & C.*, cit., p.

(32) Per esempio le commissioni legislative del 1909 e 1919 presiedute rispettivamente da Oronzo Quarata e da Enrico Ferri.

(33) P. MAGNAUD, *Le sentenze del Presidente Magnaud*, cit., p. 239.

(34) C. COLLODI, *Le avventure di Pinocchio. Storia di un burattino. Illustrata da E. Mazzanti*, Firenze, Felice Paggi Libraio-Editore, 1883, p. 171.

cinquanta lire a semestre, sono i ragazzi che persuadono le madri a mandarli »⁽³⁵⁾.

« Il traffico di carne umana » si svolge attraverso un sistema di compravendita col quale il procuratore del negriero garantisce per un certo periodo di tempo, per esempio tre anni, di pagare una certa somma di denaro, in genere poche lire ogni due, sei mesi. Se gli schiavi bianchi si 'sottraggono' al lavoro il procuratore si garantisce tramite un contratto di non essere più debitore. Se, poi, il padre dovesse riprendersi il figlio dovrà pagare al 'procuratore' una cifra a titolo di danno, con gli interessi. In cambio della schiavitù, dunque, i fanciulli vengono mantenuti dal padrone e il padre viene remunerato con una parte della paga del fanciullo.

Con la sentenza del 5 maggio 1897 Majetti, con qualche forzatura sul reato di abbandono (art. 53 c.p. 1889), condanna un tale. Anzitutto, statuisce Majetti, « niente di più giusto che Annamaria Testa sopporti le spese di viaggio di andata e ritorno del figlio che essa liberamente, ma incauta, affidò a Carlo Testa, nonché le spese per quei giorni che fu mantenuto da costui che nemmeno le provava impossibile perciò a liquidarsi, anche perché è certo che i primi giorni il fanciullo andò limosinando, sebbene si ignori abbia in tutto o in parte versati i lucri al padrone o pur no. Carlo Testa è in colpa certamente dell'*abbandono* del suo pupillo; di non averlo magari a viva forza trascinato sopra un piroscifo in partenza per l'Italia. Il denaro egli lo aveva nella cambiale rilasciatagli a *garentia* del contratto [...]. Questa colpa di lui è però attenuata dalla colpa della madre, che a lui affidava il proprio figliuolo per un lavoro che ne avviliva la dignità personale e di cittadino italiano in terra straniera »⁽³⁶⁾.

In altri casi Majetti colpisce la compravendita di fanciulli dichiarando nulli i contratti: « infami come questo discusso. È non solo inverecondo ed audace, ma pericoloso farli valere, comunque, perché il Pretore non esiterà a dichiararli nulli, di niun effetto giuridico, tranne quello per i danni-interessi a favore delle vittime.

⁽³⁵⁾ *Un traffico infame di carne umana. Dolorose risultanze di un'inchiesta*, in « La Stampa », Domenica 26 maggio 1901.

⁽³⁶⁾ R. MAJETTI, "Gli schiavi bianchi", in « La domenica giudiziaria. Cronaca-dottrina-giurisprudenza », 14 agosto 1898, p. 269.

Egli, timoroso di Dio e della propria coscienza, proseguirà inesorabile nello sterminio con le armi della legge, di questi traditori dell'onore nazionale, delle ragioni dell'umanità, dell'infanzia » (37).

Il fenomeno degli "Schiavi bianchi" suscitò grande indignazione, per i soprusi, le torture che i fanciulli subivano, fatti resi noti anche attraverso l'inchiesta di Ugo Caffero (38), nel 1901, dalla quale emerge la lotta senza quartiere di Majetti contro i trafficanti e la sua opera di informazione per arginare il fenomeno.

3. *Il Rifugio di Majetti e gli « infortuni morali sul lavoro ».*

Il 1886 è l'anno della legge sul riconoscimento delle società di mutuo soccorso, della legge per la protezione dei fanciulli sul lavoro ed è anche l'anno dell'uscita di un libro tanto atteso: Treves commercializza *Cuore*, il prototipo del sentimentalismo e della propaganda buonista, prodromo d'una visione borghese, di rassegnazione per il quarto stato, e una politica conservatrice delle fonti del diritto. Eppure, il sentimentalismo di "Cuore" « va inteso non come afflittività languida ma come pulsione energetica: implica una mobilitazione istintiva delle risorse coscienziali, che spingono a reagire combattivamente, non a subire rassegnatamente le percosse del dolore » (39). De Amicis parla di una dimensione certamente borghese ma non alla Alessandro Rossi (40).

I nuovi funzionari segnalati da Majetti, come modelli dai quali

(37) P. MAGNAUD, *Le sentenze del Presidente Magnaud*, cit., p. 242.

(38) U. CAFIERO, *I fanciulli italiani nelle vetrerie francesi. Relazione preliminare del Comitato piemontese (estensore il cooperatore Alberto Geisser). Inchiesta fatta nei circondari di Sora e di Isernia da Ugo Caffero*, Roma, tip. di F. Failli, 1901, spc., pp. VII, 3, 6, 12.

(39) V. SPINAZZOLA, *Pinocchio & C.*, cit., p. 23.

(40) Alessandro Rossi è il simbolo di quella parte di industriali che adotta una strategia economica di corto respiro: bassi salari e manodopera poco qualificata per fronteggiare la concorrenza. È nota la polemica con Luigi Luzzatti (A. Rossi, *Di un progetto di legge sulle fabbriche. Risposta di Alessandro Rossi a Luigi Luzzatti*, Firenze, Le Monnier, 1877). Rossi accusa lo Stato di politiche fiscali che di fatto non lasciano alternative agli industriali: « Una filanda che in Francia e in Inghilterra costa lire 600 mila, da noi costa pei dazi, le spese e l'aggio valuta, oltre un milione » (p. 3). A proposito dell'impiego dei fanciulli, Rossi sostiene che « è antico quanto il mondo », ma ancor più necessario con l'ingresso delle macchine: « v'hanno operazioni che non si attagliano che

prendere esempio, sembrano usciti dal libro *Cuore*. Interessante è, per esempio, l'avvocato, pretore, Luigi Martini, il fondatore nel 1889 della *Casa benefica* di Torino. Nel 1901 Majetti ne celebra pubblicamente l'epopea, ma nel 1910 l'eroico modello diventa un progetto concretamente imitabile. In quell'anno Majetti inaugura una « famiglia di nuovo tipo »⁽⁴¹⁾ in una topaia dal costo di 125 lire al mese. Forse per dare ancora più forza alla sua esperienza, nell'assumere la decisione di fondare il "Rifugio" per fanciulli abbandonati ricalca, persino, il percorso psicologico di Martini. È il mese di gennaio, Majetti incontra « alla porta di uscita del carcere » Serafino, un minorenne condannato per piccolo furto. Entra con lui in un istituto di carità sperando di farlo accogliere, ma incappa nella burocrazia, il direttore dell'istituto fa presente al magistrato che c'è un Regolamento, « la necessità dell'istanza e delle "carte" e tutti gli altri "incombenti" elaborati dalla deliziosa nostra burocrazia, timida, lenta e scomiccheratrice ».

Majetti invita il direttore ad essere 'elastico' ma al contrario suscita « la meraviglia dell'Illustrissimo che vedeva discussa da un magistrato la inviolabilità del Regolamento, la sovranità del Consiglio di Amministrazione ed esaltata invece quella potestà discrezionale, onde la lettera è uccisa e lo spirito vivificato! ».

Quell'episodio, con il conforto dell'esempio dato dal pretore Martini, conduce il 'buon giudice' alla determinazione di fondare « un Istituto, che non sarebbe stato né Riformatorio, né asilo, né dormitorio, ma soprattutto la negazione di ogni capestro burocratico ... »⁽⁴²⁾.

Il 'Rifugio' di Majetti dev'essere un luogo dove si va per sfuggire ai pericoli che può correre « il fanciullo abbandonato, profugo, smarrito, orfano naturale o morale, maltrattato ». Al di là dell'umana, e paterna, pietà occuparsi dei minori privati della famiglia è un dovere dello Stato se non altro perché le statistiche mostrano la crescente delinquenza minorile: il motto di Majetti è

ai fanciulli » (p. 2). In un tale contesto l'industriale appare come un benefattore già solo per il fatto di offrire lavoro.

⁽⁴¹⁾ M. MAJETTI, *La delinquenza dei minorenni e "il buon giudice italiano"*, cit., p. 74.

⁽⁴²⁾ Ivi, p. 72.

“Salviamo il fanciullo e non vi saranno più uomini da correggere e punire ... »⁽⁴³⁾, cioè un tributo al positivismo.

La pedagogia, *fai-da-té*, di Majetti ruota attorno ad un elemento essenziale: la famiglia, seppure così particolare, dove fondamentale è la volontarietà, ovvero la libera scelta di farne parte. Majetti adotta, cioè, il « sistema della porta aperta, libera all'ingresso ed all'uscita »; anche per creare un luogo lontano dall'idea di un collegio o un convento ma un luogo « *familiare, senza regolamento burocratico o catechismo di precetti in formalità inesorate!* »⁽⁴⁴⁾.

Il Rifugio vuole essere, dunque, una palestra sociale un luogo dove si impara a vivere naturalmente secondo i valori della società borghese che Majetti rappresenta. Il Rifugio, in effetti, assomiglia alla scuola immaginata da De Amicis, dove « Il risultato non può che essere la presa di coscienza della necessità di stabilire rapporti di convivenza cordiale e di sostegno reciproco con i propri simili. La fuoruscita dalla condizione infantile va intesa appunto come la maturazione di un senso convinto dell'appartenenza a una collettività organica, con il suo doppio ordine di diritti e doveri »⁽⁴⁵⁾.

Al di là dei toni, spesso stucchevoli, il racconto 'fondativo' di Majetti è interessante sotto più profili. Anzitutto la metafora dell'infanzia abbandonata descrive bene, paradossalmente, le nuove generazioni nate assieme all'unità d'Italia e la loro problematica uscita dall'infanzia nazionale. Majetti rappresenta quella parte della nascente borghesia italiana impegnata nella costruzione, assieme alla propria, dell'identità nazionale.

Nel racconto, poi, c'è la denuncia d'un tema estremamente importante, sul quale torneremo, l'assenza della famiglia e la necessità di 'inventare' un succedaneo che la pubblica autorità, così come le istituzioni private o semi-private di carità e soccorso, non sembrano ancora in grado di offrire.

Infine, nel racconto, Majetti indica il vero impedimento: la rigidità delle formule giuridiche ma soprattutto di quelle mentali.

Tutti temi che sorpassano di gran lunga le vicende personali del giudice Majetti, temi che sono spia e oggetto di un cambiamento

⁽⁴³⁾ Ivi, p. 79.

⁽⁴⁴⁾ Ivi, p. 75.

⁽⁴⁵⁾ V. SPINAZZOLA, *Pinocchio & C.*, cit., p. 25.

epocale che interessa più direttamente il tessuto sociale ed economico, ma è un sisma che mette a dura prova l'ordine giuridico frutto d'una politica legislativa unificatrice, che aveva promesso certezze ed equilibri ma che Majetti, nato nel 1860 ⁽⁴⁶⁾, non ha mai visti realizzati.

Accanto all'impegno personale e privato, con il suo Rifugio, Majetti dà un contributo importante nella sua veste di funzionario della pubblica amministrazione promuovendo un Laboratorio di giocattoli all'interno del carcere.

Un giocattolo, in particolare, suscita un « grande entusiasmo; il più rozzo che i piccoli carcerati — alle loro prime armi in questo

(46) Raffaele Majetti nasce a Napoli il 31 ottobre del 1860. Nella stessa città si laurea in Giurisprudenza a Napoli, inizialmente entra nello studio dello zio, l'avvocato civilista Antonio Orilia, fino al concorso per la magistratura che vince il 9 ottobre 1886. Dapprima è pretore a Napoli, poi, nel 1888 in Sicilia, nel mandamento di Burgio. Là, con il fratello Enrico, fonda la Società Stenografica della Sicilia. Successivamente viene trasferito a Mignano, vicino Napoli, dove si dedica allo studio dell'istituto della conciliazione, pubblica sul tema monografie di carattere pratico e sarà impegnato nella rivista del « Giudice Conciliatore » prima come redattore, poi come direttore. Dalla pretura di Mignano viene trasferito alla pretura di Roccasecca dove inizia la sua battaglia a favore dei minori. Nel gennaio del 1900 viene promosso giudice e trasferito a Campobasso in seguito, nel 1907, su richiesta di Majetti, a Roma dove morirà il 9 aprile 1930. Gli interessi di Majetti « spaziano dalla legislazione contro le alterazioni dell'ambiente naturale alle indagini comparatistiche sulla legislazione minorile, alla psicopedagogia » (R. ROSELLI, *La traduzione italiana de "La lotta per la scienza del diritto" di Gnaeus Flavius*, cit., p. XXVIII). Pubblica numerosi opuscoli a carattere perlopiù pratico su diversi temi: il domicilio coatto, il porto d'armi, la tutela dei fanciulli, i probi-viri sui quali tiene anche una serie di conferenze al Circolo Giuridico di Napoli. Scrive anche *L'Anarchia e le leggi che la reprimono in Italia*, Caserta, Stabilimento Tipografico Elzeviriano Domenico Fabiano Editore, 1894, *Il perdono giudiziale*, Roma, Tip. Editrice del Diritto Italiano, 1904, *La legge Ronchetti sulla condanna condizionale*, Santa Maria Capua Vetere, Cavotta, 1905. La notorietà di Majetti si deve alle traduzioni: *Le sentenze del Presidente Magnaud riunite e commentate da Enrico Leyret. Tradotte ed annotate da Raffaele Majetti*, S. Maria Capua Vetere, F. Cavotta, 1901; H.U. KANTOROWICZ, *La lotta per la scienza del diritto. Con prefazione e note del giudice R. Majetti*, Milano, Sandron, 1908; oltre la traduzione della prolusione berlinese del 'modernista' Kohler: G. KOHLER, *Il diritto penale cinese. Contributo alla storia universale del diritto penale. Traduzione e note del giudice Raffaele Majetti*, Campobasso, tip. Degaglia e Nebbia, 1907. Per il quadro biografico F. ROSELLI, *La traduzione italiana de "La lotta per la scienza del diritto" di Gnaeus Flavius*, cit., F. VENTURINI, *Un "sindacato" di giudici da Giolitti a Mussolini. L'Associazione Generale fra i Magistrati Italiani 1909-1926*, Bologna, Il Mulino, 1987, pp. 60 ss., M. MAJETTI, *La delinquenza dei minorenni e "il buon giudice italiano"*, cit.

genere di lavorazione — costruirono con mezzi semplicissimi; il Pinocchio che già i bimbi di tutti i Paesi conoscevano attraverso l'immortale libro del Lorenzini. Pinocchio con la sua caratteristica potenza d'espressione che colpisce rapidamente l'immaginazione del fanciullo, segnò il primo trionfo e fu il primo dei giocattoli "italianissimi" costruiti dai minorenni traviati dei Laboratorî Majetti » (47).

C'è una straordinaria somiglianza tra il fanciullo del carcere — che poi, spesso, è lo stesso che finisce nel Rifugio di Majetti — e Pinocchio: « ragazzo di strada ». Il personaggio di Collodi è un « birichino », con il « "viso sudicio: mani sudicie: tutto il resto sudicio" », e un gusto dell'insubordinazione derivato dalla diffidenza istintiva verso le leggi e convenzioni di un mondo borghese cui non apparteneva. Ecco allora lo stradaio, l'indocile Pinocchio » (48).

Collodi non nutre certo la stessa fiducia di De Amicis, o di Majetti, nelle potenzialità delle istituzioni del nuovo Stato nazionale, tuttavia crede, come Majetti, nella forza dei bassi ceti, persino dei fanciulli abbandonati a sé stessi, alla fame, allo sfruttamento e alla delinquenza.

D'altra parte la storia di Pinocchio insegna che sebbene « nel codice genetico del personaggio burattinesco sono iscritti i sentimenti affettivi primari » tuttavia non bastano a garantire « un inserimento proficuo dell'individuo nella vita comunitaria. Sulla spontaneità dei moti del cuore deve intervenire la loro disciplina, in un processo di adeguamento a un sistema di norme acconsentite per intima convinzione, sulla base dell'esperienza. Gli obblighi della riconoscenza, i doveri della solidarietà vanno assunti come imperativi categorici in quanto si sia capito che costituiscono la linea di resistenza più affidabile allo spirito di sopraffazione reciproca da cui è pervaso universo sociale: l'io singolo, chiuso nel suo egocentrismo, rischia a ogni passo di esserne travolto » (49).

(47) M. MAJETTI, *La delinquenza dei minorenni e "il buon giudice italiano"*, cit., p. 84.

(48) V. SPINAZZOLA, *Pinocchio & C.*, cit., p. 31.

(49) Ivi, p. 33.

4. *La Circolare Orlando e il documento umano di Majetti.*

Sulla giustizia minorile, un momento di svolta, si deve all'iniziativa del guardasigilli V.E. Orlando, con la Circolare 11 aprile 1908, n. 1615.

Nella Bella Italia, scrive Majetti, « *wo die Citronen blühen* e la Chiacchiera, i provvedimenti *legislativi* (ché l'iniziativa *privata* è magnifica) », sono pochi e inadeguati, finalmente un ministro « consapevole dell'impotenza legislativa parlamentare, accorre nel modo che l'urgenza comporta » ⁽⁵⁰⁾.

Il punto più apprezzabile della Circolare, per Majetti, è la centralità data da Orlando al giudice istruttore e soprattutto la corrispondenza verificata tra quanto sollecitato dal ministro e la pratica, da lui, già seguita. Con la Circolare il guardasigilli in sostanza legalizza, dice Majetti, « un trattamento dell'imputato con animo quasi paterno ». Il passaggio è importante perché non è un vago suggerimento, dietro c'è la convinzione che in tema di fanciulli sia inopportuno l'inevitabile « pubblico giudizio e poi la condanna » ⁽⁵¹⁾.

Scopo del libello di Majetti non è commentare la Circolare, lo scopo è « di contribuire alla notizia del “vasto e complesso problema” », perché solo il magistrato può conoscere certe realtà, « il magistrato, il quale ricerca e studia, vivi e veri, “i tenebrosi e malefici elementi per cui i giovani animi sono spinti verso il precipizio della depravazione e del delitto” » ⁽⁵²⁾.

Majetti va a sostegno di Orlando con la “prova” della sua esperienza, pubblicando i documenti giudiziali ed extragiudiziali su 100 minori. Majetti dichiara di aver ottenuto risultati « consolanti » con il suo « “trattamento paterno” », poiché scrive: « a genitori ed imputati io parlai la parola nuova della dolcezza, che disarmava, commove e conquide la coscienza [...]. Questa dolcezza di trattamento è l'*unica* arma di bene che ha il magistrato italiano, nella macerazione della propria impotenza: nel convincimento suo della inutilità, anzi, del danno della *pena*: spesso iniquamente “ingiusta”:

⁽⁵⁰⁾ R. MAJETTI, *La Circolare del Ministro Orlando circa la delinquenza dei minorenni*, 11 aprile 1908, Roma, Tipografia Italiana, 1909, pp. 2-3.

⁽⁵¹⁾ Ivi, pp. 4-5.

⁽⁵²⁾ Ivi, p. 4.

giacché lo stesso Ministro, in persona, ricordava che “il diritto vigente non ammette come *dirimente* della responsabilità penale del minore, il fatto che la vera causa del reato vada attribuita a quei fattori sociali capaci di determinare nel fanciullo uno stato di *morale incoscienza*” Onde “l’azione repressiva ha finito col *costituire essa stessa un fattore di ulteriore corruzione ed un incitamento a futuri delitti*”. È la constatazione ufficiale della bancarotta del *penitenziarismo espiazionistico*; almeno in confronto dei piccoli delinquenti! » (53).

Ma Majetti non è andato “contro” la legge sebbene non creda nell’efficacia della pena, semmai contro le proprie convinzioni e cerca di trarre utilità dall’applicazione della pena. I suoi colloqui con genitori e minori dimostrerebbero, così, « attuata un’altra speranza del Ministro », cioè riuscire « a determinare in parecchi giovinetti il pentimento e il pianto ... con efficacia spiritualmente benefica; ispirando la persuasione della necessità della pena e del ravvedimento » (54).

L’opuscolo di Majetti, al di là del valore come documento, mostra un altro aspetto a nostro avviso di grande interesse. Si tratta d’una modalità di comunicazione diretta ed efficace tra il ministro e il funzionario, in una forma, la Circolare, che teoricamente non ha efficacia obbligatoria ma che fonda la sua forza normativa sulla necessaria collaborazione con i destinatari. L’efficacia dello strumento si basa, dunque, non sulla autorità ma sulla capacità di cogliere e rispondere alle istanze di chi riceve l’istruzione.

Majetti ed Orlando concordano sull’importanza dei fattori sociali, « La realtà è terribile » scrive il ‘buon giudice’, « poiché noi siamo dalla nascita tutti virtualmente delinquenti sì che giustamente fu detto che in ogni uomo sonnecchia un criminale » (55). Le stesse considerazioni le fa Orlando raccontando, in pubblico, i suoi “peccati” di fanciullo contro l’art. 372 del c.p.

L’occasione è la Conferenza tenuta all’Istituto Pedagogico Forense di Milano, Orlando predispone la platea all’ascolto raccon-

(53) Ivi, p. 5.

(54) Ivi, p. 10.

(55) M. MAJETTI, *La delinquenza dei minorenni e “il buon giudice italiano”*, cit., p. 137.

tando di quando, in un momento d'ira, colpì la sorella al viso con la penna procurandole un piccolo « tatuaggio », cioè uno sfregio che con l'aggravante gli sarebbe costato da uno a cinque anni di reclusione.

E poi la recidiva nella sottrazione di generi alimentari « con tutte le circostanze qualificanti e aggravanti, dalla destrezza all'abuso di fiducia ». Furti domestici, sottolinea Orlando, « Ma supponete che, per difetto di vigilanza familiare, io fossi stato abbandonato a me stesso, che l'ira, invece che in casa e contro la sorella, fosse vampata, in istrada, contro un altro vagabondo compagno; che la ricerca di ghiottoneria si fosse esercitata non dentro il domestico armadio, ma nella bottega di un pasticciere; e, senza dubbio, il tema della delinquenza dei minorenni mi avrebbe riguardato non come ministro o come conferenziere ma come un numero di statistica » (56).

I 'fanciulli' sono l'espressione vivente del principio d'eguaglianza, « les deux enfants [il ricco e il povero], se riaient l'un à l'autre fraternellement, avec des dents d'une égale blancheur » (57), i confini sottili tra 'innocenza' e delinquenza sono determinati, in definitiva, dal caso. È più questione di fortuna che di differenza di valori. In altre parole, Orlando non intende rassicurare la platea borghese ma richiamarla alla responsabilità del ruolo che la storia sembra richiedere.

La delinquenza minorile è in allarmante crescita e la famiglia è certamente l'organismo che più è interessato al fenomeno. Tuttavia precisa Orlando, « Or di tale rilasciamento di freni tutelari la causa è da ricercarsi non nei sentimenti o nel volere dei genitori, ma in un fatto estrinseco, nel giuoco del meccanismo sociale » (58).

È, dunque, la società stessa che in cambio di incomparabili benefici è causa dei mali sociali: « tutti i mali sociali possono ricondursi, come a causa più o meno remota, all'esistenza stessa della società ». Nelle città l'industrialismo e nelle campagne l'em-

(56) V.E. ORLANDO, *L'incremento della delinquenza minorile secondo l'on Vittorio Emanuele Orlando. Conferenza tenuta all'Istituto Pedagogico Forense di Milano*, in « La Scuola Positiva nella dottrina e nella giurisprudenza penale », XX, vol. I (1910), p. 137.

(57) *Le joujou du pauvre*, BAUDELAIRE.

(58) V.E. ORLANDO, *L'incremento della delinquenza minorile*, cit., p. 137.

grazione, ma la conseguenza è la medesima, si sottraggono i padri « al dovere dell'educazione della prole, mentre fiacca ed incerta ed insufficiente si svolge la tutela della madre, naturalmente più debole, e costretta, alla sua volta, a procacciarsi il pane, per sé e pei figlioli ».

Se la società è la causa, secondo un « vecchio » principio giuridico, la società deve anche rimediare al danno che Orlando definisce « l'infortunio morale sul lavoro » ⁽⁵⁹⁾.

I profondi mutamenti economici, e sociali, rendono palesemente inadeguate le previsioni del legislatore, per cominciare, dice Orlando, dal codice penale che « è da innovarsi nei suoi fondamenti, sia in quanto pone la distinzione che il fanciullo abbia agito con discernimento o senza — la quale distinzione, nella realtà si dimostra tanto meno effettiva quanto più tra il concorso e la mancanza del discernimento non esiste già un taglio netto ma una serie indefinita di gradazioni — sia in quanto dal fatto della minore età, in quanto sia punibile, non trae altra conseguenza che una diminuzione di pena » ⁽⁶⁰⁾.

Orlando non si limita a demolire, facendo riferimento alla sua recente Circolare delinea una serie di rimedi. Anzitutto, valendosi della comparazione con altre esperienze, bisogna agire sulla prevenzione per evitare l'abbandono morale e materiale dei fanciulli. L'esempio viene dall'Ungheria dalla quale, per Orlando, occorre far propria quella che chiama « la *dichiarazione dei diritti dell'uomo adolescente* che si contiene, così espressiva di sociale pietà, nella *legge ungherese* del 1901, secondo la quale tutti i fanciulli materialmente abbandonati, minori dei 15 anni, sono proclamati figli dello Stato » ⁽⁶¹⁾.

C'è, poi, un istituto, quello della decadenza della patria potestà completamente superato dalla realtà, secondo Orlando occorre affiancargli l'istituto del « disincarico della patria potestà ». Si riferisce all'esperienza olandese che ha svincolato la decadenza da valutazioni moralistiche e agisce « nei riguardi di quei genitori che non per

⁽⁵⁹⁾ V.E. ORLANDO, *L'incremento della delinquenza minorile secondo l'on Vittorio Emanuele Orlando. Conferenza tenuta all'Istituto Pedagogico Forense di Milano*, in « La Scuola Positiva nella dottrina e nella giurisprudenza penale », XX, vol. I (1910), p. 139.

⁽⁶⁰⁾ Ivi, p. 140.

⁽⁶¹⁾ *Ibidem*, p. 140.

motivi pravi o immorali, ma per un qualsiasi impedimento di fatto si dimostrino incapaci od impotenti a bene educare i propri figlioli ».

Ma le aperture di Orlando non sono che appena cominciate. Molto interessante è la sua posizione circa i soggetti coinvolti nei rimedi. Lo Stato, abbiamo visto, ma non solo anche la società perché per « promuovere la privazione od il disincarico della patria potestà, sarebbe più opportuna « un'azione popolare », prendendo stavolta a 'modello' l'Olanda. Orlando suggerisce un metodo che consenta di evitare « che l'esercizio di essa non resti soltanto affidato ad uffici burocratici, freddi e tardi di loro natura, ma a spontanee iniziative, animate da un vigile desiderio di bene, che faccian capo ad uffici onorari, composti di persone di buona volontà sul tipo di quei consigli di tutela che così eccellente prova han fatto nella medesima Olanda ».

Le riforme, e profonde, sono necessarie anche per la fase successiva al delitto. Per esempio la riforma già « invocata » da Orlando con la Circolare e cioè la « specificazione del giudice incaricato di istruire sui reati attribuiti ai minorenni, non solo perché il magistrato acquistasse una conoscenza più penetrante e più comprensiva della speciale psicologia dei piccoli delinquenti, ma anche perché si liberasse di quegli abiti che a lungo andare si formano in lui, trattando la delinquenza comune. E bisogna [prosegue Orlando], che il giudice disponga di un *largo potere discrezionale* ispirato al principio della *individualizzazione della pena, che dovrebbe sostituirsi a quella scala rigidamente fissata di pene* attenuate od aggravate da circostanze non meno rigidamente obiettive » ⁽⁶²⁾.

Le riforme sarebbero a metà se non si agisse anche su un altro versante, l'impostazione del penitenziarismo espiazionistico, per usare le parole di Majetti, del sistema.

Orlando concorda con Majetti, il giudice dovrebbe « stabilire il provvedimento, meglio che la pena » e dovrebbe giudicare « Caso per caso, individuo per individuo, reato per reato [...] tenendo conto nell'adottarla del grado di maturità intellettuale e di coscienza morale del fanciullo, dell'influenza dell'ambiente in cui ha vissuto, delle sue predisposizioni ereditarie, di guisa che dalla semplice riprensione possa passarsi alla libertà sorvegliata od alla educazione

⁽⁶²⁾ *Ibidem*, p. 140.

correzionale o infine anche, come dissi, alla prigione, opportunamente adatta ai minorenni » (63).

Principi di flessibilità, dunque, che secondo Orlando dovrebbero informare anche « gli Istituti di educazione correttiva », i quali vanno intesi modernamente: « bisogna che il pubblico intenda e comprenda tutta la figura moderna di essi, che li distingue sostanzialmente dalle antiche forme di asili o di ricoveri di beneficenza. Anche per questi Istituti è da desiderarsi non già un tipo simmetrico, uniforme, unico, ma un ingegnoso sistema di tipi diversi, ciascuno dei quali apparisca più idoneo ad accogliere un tal minorenne, di tale età, di tali condizioni, di tali precedenti, che abbisogni di questo o di quel modo specifico di educazione correttiva, onde si rende necessario che vario sia il regime, più o meno rigorosa la disciplina, più o meno severa la sorveglianza. Ed affinché, dopo il periodo di educazione forzata o di espiazione di pena, il minore non sia nuovamente abbandonato alle tentazioni delittuose, la protezione e la sorveglianza di lui si rendono anche più indispensabili: e qui vasto e fecondo campo si dischiude all'opera dei *patronati*, che deve essere non meno attiva che sistematica: assicurando il collocamento del fanciullo e vigilando l'ambiente in cui viene a trovarsi, occupandosi della condotta che serba » (64).

La Conferenza non finisce ancora di sorprendere. In chiusura Orlando affronta la questione spinosa del rapporto Stato/società, mostrando un'apertura, sulla quale torneremo, in altri tempi impensabile. « Due grandi forze », dice, « si presentano come in contrasto: da un lato, l'intervento dello Stato, più organico, più ordinato, più forte di mezzi finanziari; dall'altro, l'iniziativa privata, più flessibile, più illuminata, più paterna, meno dispendiosa ». Secondo Orlando, le due forze « debbono insieme concorrere e a questo immane compito di umana redenzione », l'auspicio è che « *il diritto futuro romperà le barriere di queste formole tradizionali di un'antiquata scolastica, che all'attività sociale fissa due categorie obbligatorie e distinte, o privata o pubblica; e consentirà invece il sorgere di forme intermedie, che tengano dell'una e dell'altra e*

(63) Ivi, pp. 140-141.

(64) Ivi, p. 141.

rendano possibile una collaborazione feconda di forze individuali e di forze statali » (65).

Comprensibile, dunque, l'entusiasmo di Majetti per un ministro che sostanzialmente avalla la condotta del 'buon giudice' come funzionario e come cittadino.

5. « *Tre cose elastiche v'hanno al mondo: la Bibbia, la trippa e la legge* »: *il problema delle fondazioni dottrinali*.

Il vero limite non è il 'sentimentalismo', pur evocato anche da Gény sul *phénomène Magnaud*, né l'enfasi o i toni pittoreschi di personaggi come Majetti. Gény, come il critico d'arte Leroy, vede nella giurisprudenza di Magnaud, nell'incompiutezza di quelle 'opere', una pericolosa esaltazione delle 'sensazioni' del giudice: "une façon d'impressionisme dans l'application du droit", "sentences purement 'impressionistes", "impressionisme judiciaire" (66). Coglie il vero problema che è di natura giuridica. La questione dell'ingresso di aspetti sociali nei giudizi dei magistrati è solo fumo negli occhi, il vero problema è un altro, trovare una dottrina solida a fondamento dell'interpretazione in un sistema sì giurisprudenziale ma dottrinale e non giudiziale.

(65) *Ibidem*, p. 141.

(66) « Verso il *phénomène Magnaud* Gény non ha alcun movimento simpatetico, anche se lo ritiene non irrilevante e ne affronta il tema come oggetto specifico di una delle appendici alla seconda edizione della *Méthode*: per lui si tratta di "une passade de jurisprudence" e, più volte nel corso del suo lavoro, parla di "une façon d'impressionisme dans l'application du droit", di "sentences purement 'impressionistes'", di "impressionisme judiciaire" e di "jurisprudence de pur sentiment". Giudizio severo, che viene ad essere intensificato nella sua severità dallo "esprit de basse politique", che il rigoroso civilista di Nancy ritiene di rilevare nei giudicati magnaudiani, e dall'attitudine dell'estensore a "se poser en politicien démagogue" », P. GROSSI, *Pagina introduttiva* (ripensare Gény), cit., pp. 32-33. Anche Saleilles "accusa" Magnaud di « subjectivisme ». L'avversione per il *phénomène Magnaud* si spiega, scrive Sabbioneti, per la concezione di una interpretazione che non « è frutto di una esperienza soltanto individuale, ma si costruisce attraverso un dialogo tra testo e interprete, nel quale quest'ultimo si situa come attore all'interno di un contesto e di una tradizione », M. SABBIONETI, *Democrazia sociale e diritto privato. La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)*, cit., p. 333, P. COSTA, *L'interpretazione della legge: François Gény e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, in « Quaderni fiorentini », 20 (1991), p. 210.

Majetti è un personaggio con i suoi limiti e le sue sentenze non hanno certo la forza di condizionare l'ordine giuridico, né da Majetti si può attendere, o temere, la fondazione di un movimento o ancor meno una 'scuola'.

Majetti, tuttavia, rappresenta una minaccia, questo sembra il senso della valutazione di Luigi Lucchini sul 'buon giudice': « le sentenze sono discrete », scrive Lucchini, « per la forma e per la sostanza, quantunque siano scritte con stile enfatico e colorito. Il volume "La lotta della scienza del diritto" di Hermann U. Kantorowicz, tradotto dal Majetti, è indizio sicuro che egli conosce la lingua tedesca, ma non ha importanza qualsiasi. Anzi, qua e là, nella prefazione e nelle note esprime concetti non accettabili, specie intorno alla interpretazione delle leggi [...]. Sicché si tratta di un magistrato dall'ingegno fervido, ma non completamente equilibrato » (67).

Il 'modesto' magistrato mostra troppo entusiasmo (68) verso la dottrina del diritto libero, nonostante le maggiori cautele inserite nella traduzione italiana (69). Il problema non è Majetti ma lo scopo, raggiunto, attraverso la divulgazione dell'opera di Kantorowicz e cioè aprire un dibattito nella dottrina italiana.

Il nodo della questione è il rapporto giudice/legge, Majetti scrive che quelli che il legislatore « chiama *pretesti* "il silenzio,

(67) Consiglio superiore della magistratura. Sezione seconda. Seduta del 17 gennaio 1909. Archivio centrale dello Stato. Ministero Grazia e Giustizia. Fascicolo personale Majetti, busta 0697. Cfr., F. VENTURINI, *Un "sindacato" di giudici da Giolitti a Mussolini*, cit., p. 62.

(68) Troppo entusiasta viene considerato anche dal « moderato » Polacco per il quale, per « la realizzazione degli stessi ideali solidaristici portati innanzi dal movimento inadeguata si presenta l'opera del giudice, mentre riforme "sancite per legge, avrebbero efficacia universale" », P. GROSSI, *"Il coraggio della moderazione" (Specularità dell'itinerario riflessivo di Vittorio Polacco)*, in « Quaderni fiorentini », 18 (1989), p. 237. La traduzione di Majetti viene anche recensita da Croce su *La Critica*. Il filosofo nega il valore dottrinale dell'opera e in quanto contributo per la pratica il lavoro non è da apprezzare anche per la mancanza di un ordine gerarchico delle fonti normative extralegali », cfr., F. ROSELLI, *La traduzione italiana de "La lotta per la scienza del diritto" di Gnaeus Flavius*, cit., pp. IX ss.

(69) Soppresso il brano « sulla non necessità di motivare le sentenze, l'aggiunta delle pp. 137-140, ove il giudizio *contra legem* viene ammesso solo in casi estremi e mai secondo l'arbitrio personale, o l'affermazione [...], in cui l'a. sostiene doversi svolgere l'attività giudiziale *praeter*, non *contra legem*, Ivi, p. IX e p. XXI.

l'oscurità, l'insufficienza, la contraddizione" (70) nella legge », sono invece « viva e dolorante realtà, cui tenta di porgere soccorso l'art. 3 delle disposizioni preliminari al Codice civile, mercé l'analogia ed i "principî generali di diritto" che sarebbero — secondo una lodata definizione — "le regole fondamentali desunte dal diritto storico, ordinate dal diritto attuale, e quelle teoriche e giuridiche, che servirono di guida al legislatore nel comporre la legge" ... centinaia d'anni indietro! ».

La verità, per Majetti, è quella "condensata" da Guerrazzi nella « gioconda espressione: "tre cose elastiche v'hanno al mondo: la Bibbia, la trippa e la legge" » (71), cioè la verità è che il diritto è un eterno divenire, la legge è viva e non può essere chiusa nelle rigide forme d'un codice, la legge non può essere « messa in bottiglia, come dicono gli anglo-americani » (72).

Il problema sta proprio nel conciliare l'ingresso dell'esperienza nei giudicati mantenendo un quadro coerente e solido alla interpretazione della giurisprudenza, ma senza ricorrere necessariamente ad un « sistema completo », né ad una « interpretazione dogmatica », questa va bene quando interpreta la legge e ci si imbatte in lacune, ma la giurisprudenza non può fondarsi più sul solo diritto statale.

Majetti, nel 1908, non può non far riferimento alla sentenza Mortara, sul voto alle donne, del 25 luglio 1906 (73), un elevatissimo esempio da seguire nell'esercizio della funzione interpretativa da parte dei magistrati italiani.

Personalmente contrario, giuridicamente favorevole, aveva dichiarato Mortara, impersonando l'*habitus* del magistrato descritto da Kantorowicz: « il giudice non deve porre in campo una volontà

(70) Libro 2; titolo 3; capitolo 4; articolo 178; comma 1, codice penale del 1889: « Il pubblico ufficiale, che per qualsiasi pretesto, anche di silenzio, oscurità, contraddizione o insufficienza della legge, omette o rifiuta di fare un atto del proprio ufficio è punito con la multa da lire cinquanta a millecinquacentesimo ».

(71) R. MAJETTI, *Prefazione del traduttore*, in H. KANTOROWICZ, *La lotta per la scienza del diritto*, cit., p. 40.

(72) Ivi, p. 41.

(73) L. LACCHÉ, « *Personalmente contrario, giuridicamente favorevole* ». *La « sentenza Mortara » e il voto politico alle donne (25 luglio 1906)*, in, *Donne e diritti. Dalla sentenza Mortara del 1906 alla prima avvocata italiana*, a cura di N. SBANO, Bologna, Il Mulino, 2004, pp. 99-151.

del legislatore (la quale non esiste affatto), mercé tutti quei mezzi fallaci da noi qualificati della “dommatica legata”; cioè le artificiose interpretazioni, finzioni e costruzioni (in virtù delle quali o la volontà propria si sostituisce a quella pretesa del legislatore, ovvero si foggia un nudo fantasma cui non corrisponde alcuna reale volontà); ma dovrà decidere conforme la regola che, giusta il suo fermo convincimento, il legislatore avrebbe oggi adottata, qualora il caso specifico gli fosse capitato: anche se cotal decisione ripugni al suo sentimento personale » (74).

Mortara, con quella sentenza, dimostra in effetti che « Il legislatore non è più il “padrone della legge”; questa è un’entità formale che più si allontana dalla volontà del legislatore storico, più il magistrato è “obbligato” ad interpretare per farle conseguire quegli obiettivi di giustizia e di utilità sociale che soli si possono ricavare dall’insieme degl’elementi positivi » (75).

Il buon giudice Majetti è un uomo di grande cultura ma soprattutto un pratico, della sentenza Mortara coglie l’aspetto che più direttamente lo coinvolge e non può non apprezzare il valore di una sentenza che viene da uno dei magistrati più stimati per statura scientifica. Majetti invia una copia della traduzione a Mortara, il quale risponde con una lettera del 7 febbraio 1908, con la quale ringrazia Raffaele Majetti e « si dice lieto di essere stato chiamato *Mitkämpfer* nella dedica autografa » (76).

Ma la sentenza Mortara è anche un esempio di quella giurisprudenza ‘impressionista’ criticata da Géný. Una sentenza che mostra il “coraggio” del magistrato ma a che pro una sentenza che suscita tanto clamore, in una modalità di azione a colpi di sentenze clamorose, a colpi d’*impressionismo*? La generalizzazione delle conquiste di civiltà per l’ordinamento giuridico rimane di competenza della dimensione politico-legislativa. L’Italia del nuovo secolo, prima di creare ‘nuovi’ diritti deve risolvere il problema di garantire

(74) H. KANTOROWICZ, *La lotta per la scienza del diritto*, cit., p. 137.

(75) L. LACCHÉ, « *Personalmente contrario, giuridicamente favorevole* ». *La « sentenza Mortara » e il voto politico alle donne (25 luglio 1906)*, cit., p. 144.

(76) F. ROSELLI, *La traduzione italiana de “La lotta per la scienza del diritto” di Gnaeus Flavius*, cit., p. XXIII.

i pochi, solo formalmente, dichiarati acquisiti e soprattutto l'aporia tra norme e realtà sociale.

La sentenza viene criticata dall'amico Vittorio Emanuele Orlando, ma questi non esita a chiamare Mortara a far parte della sua commissione per la riforma della giustizia. Orlando condivide e apprezza l'ancoraggio costituzionale della decisione, perché « nessuno ha saputo coniugare al pari di Mortara il problema del fondamento epistemologico del processo con quello della giustizia e del suo ordinamento » perché è tra quelli che hanno coltivato con la processualistica gli studi di diritto costituzionale (77). In definitiva Mortara adotta un punto di vista costituzionale, perché in fondo, aveva creduto nel carattere "liberatorio" del pur fragile Statuto albertino » (78).

Su questo versante si stavano muovendo da qualche anno altri uomini riconducibili al magistero di un altro costituzionalista, Luigi Luzzatti. Un'altra generazione e un'altra formazione, più un giurista della Restaurazione che l'intellettuale post-orlandiano, ma drammaticamente attuale perché l'eclettismo (79) cacciato dai portoni delle Università era tornato dai finestrone del pragmatismo frequentato nelle aule dei tribunali.

Per queste personalità, in una fase di 'transizione', cioè di "crisi" dello Stato liberale, non è tempo di costruzione di dogmi, occorre ben altra agilità di intervento e di elasticità mentale.

(77) L. LACCHÉ, « Personalmente contrario, giuridicamente favorevole ». *La « sentenza Mortara » e il voto politico alle donne (25 luglio 1906)*, cit., p. 117.

(78) Ivi, p. 150. Sulle riflessioni di Mortara circa il metodo di interpretazione vedi M. MECCARELLI, *Le Corti di Cassazione nell'Italia unita. Profili sistemati e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata (1865-1923)*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 238 ss., Id., *Giurisdizione penale e legalità in Lodovico Mortara*, in « Quaderni fiorentini », 36 (2007), *Principio di legalità (per Mario Sbriccoli)*, I, pp. 957-979.

(79) Quella vocazione "costituzionale", scrive Lacché, « 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 in quel crocevia fondamentale che collega il tema della garanzia giuridica della difesa tecnica con la questione cruciale della garanzia politico-costituzionale », L. LACCHÉ, *Il 'canone eclettico'. Alla ricerca di uno 'strato profondo' della cultura giuridica italiana dell'Ottocento*, in « Quaderni fiorentini », XXXIX (2010), pp. 167-168.

Mentre Mortara entra in magistratura ⁽⁸⁰⁾, nel 1902, Luzzatti ha voluto Orlando nella prestigiosa università romana ⁽⁸¹⁾ e con lui dà vita ad un nuovo progetto: l'« Archivio del diritto pubblico e dell'amministrazione italiana », iniziativa sulla quale torneremo.

Luzzatti, fin dal 1867, all'inizio della sua carriera accademica, indica nella Costituzione e nel diritto costituzionale gli strumenti della libertà « concetti, non originali certo, ma sempre ricorrenti nel pensiero di Luigi Luzzatti » ⁽⁸²⁾.

⁽⁸⁰⁾ Le vicende accademiche di Mortara sono significative, certamente « non poteva non aspirare alla magistratura. Quello che senza dubbio era l'occhiale da sempre inforcato da Mortara per leggere il processo [...] diventava così la *causa efficiens* ». Mortara, nel dicembre del 1902, entra come consigliere di Cassazione, ma di fatto « non poté compiere l'ultimo tratto di strada per entrare nel corpo accademico della Sapienza », l'impedimento è « dovuto soprattutto all'abile strategia accademica di Vittorio Scialoja, preside della Facoltà romana nonché riconosciuto caposcuola di una scienza romanistica rinverditasi alla fonte della pandettistica tedesca e ben consapevole di poter giocare un ruolo di primissimo piano in campo epistemologico », L. LACCHE', « *Personalmente contrario, giuridicamente favorevole* ». *La « sentenza Mortara » e il voto politico alle donne* (25 luglio 1906), cit., pp. 107-108.

⁽⁸¹⁾ « Io mi trovavo a Palermo », ricorda Orlando, « professore di diritto amministrativo: a casa mia, tranquillo. La Facoltà giuridica di Roma, che allora poteva forse essere considerata come la prima d'Europa, meravigliosa per dottrina e per zelo universitario, costituita, direi, di creatori, perché ogni docente aveva quasi creato la propria scienza, si trovava ad avere due professori di diritto pubblico: uno di diritto costituzionale e uno di diritto amministrativo, ed erano ambedue uomini politici di primo piano, ex Presidenti di Consiglio. Quello di diritto costituzionale era Luzzatti, quello di diritto amministrativo era Salandra ». Due uomini che difficilmente in quei tempi non avrebbero fatto parte del governo, così si pensa ad Orlando « in sostanza per sostituire o Luzzatti nel diritto costituzionale, o Salandra nell'amministrativo, ove l'uno o l'altro fosse stato assunto al Governo ». Ebbene, scrive Orlando, Luzzatti, « che forse per un certo senso egoistico avrebbe potuto avere una qualche propensione ad opporsi a quella chiamata [...], fu invece proprio quello che con maggior fervore sostenne la proposta », V.E. ORLANDO, *Introduzione*, in L. LUZZATTI, *L'ordine sociale*, Bologna, Zanichelli, 1952, p. XVII.

⁽⁸²⁾ Nella « *Prelezione*, letta all'Università di Padova all'inizio della sua carriera accademica il 13 dicembre 1867, ad uno dei suoi corsi, e dedicata appunto al tema *Del metodo nello studio del diritto costituzionale* », C. GHISALBERTI, *Concezione dello Stato e idee costituzionali in Luigi Luzzatti*, in, *Luigi Luzzatti e il suo tempo. Atti del Convegno internazionale di studio (Venezia, 7-9 novembre 1991)*, a cura di P.L. BALLINI, P. PECORARI, Venezia, Istituto Veneto di Scienze Lettere ed Arti, 1994, p. 18. Il Luzzatti costituzionalista sconta la molteplicità di interessi e un « metodo sistematicamente poco approfondito », tuttavia la dimensione costituzionale rimane il filo rosso che lega le sue

Sebbene Luzzatti abbia in mente un tipo di costituzione « prodotto della storia », cioè la costituzione inglese, guarda realisticamente, pragmaticamente « allo Statuto albertino ed alla realtà italiana. Ed allora l'esempio inglese, di una costituzione esemplare figlia della storia, gli serve per invocare un'interpretazione storicistica, e quindi progressiva di quel testo subalpino prima ed italiano poi » ⁽⁸³⁾.

Il riferimento allo Statuto serve a Luzzatti « per discostarsene al fine di formulare principi innovativi e soluzioni estranee al suo originale dettato, o [...], invece, parte da lontano per tornare ad esso allo scopo di integrarne la lettura e la comprensione con richiami ad esperienze storiche, a modelli stranieri od a postulati ideologici a quello del tutto estranei » ⁽⁸⁴⁾.

La dimensione costituzionale 'concessa' dallo Statuto albertino sconta però tanti, noti, limiti, primo fra tutti l'incapacità di porsi come norma sovraordinata: « lo Statuto è solo il 'presupposto' dei diritti, ma questi esistono concretamente solo per il tramite della legge, perché solo la legge è dotata di autentica forza giuridica, capace d'incidere nella disciplina dei rapporti tra consociati » ⁽⁸⁵⁾.

Su questo versante sembra muoversi Francesco Racioppi, allievo di Luzzatti ⁽⁸⁶⁾, sollecitato dal maestro ad occuparsi di una

molteplici attività tra le quali privilegia, appunto, l'insegnamento del diritto costituzionale, cfr., M. GALIZIA, *Gli esordi di Luigi Luzzatti negli studi di diritto costituzionale, in Agricoltura e diritto. Scritti in onore di Emilio Romagnoli*, Milano, Giuffrè, 2000, I, p. 118. V.E. Orlando, coglie la complessità del Maestro, la difficoltà « di distaccare e di isolare uno solo dei lati della sua poliedrica figura », perché proprio « questa unità nella multiformità appare il carattere più tipico del Maestro scomparso ». Luzzatti non facilita il compito anche perché, scrive Orlando, « i contributi che Egli apportò alla scienza nostra non sono forse rappresentati per la maggior parte dagli scritti che ci rimangono, per pregevoli che essi siano, in confronto degli insegnamenti da Lui dati e dell'attività da Lui svolta, nella scuola e per la scuola », V. E. ORLANDO, *Introduzione*, in L. LUZZATTI, *L'ordine sociale*, cit., pp. XII-XIII.

⁽⁸³⁾ C. GHISALBERTI, *Concezione dello Stato e idee costituzionali in Luigi Luzzatti*, cit., pp. 18-19. Ma anche il modello belga: L. LACCHÉ, *La Costituzione belga del 1831 in « Storia Amministrazione Costituzione »*, 9 (2001), p. 73.

⁽⁸⁴⁾ C. GHISALBERTI, *Concezione dello Stato e idee costituzionali in Luigi Luzzatti*, cit., p. 20.

⁽⁸⁵⁾ M. FIORAVANTI, *Costituzione e Legge fondamentale*, in « Diritto pubblico », 2, maggio-agosto 2006, p. 481.

⁽⁸⁶⁾ « conobbi e amai Francesco Racioppi », scrive Luzzatti e, « quando alla fine

« storia delle dottrine costituzionali, che avevano governato le preparazioni dei principali Statuti, in Europa, nelle Americhe, nelle colonie inglesi e nell'Asia giapponese » (87). Racioppi, in effetti, sarà autore di numerose pubblicazioni di studio comparativo sulle esperienze costituzionali europee ed americane e non potrà che riconoscere i limiti di costituzioni come quella italiana, edificate « piuttosto come barriere al passato, come programmi ed abbozzi, anziché come leggi e compiute ed applicabili in sé stesse », tuttavia non può essere una motivazione valida per rinunciare alla difesa giuridica, perché « per modesto che sia il contenuto di una costituzione » (88), se alcuni limiti vi sono scritti, considera Racioppi, è per essere rispettati e fatti rispettare » (89).

Nella stessa Europa c'è un testo costituzionale, che ha ispirato anche lo Statuto albertino, da portare ad esempio per superare i limiti delle costituzioni liberali, la costituzione belga. Ricorda Luzzatti che se gli inglesi sono maestri per i costumi, se « si consideri la libertà nelle leggi, il Belgio si può dire una piccola Inghilterra [...]. La sua costituzione, *investigata sotto l'aspetto teorico*, è un modello di popolari franchigie e accoglie senza alcun temperamento quasi tutti i principii del diritto pubblico proclamati dai più illustri scrittori » (90).

Certo, da un lato, bisogna ricondurre la fonte legislativa alla sua valenza reale, e non al « culto feticistico », ma su questo versante il tempo darà i suoi frutti e la questione sociale mostra con tutta evidenza l'utopia illuministica, d'altro lato occorre intervenire sull'idea del potere giudiziario, avvicinandosi quantomeno all'idea belga.

del 1895 dallo Studio di Padova fui trasferito a quello di Roma per continuarvi l'insegnamento del diritto costituzionale, ebbi l'occasione di stimar sempre più quel giovane pieno di valore e di modestia e lo invitai ad aiutarmi nelle mie lezioni », L. LUZZATTI, *Prefazione* a F. RACIOPPI, I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1909, vol. I, p. VII.

(87) Ivi, p. IX.

(88) F. RACIOPPI, *Il potere giudiziario nel Governo costituzionale. Conferenza detta al Circolo Giuridico di Roma la sera del 30 gennaio 1900*, Roma, Tipografia nazionale di G. Bertero, 1900, p. 22.

(89) Ivi, p. 16.

(90) L. LACCHÉ, *La Costituzione belga del 1831*, cit., pp. 72-73.

In questa direzione si muove anzitutto l'allievo di Luzzatti, Attilio Brunialti, che partendo dall'architettura costituzionale del potere giudiziario, pone il problema della rilevanza "politica" dell'attività giurisdizionale ⁽⁹¹⁾, « con un saggio sulla *Funzione politica del potere giudiziario* tutto costruito sulla tesi dell'indipendenza della magistratura secondo il modello inglese » ⁽⁹²⁾. Pur con tutte le contraddizioni e i limiti di Brunialti ⁽⁹³⁾, la nozione stessa di funzione politica del potere giudiziario apre a prospettive inimmaginabili ⁽⁹⁴⁾.

Come già rilevato, uno strumento di lavoro considerato indispensabile da Luzzatti è la comparazione: « un laboratorio empirico per l'ordinamento italiano in via di trasformazione » ⁽⁹⁵⁾. Non a caso Brunialti fonda nel 1884 una straordinaria vetrina sull'esperienza costituzionale anglosassone, la « Biblioteca di Scienze Politiche ». I testi, osserva Schiera, sono così messi a « a disposizione del dibattito in corso sulla scena accademica italiana » e all'impresa collabora anche il fondatore del diritto amministrativo italiano, Vittorio Emanuele Orlando. In altre parole si stava aprendo « un ponte verso una considerazione più concreta dei compiti crescenti dell'amministrazione pubblica » ⁽⁹⁶⁾ e in questa direzione andrà anche la già ricordata fondazione della rivista « Archivio del diritto pubblico e dell'amministrazione italiana ».

Se il problema è il ruolo del giudice, la dimensione del problema è anzitutto costituzionale. Anche Majetti conclude la sua prefazione a Kantorowicz con un riferimento al potere giudiziario,

⁽⁹¹⁾ L. LACCHÉ, *Il potere giudiziario come "potere politico" in Attilio Brunialti*, in « Storia Amministrazione Costituzione », 7 (1999), p. 32.

⁽⁹²⁾ I. PORCIANI, *Attilio Brunialti e la "Biblioteca di Scienze Politiche". Per una ricerca su intellettuali e Stato dal trasformismo all'età giolittiana*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, a cura di A. MAZZACANE, Napoli, Liguori, 1986, p. 202.

⁽⁹³⁾ Per tutti, G. CAZZETTA, *Una Costituzione "sperimentale" per una società ideale. I modelli giuridico-politici di Attilio Brunialti*, in « Quaderni fiorentini », 15 (1986), pp. 307-353.

⁽⁹⁴⁾ L. LACCHÉ, *Il potere giudiziario come « potere politico » in Attilio Brunialti*, cit., pp. 25-45.

⁽⁹⁵⁾ *Ivi*, p. 27.

⁽⁹⁶⁾ P. SCHIERA, *L'amministrazione pubblica in Europa tra costituzionalismo e solidarietà*, in « Scienza & Politica », 38 (2008), p. 8.

quello degli Stati Uniti. « Nessuna nazione del mondo, quanto alla costituzione del Potere giudiziario », ricorda Majetti, « ha saputo mai raggiungere l'altissima civiltà degli Americani! ... Più che il Parlamento, chi protegge la nostra libertà è il Potere giudiziario! ... » (97).

Senza andare troppo lontano, nella sua stessa città, si sono ascoltati gli stessi discorsi. Racioppi ha riproposto il discorso di Brunialti sul ruolo del giudice e sulla politicità della funzione giudiziaria, con la differenza che sono passati trent'anni e lo Stato ha notevolmente ampliato la sua capacità normativa soprattutto attraverso gli apparati amministrativi.

L'occasione è un evento di grande rilevanza, la vicenda dei cd. decreti Pelloux e soprattutto la successiva sentenza della prima sezione della Corte di cassazione di Roma del 20 febbraio 1900 (98). Un episodio della vita politica e giuridica del nostro paese che nella sostanza conferma il legame tra politica e magistratura, una « comunanza di intenti » nell'offrire « alla Sinistra moderata un'occasione — di per sé non risolutiva — per uscire da una crisi il cui esito restava incerto » (99). Sulle pagine del Commento allo Statuto si mantiene un certo distacco, anzi ci si domanda se veramente sia stata compresa la reale portata della sentenza, perché in sostanza la suprema Corte avrebbe detto al potere esecutivo: « In questo caso speciale vi dò torto per un motivo più che altro di ordine; ma non dico che, in massima, non possiate far uso dei decreti-legge come avete fatto altre volte » (100).

Com'è noto, Ignazio Brunelli è l'autore 'materiale' del Commento che viene alla luce dopo la scomparsa di Francesco Racioppi.

(97) R. MAJETTI, *Prefazione del traduttore*, in H. KANTOROWICZ, *La lotta per la scienza del diritto*, cit., p. 50.

(98) Per la ricostruzione della vicenda e le riflessioni della dottrina si rimanda a M. MECCARELLI, *La questione dei decreti-legge tra dimensione fattuale e teorica: la sentenza della Corte di Cassazione di Roma del 20 febbraio 1900 riguardo al R.D. 22 giugno 1899 n. 227*, in « Historia constitucional », rivista electrónica, <http://hc.rediris.es/06/index.html>, § 48.

(99) L. LACCHÉ, *La lotta per il regolamento: libertà politiche, forma di governo e ostruzionismo parlamentare. Dalle riforme Bonghi al regolamento Villa del 1900*, in « Giornale di Storia Costituzionale », 15/I semestre, (2008), p. 41.

(100) F. RACIOPPI, I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1909, vol. III, p. 472.

In particolare sul titolo *Dell'ordine giudiziario*, ovvero il terzo volume pubblicato nel 1909, Brunelli scrive che non c'erano che « brevi e confusi appunti » che però, non a caso, accennano proprio « al sindacato giudiziario sulle leggi » ⁽¹⁰¹⁾.

Francesco Racioppi, docente di diritto costituzionale all'Università di Roma, tiene il 30 gennaio 1900 una Conferenza, inserendosi nel dibattito sul ruolo e sui limiti del potere giudiziario nei confronti delle leggi e della produzione normativa dell'esecutivo. Il riferimento alla vicenda Pelloux è esplicito ed è inequivocabilmente un giudizio di censura.

Anzitutto rileva, Racioppi, che il problema non si risolve con una esplicita attribuzione di competenza ai giudici, perché la questione ben più importante sta nel modo in cui « vien considerato il potere giudiziario nel sistema delle istituzioni libere » ⁽¹⁰²⁾. Dunque, il discorso s'inserisce, come detto, in una riflessione, se non addirittura un progetto, trentennale.

In Inghilterra « le libertà individuali riposano tranquille sull'opera indefettibile dei magistrati, e la costituzione, più che di affermazioni vaghe e generiche, è intessuta di sentenze ed è quasi opera dei giudici, non essendovi questione di diritto pubblico per la quale non possano ricordarsi, accanto ai precedenti parlamentari e politici, i precedenti ben più obiettivi e positivi delle Corti di giustizia » ⁽¹⁰³⁾. Ecco perché là, in Inghilterra e non sul continente, l'uniforme applicazione della legge è garanzia di giustizia.

L'errore sta nel credere che sia sufficiente la garanzia del « reciproco buon volere dei poteri pubblici e l'educazione del popolo » ⁽¹⁰⁴⁾ mentre altrettanto fondamentale è la garanzia giuridica del cittadino nei confronti dell'esecutivo.

Racioppi parte dalla considerazione che la libertà ha bisogno tanto del presidio politico quanto del giuridico. La difesa politica si attua nella forma di governo rappresentativa nella quale l'opinione pubblica si esprime in due istituti: le elezioni e i parlamenti; la difesa

⁽¹⁰¹⁾ I. BRUNELLI, *Avvertenza*, in F. RACIOPPI, I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, cit., vol. I, p. XXI.

⁽¹⁰²⁾ F. RACIOPPI, *Il potere giudiziario nel Governo costituzionale*, cit., pp. 31-32.

⁽¹⁰³⁾ Ivi, p. 14.

⁽¹⁰⁴⁾ Ivi, p. 33.

giuridica si attua nella forma di governo costituzionale che prevede un sistema complesso di controlli di difesa delle libertà civili nei confronti del governo ⁽¹⁰⁵⁾. Le due garanzie devono essere parimenti conseguite altrimenti si finisce col possedere solo la metà del necessario, così come mostra l'azzeccata metafora della statua della libertà che, ricorda Racioppi, in Francia è meno della metà rispetto all'originale degli Stati Uniti.

Per prima cosa si cita, perlopiù a sproposito, l'esperienza inglese, della quale i popoli latini « si fecero abbagliare dalla parte più appariscente delle istituzioni » ⁽¹⁰⁶⁾ ma gli anglosassoni hanno sviluppato al pari il sistema costituzionale che per Racioppi si impernia sull'idea del controllo giuridico ⁽¹⁰⁷⁾.

Il problema non è la temuta soggezione del giudice alla politica, anzi negli Stati Uniti, dove si è andati « anche più in là della madre patria; si è giunti ad uno sviluppo tale del Giudiziario, che nulla più rimane a desiderare pel perfezionamento del sistema politico », perché oltre Atlantico opera l'istituto del « sindacato dei giudici sulla costituzionalità delle leggi » ⁽¹⁰⁸⁾.

6. *Il giudice cittadino e il solidarismo giuridico.*

L'impressione è che Racioppi abbia ragione, cioè che la questione del rapporto politica-magistratura sia mal posto ⁽¹⁰⁹⁾. La questione non è tanto di gerarchia tra norme, ma di confini, e

⁽¹⁰⁵⁾ Ivi, p. 4.

⁽¹⁰⁶⁾ Ivi, p. 5.

⁽¹⁰⁷⁾ Cioè il « grande assente », come scrive Meccarelli, nell'esperienza italiana post-unitaria, M. MECCARELLI, *Il grande assente? Controllo di costituzionalità e giurisdizione suprema nell'Italia post-unitaria*, in « Giornale di Storia Costituzionale », /II (2002), pp. 173-188.

⁽¹⁰⁸⁾ F. RACIOPPI, *Il potere giudiziario nel Governo costituzionale*, cit., p. 15.

⁽¹⁰⁹⁾ Come è noto la questione è stata posta da Pietro Saraceno (*Alta magistratura e classe politica dalla integrazione alla separazione. Linee di una analisi socio-politica del personale dell'alta magistratura italiana dall'unità al fascismo*, Roma, Edizioni dell'Ateneo & Bizzarri, 1979). Nella *Premessa* l'autore suggeriva lo scopo del lavoro: « valutare l'effettività del presupposto della concreta separazione del potere giudiziario in Italia, controllare, in altre parole, se l'attività politica e l'attività giudiziaria fossero affidate non solo ad istituzioni diverse, ma anche ad uomini diversi » (p. 9). Vale la pena ricordare che i magistrati in ogni caso hanno avuto una rappresentanza tanto nei vertici

soprattutto di quelli culturali. La vera urgenza, in ogni caso, è portare la vita reale nella dimensione giuridica, non attraverso un legislatore illuminato ma attraverso l'interpretazione dei giudici nei loro *concretissimi* casi.

Majetti tributa a Matteo Galdi il merito di aver parlato « subito, e magistralmente » di diritto libero nel 1906, e poi nel 1908 « sviluppava ancor meglio, ed originalmente, la nuova concezione come quella che sarà eminentemente risanatrice », non a caso, « della “tecnica giudiziaria” » ⁽¹¹⁰⁾.

Galdi è « un modesto civilista di scuola napoletana, che, come libero docente, ha tenuto per tanti anni dei corsi di Diritto civile nell'Ateneo di Napoli, conosciuto soprattutto per molte opere a carattere tecnico-pratico diffusissime nel fôro » ⁽¹¹¹⁾.

Forse proprio la sensibilità del pratico permette a Galdi di individuare i termini della “crisi”, cioè le fonti del diritto, e di individuare nell'interpretazione, e dunque nella vita pratica, la soluzione. « Le vigenti legislazioni del mondo », scrive Galdi, « ostacolano lo sviluppo di questa nuova coscienza giuridica sociale », l'idea stessa di « codificazione, intesa come una raccolta di norme atta a risolvere tutte le questioni di diritto privato [...] è un impaccio all'applicazione della vera giustizia ». Questa è la ragione principale per cui i codici, sin dalla loro promulgazione, sono in crisi, e non s'è raggiunta la certezza del diritto. Un codice, secondo Galdi « deve essere la raccolta di principii fondamentali formulati in regole certe e precise, ed espressi in testi chiari e sobrii, i quali principii debbono irradiare tutta la legislazione civile, rendere i testi adattabili alle esigenze della vita » ⁽¹¹²⁾.

Galdi si unisce al coro di critiche dei ‘codici alla francese’, cioè a quell'impostazione individualistica del legislatore che « considera l'individuo, come agente isolato, per il suo scopo, con sentimenti

dell'esecutivo, quanto nel legislativo: non solo come deputati ma anche tra i senatori che anzi sono i maggiori promotori di leggi attinenti l'ordine giudiziario.

⁽¹¹⁰⁾ R. MAJETTI, *Prefazione del traduttore*, in H. KANTOROWICZ, *La lotta per la scienza del diritto*, cit., p. 38.

⁽¹¹¹⁾ P. GROSSI, « Il coraggio della moderazione » (*Specularità dell'itinerario riflessivo di Vittorio Polacco*), in « Quaderni fiorentini », 18 (1989), p. 232.

⁽¹¹²⁾ M. GALDI, *Il diritto novo. Studio giuridico sociale*, Napoli, Tip. Giannini & Figli, 1908, p. 26.

egoistici, non come un agente in cooperazione con altri agenti, e con interessi comuni » (113).

La soluzione è aprirsi alla solidarietà, questa può temperare « l'abuso del diritto, estendere la responsabilità al di là della colpa ed arrivare sino a determinare l'obbligo dell'assistenza reciproca, [che] non è ammessa nel demanio giuridico sociale » (114). Il codice 'alla francese' s'è limitato a sanzionare la libertà e l'eguaglianza « della personalità umana », mentre la fratellanza viene riservata « al demanio della coscienza ». Tuttavia, il *ius fraternitatis* « è principio giuridico, ed è il fondamento razionale del diritto sociale » (115). Posto che « L'individuo isolato non esiste » (116), secondo Galdi, occorre una riforma legislativa, ma nel senso ricordato poco sopra, allo scopo di ristabilire l'equilibrio tra diritto individualistico e diritto socialista: « Questo principio il legislatore dovrebbe affermare, con regole giuridiche fondamentali, lasciando ai giudicanti la piena libertà di spirito, per applicarle nei singoli casi, secondo il fatto richiede. Egli dovrebbe tener conto che occorre rafforzare la nozione del dovere, col sapersi rappresentare, nell'unione di sentimenti e di fratellanza la maggiore possibile, i diritti dell'uno in confronto dell'altro » (117).

Le considerazioni di Galdi ricordano molto da vicino le ben più famose riflessioni del solidarista francese Bourgeois: « il y a entre chacun des individus et tous les autres un lien nécessaire de *solidarité*; c'est l'étude exacte des causes, des conditions et des limites de cette solidarité qui seule pourra donner la mesure des droits et des devoirs de chacun envers tous et de tous envers chacun, et qui assurera les conclusions scientifiques et morales du problème social » (118). Bourgeois, nel 1896, redige il manifesto della Terza

(113) Ivi, p. 27.

(114) Ivi, p. 28.

(115) Ivi, p. 29.

(116) « Egli vive con altri individui, coi quali ha comuni i destini. Egli attinge dalla vita sociale e comune, i mezzi e la garanzia della sua esistenza e del suo svolgimento; in corrispettivo di questo vantaggio che gli offre la società ha il dovere di modificare il suo diritto, quando il bisogno della vita sociale lo richiede », *Ibidem*.

(117) Ivi, p. 38.

(118) L. BOURGEOIS, *Solidarité*, Paris, Armand Colin et C.ie éditeurs, 1896, p. 15.

Repubblica francese (119), ovvero, « difendere la proprietà ma auspicarne la frammentazione e la moltiplicazione, ridurre le differenze sociali senza però perseguire disegni palinogenetici, in sintesi, valorizzare l'individuo ma insistere sui legami intersoggettivi che rendono ciascuno 'responsabile' solidalmente di ogni altro » (120).

La proposta di Bourgeois si propone come un'attuazione moderna dei principi dell'89 (121), a cominciare dal principio d'eguaglianza incastrato in una gabbia puramente formale. Il principio d'eguaglianza viene, così, declinato senza « azzerare le differenze di classe e attaccare la proprietà ». Quest'ultima, però, dev'essere rinnovata nella sua funzione, cioè bisogna « renderla 'socialmente responsabile', utilizzarla a sostegno di un sistema efficiente di 'assicurazioni sociali' ». Anche il principio della concorrenza deve passare sotto il filtro della solidarietà, lasciare « che la gara sociale si svolga liberamente in modo che trionfino i migliori » ma dopo che siano state ridotte le « differenze sociali », e sia stata garantita « l'eguaglianza nelle condizioni iniziali » (122).

Non basta, dunque, "liberare" il giudice, occorre "liberare" il

(119) « It is interesting that the word "solidarity", which was still considered to be a French word, was first named as a politically important linguistic term in 1848 in connection with Chartism. The meaning remained vague, but pointed in the direction of group solidarity, of cohesion within the labor force in their battle against the industrialists, a meaning such as that generally possessed by the term for labor organizations since the middle of the century. For the area of social weakness or social aid, the term remained without relevance in England and Scotland », K.H. METZ, *Solidarity and History. Institutions and Social Concepts of Solidarity in 19th Century Western Europe*, in, *Solidarity*, a cura di K. BAYERTZ, Dordrecht-Boston-London, Kluwer Academic Publishers, 1999, p. 197.

(120) P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 3. La civiltà liberale*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 76.

(121) In particolare la *fraternité* dell'89 non era stata capace di fondare né una politica né veri diritti, anche per l'incertezza dei suoi contenuti e le differenti accezioni del concetto. Tuttavia dalla seconda metà del XIX secolo il posto che la fraternità non è riuscita a prendere viene occupato « par une notion voisine, ou plutôt par sa version laïcisée et rationalisée, la solidarité, qui deviendra l'expression de la philosophie de la III^{ème} République », M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, préface de Philippe Ardant, Paris, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1993, p. XIII.

(122) P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 3. La civiltà liberale*, cit., p. 79.

diritto dal codice e dall'individualismo legislativo, occorre costruire una dimensione giuridica della solidarietà che travalichi i confini nazionali.

Il giudice Majetti incarna bene questa rappresentazione del giudice cittadino, che già piega la lettera della legge allo spirito solidaristico che deve prevalere nelle nuove, progredite, società.

L'infaticabile opera di Majetti non passa inosservata, la sua competenza in tema di giustizia minorile lo conduce anche a Parigi, al *Ier Congrès international des tribunaux pour enfants*. Di Majetti parla Luigi Ordine, il Presidente del tribunale di Palmi ⁽¹²³⁾. Allo stesso Congresso partecipa Giuseppe Cesare Pola, sostituto procuratore del Re a Torino, fondatore, nel gennaio 1907, del Comitato per la difesa dei minori presieduto da Brusa e nel 1911 da Chironi, una delle istituzioni private create in quegli anni. Il sostituto termina il suo intervento « en exprimant le voeu que l'important Congrès qui va avoir lieu sous les auspices d'éminents amis de l'enfance, tels que MM. Bourgeois, Ribot, Bérenger; Deschanel, Dreyfus, Klein, etc., provoque, de la part des divers Etats, une protection toujours plus ardente et affectueuse de l'enfance, et que ce grand ideal de justice et de solidarité humaines resserre de plus en plus étroitement les liens de fraternité entre toutes les nations qui ne sont plus appelées à engager d'autres combat que les luttes fécondes pour le progrès et pour la civilisation » ⁽¹²⁴⁾.

Pola si riferisce al presidente onorario, il solidarista Léon Bourgeois, noto anche per la sua idea di pace da conseguire con la solidarietà tra nazioni attraverso la moltiplicazione di legami giuridici, una concezione di solidarietà e collaborazione che lo porterà al nobel per la pace nel 1920.

⁽¹²³⁾ « A Rome, Raffaele Majetti mettant à profit sa qualité de juge d'instruction, a réussi, au moyen d'admirables efforts, à installer une fabrique de jouets dans les prisons de mineurs, en prouvant ainsi, par l'éloquence des faits, l'absurdité des dispositions des règlements qui interdisent le travail en prison [...]. Le même Majetti a fondé à Rome le "Rifugio" (Refuge), qu'il a dénommé de son nom, où il recueille les mineurs abandonnés et égarés », L. ORDINE, *Criminalité chez les mineurs et mesurés en vue de la diminuer en Italie*, in *Ier Congrès international des tribunaux pour enfants*. Paris, 29 Juin-1er Juillet 1911. Actes du Congrès, a cura di M. KLEIN, p. 231.

⁽¹²⁴⁾ G.C. POLA, *Du role des institutions de bienfaisance devant les tribunaux pour enfants*, in *Ier Congrès international des tribunaux pour enfants*, cit., p. 430.

L'attenzione per l'infanzia, da parte di Bourgeois, si spiega anche per una parte della sua dottrina della solidarietà, ovvero il legame intergenerazionale che lega ognuno ai suoi ascendenti e discendenti: « Chaque génération doit savoir qu'elle n'est que l'*usufruitière* de ce legs qu' elle doit conserver et restituer aux vivants à venir. Encore ne s'agit-il pas seulement de le conserver: il faut *accroître* cet héritage, comme les générations successives l'ont fait. On touche là, selon Bourgeois, la *loi de l'accroissement continu du bien commun de l'association*, qui forme "la loi du contract entre les générations successives", tout comme la loi de l'échange des services et de la répartition des charges et des profits est "la loi du contract entre les hommes de la même génération" » ⁽¹²⁵⁾.

Le riflessioni del francese Bourgeois vengono riprese, in Italia, da Alessandro Groppali il quale rimprovera alla dottrina della solidarietà una debole base giuridica, ma soprattutto vuole criticare la dottrina del solidarismo quando legittima l'intervento dello Stato e dunque del legislatore.

A proposito del ruolo dei giudici Groppali pensa che « Tra i diversi fattori di trasformazione del diritto uno specialmente merita una particolare menzione », ovvero l'opera « di elaborazione del diritto compiuta dai giudici, i quali, dovendo applicare le norme giuridiche ai rapporti reali [...] sono i più atti a rilevare le dissonanze ed i contrasti che si palesano fra quelle che rimangono stazionarie e racchiuse in una rigida formula positiva e questi che si alterano e cagionano continuamente in corrispondenza alle diverse e sempre rinnovantisi necessità della vita » ⁽¹²⁶⁾.

Ma Groppali non allude al diritto libero, considera anzi quelle di Kantorowicz soluzioni illusorie. Meglio la proposta di Saleilles cioè di consentire ai giudici « nell'interpretare ed applicare la legge, di ispirarsi soprattutto da un lato alle nuove esigenze giuridiche e sociali della coscienza collettiva nazionale e dall'altro alle legislazioni più progredite degli altri paesi. E quanto più i giudici sapranno svincolarsi e sciogliersi dai legami di casta per vivere della vita del

⁽¹²⁵⁾ S. AUDIER, *Léon Bourgeois. Fonder la solidarité*, Paris, Editions Michalon, 2007, p. 33.

⁽¹²⁶⁾ A. GROPPALI, *I fondamenti giuridici del solidarismo*, Genova, Libreria Moderna Giovanni Ricci, 1914, pp. 222-223.

popolo ed intenderne i palpiti e gli aneliti e tanto più l'opera loro da semplice operazione meccanica si eleverà e trasformerà in un'alta missione sociale » (127).

Innegabile è, per Groppali, il merito di Bourgeois il quale ha tentato di dare una base giuridica con la teoria del quasi-contratto, cioè ha tentato di « trasportare nel campo del diritto pubblico un istituto di diritto privato » (128). Ma con un rischio (129), infatti secondo Groppali la teoria di Bourgeois non avrebbe altro scopo che di « giustificare un maggiore intervento dello Stato e per accrescere il numero delle obbligazioni degli individui », mentre è sua opinione che « non occorre promulgare nuove leggi, ma basta fare ricorso a certe disposizioni già consacrate dal diritto privato vigente interpretandole ed applicandole con larghezza di criteri » (130).

Il giudizio di Groppali è, quantomeno, riduttivo. Sicuramente il solidarista francese sostiene la necessità dell'intervento dello Stato ma il discorso è più complesso. Secondo Bourgeois, l'intervento dello Stato è necessario perché: « De nos jours, plus que jamais, le travail, manifestation de l'activité et de la liberté personnelles, est

(127) Ivi, p. 225. La posizione di Groppali può costituire una conferma della « migliore "spendibilità" » nel dibattito italiano della proposta metodologica di Saleilles: « Il *modus procedendi*, infatti, rimane in qualche modo familiare: il giurista ragiona a partire dalla legge e ad essa ritorna per legittimare formalmente soluzioni inedite, non naviga "alla cieca" nella vastità inquietante della *libre recherche* », M. SABBIONETI, *Democrazia sociale e diritto privato. La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)*, cit., p. 333, P. COSTA, *L'interpretazione della legge: François Gény e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, cit., spec. pp. 408-409.

(128) A. GROPPALI, *I fondamenti giuridici del solidarismo*, cit., p. 93.

(129) La proposta di Groppali è di trasformare la nozione giuridica di proprietà: « È la società la legittima, la *nuda* proprietaria di tutti i beni sociali ed è essa che li concede in usufrutto agli associati, i quali, senza stornarli dallo scopo a cui sono destinati, né alienarli, né deteriorarli, devono goderne i frutti alle condizioni stabilite dalla rappresentanza sociale. Integrando in tal modo la teoria dell'usufrutto dei beni sociali sostenuta dai solidaristi e dai socialisti, anche la nozione giuridica della proprietà si trasforma e si rinnova: essa cessa dall'essere un diritto dell'individuo per diventare una funzione sociale. Sopra questo concetto, che contiene in sé in germe tutto un *novus ordo* giuridico, e non sopra l'evanescente figura del quasicontratto sociale, i solidaristi dovrebbero fondarsi per chiedere la revisione e propugnare la trasformazione delle istituzioni giuridiche vigenti in armonia alle nuove idealità di solidarietà e di giustizia sociale », Ivi, pp. 208-209.

(130) Ivi, pp. 95-96.

impuissant à fonder la propriété, qui devient le privilège de ceux qui détiennent le capital. L'Etat, dont la raison d'être est d'établir la justice entre les hommes, a donc le droit et, par conséquent, le devoir d'intervenir pour établir l'équilibre » (131).

L'invito è a prendere atto dei mutamenti che hanno interessato « La notion des rapports de l'individu et de la société » (132). Apparentemente nulla è cambiato, dice Bourgeois; si registrano le solite contrapposizioni: « Le débat continue dans les mêmes termes entre la science économique et les écoles socialistes; l'individualisme et le collectivisme s'opposent toujours l'un à l'autre, dans une anthithèse que les événements politiques rendent plus évidente, plus saisissante que jamais » (133). Dal punto di vista delle teorie economiche il dualismo è tra « "libérale ou socialiste" » e, appunto, Bourgeois pensa che sia venuto il momento di superare quel dualismo, raccoglie un'opinione intermedia che s'è formata tra i due opposti, ma non è « une opération de tactique politique. Ce n'est pas entre les hommes, mais entre les idées, qu'un accord tend à s'établir; ce n'est pas un contract qui se prépare c'est une synthèse » (134).

7. *Il dovere sociale dello Stato e le nuove frontiere del diritto.*

In ogni caso, le riflessioni di Groppali, Galdi o Bourgeois mettono in evidenza i profondi ripensamenti circa i fondamenti della convivenza sociale. Di particolare interesse appare l'intuizione di Groppali, e cioè che « l'istituto del quasi-contratto [sia] suscettibile di insospettate applicazioni, ove lo si innesti sul tronco del diritto pubblico » (135).

In effetti una parte della cultura economica italiana mostra una certa consapevolezza, specialmente tra il 1870 e il 1890, quando si affronta la questione dell'intervento pubblico: « Il problema non era definire il ruolo dello stato in economia, ma fornire al governo gli strumenti per l'intervento ed agli operatori i mezzi tecnici —

(131) L. BOURGEOIS, *Solidarité*, Paris, Armand Colin et C.ie éditeurs, 1896, p. 22.

(132) Ivi, p. 9.

(133) Ivi, pp. 9-10.

(134) Ivi, p. 9.

(135) A. GROPPALI, *I fondamenti giuridici del solidarismo*, cit., pp. 95-96.

giuridici ed economici — per lo sviluppo. Le riviste, i lavori degli economisti si mossero per lo più in questo ambito: la scienza doveva avere una funzione pratica, utile » (136).

La parte più avanzata degli economisti si rende conto della necessità di « aprire un rapporto con i fondatori del nuovo diritto amministrativo italiano, derivante da Orlando, e impostato anche da Oreste Ranalletti, Santi Romano, Federico Cammeo, che riprendevano la dottrina tedesca dello stato amministrativo contemporaneo e la applicavano all'Italia, imperniandola sul concetto dell'autorità e della potestà statale » (137).

In effetti Luzzatti e Orlando « per esprimere meglio il loro orientamento, fondarono e diressero insieme, tra il 1902 e il 1903 la rivista “Archivio del diritto pubblico e dell'amministrazione italiana”, ovvero l' “Organo dell'associazione per lo studio del diritto pubblico italiano”. La rivista voleva dichiaratamente raggiungere l'obiettivo di raccogliere “tendenze sparse”, giuridiche ed economiche, “cospiranti nel fine” “di una ricostruzione organica della costituzione e dell'amministrazione”, per “rendere i meccanismi amministrativi precisi nei risultati e semplici nell'azione” » (138).

L'esperienza dell'*Archivio* romano, com'è noto, ha avuto breve vita, dal gennaio 1902 all'aprile 1903, e solo in parte si può considerare « una tappa intermedia tra il più noto *Archivio* palermitano del 1891 e la *Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia* del 1909, fondata ancora da Orlando e Luzzatti » (139). Luzzatti ed Orlando danno vita ad un progetto autonomo, anzitutto rivolto a destinatari diversi rispetto a quelli del 1891. L'*Archivio* non si rivolge alla ‘scienza dei professori’, ma a uomini come Majetti, cioè alla « “burocrazia colta e intelligente” », della quale la Rivista si pone come « “organo”, al fine di ricongiungere i suoi sforzi di riforma di meccanismi amministrativi spesso troppo rigidi e passivi

(136) A. CARDINI, *La cultura economica e le riforme*, in, *Riforme e istituzioni fra Otto e Novecento*, a cura di L. CAVAZZOLI, C.G. LACAITA, Manduria, Bari, Roma, 2002, p. 45.

(137) Ivi, p. 46.

(138) Ivi, p. 49.

(139) M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, (Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno), 58/59, Milano, Giuffrè, 2001, vol. I, p. 255.

al più ampio contesto di cultura giuspubblicistica coinvolgente la classe politica e la stessa scienza giuridica » (140).

L'obiettivo non è quello di aprire la rivista « ai contributi della prassi » per proporsi come guida, l'ambizione è quella di fornire una « palestra formativa » alla cultura giuspubblicistica. L'*Archivio* romano « pensa all'esigenza di costruire una dimensione orizzontale — e non verticale, dalla scienza alla prassi — nella quale sia ravvisabile una *cultura giuspubblicistica* comune ai giuristi accademici, alla classe politica, agli amministratori pubblici » (141).

Luzzatti, come detto, trova in Orlando il fondatore della scienza del diritto pubblico in Italia, legato alle dottrine tedesche, ma che tuttavia non può essere considerato il mero « traduttore in Italia dello statalismo tedesco di stampo labandiano » (142).

In buona sostanza, « alla metà degli anni '90, la "scuola nazionale" di diritto pubblico accoglie, con Orlando e Romano, la giustificazione giuridica dei diritti pubblici subbiettivi avanzata da Jellinek in Germania — ed elaborata partendo dalla nozione di rapporto giuridico propria della scuola storica —, operando una precisa scelta in senso garantista e rifiutando il prevalente indirizzo della dottrina tedesca, che li negava o li ammetteva con grandi restrizioni » (143).

Orlando apprezza una lettura della storia delle libertà « che assegnava a tutti, ed anche ai detentori del potere, il proprio posto, i propri limiti, la propria sfera [...] giuristi liberali come Jellinek ed Orlando sono francamente convinti che strappare la fondazione dei diritti allo stato di natura ha un significato profondamente liberale, proprio perché conduce ad ancorare saldamente quei diritti all'autorità dello Stato-persona: ciò che non significa affatto farli dipendere da una 'decisione' del potere politico — dimensione questa del tutto estranea ai nostri giuristi —, ma piuttosto all'inverso attrarli nell'orbita di un potere finalmente formale e neutrale, non dipendente dall'arbitrio di alcun soggetto precostituito, espressione sto-

(140) Ivi, pp. 256-257.

(141) Ivi, p. 256.

(142) Ivi, vol. II, p. 859.

(143) G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 897.

rica, organica ed equilibrata, delle infinite articolazioni della società concretamente ordinata in popolo, e non della società degli individui astrattamente intesi » (144).

Dal canto suo Orlando può trovare in Luzzatti un punto di riferimento, in particolare per la « critica al paradigma liberista classico di stampo individualistico », critica che non sfocia nel socialismo di Stato ma « in un più ampio progetto di pacificazione sociale e di solidarietà tra le classi, che bene si accordava con la figura ‘giuridica’ del ‘popolo’ come ‘naturale’ fondamento dello Stato, trascendente la dimensione conflittuale della lotta sociale e politica » (145).

Orlando apprezza l’azione politica di Luzzatti a favore del cooperativismo, entrambi credono in uno sviluppo economico, e democratico, graduale: « sostenuto dallo Stato, ma pur sempre fondato sulla responsabilità degli operatori economici e sul loro spirito associativo, capace di valorizzare un ceto medio operoso di fittavoli, di artigiani, di commercianti, aperto anche alla ascesa sociale regolata di strati della stessa classe operaia, un ceto che costituisse il nucleo di quella pacificazione [...] il più forte baluardo contro le dilaganti distruttive ideologie di opposizione di capitale e lavoro » (146).

Di fronte al disagio espresso dai pratici, non si vuole adottare la strada della codificazione. Orlando e Luzzatti si trovano d’accordo nella strategia da attuare di fronte al « bisogno pratico di normare in qualche modo i crescenti compiti dello Stato ». Punto di riferimento, per entrambi, è il modello inglese, cioè la logica d’una costruzione “materiale” della scienza amministrativa » che combina « l’antica funzione amministrativa con la nuova questione della costituzione ». La chiave di volta non può che essere l’interpretazione dei giudici, perché solo questa « poteva offrire ai giuristi una base dinamica per la sistemazione concettuale di un diritto amministrativo in espansione » (147).

(144) M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, cit., vol. II, p. 860.

(145) *Ivi*, cit., vol. I, p. 252.

(146) *Ivi*, p. 253.

(147) P. SCHIERA, *L’amministrazione pubblica in Europa tra costituzionalismo e solidarietà*, cit., p. 9.

Chiave di volta per Luzzatti è certamente il *self-help* inglese ⁽¹⁴⁸⁾, ma per comprendere il senso della strategia proposta occorre una visione europea e non semplicemente comparativa dei paradigmi scientifici e delle concrete esperienze circolanti. L'idea di Luzzatti, e accolta da Orlando, tende a tradurre il *self-help* con l'intervento sussidiario ⁽¹⁴⁹⁾ dello Stato.

L'interventismo di Luzzatti si avvicina a quello del francese Léon Say che a proposito del socialismo di Stato scrive: « une philosophie allemande qui n'est faite ni pour les Anglo-Saxons ni pour les Italiens. Il ne peut s'épanouir complètement qu' au nord des Alpes et à l'orient du Rhin. Légitime en Allemagne, il est batard partout ailleurs » ⁽¹⁵⁰⁾.

L'antisocialista Léon Say, personaggio di rilievo della Repubblica francese, sostiene il libero mercato ma non esclude l'intervento del Governo a supporto del lavoro. Conosce l'esperienza italiana in particolare quella promossa da Luzzatti il quale nel 1884 scriverà l'introduzione alla traduzione del libro di Say, *Dieci giorni nell'Alta Italia* ⁽¹⁵¹⁾.

Nell'introduzione rivolgendosi agli operai Luzzatti fa appello

⁽¹⁴⁸⁾ « E poi quanto non è sublime e veramente morale lo spettacolo di uomini poveri che cercano di soccorrersi e campare onestamente senza raccomandarsi all'altrui pietà? La parola *self-governement* degli inglesi, *Selbsthülfe* dei tedeschi è intraducibile in italiano, forse perché manca ancora l'idea o il costume della libertà individuale, tenace e confidente nella forza, che può spiegare l'anima d'un uomo quando lotta con coraggio! », L. LUZZATTI, *La diffusione del credito e le banche popolari*, Padova, Libreria Sacchetto, 1863, p. 121. In Gran Bretagna, scrive Metz, « the entire interpretation of the Social Question crystallized around self-help. Accordingly, the essence of freedom consisted in the socioeconomic independence of each individual under the political and legal conditions of equality » K.H. METZ, *Solidarity and History. Institutions and Social Concepts of Solidarity in 19th Century Western Europe*, in *Solidarity* a cura di K. BAYERTZ, cit., p. 198.

⁽¹⁴⁹⁾ L. GAETA, *Sussidiarietà e sicurezza sociale: una prospettiva storica dell'ap-proccio "a più livell"*, in « Rivista di diritto della sicurezza sociale », 2005.

⁽¹⁵⁰⁾ P. SCHIERA, *Il laboratorio borghese. Scienza e politica nella Germania dell'Ottocento*, Bologna, Il Mulino, 1987, p. 208.

⁽¹⁵¹⁾ L. SAY, *Dieci giorni nell'Alta Italia. Versione del dott. Andrea Fiorini con una introduzione del Prof. Luigi Luzzatti. Dono delle Società Operaie Romane e della Banca Mutua Popolare Agricola di Lodi agli Operai italiani in Pellegrinaggio a Roma*, Lodi, Tipografia Costantino Dell'Avo, 1884. Say sarà seguito, nel viaggio in Italia, da un altro francese, l'avvocato ed economista, presidente della Cassa di Risparmio di Rhône,

al modello inglese, all'associazionismo 'buono' come palestra di partecipazione democratica, di responsabilità e dignità. Uno strumento di collaborazione fra capitale e lavoro per una progressiva emancipazione dell'operaio all'interno del sistema liberale. Come è noto Luzzatti mette in pratica le sue idee attraverso l'impegno politico, facendosi promotore di una serie di progetti di legge miranti a garantire, prima dei diritti politici, fondamentali diritti civili. Anche le proposte economiche di Luzzatti vanno lette all'interno del quadro costituzionale, cioè d'una certa idea di società.

Fin dal 1863 l'economia di Luzzatti è 'politica': « L'umanità non si governa sempre con la legge delle cifre! »⁽¹⁵²⁾, fenomeni economici, sociali e politici sono intrecciati tra loro. Luzzatti prende così, anche, una chiara posizione politica: « È una menzogna il socialismo che promette il paradiso all'umanità, ma è pure una menzogna la dottrina di certe scuole immobili [...] che bisogna subir rassegnati il giogo che opprime »⁽¹⁵³⁾.

Come è noto Luzzatti è profondamente colpito dall'insegnamento cristiano, soprattutto quello francescano⁽¹⁵⁴⁾, ma le proposte sono volutamente a-confessionali, laiche. Lo spirito cristiano volto alla fratellanza e alla solidarietà è una risorsa da auspicare e coltivare ma solo fino ad un certo punto, perché la proposta laica del solidarismo mira proprio all'affrancamento dall'idea di carità e beneficenza.

EUGÈNE ROSTAND (*Une visite à quelques institutions de prévoyance en Italie*, Paris, Guillaumin & C. Editeurs, 1891).

⁽¹⁵²⁾ L. LUZZATTI, *La diffusione del credito e le banche popolari*, cit., p. 3.

⁽¹⁵³⁾ *Ivi*, p. 4.

⁽¹⁵⁴⁾ Il solidarismo sociale di Luzzatti, ebreo, deve molto al culto francescano (cfr., A. ZAMBARBIERI, *Luigi Luzzatti e la crisi modernista*, in *Luigi Luzzatti e il suo tempo. Atti del Convegno internazionale di studio (Venezia, 7-9 novembre 1991)*, cit., pp. 516 ss.). Il cristianesimo, in generale, è una delle matrici della fraternità e, poi, della solidarietà, come rileva Galasso (G. GALASSO, *Dalla fraternità alla solidarietà*, in *Il 'privilegio' dei 'proprietari di nulla'. Identificazione e risposte alla povertà nella società medievale e moderna. Convegno di Studi, Napoli 22-23 ottobre 2009*, a cura di A. CERNIGLIARO, Napoli, Satura Editrice, 2010, pp. 219-231). L'A. sostiene che in tutto l'articolato sviluppo, del rapporto della solidarietà con la *fraternité*, un punto rimane fermo: « l'idea non perde mai il valore originario che aveva avuto nelle vicende rivoluzionarie della fine del secolo XVIII, il suo valore di concetto essenzialmente etico-politico, di fondazione di una nuova e democratica unità della coscienza civile e nazionale » (p. 230).

Delle due grandi tradizioni, quella tedesca di Bismarck e quella britannica, Luzzatti certamente propende per il « sistema “assistenziale” graduale, legato al progressivo inserimento dei ceti all’interno del sistema di rappresentanza » (155).

La ricetta di Luzzatti si fonda sull’associazionismo interclassista, in particolare sul collegamento tra istituti di credito e società di mutuo soccorso. Queste ultime, il cui motto è « tutti per uno ed uno per tutti », sono associazioni di persone che adottano la forma giuridica del « contratto d’assicurazione » (156).

Si comprende perché Luzzatti contesti lo spirito dei disegni di legge sul riconoscimento delle società di mutuo soccorso tesi a determinare a priori, e dall’alto, i fini del mutualismo (157). Una

(155) G. PROCACCI, *Le politiche di intervento sociale in Italia tra fine Ottocento e prima guerra mondiale. Alcune osservazioni comparative*, in « Economia & Lavoro », gennaio/aprile, 2008, p. 17.

(156) L. LUZZATTI, *La diffusione del credito e le banche popolari*, cit., p. 122.

(157) Certamente l’associazionismo mutualistico, e interclassista, offre il vantaggio di ‘disinnescare’ le piazze, ma sarebbe riduttivo intendere il progetto di Luzzatti solo da questo angolo d’osservazione. Se lo scopo principale delle società di mutuo soccorso è il sussidio per malattia, vecchiaia etc, scrive Luzzatti, « possono adempiere altri uffici secondari [...] La loro indole è espansiva, e se pigliano vigore, dopo qualche anno escono dalla cerchia in cui erano rinchiusi per alleviare molti altri mali, e soddisfare bisogni stringenti, o desideri generosi » [Ivi, p. 123]. Le società di mutuo soccorso possono svolgere diverse funzioni, non ultima, un’opera « di educazione civile di massa svolta dal complesso delle Società di mutuo soccorso. Portatrici nella loro grande maggioranza di valori “risorgimentali”, schierate a sostegno dello Stato nazionale e della sua autonomia dal potere religioso, esse furono l’espressione di una ideologia necessariamente impregnata di sia pur caute idee di progresso e tesa a diffondere una morale attivistica e laica, o comunque fondata più sulla valorizzazione delle massime del Vangelo che sull’obbedienza alla Chiesa. Fu questa la via maestra attraverso cui, col tempo, si radicarono ed entrarono a far parte del bagaglio culturale collettivo pratiche solidaristiche dotate di spiccata autonomia e dunque tendenzialmente conflittuali e potenzialmente alternative rispetto ad antiche e consolidati rapporti di sudditanza, informale e formalizzata, al clero e al padrone; un processo senza dubbio favorito dal fatto che nella scelta a favore del mutualismo [...] si esprime un progetto di governo e di controllo della società e dei ceti popolari che, lungi dall’essere condiviso dall’intera classe dirigente, contribuì ad evidenziarne le divergenze e ad accentuarne la dialettica interna », S. SOLDANI, *La mappa delle società di mutuo soccorso in Toscana fra l’Unità e la fine del secolo*, in, *Istituzioni e borghesie locali nell’Italia liberale*, a cura di M. BIGARAN, Milano, Franco Angeli, 1986, p. 249. Non senza rilievo è, poi, l’autorità che riveste Luzzatti in particolare sui temi della previdenza e dell’assistenza. In sintonia con Luzzatti sono redatte, per esempio, le voci *Assicurazione, Società di mutuo soccorso* dell’Enciclopedia giuridica italiana, D. MARUCCO,

impostazione che non solo va contro l'indole dello spirito associativo, soprattutto pretende di vietare « anche l'esercizio di quelle attività quali le cooperative di consumo, le banche popolari, che pur rientravano nei normali compiti svolti da alcune società di mutuo soccorso »⁽¹⁵⁸⁾.

Luzzatti è, invece, protagonista entusiasta della convenzione che istituiva la Cassa nazionale di assicurazione per gli infortuni, una soluzione alternativa al sistema di assicurazione obbligatoria, che preferiva « un istituto di tipo nuovo, in grado di coniugare la solidità e l'efficienza economica con una visione solidaristica, ritenuta indispensabile per promuovere lo spirito di previdenza nelle classi lavoratrici »⁽¹⁵⁹⁾. La volontarietà dell'assicurazione faceva leva sulla, malriposta, fiducia nell'approvazione della legge sulla responsabilità civile dei padroni⁽¹⁶⁰⁾ nell'ottica di fondare l'assicurazione sulla responsabilità e non l'inverso⁽¹⁶¹⁾.

Previdenza e beneficenza tra Crispi e Giolitti. Il contributo dell'Enciclopedia giuridica italiana, in *Enciclopedia e sapere scientifico. Il diritto e le scienze sociali nell'Enciclopedia giuridica italiana*, a cura di A. MAZZACANE, P. SCHIERA Bologna, Il Mulino, 1990, pp. 285 ss. L'influenza di Luzzatti si deve rilevare anche per la disciplina delle società cooperative del codice di commercio del 1882 « che tra l'altro sanciva il principio del voto a testa [...] », M. DEGL'INNOCENTI, *Luigi Luzzatti e l' "onestà operosa"*, in *Luigi Luzzatti e il suo tempo*, cit., pp. 449 ss.

⁽¹⁵⁸⁾ L. MARTONE, *Le prime leggi sociali nell'Italia liberale (1883-1886)*, in « Quaderni fiorentini », 3-4 (1974-1975), I, p. 125. Com'è noto la formula di Luzzatti, per realizzare il principio di eguaglianza in una accezione solidarista, cioè sostanziale e non solo formale, è rendere il credito democratico. Il credito, per Luzzatti, non crea capitali, semplicemente ne aumenta l'effetto utile: « Che cosa fa il credito? Addolcisce le inevitabili ineguaglianze, e feconda con un felice trapasso quei beni che forse giacerebbero inerti e sterili », L. LUZZATTI, *La diffusione del credito e le banche popolari*, cit., p. 19.

⁽¹⁵⁹⁾ V. STRINATI, *La responsabilità degli imprenditori e la Cassa nazionale di assicurazione per gli operai contro gli infortuni sul lavoro: iniziative legislative e dibattiti parlamentari (1879-1885)*, in « Le Carte e la Storia », 1 (2007), p. 164.

⁽¹⁶⁰⁾ G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, cit., pp. 425 ss., L. MARTONE, *Le prime leggi sociali nell'Italia liberale (1883-1886)*, cit., pp. 133 ss.

⁽¹⁶¹⁾ Nella *Relazione di Luzzatti alla Sottocommissione nominata dal consiglio di amministrazione della cassa di risparmio di Milano*, Luzzatti lamenta la poca diffusione in Italia dell'assicurazione: « Ma se gli evidenti impulsi del tornaconto consigliano ad assicurarsi dagli infortuni dell'incendio, della grandine o di altrettali disastri che colpiscono le proprietà, è più raro il sentimento dell'assicurazione diretta a premunirsi contro i sinistri che incolgono la vita umana e segnatamente quella dei lavoratori. Spargesi la

Luzzatti non poteva accogliere « la concezione socialista » circa l'universalità del diritto alla previdenza e all'assistenza, perché implicava « il superamento della volontarietà e della connotazione censitaria del mutualismo; e portava tendenzialmente all'intervento dello Stato e alla obbligatorietà della partecipazione e dei versamenti contributivi » (162).

L'intervento dello Stato si giustifica per Luzzatti solo in via sussidiaria, egli pensa, a torto o a ragione, allo spirito della legislazione sociale inglese, cioè un intervento articolato che differenzia gli « Atti protettivi (*Protective Acts*) da quelli emancipatori (*Enabling Acts*) e di carattere generale (*Acts of General Benefit*) » (163). Tra gli atti emancipatori si distinguono tre classi: « quelli che facilitano le attività economiche dei ceti operai, quelli che incentivano il risparmio, e infine quelli che promuovono la formazione culturale e la maturazione intellettuale ». In definitiva l'intervento dello Stato si giustifica solo se svolge « un ruolo sussidiario, di promozione e sviluppo, non sostitutivo della libera iniziativa » (164).

Vale la pena, qui, ricordare l'auspicio di Orlando, fatto in occasione della Conferenza milanese, cioè che « il diritto futuro

notizia che una fabbrica fu incendiata e guasta, e subito si soggiunge che fortunatamente il proprietario erasi assicurato; ma se la notizia continua: *alcuni operai vi rimasero morti*, non si avverte se fossero assicurati essi pure. Alla cosa si era provveduto, all'uomo no, e pochi se ne meravigliano. Il compito della nostra istituzione è quello di aiutare il risveglio potente di questo sentimento della responsabilità, che ha la sua ragione nel rispetto della vita umana e della salute del lavoratore, associato al beninteso tornaconto del capitalista, dell'imprenditore e del capo-fabbrica » (in L. LUZZATTI, *L'ordine sociale*, cit., p. 786). A Parigi il 9 settembre 1889 durante l'Esposizione Universale, Luzzatti parla del metodo italiano e dei risultati da esso ottenuti nell'assicurazione di fronte al metodo tedesco obbligatorio al Congresso Internazionale degli Infortuni sul lavoro (nel quale era Presidente d'onore con Léon Say, Moret y Prendergast, Numa Droz). Luzzatti, scrive la redattrice, ancora spera di « risolvere i problemi sociali, nei limiti del possibile, coll'iniziativa individuale aiutata dal Governo, ma non soffocata dal panteismo di Stato », Ivi, p. 800.

(162) L. TOMASSINI, *Il Mutualismo nell'Italia liberale (1861-1922)*, in *Le società di mutuo soccorso italiane e i loro archivi. Atti del seminario di studio. Spoleto, 8-10 novembre 1995*, a cura di A. ARIOTI, Ministero per i beni e le attività culturali Ufficio centrale per i beni archivistici, 1999, p. 47.

(163) P. PECORARI, *Economia e riformismo nell'Italia liberale. Studi su Giuseppe Toniolo e Luigi Luzzatti*, Milano, Jaka Book, 1986, p. 111.

(164) Ivi, p. 113.

romperà le barriere » tra pubblico e privato, e sorgeranno così forme intermedie e l'attività sociale sarà il frutto della collaborazione di « forze individuali e di forze statali » (165).

L'apertura di Orlando è un po' a 'denti stretti', soprattutto se accostata all'entusiasmo di Groppali, il quale è convinto che il XIX secolo « passerà alla storia come il secolo dell'associazionismo » (166). Tuttavia c'è quanto basta per accogliere la politica sociale di Luzzatti del quale Orlando apprezza la speranza e la fiducia che « le formidabili questioni le quali pesano sull'umanità potessero risolversi attraverso iniziative individuali come somme di ordinate forze individuali, cui lo Stato deve il suo concorso, il suo incoraggiamento e la sua partecipazione. È, in fondo, la politica che si afferma e vince nel laburismo inglese » (167).

Grave problema dell'Italia 'di quegli anni' è la situazione finanziaria, Luzzatti in qualità di ministro (168), e poi anche di presidente del consiglio, ne è perfettamente consapevole, se non altro le politiche sociali devono dunque fare i conti con le reali capacità delle finanze pubbliche.

Un esempio? Majetti, come tanti, affronta la concretezza dei limiti dello Stato, i due pesi e due misure tra i doveri di quello e i 'diritti' dei cittadini. Per esempio, il caso delle levatrici abusive, Rosina Muccigrosso e Petronilla Evangelista.

Le due donne vengono denunciate dai carabinieri di S. Elia a Pianisi, su « invito del Prefetto di Campobasso ». L'accusa è di aver esercitato « la professione di levatrici senza il titolo di idoneità, dopo che dal settembre del 1902 era morta colà l'unica levatrice paten-

(165) V.E. ORLANDO, *L'incremento della delinquenza minorile*, cit., p. 141.

(166) A. GROPPALI, *I fondamenti giuridici del solidarismo*, cit., p. 226.

(167) V.E. ORLANDO, *Introduzione*, a L. LUZZATTI, *L'ordine sociale*, Bologna, Zanichelli, 1952, p. XIII, sul punto M. GALIZIA, *Gli esordi di Luigi Luzzatti negli studi di diritto costituzionale*, in *Scritti in onore di Emilio Romagnoli. Agricoltura e diritto*, Milano, Giuffrè, 2000, vol. I, pp. 138-139, P. PECORARI, *Economia e riformismo nell'Italia liberale*, cit., p. 146.

(168) In realtà « I primi passi di Luzzatti per un intervento dello Stato nella questione sociale sono legati alle sue esperienze nella pubblica amministrazione come segretario generale del Ministero d'agricoltura: la prima dal maggio al dicembre del 1869 a fianco di Marco Minghetti, la seconda dal febbraio 1871 al giugno 1873 a fianco di Stefano Castagnola », D. MARUCCO, *Luigi Luzzatti e gli esordi della legislazione sociale*, in *Luigi Luzzatti e il suo tempo*, cit., p. 414.

tata ». Majetti, nella sentenza, fa rilevare il fatto che il bilancio comunale non aveva permesso di « provvedere all'assistenza ostetrica per le partorienti povere ».

Il 'buon' giudice dichiara che a sua volta « non può permettere che il freno della legge si tramuti nelle sue mani in capestro di iniquità col punire due donne per l'opera bene prestata a compaesane miserabili nel momento tenero e solenne in cui divenivano madri, ed alle quali la legge sanitaria garantisce l'assistenza ostetrica. Un dovere sociale, che non può essere violato da povertà di bilancio comunale né ricevere conferma dalla dimandata condanna delle due infelici, tratte, per necessità inesorata, ad assistenza a cui lo Stato, tutore della specie umana, doveva provvedere e non ha provveduto, da oltre un anno abbandonando le partorienti di un intero Comune segregato, alla pericolosa angoscia o di sgravarsi sole nel dolore, o di prevedere condannate le pietose accorse a raccogliere la nuova creatura venuta alla luce. Non può la Società dimandare pena a violazione della legge, quando essa stessa è più in grave contravvenzione ad un altissimo precetto sociale della legge medesima.... » (169). Per questi motivi Majetti assolve le due donne.

Ancora una volta il principio della necessità viene piegato all'occorrenza. Majetti non può dichiarare l'esistenza d'un diritto sociale ma è intenzionato a far valere un dovere di assistenza dello Stato nei confronti dei cittadini poveri.

In tempi di transizione appare con maggior chiarezza la necessità per i giudici di potersi valere di organi a supporto dell'interpretazione, la dottrina certamente, ma nella « sonnolenta piccionaia dei giuristi italiani », scrive Grossi, il sasso lanciato da Kantorowicz e da Majetti provoca un rumore « presto attutito dalla pervicace volontà della maggioranza silenziosa di esorcizzare appunto col silenzio la provocazione che Gneo Flavio lanciava sul terreno più geloso e impenetrabile, quello delle fonti e della interpretazione della legge, e che, coinvolgendo immediatamente quello della divi-

(169) M. MAJETTI, *La delinquenza dei minorenni e "il buon giudice italiano". Vita, scritti, opere, lineamenti di pedagogia emendativa*, Roma, Tipografia della Camera dei Deputati, Colombo, p. 31.

sione dei poteri, assumeva una valenza squisitamente costituzionale» (170).

Il problema è anzitutto culturale, come rilevava Racioppi, al di sotto dell'ossessione della politicità del giudiziario c'è quello della separazione tra diritto e politica. Così, la soggezione al mito del codice e al suo legislatore porta al sacrificio della costituzione, o meglio, della malintesa valenza politica della dimensione costituzionale (171).

Orlando e Luzzatti colgono appieno il disagio espresso da Majetti e con lui da tanti altri e, ci sembra, con l'Archivio romano si propongano di offrire un « ordine » (172) alla complessità del reale attraverso un « vitale nesso storico tra diritto amministrativo e costituzionalismo » (173).

La breve durata dell'esperienza può indurre a ritenere che il progetto Luzzatti-Orlando sia stato un esperimento mai decollato.

(170) P. GROSSI, "La lotta per la scienza del diritto", in « Quaderni fiorentini », 18 (1989), p. 576.

(171) Un problema persistente e pesante eredità che condiziona anche il rapporto con la Costituzione repubblicana: « Quei giuristi facevano fatica a valutare il senso del profondo solco che si era creato il 1° gennaio del 1948; l'idea antica e radicata della sovranità della legge, insieme all'abitudine che essi avevano verso stili di condotta del potere che potevano sembrare connaturati al suo esercizio, impedivano loro di percepirne la portata. In più, il valore 'politico' della libertà come elemento supremo del nuovo assetto e quello dirimente del principio democratico non trovavano posto, se non per alcuni di essi, nei fondamenti della loro formazione. Anzi, il principio superiore nel quale erano stati educati, in forza del quale si doveva tenere la politica lontana dal diritto, veniva completato con la tendenza ad assimilare anche la Costituzione alla politica. L'invocazione che di essa facevano alcuni costituzionalisti che, insieme all'opposizione di sinistra, ne rivendicavano il carattere immediatamente vincolante, rendeva quell'idea imm modificabile », M. SBRICCOLI, *Il problema penale*, in M. SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti*, (Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno), 88, Milano, Giuffrè, 2009, tomo I, p. 699.

(172) Nel senso di P. GROSSI: « L'ordine è [...] nozione rigorizzante perché compone e sistema la rissa inevitabile dei fatti storici di per sé riottosi e slegati; ordine implica rigore, così come rigore implica la trasformazione in diritto di ogni incomposta e magmatica realtà sociale » (*Oltre le mitologie giuridiche della modernità*, in Id., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 65).

(173) « Col fascismo venne interrotto il vitale nesso storico tra diritto amministrativo e costituzionalismo e il primo cominciò a venir trattato come sostitutivo del secondo », P. SCHIERA, *L'amministrazione pubblica in Europa tra costituzionalismo e solidarietà*, cit., p. 11.

Rimane da chiedersi se i fondatori abbiano optato per una separazione delle due finalità: da un lato i tempi lunghi per la costruzione di una cultura giuspubblicistica, dall'altro l'urgenza d'una comunicazione diretta con i pratici. Certo, l'entusiasmo di Majetti di fronte alla Circolare di Orlando del 1908 lascia pensare che la comunicazione con i pratici fosse più adeguatamente realizzabile ponendosi ai vertici della burocrazia colta e civile. Majetti rappresenta il destinatario dell'Archivio, un pratico colto, un giudice cittadino che non chiede tanto fondamenti dottrinali o filosofici ma soluzioni pratiche, tecniche, per un progresso civile e graduale dell'ordinamento e della società.

Probabilmente Orlando e Luzzatti optano per una strategia più diretta e incisiva lavorando, cioè, nelle "zone grigie" dell'ordinamento, in particolare attraverso le comunicazioni interne all'amministrazione dello Stato ⁽¹⁷⁴⁾.

Il regime fascista proseguirà il percorso del travagliato dibattito dello Stato liberale, spesso con innegabile astuzia si appropria, formalizzandole, delle istanze e delle pratiche di quegli anni, per esempio sul terreno del 'buon giudice': la giustizia minorile. Majetti aveva atteso invano una riforma penitenziaria e il magistrato per i minorenni: « Le mie instancabili invocazioni », scrive, « trovano, da anni, plausi e consensi. Ma ... nulla di fatto! Si dovrebbe attendere, nientedimeno, che finiscano di leticare classici e positivisti! Intanto, come si sono ripetuti tutti i vecchi motivi contro il personale carcerario, così pure si vengono evocando le solite difficoltà per trovare i futuri magistrati per i minorenni! Quasi non ci fossero, oggi, magistrati che alla redenzione dei minorenni estesero i poteri del loro ministero e gli entusiasmi del loro cuore di giudici temperando le asperità e le incongruenze del Codice e costituendo nelle

⁽¹⁷⁴⁾ Cfr., la pubblicazione in corso di stampa per le Edizioni Università Macerata, Eum, degli Atti del seminario *La "centralità" della legge e la letteratura grigia. Profili di politica del diritto in Italia tra '800 e '900*. Seminario conclusivo del Prin 2007 « *Perpetue appendici e codicilli alle leggi italiane* ». *Le circolari ministeriali, il potere regolamentare e la politica del diritto in Italia tra Otto e Novecento*, Certosa di Pontignano (Siena), 16-17 settembre 2010. Specialmente il contributo di E. DAGGUNAGHER, *La disciplina "per circolare" della delinquenza minorile (1870- 1940)*.

carceri “sezioni” speciali pei piccoli detenuti; compiendo opera non *classica né positiva*, ma di *sociale difesa!* » (175).

Non è dato sapere se sotto il regime fascista ci fosse ancora « Un pinocchio con le orecchie dell’asino [...] sospeso nella stanza da pranzo », o se nel Rifugio alloggiasse anche il maestro come aveva voluto Majetti. Apparentemente il ‘regime’ raccoglie e prosegue l’eredità liberale ma a ben vedere c’è una forte discontinuità, una vera e propria torsione dello spirito liberale. Per esempio, il Laboratorio di giocattoli voluto da Majetti chiuderà nel 1926, non quello del Rifugio che, però, con R.D. 4 settembre 1925, n. 2203, verrà eretto ad Ente morale e (*ex art. 8 dello Statuto*) prevederà la nomina del successore da parte del prefetto.

Lo spirito ‘paterno’, pur sempre genuina espressione della società civile espressa da Majetti che nel valutare i fanciulli teneva conto delle diverse personalità, viene stravolto. Il prefetto non può adottare lo stesso punto di vista del *buon* giudice: « io ed i miei colleghi », scrive Majetti, « li giudicavamo paternamente, cioè: “mediante l’accertamento e la valutazione di quei fattori sociali capaci di determinare nel fanciullo uno stato morale di incoscienza come: l’ambiente depravato, il cattivo esempio, l’abbandono di coloro cui incombono la tutela e la vigilanza; per non dire di quei casi nei quali — peggio ancora — il freno si è tramutato in impulso”, come prescrisse la circolare del 1908 dell’onorevole Orlando ».

Un accertamento doveroso, perché è un diritto del minore che « appartiene a sé medesimo più che alla famiglia od allo Stato » (176).

(175) M. MAJETTI, *La delinquenza dei minorenni e “il buon giudice italiano”*, cit., p. 153.

(176) *Ivi*, p. 47.

ORAZIO ABBAMONTE

FRA TRADIZIONE ED AUTORITÀ:
LA FORMAZIONE GIURISPRUDENZIALE
DEL DIRITTO DURANTE IL VENTENNIO FASCISTA

1. Mussolini *bouche de la lois*... — 2. Ed il contributo della Suprema Corte. — 3. Il problema politico e giuridico. — 4. La dottrina all'opera. — 5. L'apparente contrarietà di Mortati. — 6. Alcune necessarie coordinate teoriche. — 7. Il controllo delle fonti del diritto. — 8. Ancora sul connubio fonti/proprietà. — 9. La proprietà avvinata dalla polifonia fascista... — 10. ...non blandisce le dure orecchie dei supremi giudici. — 11. Una spia: le vischiosità del linguaggio. — 12. Il custode della tradizione. — 13. Una limpida conferma. — 14. L'autorità come criterio interpretativo. — 15. Riserbo ed accentramento. — 16. Per concludere.

1. *Mussolini bouche de la lois*...

Giunto ormai nell'anno XVI dell'era fascista, a Mariano D'Amelio, potente primo presidente della Corte di cassazione ormai dal 1923 ed uomo onusto di numerosi incarichi in prestigiosi enti, istituzioni ed associazioni ⁽¹⁾, dovette sembrare giunto il momento

(1) Su Mariano D'Amelio manca ancora uno studio di rilievo e si tratta d'una carenza disdicevole, perché il personaggio sarebbe di sicuro esempio eloquente d'una carriera di prestigio e delle intense relazioni di potere, sociali e d'omogeneità culturale per essa necessarie. Al genere puramente agiografico corrisponde lo studio maggiore che io conosca: cfr. T. LABIA, *Mariano D'Amelio. Magistrato, giureconsulto, umanista*, Tipografia Vecchi, Trani, 1983; cfr. inoltre, V. CLEMENTE, *D'Amelio Mariano*, in *Dizionario biografico degli italiani, ad v.*; F. AULETTA, *Mariano D'Amelio*, in « Il giusto processo », 2009, 4, pp. 1131-1138. Numerose ed importanti indicazioni si trovano poi, per l'esperienza del D'Amelio magistrato in colonia, in L. MARTONE, *Giustizia coloniale. Modelli e prassi penali per i sudditi d'Africa dall'età giolittiana al fascismo*, Jovene, Napoli, 2002 ed in Id., *Diritto d'oltremare. Legge e ordine per le colonie del Regno d'Italia*, Milano, Giuffrè, 2008, *passim*. Per il suo tratto signorile, abbinato ad una guida ferma dell'istituzione, sembra sia stato apprezzato dal Foro, come ricavo da una testimonianza che, per tempi e modi in cui fu resa, parrebbe attendibile: cfr. A.

d'offrire al Duce un eclatante contributo all'affermazione della sua mitologica figura anche in un mondo, quello del diritto, certamente più ritroso ma non per ciò alieno dal fascino della simbologia ⁽²⁾. Mito e simbologie, dei quali si faceva un uso accentuato da parte d'un regime che, com'è stato recentemente ricordato, voleva indurre il cittadino a superare i propri egoismi per ritrovare lo Stato *in interiore homine* ⁽³⁾.

In quegli anni il fascismo, se non era al massimo del consenso, inteso come spinta proveniente dalla comunità alla sua più profonda radicazione nelle coscienze, era però, e questo non è facilmente contestabile, al massimo della costruzione della sua autorità ⁽⁴⁾. La Corte di Cassazione, come in qualche modo s'intravedrà anche qui,

L. FERRERI, *Dai ricordi di un vecchio avvocato romano*, Editoriale Arte e Storia, Roma, s. d. [1942], pp. 198-201.

⁽²⁾ Impossibile qui affrontare un tema al quale la cultura giuridica italiana non è particolarmente sensibile, ma che non disconosce. Si tratta d'una concezione del diritto che ha trovato particolari sviluppi nella filosofia giuridica scandinava: per un panorama sul problema si rinvia a S. CASTIGNONE, *La macchina del diritto. Il realismo giuridico in Svezia*, Comunità, Milano, 1974, particolarmente pp. 190-203 e le conclusioni; ulteriori studi dell'autrice su questi temi sono raccolti nel suo *Diritto, linguaggio, realtà. Saggi sul realismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1996. Per alcune riflessioni specificamente riferite alla funzione giudiziaria, cfr. G. M. CHIODI, *Giurisdizione ed equità regolativa*, in *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, a cura di E. BRUTI LIBERATI, A. CERETTI, A. GIASANTI, Feltrinelli, Milano, 1996, pp. 31-48. Una recente attenzione al tema si rinviene in lavori pubblicati in questi ultimi anni nella collana *Miti simboli e politica* dell'editore Giappichelli. Infine, un panorama in chiave simbolica della giustizia come presenza istituzionale è in A. PROSPERI, *Giustizia bendata. Percorsi storici di un'immagine*, Einaudi, Torino, 2008.

⁽³⁾ Si tratta d'affermazioni del giuspubblicista Giuseppe Chiarelli — che sarà poi presidente della Corte costituzionale italiana — evocate quali emblematiche manifestazioni da P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, IV, *L'età dei totalitarismi e della democrazia*, Milano, Giuffrè, p. 256. Un ancor valido repertorio dell'abbondante materiale simbolico al quale era affidato il mito personale di Mussolini è in D. BIONDI, *La fabbrica del duce*, Firenze, Vallecchi, 1973².

⁽⁴⁾ A queste conclusioni perviene De Felice sulla scorta dell'analitico esame d'una vasta documentazione di fonte interna ed internazionale, che non trascura di sondare lo stato d'animo dei diversi ceti italiani. Pur non nascondendosi la crisi dell'originario entusiasmo movimentista, lo storico reatino considera questi, anni caratterizzati da un prevalente 'consenso passivo borghese', incapace di dare nuova energia agli sviluppi dello Stato fascista, ma nello steso tempo del tutto inidoneo a costituire un problema per la tenuta del regime. Cfr. R. DE FELICE, *Mussolini il duce. Lo stato totalitario (1936-1940)*, Torino, Einaudi, 1981, p. 235.

era tutt'altro che incline a contrastarne i disegni ed anzi sembrò interpretarne meglio d'altri corpi dello Stato l'effettivo indirizzo, secondando quegli interessi dei quali più il fascismo si rendeva difensore ⁽⁵⁾. È pertanto comprensibile che i supremi giudici, riuniti nella loro massima espressione istituzionale — le Sezioni unite — ritenessero che fosse loro consentito rendere omaggio al Duce, incrinando il perimetro del sacello forse più custodito nella tradizione dello Stato di diritto, il regime delle *fonti di produzione*. Entrare in quel recinto poteva assumere significati in certa misura eversivi, perché principio fondamentale della tradizione giuridica liberale era l'estremo formalismo e l'elevatissima tipizzazione dei percorsi attraverso i quali dal circuito della politica ci s'immetteva in quello della legalità. Quel processo di neutralizzazione dell'istanza politica e della sua trasformazione in norma giuridica richiedeva rigide forme procedurali e pubblicitarie, quasi a contrassegnare un arcaico rito di passaggio.

Tutto all'opposto, il mito del Duce e l'unicità della sua figura all'interno dell'ordinamento erano allergici ad invalicabili confini, i quali in altro non si sarebbero tradotti che in ostacoli al libero diffondersi della figura del fondatore del regime e della sua volontà creatrice in ogni ganglio istituzionale e spazio sociale. La dottrina fascista aveva compreso perfettamente questa ricaduta del carattere carismatico del capo e la conseguente necessità di riconoscere alla sua figura forza pervasiva in ogni settore. La mistica, in altri termini, non tollerava minute distinzioni scolastiche. La straordinaria concentrazione di poteri nelle mani di Mussolini faceva sì che politica e diritto s'incontrassero in lui in una stretta che rendeva praticamente inservibili le categorie distintive faticosamente portate avanti dalla tradizione liberale. E così l'aspetto 'giuridicamente più caratteristico' del regime veniva colto nella « trasformazione graduale, da politica in giuridica della qualifica di *Duce* o meglio di *Duce del fascismo*, collegata all'altra di Capo del Governo » ⁽⁶⁾; una trasfor-

⁽⁵⁾ Sono le conclusioni cui pervengo nel mio *La politica invisibile. Corte di cassazione e magistratura durante il fascismo*, Milano, Giuffrè, 2003, cui pertanto mi permetto di rinviare.

⁽⁶⁾ Espressioni che si trovano in una notevole sede ufficiale, nell'introduzione al volume *La legislazione fascista nella XXIX legislatura (1934-1939)*. Si tratta, com'è noto,

mazione, il passo era breve o forse già compiuto, che rendeva non più solo di fatto la parola del duce norma di legge.

2. *Ed il contributo della Suprema Corte.*

In tale contesto, pur appena accennato, assume significato esemplare che la Corte di cassazione sia essa in prima persona a ratificare il compimento di questo processo di trasformazione in valore giuridico della parola, o dell'inchiostro del duce. È ben noto alla semiologia che l'insieme da cui i segnali provengono è determinante per la loro efficacia ovvero sia per l'influenza che spiegano (7). L'intera tradizione di quella istituzione deponeva nel senso di farla rigida custode dell'autorità della legge. Notevole era stata la sua evoluzione dall'origine rivoluzionaria che la voleva garante ferma dello *ius constitutionis*, alla sempre maggiore affermazione del compito di regolatrice ed unificatrice della giurisprudenza; la Suprema aveva non di poco slargato i margini del sindacato di legittimità, sia attraverso la *fausse interpretation* della legge (che non supposeva alcuna volontà 'eversiva' del giudice) sia attraverso la verifica della concreta applicazione del diritto al fatto (8). E s'era così verificato, va forse posto in luce, un paradossale processo di straordinaria trasfor-

di pubblicazione che il regime redigeva periodicamente ed in coincidenza con la durata della legislatura per testimoniare, in ogni settore della normazione, le sorti progressive procurate al Paese dal suo capo. Ha richiamato l'importanza della fonte E. GENTILE, *Fascismo. Storia e interpretazione*, Laterza, Roma-Bari, 2002, pp. 164-169, che sinteticamente descrive questo processo di edificazione giuridica della parola del duce.

(7) È un concetto pressoché scontato ma del quale è necessario tenere attenta considerazione quando s'esamina un materiale, quale quello giurisprudenziale, di norma scarsamente incline all'abbondanza di motivazione, ma estremamente efficace nell'indirizzare le condotte. Esprimendo molto efficacemente il singolare rapporto tra convenzionalità ed oggettività nell'assegnazione dei significati sociali, scrive V. G. CHILDE, uno studioso formatosi alla difficile scuola dell'archeologia, *Società e conoscenza*, Milano, Mondadori, p. 56, « i simboli hanno significato soltanto attraverso un accordo tra i membri della società, ma il loro significato è definito soltanto dalle relazioni dei simboli con gli altri elementi di uno schema ».

(8) Su questa importante trasformazione dell'organo, ancora illuminanti le pagine di P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, I, *Storia e legislazioni*, Fratelli Bocca, Milano-Torino-Roma, 1920, ed in particolare le considerazioni di sintesi che si leggono alle pp. 572-577, ma cfr. anche 463-466.

mazione istituzionale, tutto basato sul consolidarsi di prassi e significati giurisprudenziali, ad opera del giudice che più d'ogn'altro avrebbe avuto il compito di garantire la rigorosa applicazione del dettato legislativo. Ma tant'è, di null'altro si tratta che dell'irrompente storicità d'ogni prodotto del diritto.

Ciò nonostante, nessuno avrebbe dubitato che nella Cassazione risiedesse il compito d'assicurare la purezza del diritto ed anzi, proprio l'inclinazione verso la funzione 'regolatrice' aveva accentuato la responsabilità di quella giurisdizione nella direzione dell'esatta interpretazione della legge. Allora, ogni verbo pronunciato in quelle stanze romane dall'architettura greve di citazioni retoriche, assumeva un senso nel mondo dei giuristi carico d'implicazioni. L'occasione che si presentò ai giudici supremi non era tutto sommato di grande momento e nemmeno era nuova ⁽⁹⁾. Si trattava di stabilire un criterio di riparto tra la giurisdizione del giudice amministrativo e quella del giudice ordinario per contenziosi di lavoro promossi dai dipendenti dei concessionari della riscossione delle imposte di consumo comunali, questione cui era connessa l'altra di sapere se la qualifica di dipendente pubblico spettasse solo agli impiegati o anche agli operai. Insomma, tipiche cineserie italiane. Il *thema* era quindi nel decidere se con il passaggio del servizio dal comune al suo concessionario, i dipendenti già pubblici impiegati mutassero il loro *status* e conseguentemente trasmigrassero di giurisdizione da quella delle giunte provinciali amministrative e del Consiglio di stato a quella della magistratura del lavoro di moderna introduzione.

La Corte di Cassazione optò per la conservazione della competenza al giudice amministrativo; e lo fece con un argomentare pienamente tecnico, sostanzialmente legando la conservazione dello *status* alla continuità della funzione. Nonostante la sufficienza delle

⁽⁹⁾ La tematica che fa da sfondo alla decisione della Corte di cassazione era quella della competenza a decidere del contenzioso tra i dipendenti di enti pubblici ed i loro datori di lavoro. Su di essa il dibattito era stato ampio, anche per le implicazioni politiche che ogni questione lavoristica recava nel panorama dello stato corporativo: ampi riferimenti bibliografici in E. BATTAGLINI, *Ancora sul giudice competente a conoscere fra gli enti pubblici ed i loro dipendenti*, in « Foro Italiano », 1937, I, 393 ss.; il tema lo incroceremo, in un'angolazione parzialmente diversa, di nuovo al termine di questo lavoro.

ragioni addotte, decise di sfruttare un'opportunità che le si dava, grazie alla presenza d'una circolare di Mussolini che era intervenuto sul tema. Queste le espressioni della massima (che riproduce letteralmente la motivazione, per la parte che qui interessa)

per l'interpretazione data con la circolare del Capo del Governo del 31 maggio 1936 n° 674, la quale interpretazione deve considerarsi autentica, sia per la posizione del capo del governo fascista da cui essa promana, sia per essere stata rivestita della forma solenne con la pubblicazione nel bollettino delle leggi, la parola *impiego* usata nell'ultimo comma dell'art. 1 del R. D. 21 maggio 1934 n° 1073, concernente le norme per la decisione delle controversie individuali di lavoro, va intesa nel significato pacifico e tradizionale, comprendente oltre gli impiegati anche i salariati gli agenti e gli operai... [corsivo nel testo].

Chi abbia dimestichezza con i reperti giurisprudenziali sa bene che il giudice limita la propria argomentazione al necessario, in quanto ben sa che quanto da lui affermato in un'occasione potrà essergli presentato l'indomani perché costituisca vincolo in una successiva decisione e quindi può comportare irrigidimenti in ambiti imprevedibili. È il gioco del precedente ⁽¹⁰⁾. Un'affermazione tanto dirompente per il quadro delle fonti del diritto, buttata lì senza la necessità di farlo, come manifesta anche la forma incidentale in cui essa è espressa, non può ascriversi semplicemente al quadro dell'argomentazione giuridica. Essa acquista immediatamente un significato politico ovvero almeno 'costituzionale', perché è testimonianza dell'adesione, gratuitamente dichiarata, del giudice di legittimità al percorso che il regime propagandava ed all'evoluzione verso forme di personalizzazione del potere che, almeno sul piano simbolico, in ogni modo erano valorizzate nella pubblicistica più diffusa.

⁽¹⁰⁾ Pagine dense e moralmente elevate si leggono in proposito B. N. CARDOZO, *Il giudice e il diritto*, La Nuova Italia, Firenze, 1961, pp. 67-85; un'ampia riflessione sull'impiego del precedente è in *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti. Profili storico-comparatistici*, a cura di L. Vacca, Giappichelli, Torino, 2000. Ovviamente, quello di non eccedere nelle motivazioni è un atteggiamento deontico per il magistrato, nient'affatto rispettato sempre; ma quei casi in cui il giudice si lascia andare a lunghe dissertazioni, sono considerate deviazioni — si parla in termini spregiati di *sentenze-trattato* — dovute talora a narcisismo, talaltra a finalità carrieristiche e solo di rado davvero giustificate dall'importanza delle questioni e delle implicazioni dimostrative da esse portate.

È una decisione simbolica, appunto. Non solo perché quella motivazione, pur potenzialmente feconda di molte conseguenze, figura lì poco più che come *obiter dictum*; ma anche perché si tratta d'un simbolo abbastanza esoterico, nel senso che si rivolge alla ristretta ma influente schiera dei giuristi. Quel che tanta dottrina andava da tempo sostenendo, veniva ora fatto proprio dal giudice supremo dello Stato: dunque entrava nel mondo del diritto, transitando dalla pagina del giurista privato a quella della sentenza del giudice. E c'era da esser certi che la cosa non sarebbe passata inosservata.

3. *Il problema politico e giuridico.*

Per la verità, il non di certo sprovveduto D'Amelio aveva sicuramente compreso che si stava imboccando un percorso alternativo alla via maestra dello stato di diritto, almeno sul piano formale: ma per l'ordinamento giuridico le forme sono d'estrema importanza, perché l'esigenza di riconoscimento è fondamentale in ogni sistema di regole che aspiri all'efficienza. Ed attribuire efficacia di norma vincolante all'interpretazione del duce, equivaleva a riconoscere la sua parola come fonte dell'ordinamento giuridico. In realtà, si trae l'impressione che, pur non avendo rinunciato a dare la sua adesione al percorso mussoliniano, la Cassazione adottò una linea di relativa prudenza. Innanzi tutto, la già segnalata forma incidentale denuncia un'aspirazione a non impegnarsi direttamente nella ricerca di più solide basi argomentative: i giudici si limitano a fornire un fondamento d'autorità ad un tema molto discusso tra gli interpreti privati, lasciando a questi ultimi il compito d'una maggiore legittimazione teorica, in una sorta di divisione del lavoro corrispondente al capitale simbolico rispettivamente a disposizione. Sulla medesima linea mi sembra si ponga la scelta di non ospitare la decisione, come sarebbe stato naturale data la sua importanza e le implicazioni di carattere generale, nella rivista 'ufficiale' diretta dal presidente della Cassazione: la *Giurisprudenza Italiana* non ne fa punto menzione. Il compito di darne notizia è lasciato alla meno istituzionale *Rivista di diritto pubblico*, testata un tempo molto impegnata e pare voluta direttamente da Vittorio Emanuele Orlando, ma all'epoca destinata

ad una vita un po' meno brillante sotto la direzione del fratello di D'Amelio, il magistrato di cassazione Salvatore ⁽¹¹⁾.

Resta il fatto che comunque la decisione viene presa e deve essere stata anche segnalata per la pubblicazione. Essa figura nella parte II della Rivista dell'anno 1939 ⁽¹²⁾, con una breve nota di commento di Armando Jamalio, magistrato sicuramente assai vicino al Primo presidente D'Amelio, essendo giudice d'appello addetto alla Cassazione, in un ruolo che poteva assumersi solo con il gradimento del 'più alto magistrato del Regno' ⁽¹³⁾. Ma Jamalio non si limita alla breve nota di commento, perché già in essa promette un 'adeguato articolo' per la parte I della medesima rivista. E la promessa è puntualmente mantenuta.

In realtà, quel che si verifica in questa molto singolare vicenda di creatività giurisprudenziale — il cui più completo significato credo potrà cogliersi soltanto tra qualche pagina — non è strutturalmente diverso da quanto accade di regola nel rapporto tra dottrina e giurisprudenza nell'interpretazione del diritto. La giurisprudenza, avvalendosi della propria autorità fa, di regola, da sponda per successive interpretazioni dottrinali; le quali vanno normalmente oltre la decisione giurisprudenziale, che si mantiene più prudente, conscia del carattere pubblico attribuito alla lettura giudiziale delle norme; ma nello stesso tempo gli avanzamenti della

⁽¹¹⁾ Sull'evoluzione del periodico e sulla direzione e l'impegno di Salvatore D'Amelio cfr. G. MELIS, *La burocrazia e le riviste: per una storia della cultura dell'amministrazione*, in questa Rivista, numero monografico su le *Riviste giuridiche italiane (1865-1945)*, 16, 1987, pp. 47-81, numero nel quale è possibile leggere anche un saggio di S. Cassese, dedicato alla linea scientifica della pubblicazione; su Salvatore D'Amelio cfr. anche la voce dello stesso Melis nel *Dizionario biografico degli italiani*. Pur non avendo l'autorità e la diffusione della *Giurisprudenza italiana*, comunque la *Rivista* aveva nel suo consiglio di direzione il fior fiore della pubblicistica italiana, oltre che l'immancabile Mariano D'Amelio.

⁽¹²⁾ Precisamente alle pp. 152-153, con nota Jamalio.

⁽¹³⁾ È questa la definizione enfatica che del Primo presidente dà un altro magistrato d'appello addetto (non a caso) alla Cassazione, Palmiero JANNELLI, nella voce (1939) *Ordinamento giudiziario*, a lui affidata da D'Amelio per il *Nuovo Digesto Italiano*. Il ruolo del giudice d'appello addetto alla Cassazione era, a quel che si comprende dalle carte d'archivio, di frequente momento preparatorio per il transito dalla giurisdizione di merito a quella di legittimità. Ed i magistrati più vicini a D'Amelio spesso percorrevano questa via, come si vedrà a proposito della vicenda di Costamagna, esposta al termine di questo scritto in nt. 166.

dottrina, soprattutto in quanto produttrice di criteri e metodi per la risoluzione dei problemi ⁽¹⁴⁾, possono consolidare gli assunti giurisprudenziali, conducendoli ad ulteriori conseguenze: le quali, in una sorta di circolo ermeneutico, costituiranno a loro volta occasione per ulteriori arresti giurisprudenziali.

Certo, la vicenda in esame assume caratteri peculiari, perché dottrina e giurisprudenza sono chiamate ad compito ‘sovversivo’ normalmente a loro estraneo. Come si vedrà tra un po’, però, questa sovversione è molto relativa ed il particolare ambiente in cui l’operazione è attuata — una dittatura — richiede coordinate teoriche peculiari: con verifiche storiche, compiute attraverso specifiche angolazioni che aprono squarci ulteriori sul fenomeno della creatività giurisprudenziale, presentandolo in manifestazioni inconsuete per le nostre abitudini e dunque utili a risvegliare l’attenzione ed a capire meglio.

Lasciamo, per il momento, in disparte le considerazioni più teoriche e torniamo al nostro fido commentatore. Jamalio ha probabilmente ricevuto l’incarico di dare aria al *la* emesso dalla Corte Suprema. Nella sua posizione d’addetto alla Cassazione mai avrebbe preso l’iniziativa di valorizzare quell’incidentale affermazione, magari creando imbarazzi, qualora il compito non gli fosse stato assegnato direttamente dal primo presidente; e nemmeno l’avrebbero ospitato nelle pagine della rivista di Salvatore D’Amelio che alla Cassazione, oltre ad essere imparentato strettamente, lavorava anche come Sostituto procuratore generale ⁽¹⁵⁾. Il nostro si rende subito e

⁽¹⁴⁾ Una molto lucida impostazione dei compiti assolti dalla dogmatica giuridica, che può estendersi anche alla scienza giuridica *tout court*, è nella voce *Dogmatica giuridica* di L. MENGONI nell’*Enciclopedia giuridica Treccani*, ora anche in Id., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 25-65; interessanti spunti su giudici e giuristi al cospetto dell’interpretazione, in U. PETRONIO, *L’analogia tra induzione e interpretazione prima e dopo i codici giusnaturalistici*, in *Il ragionamento analogico. Profili storico-giuridici*, a cura di Claudia Storti, Jovene, Napoli, 2010, pp. 183-292, e particolarmente pp. 219-220.

⁽¹⁵⁾ Non sembra scorretto formulare queste illazioni, se si considera l’ambiente estremamente autoritario che vigeva in quella realtà istituzionale e che credo d’aver documentato nel mio già citato scritto, *supra*, nt. 5. Purtroppo sull’autore dell’articolo non è possibile acquisire — almeno con un impegno proporzionato al peso che assume ai fini di queste notazioni — ulteriori notizie, non figurando il suo fascicolo personale nel III ed ultimo versamento del fondo Magistrati presente nell’Archivio centrale dello stato,

chiaramente conto delle difficoltà alle quali va incontro la tesi della corte di legittimità. L'art. 73 dello Statuto albertino, in omaggio ad una rigorosa adesione al principio della separazione dei poteri, conteneva un preciso e forse anche eccessivamente puntuale precepto sulla materia: « l'interpretazione delle leggi, in modo per tutti obbligatorio — lì si declamava — spetta esclusivamente al potere legislativo ». Lo scoglio avrebbe potuto considerarsi insormontabile, eppure così non fu.

Fondando sul sostegno offerto dall'« insegnamento del Supremo Organo giurisdizionale », il giudice Jamalio, non banale argomentatore, è subito legittimato a screditare il giudizio di chi volesse riguardare la questione « oggi, sullo sfondo del vecchio art. 73 dello Statuto »⁽¹⁶⁾. L'autore non si nascondeva il problema: che era schiettamente politico e ruotava intorno al superamento dell'impianto fondamentale dello stato liberale. Per la verità, questo profondo iato tra l'ordinamento tradizionale, ancora formalmente esistente, e la sostanza dei rapporti costituzionali dell'organizzazione corporativa era stato già attentamente percepito e delucidato con ben altra forza teorica in uno scritto d'alcuni anni prima (che Jamalio però non richiama, pur sembrandone ispirato) redatto da Widar Cesarini Sforza per le pagine d'una rivista di notevole lignaggio⁽¹⁷⁾. Cesarini aveva chiaramente colto che « la funzione creatrice del diritto », un tempo espressione tipica e propria del legislativo, « non è più nella realtà concreta monopolio di questo potere ». L'allora cattedratico pisano si spiega il fenomeno, come risultato delle « concezioni nuove affermatesi nell'ordine politico e sociale, ed ispiranti l'attività concreta di dati organi e soggetti ».

È accaduto — prosegue — che le presenti funzioni di dati istituti siano diventate sostanzialmente estranee alla struttura originaria degli istituti stessi, la quale viceversa permane intatta o alterata solo in parte. Funzione vuol dire anche contenuto attivo, e struttura vuol dire anche forma [...] la cui determinazione è ciò che preme al giurista: di guisa che il conservatorismo della scienza giuridica non è che il riflesso della staticità delle strutture

dato che probabilmente quel giudice è stato pensionato in un momento successivo all'arco temporale coperto dalle carte.

⁽¹⁶⁾ Cfr. A. JAMALIO, *L'« interpretazione autentica » del Duce*, in « Rivista di diritto pubblico », XVII, 1939, I, 302-325, p. 303 per il passo citato.

⁽¹⁷⁾ Cfr., W. CESARINI SFORZA, *La crisi delle fonti*, in « Archivio giuridico 'Filippo Serafini' », CXV, 1936, pp. 18-43.

giuridiche. La trasformazione delle funzioni è invece, ben si comprende, un fatto politico, ed ecco come dietro il contrasto fra strutture e funzioni spunti quello fra diritto e politica (18).

Il processo cui Cesarini dava voce non è che una specifica manifestazione della più ampia dialettica sempre presente in qualsiasi ambiente organizzato, tra componente funzionale e strutturale, tra ciò che spinge in avanti sotto la pressione dei problemi concreti da risolvere e ciò che cerca di razionalizzare queste spinte, incanalandole, o forzandole, all'interno di preesistenti percorsi d'elaborazione ed omologazione, frutto di scelte compiute in passato secondo esperienze in quel momento maturate (19). Con l'aggravante che nello Stato fascista il conflitto tra questi due momenti era divenuto sempre più difficilmente componibile o lo era solo a costo di elevate formalizzazioni (e mistificazioni), causa la scelta compiuta di non superare lo Statuto albertino e quindi di costringere obiettive novità ordinamentali all'interno di strutture del tutto inadeguate a riceverle (20). Il filosofo del diritto forlivese comprende molto bene che

(18) Ivi, p. 26. In una nota alla parte riportata nel testo, Cesarini aggiunge un'osservazione che mi sembra interessante trascrivere: « La distinzione tra funzione (politica) e struttura (giuridica) giustifica — e ne è giustificata — quella già ricordata tra principio di diritto costituzionale, espressione di coscienza politica, e costituzione, formulazione normativa del principio. La medesima distinzione consente di ammettere, ripeto, che le Legislature fasciste abbiano funzionato, fino a un certo punto, da Costituente, purché si tenga presente che nulla è stato modificato nella struttura degli organi legislativi in quanto organi di produzione del diritto ».

(19) Su questi tempi si può rinviare a T. PARSONS, *Il sistema sociale* (1951), Comunità, Milano, 1996, pp. 26-30, per considerazioni di carattere generale. Molto bene R. DAHRENDORF, *La libertà che cambia*, Laterza, Bari-Roma, 1994, p. 83 rileva che la legittimazione « è il processo di giustificazione del potere in rapporto a istituzioni, forze sociali nonché classi sociali. Il potere non viene dunque legittimato da un semplice riferimento a norme astratte, ma solo rispetto a ciò che esiste ed è in movimento. Esiste legittimità quando la credibilità della legittimazione riposa su istituzioni sociali che accolgono e trasformano quelle stesse forze da cui sono attivate. Il questo senso la legittimità è sempre precaria ».

(20) Sull'ambiguità delle soluzioni istituzionali del fascismo e sulle notevoli fumisterie che caratterizzarono la dialettica tra fascismo movimento e fascismo regime, esiste una letteratura molto ampia; una lettura di sintesi è in E. GENTILE, *Il mito dello stato nuovo*, Laterza, Roma-Bari, 1999, nonché, più puntualmente per gli aspetti costituzionali, in Id., *La via italiana al totalitarismo. Il partito e lo Stato nel regime fascista*, Nuova Italia Scientifica, Roma, 1995, pp. 203-223. Il primo ad avere espresso

l'odierno « dissidio fondamentale [...] sarà superato mediante un nuovo concetto di fonte di qualificazione, nel quale l'elemento politico e quello giuridico si unificheranno come si sono unificati in quel processo storico che ha portato al predominio, nel diritto pubblico moderno della legge e del potere legislativo » (21).

4. *La dottrina all'opera.*

L'operazione di legittimazione cui la Corte di cassazione aveva dato la stura non presentava dunque nulla d'estemporaneo o d'improvvisato: forniva al contrario il suo contributo ad un certo riallineamento del sistema, finalizzato ad armonizzare l'ordinamento formale con la realtà dei processi decisionali in atto. E questa legittimazione che, quando Cesarini scriveva, ancora mancava di suggelli ufficiali, poteva realizzarsi proprio attraverso una confusione tra l'elemento politico e quello giuridico nella dinamica delle fonti del diritto. In sostanza, creando un'altra realtà costituzionale.

Nel suo articolo, Jamalio è consapevole che non si dà « allo stato della legislazione la possibilità di inquadrare in una *forma* di stretta *legalità* una *individuale* potestà d'interpretazione autentica del Duce [corsivi dell'A.] » (22); ma il problema era proprio questo: che, « nella sostanziale realtà giuridica, se non nella forma » (23) le cose stavano in modo completamente diverso. Ed a tale opera adeguatrice, d'appianamento del divario tra politica e diritto, viene chiamato il giurista in sede teorica.

L'operazione che l'autore compie è tutto sommato alquanto semplice e fondata su d'una base di realismo. Attraverso una disamina delle 'profonde riforme costituzionali' operate dal regime e valorizzando a pieno il decisivo potenziamento dei poteri normativi del governo — operata dalla famigerata legge 31 gennaio 1926 n° 100 — e delle attribuzioni del capo del governo (queste ultime d'un

lucidamente le irresoluzioni costituzionali del regime fu Piero Calamandrei in uno scritto del 1948, ora parzialmente poi riprodotto in *Il regime fascista*, a cura di A. Aquarone e M. Vernassa, Il Mulino, Bologna 1974, pp. 57-84.

(21) Cfr., W. CESARINI SFORZA, *La crisi*, cit., p. 43.

(22) Op. cit., p. 322.

(23) Ivi, p. 304.

mese precedente, con legge 24 dicembre 1925 n° 2263), s'aveva buon gioco a dimostrare uno spostamento dell'asse costituzionale dal parlamento al governo. Uno spostamento che Jamalio testimonia anche ricorrendo ad un metodo, quello quantitativo, all'epoca per la pagina del giurista non proprio consueto (24). In sostanza, veniva così valorizzata quella funzione legislativa del governo, che consentiva all'esecutivo d'entrare a pieno titolo nel perimetro del legislativo, ormai svincolato 'dai ceppi parlamentari'.

Ma questo poteva ancora non essere sufficiente, perché altro è il governo collegialmente inteso, cui poteva anche sul piano formale riconoscersi una potestà normativa, altro il capo del governo, cui l'ordinamento direttamente non imputava alcuna specifica potestà legislativa. Serviva qualcosa di più radicale. Ed il nostro non esita a cimentarsi in una — se considerata con l'occhio del giurista liberale — spericolata operazione interpretativo-ricostruttiva. In pratica, e per non farla troppo lunga, il mite magistrato dice che, guardando alla sostanza delle cose, siccome in un modo o nell'altro tutte le istituzioni dello Stato, governo *in primis*, sono espressione della volontà del duce e del suo *indirizzo politico*, « non è infondato affermare che Egli [...] legittimamente informi al suo volere pure i provvedimenti legislativi collegiali, [...] i quali sono nient'altro che l'espressione attuale e legale di quell'indirizzo » (25).

Del resto, molti erano gli spunti ormai per una visione 'anti-formalistica' della realtà costituzionale del regime. La stessa legge d'istituzione della Camera dei fasci e delle corporazioni approvata il 14 dicembre del 1938 e pubblicata il successivo 14 febbraio 1939 (26), aveva tagliato ogni legame anche solo di facciata con la legittimazione elettiva ed aveva reso il ramo basso del Parlamento

(24) L'autore si sofferma sul dato certamente significativo, per il quale dopo la legge del 1926, circa i due terzi della legislazione fascista avveniva per decreto legge: *ivi*, p. 310. La sostanziale e prolungata resistenza al dato quantitativo nell'analisi dei problemi giuridici e le deviazioni che ciò comportava nella percezione dell'effettiva realtà di Stato ed Amministrazione pubblica trovò ad esempio denuncia nelle pagine di un fine giurista, formatosi sotto il fascismo e poi consigliere di stato ed avvocato. Cfr. L. PICCARDI, *Le autonomie calpestate*, (1955), ora in *Id.*, *La storia non aspetta*, Laterza, Bari, 1957, pp. 138-148.

(25) *Ivi*, p. 315.

(26) Si tratta della l. 19 gennaio 1939 n° 129.

espressione di scelte in vario ed indiretto modo riferibili al duce o al suo ristretto *entourage*. Con sbrigativo realismo, Jamalio osserva che al di là d'ogni paravento istituzionale, « tutti questi funzionari [...] ripetono, dunque, la nomina e funzione corporativa, direttamente, o per consenso espresso o tacito dal Capo del Governo e Duce del Fascismo; alla cui volontà si riconduce pure ogni loro attività » (27).

In un quadro del genere appariva stucchevole negare al duce il potere d'interpretare leggi, un retrivo attardarsi su forme che non avevano più alcun significato effettuale. Jamalio può così portare a termine quel percorso che pochi anni prima Cesarini Sforza aveva avviato quando mancava ancora la conferma ufficiale della Cassazione: il percorso della piena qualificazione giuridica dell'alta fonte politica. La peculiare posizione di Mussolini all'interno della giuridicità italiana « mal si presta alla identificazione e valutazione di una sistematica e permanentemente attività organale d'interpretazione autentica »:

nel presente momento storico e allo stato della legislazione costituzionale, si è indotti a ritenere che nella interpretazione del duce ricorra una autenticità che è [...] sostanziale realtà giuridica da cui l'interprete comune [...] più che non possa per estrinsecò vincolo formalistico, non sappia prescindere per intima soggezione concettuale e spirituale, per spontaneo sentimento d'obbedienza, aderente alla coscienza della generalità: stato soggettivo e collettivo da cui scaturisce la *norma agendi* (28).

Attraverso un uso molto disinvolto di categorie giuridiche classiche, attraversate da forti ventate spiritualistiche e romantiche, il nostro offrì il proprio apporto teorico, collocando su d'una piattaforma più solida, almeno a suo criterio, quello che la Cassazione aveva solo incidentalmente ma non casualmente affermato. E si spinge anche oltre, perché propone d'erigere la stessa Corte di cassazione a sezioni unite, quale organo di sussidio tecnico del duce nel suo compito di sommo interprete della legge, quasi a suggello

(27) Ivi, p. 321. Effettivamente, com'è noto, la legge istitutiva della Camera dei fasci e delle corporazioni aveva posto il parlamento totalmente nelle mani del duce. Basti dire che, oltre a fissare l'ordine del giorno della Camera, Mussolini ne dettava i tempi e, quando avesse creduto ricorrere motivi d'urgenza o quando i disegni di legge non fossero stati votati entro un mese dalla loro presentazione in commissione, avrebbe potuto farli direttamente approvare con decreto reale.

(28) Ivi, p. 322.

della saldatura, ormai definitivamente raggiunta, fra il vertice della giurisdizione ed il titolare del potere politico ⁽²⁹⁾. Insomma, di strada pare averne fatta la costituzione materiale.

5. *L'apparente contrarietà di Mortati.*

Ma proprio l'autore della, per vero assai più raffinata, teorica della *costituzione materiale*, sembra opporsi a simili acrobazie giuridiche e prende molto sul serio la decisione della Cassazione. E lo fa in un'occasione, in quegli anni risonante anche al di fuori del mondo universitario, pronunciando la prolusione ai suoi 'camerati studenti', quando nel 28 febbraio del 1940 inaugura, da ordinario di diritto costituzionale, l'anno accademico dell'ateneo maceratese.

Quasi a costituire da contraltare alle tesi di Jamalio, lo scritto viene pubblicato sulla medesima Rivista di diritto pubblico, l'anno successivo ⁽³⁰⁾. L'aria che si respira nella pagina del costituzionalista cosentino è tutta diversa. Dove Jamalio per dar fondamento alla sua tesi guarda alla sostanza delle cose ed agli effettivi rapporti di potere, Mortati privilegia e valorizza forme tradizionali e categorie sperimentate del diritto pubblico. Salvo che in un punto, non trascurabile come si vedrà tra breve.

L'intento del nostro è di dimostrare il « mantenimento nella vigente costituzione italiana del principio della separazione dei poteri » ⁽³¹⁾: tesi indubbiamente ardita, per come le cose si presen-

⁽²⁹⁾ L'autore è esplicito nella sua proposta, che peraltro coincide, manco a dirlo, con le posizioni già espresse da D'Amelio « con chiara vegggenza » (sono parole di Jamalio) in un articolo pubblicato nel 1930 sulla stessa rivista. Perché il potere interpretativo del duce possa operare al meglio. « è ovvio che altro organo tecnico, di collaborazione, occorrerà che eserciti la speciale e permanente attribuzione di segnalare o dar pareri sulle occorrenze d'interpretazione obbligatoria: organo di collaborazione e di predisposizione di tutto ciò che il provvedimento del potere disponente possa esigere ». Naturalmente, « che l'organo costituzionale più adatto [...] sia la Suprema Magistratura Giudiziaria dello Stato, la Corte di Cassazione a Sezione Unite, non occorre che qui si ripeta » (ivi, 324).

⁽³⁰⁾ Con il titolo *Esecutivo e Legislativo nell'attuale fase del diritto costituzionale italiano*, in « Rivista di diritto pubblico », XVIII, 1940, I, 301-332. Che lo scritto sia stato concepito proprio in risposta alla tesi di Jamalio, Mortati lo dice espressamente in coda alla nt. 48, sulla quale tra breve richiamerò l'attenzione.

⁽³¹⁾ Ivi, p. 311.

tavano anche all'occhio più sprovveduto. Ma tesi non impossibile a dimostrarsi, a patto di mantenersi al sicuro, nell'interno della cittadella fortificata della più formalistica e rarefatta teoria giuridica. La ricostruzione di chi a giusto titolo sarà considerato tra i più influenti giurispubblicisti del Novecento, non contribuisce certo a porre a nudo l'effettività dei rapporti; è però naturale espressione, si direbbe disposizione d'*habitus*, di chi della scienza costituzionalistica era protagonista e ad un tempo da essa culturalmente condizionato ⁽³²⁾. Valorizzando nello Stato fascista un presunto pluralismo istituzionale, Mortati tentava di riservare uno spazio di sopravvivenza sia alla scienza che studia i rapporti tra le istituzioni e tra queste ultime e la comunità, sia ai costituzionalisti che di quella realtà erano appunto i cultori.

Non meraviglia dunque che il giurista, motivato da istanze tanto pregnanti, si spinga all'utilizzazione anche degli spunti più schiettamente propagandistici del regime. Chi negasse il pluralismo istituzionale, scrive, farebbe opera di disconoscimento « dell'essenza dello Stato fascista, perché uno degli elementi fondamentali dell'ideologia, alla quale esso si ispira, e che forma il principale suo carattere differenziale rispetto a quello proprio dello Stato sovietico,

⁽³²⁾ Viene qui alla mente, e ad essa chiaramente si è alluso, la categoria interpretativa di *habitus* alla quale Pierre Bourdieu ha dedicato molta parte della sua riflessione. Richiamandone un'occasionale ma felice definizione, essa è intesa come una disposizione che governa l'uomo « a guisa di una forza [...] ma senza costringerlo meccanicamente [...] guida la sua azione come necessità logica (« non può fare diversamente » se non vuole autorinnegarsi) ma senza imporsi a lui come una regola, o come implacabile verdetto logico di una sorta di calcolo razionale » (cfr., P. BOURDIEU, *Il dominio maschile* (1999), Feltrinelli, Milano, 2009, p. 61). Più volte il grande sociologo francese ha messo a fuoco le motivazioni dei giuristi nella costruzione dello Stato ed il complesso di disposizioni, interessi e condizionamenti che ne ha guidato l'azione creando in essi un vero e proprio *habitus*. In una pagina illuminante proprio per l'operazione condotta dal Mortati, Bourdieu scrive: « quegli agenti avevano interesse a dare una forma universale all'espressione dei loro interessi particolari, [...] adoperandosi così a rendere la ragione di stato autonoma dalla ragione dinastica, dalla « casa del re », a inventare la « Res Publica » e poi la repubblica come istanza che trascende gli agenti — e lo stesso re — cui spetta il compito d'incarnarla provvisoriamente: [...] essi sono arrivati a produrre un discorso di Stato che, giustificando la loro posizione, costituiva e istituiva lo Stato, *factio juris* che gradualmente cessava di essere una semplice finzione giuridica per trasformarsi in un ordine autonomo » (cfr., Id., *Ragioni pratiche* (1999), Il Mulino, Bologna, 2009, p. 117).

consiste nel riconoscimento, anche di fronte allo Stato, di una sfera di autonomia dei soggetti, sfera di autonomia suscettibile, (com'era del resto anche nello stesso Stato liberale) di venire limitata nell'interesse collettivo con la forma della legge, ma non di essere annullata »⁽³³⁾.

Questa presunta analogia tra sistema liberale e fascista, peraltro tutt'altro che campata per aria, almeno entro un certo limite⁽³⁴⁾ (che non è però quello di Mortati), nelle intenzioni del Nostro avrebbe dovuto consentire d'esaltare ogni spunto di policentrismo per dimostrare che ancora era possibile di parlare d'equilibrio tra i poteri. Il cattedratico maceratese incontrava non poche difficoltà nel costruire la sua *lectio* in modo convincente per i suoi giovani allievi. Appena un anno prima era entrata in vigore, lo si è ricordato, la legge istitutiva della Camera dei fasci e delle corporazioni. L'autonomia del legislativo era praticamente azzerata, grazie a disposizioni che consentivano al duce di sottrarre la decisione alle commissioni deliberanti (ormai centro dell'attività parlamentare) qualora non avessero votato entro il mese loro riservato (discrezionalmente prorogabile dal duce); disposizioni che permettevano anche d'imporre dopo tre mesi una nuova votazione senza discussione, nella chimerica ipotesi in cui avessero bocciato un disegno governativo, e che riservavano sempre al duce l'ordine del giorno, di sanzionare i deliberati, di designare di fatto e di diritto tutti i componenti ed, in pratica, di privarli della carica in modo indiretto ma efficace⁽³⁵⁾.

Mortati, forte delle sue categorie, non arretra. Utilizza a piene mani il contributo di costrutti concettuali elaborati dalla dottrina

⁽³³⁾ Cfr. C. Mortati, *Esecutivo e legislativo*, cit., p. 312. Si tratta della famosa *terza via* fascista, intorno alla quale infinita era la propaganda del regime: a sostegno della sua tesi, non a caso, Mortati cita il Duce e Bottai.

⁽³⁴⁾ Ha di recente dedicato una riflessione con finalità didattiche al tema, S. CASSESE, *Lo Stato fascista*, Il Mulino, Bologna, 2010, il quale però mi pare valorizzi forse eccessivamente l'angolazione della continuità normativa per giudicare della continuità d'ambiente politico. Ad ogni modo, secondo l'A., la valorizzazione della *continuità* « fu possibile perché il regime precedente era tutt'altro che liberale: aveva struttura autoritaria, temperata da istituti liberali » (ivi, p. 15).

⁽³⁵⁾ Un'efficace e sintetica descrizione dell'impianto dato alla Camera dei fasci e della corporazioni e delle finalità attraverso di esso perseguite è ancora in A. AQUARONE, *L'organizzazione dello stato totalitario* (1965), Einaudi, Torino, 1978, I, 273-281.

costituzionalistica liberale senza tener conto della loro totale estraneità al contesto in cui scrive. Ad esempio:

la podestà che l'articolo 18 conferisce al Governo di scegliere fra la concessione della proroga del termine di un mese [...] e la sua sostituzione all'opera delle Commissioni, non è di carattere arbitrario, ma discrezionale, ed è pertanto limitata al fine del conseguimento di un pubblico interesse ⁽³⁶⁾.

Che a giudicare della validità del fine fosse lo stesso duce e che nessun controllo fosse contemplato su eventuali abusi, non impedisce al nostro giurista di ricondurre alla ben differente categoria della discrezionalità (d'ambiente amministrativo ⁽³⁷⁾) quello che era chiaramente un potere arbitrario ed altamente condizionante per il sol fatto d'essere contemplato. Ma postosi in un contesto puramente formale, niente suggerisce al Mortati prudenza di giudizio. Anche la fissazione dell'ordine del giorno della Camera da parte del duce e la necessità del suo consenso perché le leggi approvate dalle commissioni potessero ottenere la sanzione reale, sono scrutinate dal costituzionalista alla stregua delle più raffinate categorie concettuali allora a disposizione. A chi ne derivava un sostanziale svuotamento del potere legislativo Mortati, invocando la teoria dell'atto complesso (e degli atti distinti) formulata nel 1903 da Donato Donati ⁽³⁸⁾, opponeva che:

la dottrina ha ormai chiarito con sufficiente precisione la distinzione che è da porre fra i casi nei quali l'esercizio di una facoltà sia attribuito a più soggetti e a più organi, sicché l'atto che lo concreta risulti dalla partecipazione di tutti questi soggetti, cooperanti alla formazione di una volontà unica e diretti alla soddisfazione di uno stesso interesse, dai casi nei quali la facoltà stessa, attribuita in proprio esclusivamente ad un soggetto o ad un organo, sia condizionata, in uno o più momenti della propria esplicazione, in attività di altri soggetti o organi. Ora i poteri del Capo del Governo ai quali si è fatto riferimento, attengono tutti, nessuno escluso, alla seconda categoria di atti

⁽³⁶⁾ *Esecutivo e legislativo*, cit., p. 317.

⁽³⁷⁾ Sulla discrezionalità amministrativa, con particolare attenzione al dibattito sviluppatosi intorno al tema negli anni trenta del Novecento, ha dedicato un ampio studio L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Cedam, Padova, 1986.

⁽³⁸⁾ Non a caso Donati fu il caposcuola dell'indirizzo che nella scienza del diritto amministrativo si attestò sulle posizioni più formaliste. Su di lui cfr. ora A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 194-204.

ora ricordati, diretti come sono a condizionare l'attività legislativa, senza appartenere dal punto di vista sostanziale ad essa ⁽³⁹⁾.

Sarebbe interessante soffermarsi sul modo d'operare del giurista in tali frangenti: evidente che egli avverte come suo compito quello di ricondurre le nuove fenomenologie a categorie già sedimentate per trovarvi un ordine, non diversamente da un soccorritore impegnato nel recupero del naufrago alla riva: ordine nella tradizione. Nel far questo, la preoccupazione di non travisare la realtà — creando scollature irrecuperabili ed improbabili legittimazioni — non sfiora il pensiero di giuristi, pur dello spessore di Costantino Mortati. A prevalere è senza esitazioni l'esigenza sistematica, propria dell'*habitus* professionale, che consente al tecnico di sostenere, reso forte dalla coesione del suo strumentario, tesi che, quando ci si sottraesse all'ambiente autoreferenziale in cui sono prodotte, apparirebbero francamente frutto di pura convenzione culturale, mera *fable convenue*. Ma è bene tornare più da vicino alla nostra esplorazione sugli scambi di dottrina e giurisprudenza.

Inutile dire che in quest'opera di ricostruzione virtuale dell'autonomia del legislativo, nemmeno « la soppressione del procedimento elettivo per la costituzione della Camera [...] è tale da compromettere — ove beninteso avvenga nei limiti del fine per cui il relativo potere è stabilito — l'autonomia dell'organo »; perché in realtà tutto ciò « corrisponde alla logica del sistema [...] risulta dall'aver assunto lo Stato un contenuto ideologico esclusivo, non suscettibile di essere modificato, almeno in forma legale, a costituire ed a svolgere il quale non possono contribuire se non coloro che ad esso aderiscono, cioè gli appartenenti al Partito » ⁽⁴⁰⁾. Detto in termini meno complessi, la coerenza del sistema salvaguarda l'autonomia del parlamento. Ed infatti, Mortati può serenamente concludere che « chiaro appare pertanto come nel vigente ordinamento del potere normativo nessun elemento vi sia, cui possa attribuirsi il significato di uno spostamento di competenze tale da alterare il funzionamento del sistema di separazione » ⁽⁴¹⁾.

Non sarebbe utile proseguire nell'analisi ravvicinata dell'argo-

⁽³⁹⁾ *Esecutivo e legislativo*, cit., p. 320.

⁽⁴⁰⁾ Ivi, p. 321.

⁽⁴¹⁾ Ivi, 319.

mentare di questo saggio, anche perché agli occhi del contemporaneo l'ironia s'imporrebbe inevitabilmente ⁽⁴²⁾. Qui interessa soprattutto evidenziare come un'affermazione d'un paio di righe della Corte di cassazione provochi cimenti dottrinali di vasto impegno, per sostenere o contestare la fondatezza della tesi poco importa, riconoscendole comunque, ed è quel che invece conta, una dignità ed una forza d'affermarsi, ben al di là di quanto avrebbe meritato lo spessore degli argomenti (in questo caso pressoché assenti) sui quali l'arresto si sostiene. A Mortati « appare infondata la tesi [...] affermata in una recente decisione del supremo Collegio » (quella che ben conosciamo ormai anche noi); ma rispetto ad essa avverte il dovere d'impegnarsi nella confutazione. Anche se poi, a ben guardare, quel gran numero di pagine partoriscono ben poco. Se è vero che Mortati nello spazio riposto d'una nota del suo scritto, è costretto anche lui ad ammettere che le cose stanno diversamente da come ha sperato di poter dimostrare:

le considerazioni del testo hanno avuto lo scopo di mostrare come, contrariamente a questa tesi [di Jamalio], il sistema vigente del diritto, *se naturalmente considerato obiettivamente, ed indipendentemente dal riferimento alla persona dell'attuale Capo del Governo che, come fondatore del movimento si trova in una particolarissima situazione*, contrasti con la concezione sopra riferita ⁽⁴³⁾.

Da questa vicenda viene forse già una prima luce per il nostro saggio: l'autorità della decisione, non la sua forza argomentativa, è

⁽⁴²⁾ Solo per cogliere a quali conseguenze può condurre un eccesso d'argomento logico sradicato dallo sfondo storico, si riferisce quanto Mortati scrive a proposito del potere del capo del governo di provocare la perdita dello *status* parlamentare ai componenti della Camera dei fasci, attraverso la revoca della carica — nel PNF, nel Consiglio nazionale delle corporazioni, ecc. — in virtù della quale sedevano in Parlamento: « senonché le stesse facoltà conferite a questi, rivolte a modificare la composizione degli organi costituzionali, o ad arrestare l'efficacia degli atti da questi emanati, dimostrano che un potere di vincolare in modo diretto le volontà di essi fa difetto » (ivi, p. 323). E tale formalistica posizione lo porta a concludere che « il regime fascista realizza le migliori condizioni per una proficua applicazione del principio stesso [della separazione dei poteri] e per il raggiungimento delle finalità ad esso connesse, finalità che consistono nel prevenire gli abusi inerenti al concentrazione delle funzioni nelle stesse mani e nel garantire che l'ordinaria azione dello Stato si svolga nel rispetto dei limiti formali e sostanziali, posti dall'ordine giuridico » (ivi, p. 332).

⁽⁴³⁾ Ivi, p. 325, nt. 48, corsivo mio.

ciò che l'inserisce nel circuito interpretativo e creativo proprio del mondo giuridico. Scienza pratica per eccellenza, la dottrina giuridica è sensibilissima alle decisioni del giudice perché in esse vede la regola concreta che esiste e produce effetti palpabili (e può chiamarsi successivamente per regolare analoghe fattispecie), indipendentemente dalla sua logica solidità: compito dello scienziato e sistemarla all'interno d'un panorama più ampio, a seconda dei convincimenti per valorizzarla o per dequotarla, per attribuirle in altri termini, uno spazio semantico (e dunque regolativo) maggiore o minore. Resta però materiale reputato di primaria importanza per l'avanzamento del diritto, ed il confronto con esso è in ogni caso ineludibile anche quando si stenta a riconoscerne esplicitamente la normatività (44).

6. *Alcune necessarie coordinate teoriche.*

L'esperienza sin qui esaminata rischierebbe di trasmettere l'immagine d'una corte suprema perfettamente allineata alle avanguardie più avanzate del regime, quasi un traino del fascismo verso i suoi 'alti traguardi' di trasformazione dei valori politici. Sarebbe però, almeno credo, il risultato d'un giudizio superficiale sulla situazione, favorito da un tema del decidere cruciale per la vita d'un ordinamento giuridico, quale lo sono i suoi meccanismi d'alimentazione e rinnovamento. Potrebbe quindi venir da pensare che se la Cassazione è giunta a tanto, ad aprire le porte del diritto all'immediata influenza del capo del governo e della politica eludendo i

(44) È, com'è noto, una consapevolezza che nella nostra cultura giuridica ha stentato a rendersi cosciente, mentre la realtà andava avanti incurante delle teorizzazioni. In apertura d'un saggio che è rimasto classico e che ha dato il via ad una lunga stagione di *dialoghi con la giurisprudenza* su « Contratto e impresa », Francesco Galgano così lucidamente rappresentava il fenomeno: « Continuiamo a proclamarci interpreti della legge ad elaborare teorie sulla sua interpretazione; ma ci troviamo di fatto ad operare, sempre più frequentemente, come interpreti della sentenza e (del contratto). La legge, nel senso pieno dell'espressione, è ormai una specie alquanto rara, e la funzione di adeguamento del diritto ai mutamenti della realtà è sempre più largamente svolta dal giudice (o è svolta dalla modellistica contrattuale). Constatato da qualche tempo che gli avvocati, nei loro atti defensionali come nei loro pareri, non citano più i codici, ma la giurisprudenza sui codici » (cfr. F. GALGANO, *L'interpretazione del precedente giudiziario*, in « Contratto e impresa », 1985, pp. 701-721).

processi di filtraggio, stabilizzazione e formalizzazione propri dello Stato di diritto, è come si fosse spinta oltre ogni possibile limite di sottomissione, abdicando interamente al proprio compito di custode della legge. Ma è proprio l'esemplarità della decisione esaminata che deve indurre il sospetto. Certo, un'affermazione come quella che s'è letta non è storicamente insignificante: non solo perché proviene dal massimo giudice dello Stato nella sua costituzione più performativa, le Sezioni unite; ma anche perché non è affatto estemporanea rispetto alla più generale teorizzazione in cui prendeva posto, una teorizzazione secondo cui « la Rivoluzione fascista è stata soprattutto una rivoluzione giuridica », che molto puntava sulla disponibilità del diritto a farsi carico della novità politica ⁽⁴⁵⁾; e proprio nello « scardinamento del sistema tradizionale delle fonti vedeva un percorso essenziale per la più rapida affermazione dei suoi valori » ⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁵⁾ In occasione del discorso tenuto dal duce nel gennaio del 1940 alle Commissioni per la riforma dei codici Dino Grandi, all'epoca ministro guardasigilli, espresse con enfasi il concetto: « noi crediamo non solo che non esistono confini o diaframmi tra politica e diritto, ma siamo convinti invece che fra essi vi sia invece un nesso assoluto. [...] Il diritto non è fatto soltanto di schemi e categorie logiche sostanzialmente immutabili. Esso deve procedere [...] in rapporto costante, coerente ed organico colle graduali trasformazioni dell'organizzazione politica e nella legislazione dello Stato ». Traggio la citazione da F. OLGIATI, *Il concetto di giuridicità nella scienza del diritto*, Vita e pensiero, Milano, 1950², p. 153, saggio che, pubblicato per la prima volta nel 1943, contiene una tra le migliori e più puntuali esposizioni di sintesi della concezione giuridica del fascismo (pp. 151-184).

⁽⁴⁶⁾ La citazione è tratta da M. D'AMELIO (in versione dottrinale), *Introduzione a Il pensiero giuridico italiano*, I, *Bibliografie*, Roma, Istituto Nazionale per le relazioni culturali con l'estero — Centro di studi giuridico, 1941, pp. 7-13 (il passo cit a p. 13). L'affermazione andava letta proprio nel senso metodologico che tra politica e diritto nel regime fascista il confine dovesse necessariamente diafanizzarsi perché i principi del regime potessero efficacemente infiltrarsi nelle tradizionali categorie giuridiche, sovvertendone radicalmente il significato. « Il nuovo diritto — si legge nello stesso scritto — è sceso dai cieli dell'ideale. [...] La letteratura giuridica moderna, specie quella del diritto pubblico, ha un'eccezionale virtù fattiva. [...] Ecco perché oggi per tante concezioni giuridiche si invocano principi fondamentali del duce, manifestati in suoi scritti e discorsi. La vita legislativa non è stata mai come ora intimamente connessa con la vita del pensiero » (ivi, 10-11). La rottura del principio dell'unità delle fonti era del resto pure il risultato dell'opzione corporativa che aveva assegnato il compito di produzione del diritto anche ad organi estranei alle tradizionali istituzioni legislative. E la novità veniva enfatizzata spesso al di là dell'effettiva incidenza: « Il moderno ordinamento dello stato italiano a base corporativa — si legge in uno dei molti scritti sul tema

Questa vicenda, però, è soprattutto testimonianza d'una tipica dinamica presente nei rapporti tra dottrina e giurisprudenza. A posti diversi nel processo di manifestazione del diritto, corrispondono forme differenti d'espressione. La giurisdizione, raccogliendo spunti circolanti all'interno del dibattito giuridico — e politico — dà ad essi la forma essenziale dell'atto dell'autorità; la scienza giuridica, sollecitata dall'ingresso dell'autorevole precedente giurisprudenziale nel circuito giuridico, si prova ad analizzarlo e razionalizzarlo, ricollocandolo nell'ambito d'un panorama argomentativo di più ampio respiro e sviluppando così corpi di teorie che a loro volta costituiscono termini di confronto e fonte dialettica per ulteriori elaborazioni ⁽⁴⁷⁾. Si avrà modo di rivederlo anche oltre. E si tratta d'una testimonianza perspicua, perché avutasi in occasione d'un arresto giurisprudenziale che certo non brillava per impegno argomentativo ma, nonostante ciò, spunto per corpose riflessioni dottrinali ⁽⁴⁸⁾.

— ha sepolto il principio dell'unità delle fonti, adottando invece il principio opposto, suscettivo di nuove e maggiori applicazioni » (cfr. M. COMBA, *La funzione normativa del Consiglio nazionale delle corporazioni*, in « Il diritto del lavoro », I, 1930, pp. 618-629 (il passo cit. a p. 619).

⁽⁴⁷⁾ Anche se non sono mai mancate, come s'è già accennato, deviazioni da questo modello motivazionale. Ne è testimonianza importante — sia nel senso dell'esistenza del modello sia in quello della persistenza delle deviazioni — la circolare emanata nel corso del cospicuo periodo (1986-1991) di presidenza della Corte di Cassazione di Antonio Brancaccio, sotto forma di *Appunto sulla motivazione in cassazione*, dove si scandiscono i requisiti di una sentenza 'correttamente motivata': « 1°) sia completa, in quanto abbia esaminato tutte e soltanto le questioni effettivamente rilevanti per la decisione della causa [...]; 2°) sia concisa, cioè, come insegna il lessico, sia limitata ad esprimere concetti fondamentali e con poche, essenziali parole al di sopra o al di sotto delle quali non deve andare. [...] La concisione è attribuito degli atti autoritativi, che sono tali in quanto statuiscano, ossia esprimono una volontà legittimata ad imporsi indipendentemente dalla propria forza di persuasione. E se la sentenza, a differenza delle leggi, abbisogna della motivazione, ciò non significa che essa debba convincere [...], ma solo che debba esternare le ragioni della scelta, affinché questa non appaia frutto di arbitrio » (cfr., *Circolari e note di servizio emanate sotto la prima presidenza del dr. Antonio Brancaccio. Sintesi a cura del Gruppo Consultivo della Prima presidenza*, Servizio stampa e pubblicazioni del centro elettronico di documentazione, Roma, 1991, pp. 40-41).

⁽⁴⁸⁾ In un saggio pieno d'illuminanti spunti critici scritto tra il 1934 ed il 1935, Michail Bachtin formula alcune osservazioni che sono d'aiuto a spiegare il fenomeno dell'eccesso nella valorizzazione del *dictum* giurisprudenziale: « la parola autoritaria può

Sarebbe però un errore, credo, voler di più ed assegnare alla decisione, sotto il profilo dei rapporti con il discorso della politica, un significato ulteriore rispetto a quello dell'aperto omaggio prestato dall'istituzione al regime. Che i magistrati in ermellino, ma anche i loro meno paludati colleghi in toga, fossero ossequienti nei confronti del regime fascista non è scoperta d'oggi ⁽⁴⁹⁾ e tutto sommato è una realtà che si manifesta non solo nei regimi dittatoriali ma anche in quelli democratici, là dove l'organizzazione del potere giudiziario sia strutturata su base essenzialmente burocratica ⁽⁵⁰⁾. Il problema è che quando si sia alla ricerca del reale contributo che la giurisprudenza offre alla formazione del *giuridico*, soprattutto in un regime con tratti spiccatamente autoritari, è necessario provarsi a distinguere quello che va messo sul conto del livello più schiettamente politico da ciò che è invece proprio del circuito ordinamentale. Se non si compie questa opportuna operazione, si rischia di commettere errori di valutazione che possono deformare in modo esiziale il giudizio. Non solo. Ma si rischia anche di sopravvalutare, nella stessa dimensione

organizzare intorno a sé masse di altre parole (che la interpretano, la esaltano, ne fanno determinate applicazioni, ecc.), ma essa non si fonde con loro (mediante, ad esempio, graduali passaggi), poiché resta distinta, compatta, inerte; essa per così dire, esige non soltanto le virgolette, ma anche un rilievo più monumentale, ad esempio, un carattere tipografico speciale. [...]. La sua struttura semantica è immobile e morta, poiché è compiuta e univoca, il suo senso soddisfa alla lettera e si pietrifica ». Cfr. M. BACTHIN, *La parola nel romanzo*, in Id., *Estetica e romanzo* (1975), Einaudi, Torino, 2010, pp. 66-230, p. 151 per la citazione.

⁽⁴⁹⁾ Già molti anni or sono, questo atteggiamento della magistratura, soprattutto nei suoi più alti gradi, è stato posto in evidenza da G. NEPPI MODONA, *La magistratura e il fascismo*, in *Fascismo e società italiana*, a cura di G. Quazza, Einaudi, Torino, 1973, pp. 128-181, particolarmente pp. 162-167; vedi anche V. ZAGREBELSKY, *La magistratura italiana dalla costituzione ad oggi*, in *Storia d'Italia, Annali*, 14, *Legge Diritto Giustizia*, a cura di L. Violante, Einaudi, Torino, 1998, pp. 711-790, particolarmente pp. 713-723; P. SARACENO, *Alta magistratura e classe politica dalla integrazione alla separazione*, Edizioni dell'Ateneo & Bizzarri, Roma, 1979, pp. 79-88. Peraltro non mancano nemmeno testimonianze di autorevoli gerarchi che attesterebbero un rispetto da parte di Mussolini per l'indipendenza della magistratura il che, stante la naturale integrazione tra giudici e società, potrebbe rispondere al vero, fatta la tara d'un certo eccesso d'idealizzazione: cfr. sul punto la voce di G. GIURIATI, *La parabola di Mussolini nei ricordi di un gerarca*, Laterza, Roma-Bari, 1981, p. 79.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. C. GUARNIERI, *Magistratura*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Istituto dell'Enciclopedia italiana, *ad v.*, saggio aggiornato alle recenti acquisizioni della ricerca storiografica e sociologica (sull'argomento qui nel testo, in particolare parag. 4).

della politica, quel che v'è d'ineffettuale, valorizzando ciò che pure lì rimane al livello soprattutto della propaganda o del *ballon d'essai* e che anche per questo non s'incontra negli ambiti più preservati del sistema giuridico.

La giurisdizione ha ben chiaro di non poter tralignare dai valori e dagli interessi che alimentano la struttura del patto sociale, il nucleo di relazioni e scambi intorno a cui si matura e si rende duraturo il consenso politico. Sino a quando l'omaggio è reso sul piano del diritto delle fonti, il contributo dei giudici al fascismo si mantiene ad un livello, non certo privo di suggestioni simboliche e quindi di varie anche se difficilmente misurabili ricadute concrete ⁽⁵¹⁾; ma di sicuro nemmeno in grado d'incidere immediatamente sui beni giuridici dei quali il sistema, politico ed ordinamentale, restava geloso custode. A far parlare quelle fonti e ad amministrarne i riflessi su specifici istituti — quel che veramente conta, attesa la natura pratica del diritto — sarebbe stata infatti la stessa giurisprudenza e, per conto di questa, soprattutto la sua più alta custode, la Corte di cassazione. Ora, per quanto in nessuna epoca mai è stata assente una discrezionalità del giudice nell'interpretazione delle norme: una discrezionalità che tanto più si fa lata, quanto più sia necessario ricorrere a principi generali per la decisione, e che, dunque, è andata sempre più slargandosi nell'epoca contemporanea in ragione della via via maggiore complessità e contraddittorietà degli interessi con accesso alla considerazione giuridica ⁽⁵²⁾; per quanto tutto ciò sia difficile da mettere in discussione, dell'*habitus* del giudice fa parte la convinzione (e molto più ne

⁽⁵¹⁾ È sempre molto difficile valutare l'effetto conformativo prodotto dai simboli sociali, che sono tanto più efficaci quanto più s'inseriscono in un sistema culturale coeso che impone certe interpretazioni grazie ad un tessuto di coerenti di rimandi semiologici. Il complesso rapporto tra individui ed istituzioni non è certo basato sull'applicazione zelante delle regole, bensì una complessiva disposizione culturale, in buona parte acquisita attraverso il condizionamento simbolico: sul punto cfr. John R. SEARLE, *La costruzione della realtà sociale* (1995), Einaudi, Torino, 2006, pp. 156-168.

⁽⁵²⁾ La riflessione teorica più attenta su questi profili dell'interpretazione giudiziaria, anche se da molti radicalmente criticata, è in R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), Bologna, Il Mulino, 1994; una più recente, lucida meditazione sul rapporto tra regole e principi è stata svolta da G. ZAGREBELSKY, in un saggio del 2003 scritto proprio in margine al pensiero di Dworkin, ora in Id., *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, Torino, 2009, pp. 85-116.

faceva parte in passato) del dover concorrere a mantenere i rapporti tra gli interessi sociali per come si presentino in un dato momento storico ⁽⁵³⁾. Se indubbiamente la giurisdizione contribuisce, lo s'è detto, all'avanzamento del diritto, sono progressi lenti e prudenti, quelli che essa può sostenere, perché deve muoversi con accortezza e di conserva con gli indirizzi di fondo degli altri centri decisionali, che risultano essere poi prevalentemente quelli che riescono ad imporsi alle (ed avvalendosi delle) istituzioni pubbliche ⁽⁵⁴⁾. La consapevolezza dell'autorità che ne costituisce il tratto, rende la giurisdizione fortemente segnata dalle proprie responsabilità, che ne conformano l'attività interpretativa e le forme espressive stesse in cui essa si manifesta.

Indubbiamente il regime fascista aveva realizzato contenuti innovativi nella società italiana che, a parte gli inadeguati tentativi di mediazione dell'età crispina e giolittiana ⁽⁵⁵⁾, non era stata in grado

⁽⁵³⁾ È interessante osservare come un lavoro che proprio negli anni del fascismo apre alla dottrina italiana la prospettiva del potere discrezionale del giudice, teorizzi e delimiti questo in funzione della responsabilità peculiare della giurisdizione d'assicurare correlazione d'interessi e collaborazione sociale: « le esigenze proprie della giustizia comportano che ciascuno dei consociati consegua la migliore possibile soddisfazione dei suoi interessi, in rapporto alle condizioni concrete della socialità, come si affermano in un dato momento storico. A determinare dette esigenze concorrono quindi un elemento immutabile, che è dato dall'esigenza del reciproco rispetto per la personalità, ed elementi storicamente varabili dipendenti dalle condizioni sociali ». Cfr. A. RASELLI, *Studi sul potere discrezionale del giudice civile*, (1927) Giuffrè, Milano, 1975, pag. 380.

⁽⁵⁴⁾ La scienza politica nordamericana ha da tempo approfondito queste tematiche, anche grazie ad una maggiore esposizione dei giudici statunitensi sul piano politico. Si legge in H. D. LASSWELL e A. KAPLAN, *Potere e società* (1950), Il Mulino, Bologna, 1997, p. 256, « vi sono momenti del processo decisionale, che concorrono e s'intrecciano con queste fasi dell'attività di governo. Quello più noto è costituito dalla *funzione giurisdizionale*, che consiste nel produrre decisioni dotate di autorità riguardanti la conformità delle pratiche alla formula politica ». Cfr. anche l'approfondita trattazione del fenomeno dell'associazione alla funzione di governo di quella giurisdizionale in M. SHAPIRO-A. STONE SWEET, *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford University Press, New York, 2002, pp. 1-89. Un'ampia riflessione condotta sulla dialettica tra creatività dell'interpretazione giurisdizionale e vincoli nascenti dalle condizioni storiche e normative (ivi compresi i precedenti giurisprudenziali) con le quali il giudice deve confrontarsi, è oggi in D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al « diritto »*. *Contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2 della costituzione italiana*, Jovene, Napoli, 2008.

⁽⁵⁵⁾ Il giudizio d'inadeguatezza è pressoché unanime nella storiografia e del

di mantenersi al passo con gli eventi e s'era trovata in forte ritardo innanzi all'irrompere nell'immediato dopoguerra delle proteste alimentate da non corrisposte istanze sociali. Ma la soluzione del fascismo, secondo quanto ormai acquisito dalla storiografia ⁽⁵⁶⁾, era stata una modernizzazione contraddittoria che, soprattutto, non aveva messo in forse i rapporti di forza e, pur creando forme di solidarietà attraverso una rete d'istituzioni pubbliche con il compito d'inserirsi in spazi sempre più ampi della vita privata, non aveva minimamente scosso le fondamenta individualistiche, nucleo animatore d'ogni disposizione del codice civile. Seguendo una certa lettura storiografica, dovrebbe dirsi che « il capitalismo fascista difende[va] con le unghie e con i denti la proprietà privata ed il controllo di pochi su di essa » ⁽⁵⁷⁾; anche se non è necessario condividere le

resto lo stesso Giolitti si descriveva come « il sarto che preparava abiti tali da poter essere indossati da persone afflitte da particolari forme di gobba »: cfr. su ciò ed in generale sulle acquisizioni storiografiche, F. BARBAGALLO, *Da Crispi a Giolitti. Lo Stato, la politica, i conflitti sciali*, in *Storia d'Italia*, III, *Liberalismo e democrazia*, a cura di G. Sabbatucci e V. Vidotto, Laterza, Roma-Bari, 1995, pp. 3-133, particolarmente, pp. 70 ss.; sullo specifico contributo della magistratura alle mediazioni di quegli anni e sulla sua posizione schiettamente conservatrice, cfr. A. AQUARONE, *L'Italia giolittiana*, Il Mulino, Bologna, 1988, pp. 461-478. Del resto quello delle gobbe e dell'inadeguatezza della risposta politica è un limite ricorrente della storia italiana, che ha caratterizzato anche la vicenda repubblicana, in cui il totale blocco del sistema politico e la sua incapacità di corrispondere ad esigenze ineludibili di trasformazione ha favorito la costante e destabilizzante presenza di formazioni eversive e trame d'élites, portando a soluzioni compromissorie con la conseguenza di mantenere istituzioni inette nella decisione ed alimentare un debito pubblico di dimensioni sconcertanti, consolidando nella mentalità italiana l'assenza di valori collettivi, il dispregio per le regole, la visione puramente egoistica della vita sociale. Su questa amara lettura, un quadro generale è efficacemente tracciato da G. CRAINTZ, *Il paese mancato. Dal miracolo economico agli anni ottanta*, Donzelli, Roma, 2005. Infine, un recente riflessione sulla debolezza delle istituzioni italiane ed un tentativo di spiegazione sulla lunga durata è compiuta nell'importante lavoro di R. AJELLO, *Eredità medievali. Paralisi giudiziaria. Profilo storico di una patologia italiana*, Arte Tipografica, Napoli, 2009.

⁽⁵⁶⁾ Sull'opera di modernizzazione 'lenta e contraddittoria' del regime cfr. N. TRANFAGLIA, *La prima guerra mondiale e il fascismo*, in *Storia d'Italia*, XXII, a cura di G. Galasso, Utet, Torino, 1995, pp. 635-641, autore, peraltro, tra i meno disponibili al riconoscimento di politiche innovative nel ventennio. Un'utile rassegna delle diverse posizioni in storiografia è in S. G. PAYNE, *Il fascismo*, Newton & Compton, Roma, 1999, pp. 476-491 (cfr. anche nt. successiva).

⁽⁵⁷⁾ Cfr. ancora N. TRANFAGLIA, *Fascismi e modernizzazione in Europa*, Bollati

posizioni più critiche nei confronti delle realizzazioni del regime, per rendersi conto del fatto che le basi sociali ed economiche trovate dalla dittatura al suo instaurarsi, non fossero state realmente intaccate dall'apparato corporativo e dai suoi principi. Si trattava del resto d'una realtà che era stata colta nel mondo giuridico in modo chiaro già verso la fine del regime, pure con riguardo alla vicenda della Carta del lavoro: la quale, per quanto precocemente ammessa dalla Corte di Cassazione tra le fonti del diritto — pur non avendone i requisiti formali — e per quanto definita come una sorta di carta costituzionale del nuovo Stato, era stata largamente emarginata nella concretezza degli indirizzi giurisprudenziali, secondo una strategia del tutto analoga a quella che abbiamo sin qui descritto ⁽⁵⁸⁾.

La giurisprudenza è osservatrice sensibile di quanto avviene intorno a sé. Il fascismo sul piano costituzionale aveva svuotato l'assetto statutario ed aveva sì sottratto alle istituzioni rappresentative ogni presa ed effettivo potere, con buona pace di quanto ne scriveva, in prospettiva giuridico-formale, Costantino Mortati; ma sul piano dei rapporti privati, e cioè sul piano che più immediatamente tocca la produzione ed accumulo della ricchezza, la sua iniziativa s'era rivelata molto limitata. A proposito dell'esperienza politica in quei medesimi anni sviluppatasi in Germania, in un lavoro molto centrato è stato osservato che

spetta ai tribunali avere cura che i principi fondamentali dell'ordinamento economico capitalistico siano mantenuti, sebbene lo Stato discrezionale faccia occasionalmente uso delle sue prerogative per decidere del caso singolo, esclusivamente secondo l'opportunità e la situazione specifica. Le sentenze pubblicate mostrano come i tribunali abbiano preservato con successo il sistema giuridico, inclusi i suoi essenziali istituti, necessari al

Boringhieri, Torino, 2001, p. 50. L'autore s'ispira ad una tesi già enucleata nel corso del regime da un attento osservatore il quale aveva precocemente « dimostrato che le realizzazioni fasciste sono assai meno 'rivoluzionarie' della legislazione »: cfr. L. FRANK, *Il corporativismo e l'economia dell'Italia fascista (1934-1939)*, a cura di N. Tranfaglia, Bollati Boringhieri, Torino, 1990, p. 36.

⁽⁵⁸⁾ Fu Lorenzo Mossa a denunciare l'inaccettabilità del divario tra omaggio formale alla Carta del lavoro, documento sacro del fascismo, e la sua sostanziale inattuazione. Su questa vicenda e sul più generale svuotamento delle realizzazioni corporative, cfr. O. ABBAMONTE, *La politica invisibile*, cit., *supra*, nt. 5, pp. 91-98. Sulla storia dell'approvazione della Carta e sull'enfasi che ne accompagnò la presentazione come strumento per 'trasformare sin dalle fondamenta la vita italiana', cfr. F. PERFETTI, *Lo Stato fascista. Le basi sindacali e corporative*, Le lettere, Firenze, 2010, pp. 174-83.

funzionamento del capitalismo. I principi della libertà d'impresa, dell'inviolabilità dei contratti, della proprietà privata, del dominio dell'imprenditore in fabbrica, la regolazione della concorrenza, il diritto sui beni immateriali, (brevetti, marchi di fabbrica), [...] sono rimasti intatti. A tale riguardo i tribunali si sono sforzati di salvaguardare l'efficacia del diritto ⁽⁵⁹⁾.

Può utilmente impiegarsi nella lettura del fascismo la nota categoria interpretativa elaborata per il sistema nazista. Non che si debba credere ad una sostanziale equivalenza tra fascismo e nazismo, come pure è stato da taluni ritenuto ⁽⁶⁰⁾; troppe le differenze di cultura, sentimento, tensione totalitaria, direi, più semplicemente, di carattere tra italiani e tedeschi ⁽⁶¹⁾. Egualmente la categoria del *doppio Stato* elaborata da Fraenkel per il regime nazista risulta utile a comprendere, sotto questo riguardo, anche la vicenda italiana, perché in realtà rispecchia quella resistenza del diritto privato che altro non è se non la resistenza stessa del patto sociale, radicato profondamente nella proprietà e nelle sue molteplici forme ed articolazioni.

Quel che conta quando s'esamini la giurisprudenza in una prospettiva di comprensione storica non è la valorizzazione di sentenze eccezionali e reboanti: esse possono avere la più varia motivazione ed a seconda dei casi nascere da una volontà d'omaggio al potere politico, da desiderio di legittimarsi con il ricorso ad altisonanti valori che si sanno condivisi pur se scarsamente prescrittivi all'atto pratico; da velleità di sfoggio culturale dell'istituzione giudiziaria o del singolo magistrato; anche questo genere di decisioni

⁽⁵⁹⁾ Cfr. E. FRAENKEL, *Il doppio Stato. Contributo alla teoria della dittatura*, Einaudi, Torino, 1983, p. 104.

⁽⁶⁰⁾ Valorizzando, penso, un po' troppo gli aspetti del dibattito teorico-giuridico rispetto al complessivo contesto. È questa la tesi di fondo di A. SOMMA, *I giuristi e l'asse Roma-Berlino. Economia e politica nel diritto fascista e nazionalista*, Klosterman, Frankfurt am Main, 2005, il quale ricorda anche la sentenza della Corte suprema dalla quale ha preso le mosse questo mio lavoro.

⁽⁶¹⁾ Mi paiono pienamente condivisibili le sintetiche ma dense considerazioni di R. De Felice, *Interpretazioni del fascismo*, Laterza, Roma-Bari 1995, pp. 261 ss., nonché, Id., *Intervista sul fascismo*, a cura di M. A. Ledeen, Laterza, Bari-Roma, 1975, pp. 41-42. De Felice ha sempre ritenuto mancare al fascismo sia il ricorso al terrore di massa ed agli istituti concentratori, sia la totale abolizione dello Stato di diritto e la sua sostituzione con lo Stato di polizia: cfr. Id., *Mussolini il duce*, II, *Lo Stato totalitario (1936-1940)*, Einaudi, Torino, 1981, p. 10.

fanno parte della vicenda d'una giurisdizione ed hanno ovviamente un senso; non sono però esse a dare ruolo alla magistratura ed, ancor più, ad attivare quelle energie istituzionali e sociali delle quali la giurisdizione è realmente detentrica ed animatrice. E ciò per una ragione che è intimamente connessa al posto occupato dalla giurisdizione nel sistema di potere. I giudici hanno un compito molto più capillare: facendo ricorso alla forza che l'ordinamento pone a loro disposizione ⁽⁶²⁾, esso consiste nel correggere le deviazioni dalle regole imposte, tenendo i consociati allineati ai valori prevalenti in un dato momento storico e tradotti in norme giuridiche; la giurisdizione corregge puntiformi comportamenti 'impropri' con meticolosa continuità. La decisione non ha la generalità della legge né lo spessore teorico della scienza giuridica, almeno di quella di qualità ⁽⁶³⁾: ha invece la forza dell'imporre la soluzione reputata coerente al sistema, con la persistenza assicurata dal susseguirsi di sentenze, a loro volta chiamate a far da precedente per successive statuizioni. L'influenza 'politica' della magistratura non è *nella sentenza* bensì *nella giurisprudenza*, nella sua opera collettiva, vale a

⁽⁶²⁾ Compito *ab antiquo* compreso. Ne leggo ad esempio chiara eco nel notissimo aforisma in cui Pascal ci ricorda come « non essendosi potuto fare in modo che quel che è giusto fosse forte, si è fatto in modo che quel che è forte fosse giusto » (af. 310, ed Brunschvicg, cito dalla traduzione dei *Pensieri* a cura di P. Serini, Einaudi, Torino, 1962).

⁽⁶³⁾ Queste osservazioni, pur avendo un indubbio carattere generale, non aspirano a fornire una teoria della sentenza in ogni contesto storico e politico. Come preciserò oltre nel testo, esse hanno sullo sfondo la realtà fascista e vogliono rendere comprensibile quell'esperienza. È ad esempio sotto gli occhi di ciascuno come, nel molto mutato contesto storico attuale, la giurisprudenza, soprattutto quella della Corte di cassazione, manifesti con sempre maggiore insistenza mire teorizzanti con vere e proprie *sentenze-trattato*, non sconosciute in precedenza (cfr. G. VISINTINI, *Il modello italiano*, in *Lo Stile delle sentenze*, cit. *supra* in nt. 10, pp. 158-169), ma certo non nell'attuale dimensione; nel contempo la scienza giuridica sembra quasi rivendichi la tendenza a declinare al proprio compito d'edificare vaste architetture in cui collocare la micro-fenomenologia giuridica, preferendo una dimensione essenzialmente di commento alla legislazione ed alla giurisprudenza stessa. Si tratta d'un fatto che qui è possibile solo segnalare, anche allo scopo di dimensionare la portata di quanto s'afferma nel testo; ma che meriterebbe certamente uno sviluppo in termini di ricerca delle cause che non possono certo banalizzarsi nell'affermazione della minore stabilità del dato giuridico, perché credo risalcano a più complesse matrici, rintracciabili solo attraverso percorsi propri dell'indagine sociologico-culturale.

dire in quegli arresti costruiti con responsabile coerenza che contribuiscono al mantenimento ed alla manutenzione dell'ordine giuridico (e dunque sociale), garantendogli effettività e non solamente validità formale ⁽⁶⁴⁾.

Ma se questo è il ruolo della giurisdizione all'interno delle dinamiche istituzionali, è evidente che ad essere centrali sono *le* decisioni, non *la* decisione 'storica'. L'orientamento d'una giurisdizione ed il contributo che esso dà alla produzione del diritto devono conseguentemente ricercarsi con pazienza ed approccio lenticolare, scorgendoli attraverso la riconduzione dell'occasionale e particolare decisione — fonte ineludibile per questo genere di ricerca — all'orizzonte valoriale dal quale essa è ispirata ⁽⁶⁵⁾. È attraverso quest'opera di perseverante reperimento di testimonianze apparentemente insignificanti, spesso scialbe — ma in realtà tasselli d'un mosaico gradualmente composto e sempre più riccamente definito e definitoro — che il materiale giurisprudenziale può utilmente esplorarsi e può dirci qualcosa di più della vicenda che l'ha provocato. Esso è per sua natura occasionale, non riluce, tanto meno affascina o esalta: è il frutto d'un lavoro abbastanza oscuro sui fatti valutati per i valori che esprimono attraverso la lente del giurista: in questa relazione gli uni e gli altri, gli uni rispetto agli altri si mostrano

⁽⁶⁴⁾ Una seria riflessione sul contributo proprio della giurisprudenza come opera complessiva d'un ambiente per sua natura attento e moderatore, è in Jean-Louis VULLIERME, *L'autorité politique de la jurisprudence*, in « Archives de Philosophie du droit », 30, 1985, pp. 95-103.

⁽⁶⁵⁾ Riecheggiando uno tra i più validi insegnamenti dell'idealismo, se mantenuto sul piano della ricerca empirica, non a caso questo metodo s'impone come peculiaramente appropriato quando sia necessario ricostruire un contesto culturale attraverso singole testimonianze che per loro natura non ambiscono alla razionalizzazione generalizzante e sono il prodotto di processi collettivi non necessariamente del tutto consaputi. Ha osservato molto bene L. DUMONT, *Homo hierarchicus. Il sistema delle caste e le sue implicazioni*, Adelphi, Milano, 1991 (1966), p. 74, « in definitiva, solo chi si china umilmente sulla più minuta particolarità tiene aperta la via dell'universale ». Di recente R. AJELLO, nei paragrafi introduttivi a I. ASCIONE, *I notamenti del Collaterale redatti da Niccolò Fraggianni (Napoli 1725-1722)*, in « Frontiera d'Europa », XIV, 2008, pp. 131-32, ha richiamato l'importanza del metodo analitico, invitando a diffidare « dalle sintesi dirette a mettere insieme fatti molto spesso diversi, che sono collegati tra loro solo da aspetti formali » perché « invece gli avvenimenti del passato ci interessano solo se sono ricostruiti nelle loro specificità ed irripetibile individualità, ossia come entrarono nella trama, sempre fortemente coesa, degli interessi esistenziali di allora ».

particolarmente eloquenti circa l'effettività delle regole e soprattutto per l'identificazione degli assetti più rigidi che danno base al sistema sociale.

Dunque, il giudice è tanto più rappresentante della sua comunità, quanto più la decisione presa sia pienamente allineata con le altre che l'hanno preceduta e la seguiranno. La forza del suo *dictum* è proprio in questo lento procedere lungo una strada già tracciata, che ogni sentenza naturalmente incrementa, includendo nuovi casi all'interno di vecchie regole e dunque anche modificando l'originario perimetro delle regole già poste. Ma si tratta di modifiche sorvegliate, quasi sempre prive di quella forza innovativa che è propria del coerente impiego della logica sollecitata dagli interessi, tipica dell'atteggiamento schiettamente epistemologico. Le presenti osservazioni si provano a rispecchiare l'esperienza degli anni oggetto di questo saggio — come oltre sarà possibile verificare — e non sono universalmente estendibili, tenuto conto anche della varietà dei modelli di giurisdizione e delle epoche e contesti politici ⁽⁶⁶⁾. Esse però segnalano un dato che può ritenersi tendenziale. E deriva, probabilmente anche da una caratteristica propria del materiale con cui la giurisprudenza ha da fare: il diritto.

È ormai scontato dire — almeno tra chi di queste cose s'interessa con serietà — che un carattere qualificante del diritto risiede nella sua storicità. Una storicità intesa non tanto e soltanto come ovvia constatazione del modificarsi nel tempo degli ordinamenti — il che è sotto gli occhi dell'osservatore, anche il più distratto; bensì una storicità vista nella considerazione del diritto come espressione non di volontà puntualmente espresse in singole occasioni ed in specifici ambiti istituzionali, come un tempo si riteneva in omaggio alle teorie stataliste e positiviste; o, ancora, prodotto di scelte universali e date una volta per sempre e secondo l'indirizzo, solo in parte contrapposto, dal giusnaturalismo ⁽⁶⁷⁾; una storicità invece espressione d'un'operazione collettiva, corale, com-

⁽⁶⁶⁾ Un molto documentato studio sui rapporti tra dottrina e giurisprudenza nell'esperienza inglese e sull'evoluzione che essi hanno subito in tempi recenti, è oggi a disposizione ad opera di A. BRAUN, *Giudici e accademia nell'esperienza inglese. Storia di un dialogo*, Il Mulino, Bologna, 2006.

⁽⁶⁷⁾ Sul comune sfondo autoritario di giusnaturalismo e positivismo giuridico, cfr. N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (1965), Comunità, Milano, 1972,

piuta grazie alla reattività culturale dell'intero ambiente da cui il diritto scaturisce per dare risposta ad esigenze che lì invocano la regola ed una regola con determinate caratteristiche ⁽⁶⁸⁾. Quest'accezione vuol testimoniare uno strettissimo rapporto tra le regole — soprattutto quelle efficaci — e l'ambiente, la cultura, i valori, i rapporti che sono disciplinati, anche quando le regole passano attraverso l'atto del legislatore: una storicità che valorizza il dato ordinamentale ed istituzionale rispetto a quello puramente normativo ⁽⁶⁹⁾. Questo è senz'altro vero, e ben strano sarebbe che a negarlo fosse uno storico del diritto che nel suo statuto professionale ha la ricerca controllata di questa storicità. Ma è anche vero l'opposto, come spesso nelle umane cose. È anche vero, cioè, che il diritto sconta una componente d'antistoricità, almeno se per storia — al di là del significato universale che le varie concezioni filosofiche hanno potuto assegnarle — s'intenda il continuo evolversi delle cose e succedersi degli avvenimenti ⁽⁷⁰⁾. Il diritto è per sua funzione

pp. 135-146, in linea del resto con i noti studi di Pietro Piovani ricordati dallo stesso filosofo del diritto torinese.

⁽⁶⁸⁾ Indica chiaramente l'importanza della distinzione tra storicità del diritto e studio storiografico del diritto nonché i fraintendimenti che intorno a ciò si sono nel tempo verificati, R. ORESTANO, *Storiografia e coscienza della storicità del diritto* (1958), ora in Id., *'Diritto'. Incontri e scontri*, Il Mulino, Bologna, 1981, pp. 339-347, dove si pone in evidenza anche come la sensibilità storiografica non necessariamente si sia nel tempo accompagnata alla coscienza della storicità del diritto, seppure la conoscenza storica possa costituire da stimolo per la sensibilizzazione al formante storico della dimensione giuridica.

⁽⁶⁹⁾ La letteratura sul tema della storicità del diritto è molto ampia e non è questa l'occasione per intrattenervisi: pagine dense e d'estremo interesse in A. KAUFMANN, *La storicità del diritto alla luce dell'ermeneutica* (1969), in Id., *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, a cura di G. Marino, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 33-74. Una centrata riflessione sulla storicità dei formanti del diritto è in R. C. van CAENAGEM, *Introduzione storica al diritto privato*, Il Mulino, Bologna, 1995, pp. 218-236, ispirato soprattutto dalla *Interessenjurisprudenz*. E non va dimenticato il saggio, particolarmente felice sul piano dei riflessi pratici prodotti dall'oblio della storicità, di P. GROSSI, *Oltre le mitologie giuridiche della modernità*, in Id., *Mitologie giuridiche della modernità* (2000), Giuffrè, Milano 2007³, 43-82.

⁽⁷⁰⁾ Anche se si sposi una concezione storicistica, non è certamente possibile negare il succedersi degli accadimenti al livello di quel che comunemente s'osserva e soprattutto al livello dei fatti sociali di cui il diritto s'incarica. Di questa dialettica tra continuità profonda ed il fiume inarrestabile dei fatti che ininterrottamente si susseguono e si distruggono, forse l'immagine più folgorante ed espressiva è nel commento di

orientato alla stabilità. A ragione del suo compito regolativo, resiste in certa misura al mutamento ⁽⁷¹⁾ e tutto ciò lo rende se non necessariamente ostile (molto dipende dai contesti politici), almeno diffidente nei confronti del fatto, che del cambiamento è prodotto e portatore, e della storia la linfa vitale. I fatti, rispetto all'istituzione, sono una continua spina nel fianco perché, forti della loro incomprimibile unicità, mal si prestano a lasciarsi docilmente incasellare in forme precostituite; aspirando a discipline sempre appropriate e ad avanzamenti costanti del significato della norma chiamata a regolarli. Non fuor di luogo, per l'interpretazione giuridica si parla di procedimento inclusivo ⁽⁷²⁾: perché ad ogni nuova applicazione, segue un ampliamento del precedente significato, e ciò appunto al fine d'includere, o forse sarebbe meglio dire, d'annettere un nuovo territorio di rapporti sociali.

Ma il linguaggio giuridico è, com'è stato ben detto, linguaggio amministrato, nel senso che la sua vita, e cioè la sua interpretazione, è pur sempre il frutto dell'esercizio d'un potere semiotico ⁽⁷³⁾. La lingua del diritto non avanza liberamente come quella naturale, pronta a recepire ogni nuova esperienza ed a tradurla in forme simboliche capaci d'esprimere al meglio i propri referenti. Per il diritto, ampliare il significato d'un termine equivale a riconoscere un nuovo fenomeno come rilevante, per riconnettervi effetti giuridici

Benjamin all'immagine dell'*angelus novus* di Paul Klee: cfr. Walter BENJAMIN, *Sul concetto di storia* (1940-?), in Id., *Sul concetto di storia*, a cura di G. Botola ed M. Ranchetti, Einaudi, Torino, 1997, par. IX; sul comune fondamento teologico e sulla scarsa attendibilità delle varie interpretazioni finalistiche e continuistiche che si sono succedute nella riflessione intorno alla storia, cfr. K. LÖWTH, *Significato e fine della storia. I presupposti teologici della filosofia della storia* (1949), Est, Milano, 1998.

⁽⁷¹⁾ Per una panoramica ancora utile del dibattito sul rapporto tra diritto e mutamento, cfr. E. RESTA, *Il diritto nella trasformazione sociale*, in *Diritto trasformazione sociale*, a cura di Id., Laterza, Roma-Bari, 1978, pp. 5-40.

⁽⁷²⁾ Secondo G. VATTIMO, *Schleiermacher filosofo dell'interpretazione*, Mursia, Milano, 1985, pp. 129, « un introdurre, un includere nel significato delle parole e delle formule qualcosa di radicalmente nuovo » è la peculiare forma di storicità dell'esperienza giuridica.

⁽⁷³⁾ L'espressivo sintagma *linguaggio amministrato* è stato utilizzato già vari anni or sono da M. JORI, *Definizioni giuridiche e pragmatica*, in « Analisi e diritto », 1995, pp. 109-144, p. 123 per la definizione. L'A. ha via via affinato il concetto: di recente cfr. Id., *I giudici creano diritto?*, in « Stato, Chiese e pluralismo confessionale », Rivista telematica (www.statochiese.it), luglio 2009.

premiali o sanzionatori. Si tratta, dunque, tutt'altro che d'innocue operazioni semantiche che limitino i loro effetti alla funzione comunicativa della lingua; sono piuttosto innovazioni giuridiche che comportano conseguenze dirette in ordine all'allocazione delle energie che la società rende disponibili per l'attuazione delle norme, e dunque impongono precise responsabilità a chi le introduce. È anche per questo che il linguaggio giuridico risulta quanto mai parco di lemmi (74), perché è necessario tenere a bada i significati, cosa che sarebbe impossibile di fare in presenza d'un lessico sontuoso ed incontrollato accrescimento. L'amministratore ultimo di questo magro lessico è la giurisprudenza — e nei sistemi ove essa sia prevista, la Corte di cassazione (75) —; la giurisprudenza deve assegnare alle parole della legge un significato puntuale e serrato, per includervi od escludervi la fattispecie concreta. Una volta emanata la norma, il legislatore si ritira in silenzio — salva l'interpretazione autentica del duce, l'abbiamo visto — ed a parlare è solo lui, il giudice (76). Ma chi parla per un muto, per definizione non può esserne la *bouche*, come infinite volte s'è ripetuto in passato, bensì il libero interprete, dato

(74) Come è stato notato non solo da esperti linguisti ma anche dalla dottrina giuridica più acuta, spesso in difficoltà nell'uso dei mezzi linguistici a disposizione, quando la sottigliezza delle distinzioni va in affanno dinanzi all'assenza di simboli adeguati a rappresentarla. Per un esempio, cfr. A. FALZEA, *Atto reale e negozio giuridico* (1996), ora in Id., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II, *Dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 717-808, dove si parla d'un « linguaggio giuridico che si distingue tra tutti i linguaggi scientifici per la sua povertà » (ivi., pp. 747-8).

(75) Compito del quale, invero, la letteratura giuridica avvertì molto per tempo la centrale presenza nell'impianto ordinamentale. In una lucida riflessione che m'è già capitato di ricordare, V. N. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du code Napoléon*, I, Cotillon, Paris, 1855⁵, p. 65, osservò: « La Cour de cassation n'est donc point, proprement, une assemblée de juges; c'est une commission d'interprétation et conservation des lois ».

(76) Se per il legislatore questa è una realtà molto critica e la sua debolezza nasce dalla rigidità e dalla complessità dei processi attraverso i quali può tornare ad esprimersi come ben hanno saputo tutti i grandi codificatori, il fenomeno è più generale e coinvolge ogni *emittente*: « identificandosi al soggetto dell'enunciato, il soggetto dell'enunciazione si è già perso come soggettività, il linguaggio lo ha fatto prigioniero di un'alterità nella quale deve identificarsi per costituirsi, ma dalla quale non riuscirà a liberarsi più » (Cfr. U. ECO, *Il segno* (1973), Mondadori, Milano, 1980, p. 93).

che lui e solo lui può affermare quanto l'afono non ha più modo di rendere esplicito.

Ora, è proprio ciò a fare il giudice, potremmo dire, in certa misura antistorico (o, almeno, con un *certo* compito storico): perché egli deve preservare le norme, fare in modo che siano restie innanzi all'anelito innovativo dei fatti; la *iusdictio* deve garantire che prima d'aprirsi alla novità, passi tutto il tempo necessario perché questa novità abbia acquistato tanta forza da renderne impossibile un ulteriore respingimento fuori della mitica porta della legge e si sia allontanata tanto dal significato ricevuto della regola, da non poter in alcun modo continuare a ricondursi ad essa ⁽⁷⁷⁾. Insomma, come ogni buon amministratore, responsabile amministratore, la giurisprudenza gestisce il suo patrimonio (linguistico) con estrema cautela, trattenendo o rifiutando slanci in avanti e preservando le regole di cui è custode, a ciò indotta anche da un fisiologico processo di rafforzamento della norma che si verifica in ragione dell'applicazione continuata e che è una delle cause meno consce del conservatorismo del giurista ⁽⁷⁸⁾.

Sarebbe qui impossibile dare conto di questi percorsi con una compiuta indagine, che dovrebbe riguardare, peraltro, molti settori del diritto: perché dai diversi atteggiamenti che volta per volta si riscontrerebbero, verrebbe fuori un quadro più espressivo e realistico — oltre che scientificamente fondato — dei percorsi compiuti da principi e regole nel mondo delle sentenze. Le scelte, dunque,

⁽⁷⁷⁾ Ed anche in questo caso l'avanzare è compiuto con molta circospezione. Basterebbe a dimostrarlo il notissimo e storico caso della sentenza n° 500 con la quale le Sezioni Unite della Cassazione italiana nel 1999 riconobbero tardivamente la risarcibilità dei danni da interesse legittimo. In quell'occasione la Cassazione dimostrò tutte le cautele con le quali il giudice accompagna le proprie creazioni più spinte: la sentenza, infatti, nonostante intervenisse con un ritardo di almeno mezzo secolo rispetto a quanto in ambiente dottrinale era stato ampiamente teorizzato, s'intrattene lungamente nella ricerca d'argomenti d'ogni sorta che legittimassero l'affermazione d'un principio del quale in realtà non era più possibile impedire l'ingresso nel sistema (e che vi sarebbe entrato per via legislativa, con ogni probabilità, di lì a poco).

⁽⁷⁸⁾ È il fenomeno che è stato definito 'trappola della competenza', indotto dal perfezionamento delle regole attraverso la loro diuturna applicazione che « rende difficile in un secondo momento cambiare quella regola [...] con un'altra potenzialmente superiore, con la quale il decisore abbia scarsa confidenza » (cfr., J. G. MARCH, *Prendere decisioni* (1994), Il Mulino, Bologna, 1998, p. 106).

s'impongono ed anche con un certo grado d'arbitrarietà, per cui almeno ne vanno esplicitate ragioni che servano anche ad attribuire più preciso significato alle fonti prese in considerazione.

Anzitutto, potrà darsi luogo solo a qualche più espressiva testimonianza che, per quanto detto, non è nemmeno necessariamente quella più fedele della complessa trama di spinte in avanti e resistenze che si misuravano nelle camere di consiglio durante gli anni del regime. Non solo, ma sarà anche necessario compiere ulteriori selezioni, di carattere temporale e tematico. È così che ho dovuto necessariamente privilegiare decisioni che si sono avute nella seconda metà degli anni trenta del Novecento. Si tratta d'un periodo in cui il fascismo s'è ormai affermato pienamente ed ha espresso la sua massima capacità di condizionamento e di trasformazione della società e dell'ordinamento giuridico italiano (79). È qui, quindi, che può cogliersi al meglio ed in modo più significativo lo scarto che si realizzò tra le affermazioni politiche del regime e quanto di quei principi con potenziali ricadute giuridiche effettivamente passava nelle decisioni dei giudici. Dunque, è in questo periodo che può meglio esporsi la peculiarità dell'esperienza giurisprudenziale durante un regime tendenzialmente totalitario. Estendere la prospettiva a fasi precedenti sarebbe stato sicuramente d'utilità perché avrebbe posto in luce talune linee evolutive — specialmente con riferimento allo spartiacque del Concordato del 1929 — ma tutto sommato il prezzo da pagare in termini di spazio e di pazienza del lettore non sarebbe affatto vantaggioso ai fini della ricostruzione, né comunque compatibile con le possibilità di questa occasione collettanea.

Altra scelta che s'è imposta è quella dell'area giuridica da privilegiare. E qui non ho avuto seri dubbi che, essendo necessario selezionare per fornire un materiale minimamente rappresentativo, si dovesse fare riferimento con assoluta prevalenza al diritto privato, sia pure largamente inteso. Non è da discutersi infatti che la centralità, all'epoca, della proprietà della famiglia e degli istituti tutti

(79) Con ciò mi rifaccio alla notissima e documentatissima tesi di Renzo De Felice, esposta nei due volumi *Mussolini il duce*, cit., *supra*, nt. 61, della monumentale biografia del capo del fascismo.

che ruotano intorno alla circolazione della ricchezza ⁽⁸⁰⁾, fanno del campo civilistico l'ambito più qualificato e giuridicamente più essenziale per la verifica del modo in cui la giurisprudenza ha contribuito alla conservazione della società italiana di quegli anni. Apparentemente più tecnico e privo delle spesso vane glorie del diritto pubblico, il diritto privato invece consente di cogliere bene il disegno sottostante la tessitura sociale ed, in fin dei conti, aiuta a comprendere anche quali fossero le intenzioni serie del fascismo ed a far la tara di tanta rigonfia propaganda. Del resto, che il diritto privato sia stato e sia restato al centro delle preoccupazioni di chi ha la responsabilità di governo della giurisdizione anche in età repubblicana — ma non avrebbe potuto essere diversamente — lo dimostra pure un'altra vicenda della quale ho avuto occasione d'occuparmi analiticamente, quella del diritto privato regionale e del trattamento che esso ha ricevuto dalla Corte costituzionale ⁽⁸¹⁾.

Inoltre, il diritto privato, a differenza del diritto pubblico, è meno direttamente influenzato dall'autorità e dai suoi continui interventi vedendo, soprattutto in anni passati, nelle sue corti socialmente omogenee il principale fattore di crescita endogiurisdizionale: sicché, in un'ineludibile esigenza di delimitazione dell'indagine, è nel diritto privato che possono meglio leggersi i meccanismi di fioritura delle norme interni al giuridico, ben consapevoli peraltro che quanto accade nel diritto penale o in quello amministrativo e pubblico in generale, sono altrettanto rappresentativi di altri percorsi mediante cui il giuridico s'afferma ⁽⁸²⁾ e che questa delimitazione non ha più che lo scopo di rendere compren-

⁽⁸⁰⁾ Per quanto l'influenza della Grande guerra avesse già apportato innovazioni ed eccezioni alla rigida impalcatura individualistica del diritto privato, negli anni in esame la centralità del codice resta ancora ben salda: cfr. per un'analisi di questa evoluzione, F. WIEACKER, *Il modello dei codici civili classici e lo sviluppo della società moderna* (1953), in Id., *Diritto privato e società industriale*, Esi, Napoli, 1983, pp. 3-42.

⁽⁸¹⁾ La quale ha continuamente represso ogni tentativo della legislazione regionale d'inserirsi nell'ambito del diritto privato, manifestando di reputare inaffidabile per quei gelosissimi interessi la decentrata dimensione politica regionale. Cfr. sul punto, O. ABBAMONTE, *Il diritto privato delle Regioni: una riflessione sui poteri locali in età repubblicana*, in « *Diritto amministrativo* », XV, 2007, 323-367.

⁽⁸²⁾ Una più diretta espressività del giuridico da parte del diritto privato è stata notata, mi sembra, da G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Laterza, Roma-Bari, 2000, 374.

sibile ed accettabile la ricostruzione d'un fenomeno complesso quanto quello in esame, compiuta attraverso pochi ed insufficienti assaggi.

Un'ultima giustificazione è per la decisione di dare prevalenza alle decisioni della Corte di cassazione. Tra giudici di legittimità e giudici di merito la dialettica è tutt'altro che marginale, essendo le magistrature dei gradi inferiori, non solo più vicine ai fatti e da questi condizionate, ma anche meno responsabili dell'esito finale e dunque spesso più inclini ad accogliere domande meno conformi ai valori ricevuti, quando dotate d'una spiccata carica normativa ⁽⁸³⁾. Ma credo sia evidente che, pur in presenza di queste dinamiche, ai fini dell'incidenza complessiva della giurisprudenza sull'evoluzione del diritto in un sistema fortemente gerarchico della giurisdizione — e dello Stato ⁽⁸⁴⁾ —, quanto decideva in ultima istanza la Cassazione rappresentasse il modo d'interazione più incisivo della giurisprudenza con la società, tenuto conto del carattere essenzialmente autoritario del decidere e del prevalente allineamento dei rimanenti giudici alle sentenze della Suprema. E dunque mi sembra giustificato e metodologicamente corretto dare la prevalenza, nelle poche testimonianze che sarà qui possibile addurre, alle decisioni emesse dal

⁽⁸³⁾ Che io sappia uno studio *ex professo* su questa dialettica manca in Italia, anche se numerose volte il fenomeno è stato osservato. Più considerate invece sono state le testimonianze circa le ricadute politico-istituzionali della dinamica nella storia della magistratura italiana. Basti pensare alle accezioni polemiche che a partire dalla seconda metà degli anni cinquanta s'ebbero tra magistrati di legittimità e di merito, accusati i primi dai secondi di conservatorismo nelle loro sentenze, di conservatorismo ammantato d'apoliticità e d'ostilità alla stessa carta costituzionale; ed accusati i secondi dai primi di far politica nella giustizia attraverso decisioni 'eversive' e d'abusare della stessa questione di legittimità costituzionale come grimaldello per contestare gli assetti costituiti. Su queste vicende cfr. G. FREDDI, *Tensioni e conflitto nella magistratura. Un'analisi istituzionale dal dopoguerra al 1968*, Laterza, Roma-Bari, 1977, pp. 136-147; R. CANOSA P. FEDERICO, *La magistratura in Italia dal 1945 ad oggi*, Il Mulino, Bologna, 1974, pp. 242-302. Il tono del dibattito che si agitava intorno a questi temi in Italia si può avere dalla lettura del volume di atti *Magistrati o funzionari*, a cura di G. Maranini, Comunità, Milano, 1962 e segnatamente dei saggi di P. E. Principe, G. Pera e dello stesso Maranini.

⁽⁸⁴⁾ L'impianto spiccatamente gerarchico dell'ordinamento giudiziario italiano, derivante dal modello francese consolidatosi durante l'impero napoleonico, con il fascismo fu ulteriormente rafforzato grazie all'«inquadramento vantaggioso [...] dei magistrati nell'ordinamento gerarchico stabilito col RD. 11 novembre 1923 n° 2395»: cfr. P. JANNELLI, *Ordinamento giudiziario*, cit. *supra* in nt. 13, p. 233.

giudice di legittimità, quale massimo rappresentante non solo della magistratura come istituzione ma anche della giurisdizione come attività collettiva di produzione del diritto.

7. *Il controllo delle fonti del diritto.*

L'atteggiamento della giurisdizione dinanzi alla messa in discussione delle tradizionali acquisizioni si dimostra d'estrema prudenza, quando si faccia astrazione da casi eccezionali. Le corti giudicanti, ed ovviamente *in primis* la Corte suprema a ciò istituzionalmente indotta dal compito nomofilattico da cui è connotata⁽⁸⁵⁾, sono sempre restie ad ammettere soluzioni che si presentino, non tanto quali veri e propri scardinamenti del sistema — ché nemmeno sarebbe ipotizzabile, tenuto conto della funzione della giurisdizione nel contesto dei poteri — ma anche in grado d'incrinare l'orbita giuridica in modo solo potenzialmente fecondo di sviluppi dagli esiti non agevolmente controllabili. Certo, si potrebbe obiettare che la nozione di 'caso eccezionale' possa risultare espediente concettuale di comodo e troppo modellato sulla tesi che s'intende provare. Insomma che, stante la già nota occasionalità della giurisprudenza, sia difficile dire quali episodi vadano annoverati in quella categoria e quali invece siano rappresentativi di costanti.

Epperò, se anche non è possibile provare con pienezza di

(85) S'è già accennato alla dialettica tra giudice di legittimità e giudice di merito. E non v'è dubbio che là dove la giurisdizione è istituzionalmente chiamata salvaguardare la corretta interpretazione di disposizioni normative, è tendenzialmente orientata alla conservazione, dato che il fatto, l'ho già segnalato, è portatore di novità mentre la norma è tutrice d'interessi già costituiti. Nemmeno però bisogna esasperare questa naturale dinamica, perché la Cassazione non ha mai mantenuto una posizione perfettamente delineata « poiché — com'è stato osservato — essa si muove erraticamente tra vari modelli, [...] comportandosi talvolta da Corte Suprema e più spesso da giudice di terza istanza, talvolta da custode della legittimità e più spesso da giudice del caso concreto, talvolta da garante della razionalità e più spesso da giudice del fatto » (cfr. M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, Il Mulino, Bologna, 1991, p. 25). E non si tratta d'un giudizio inadatto alla Cassazione del fascismo, perché quest'altalenare tra fatto e diritto fu dimostrata magistralmente da G. CALOGERO, ne *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Cedam, Padova, 1937 che, esaminando giurisprudenza degli anni trenta del Novecento, attribuì alla stessa struttura logica del sindacato di legittimità un inevitabile tasso d'ipocrisia.

testimonianze cosa sia norma e cosa eccezione, attraverso una serie di verifiche è però possibile recare elementi per ragionevolmente escludere un complessivo atteggiamento della giurisdizione, diverso da quello prudente e misurato — con riguardo a ben definiti beni — che emerge in modo attendibile, così da offrire al lettore almeno il *tono* d'un contesto giurisprudenziale: intendendo metaforicamente per tale, la scala d'assonanze su cui l'attività dei giudici è fondamentalmente tarata nella sua linea d'azione ⁽⁸⁶⁾. Non è poco per la conoscenza di un'istituzione giudiziaria che — primaria istituzione sociale — storicamente incide, come s'è già notato, non per singole decisioni ma per collettiva opera giurisprudenziale.

Ed allora è forse bene riprendere proprio dal discorso delle fonti, sopra per un momento lasciato in sospenso, per fugare definitivamente quell'impressione d'eccesso di permissività nel favorire, come sarebbe stato negli auspici della dottrina più vicina al regime, « un ordinamento giuridico, che accolga integralmente i postulati basilari dell'ordine nuovo » ⁽⁸⁷⁾. Gli anni sono all'incirca quelli della sentenza che assegnava al duce il compito d'interpretare autenticamente la legge; l'ambito d'interessi nel quale la sentenza interveniva è però profondamente diverso. Lì, il *thema decidendum* era costituito dallo stabilire se fosse competente la giurisdizione ordinaria o amministrativa con riferimento al rapporto di lavoro d'impiegati, salariati ed operai di enti locali: materia che indubbiamente non

⁽⁸⁶⁾ È evidentemente un fondale differente da quello su cui si collocano l'indagine sullo stile delle decisioni di gorliana memoria e, da un altro versante, il metodo analitico; qui si cerca piuttosto un approccio squisitamente storico e sintetico, finalizzato a scorgere l'interazione tra valori del tempo ed elaborazione giurisprudenziale. Per un'applicazione della ricerca sullo stile delle decisioni all'ambiente italiano, cfr. M. TARUFFO, *La fisionomia della sentenza in Italia*, in *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile* (= Atti del convegno internazionale per l'inaugurazione della nuova sede della Facoltà, Ferrara, 10-12 ottobre 1985), Cedam, Padova, 1988, pp. 180-214; nonché per un cospicuo esempio di approccio analitico-argomentativo d'ambiente italiano, cfr. P. CHIASSONI, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Giuffrè, Milano, 1999.

⁽⁸⁷⁾ Si prende qui a prestito una tra le infinite espressioni utilizzate dalla dottrina di quegli anni per dare il senso dell'inarrestabile contaminazione che le novità del pensiero politico fascista avrebbero provocato nell'ordinamento giuridico: cfr. A. COLUCCI, *La concezione fascista della proprietà privata e la riforma del codice civile*, « Il diritto del lavoro », XIII, 1937, 217-223, p. 223 per il loc. cit.

scaldava gli animi dei pacifici borghesi. Qui, invece, la situazione era un'altra e ben più nobile. Si trattava di decidere — andando al cuore del diritto privato e dei suoi rapporti con la politica — sulla proprietà ed i procedimenti richiesti per espropriarla.

La vicenda espropriativa agitata innanzi alla Corte suprema adunata in sezioni unite, era regolata dalla legge 344 del 1894 che aveva approvato il piano di risanamento per la città di Palermo sul modello già sperimentato per l'ex capitale del Mezzogiorno ⁽⁸⁸⁾. Come a quell'epoca avveniva, gli strumenti urbanistici andavano approvati per legge. E la legge a sua volta richiamava la precedente normativa sul risanamento della città di Napoli (15 gennaio 1885 n° 2892) ai fini della determinazione delle indennità espropriative; inoltre, per assicurare una certa elasticità all'esecuzione del piano, essa consentiva all'art. 3 d'apportarvi quelle modifiche che nel corso del suo sviluppo fossero risultate necessarie alla piena realizzazione. La norma aveva anche cura di precisare che le modifiche avrebbero dovuto approvarsi con regio decreto, su proposta del ministro dei lavori pubblici.

Di questa facoltà l'amministrazione s'era avvalsa nel corso delle realizzazioni ottenendo, con r. d. 21 marzo 1929 n° 457, che fossero approvate alcune varianti grazie alle quali l'originaria ampiezza dell'area d'esproprio era stata estesa ad immobili non compresi nel piano iniziale. Contro questa determinazione erano quindi insorti i proprietari pregiudicati dall'ampliamento del perimetro iniziale. I giudici di merito avevano accolto la domanda, introducendo una sottile distinzione e riconoscendo che l'espropriazione in variante avrebbe dovuto essere approvata per legge o per atto ad essa equiparato e non con semplice provvedimento amministrativo, quando avesse toccato nuove proprietà non comprese nell'ambito originario dell'intervento; mentre il provvedimento di rango amministrativo sarebbe bastato quando la variazione avesse riguardato semplicemente modalità d'esecuzione. Contro tale assunto, del tutto sconosciuto alla lettera della legge e difficilmente riconducibile ad

⁽⁸⁸⁾ Per un ampio studio su questa tipologia di trasformazione urbana, sugli strumenti legislativi ed imprenditoriali di cui ci si servì e sui modelli stranieri dai quali trasse ispirazione, cfr. G. RUSSO, *Il Risanamento e l'ampliamento della città di Napoli*, Società per il risanamento di Napoli, Napoli, 1960.

una sua *ratio*, s'erano opposte con ricorso per cassazione le imprese esecutrici che, in ragione di quegli argomenti, erano state condannate al risarcimento del danno e non alla minor somma costituita dall'indennizzo calcolato secondo i riduttivi criteri degli articoli 12 e 13 della legge per il risanamento di Napoli.

La Corte suprema, anzitutto condivise la posizione dei giudici di merito, ponendola su solide basi proprietarie:

il principio che le varianti, autorizzate dall'art. 3 della legge del 1894 [sul risanamento di Palermo] e demandate al potere esecutivo, debbiansi ritenere quelle di esecuzione e non di estensione, deriva dal riflesso essenziale che, avendo la legge del 1894 applicato i criteri di liquidazione della indennità della legge sul risanamento della città di Napoli (art. 12 e 13), i quali sono profondamente restrittivi rispetto a quelli della legge 25 giugno 1865 [n° 2259], il sacrificio del diritto di proprietà non poteva essere consentito che da un espresso comando legislativo o da altro provvedimento avente valore legislativo ⁽⁸⁹⁾.

La spiccata sensibilità della Corte nei confronti della tutela della proprietà privata appare già qui quanto mai netta. Si tratta, ben inteso, d'una tutela essenzialmente limitata ai presupposti formali dell'esercizio del potere; ma era il massimo ci si potesse attendere in un ambiente giuridico-amministrativo, che alle forme rituali aveva in quell'epoca affidato la parte decisiva della sua legittimazione ⁽⁹⁰⁾. Nessuna norma richiedeva espressamente che le espropriazioni avvenissero per legge; anzi, la legge fondamentale del 1865 prevedeva esattamente il contrario. E la legge su Palermo s'era limitata a richiedere un provvedimento amministrativo. Ciò nonostante, la Corte afferma la necessità d'espropriazione in base a legge o ad atto avente forza di legge deducendola, con interpretazione senza dubbio

⁽⁸⁹⁾ Cfr. Cassazione, SS. UU., 9 luglio 1936, in *Giurisprudenza Italiana* (= Gi), I, 1, c. 1075.

⁽⁹⁰⁾ È una realtà che espresse in pagine di grande sensibilità e rilievo Feliciano BENVENUTI, *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano*, in *L'Unificazione amministrativa e i suoi protagonisti*, a cura di Id. e G. Miglio, Neri Pozza, Vicenza, 1969, pp. 65-216 e le cui cause ha individuato in una serie di concorrenti fattori, che vanno dalla svolta formalistica della giuspubblicistica di fine secolo, all'estraneità di quella uniforme normativa legislativa alla variegata realtà italiana, all'approccio filologico della giurisprudenza, non animata da alcuna istanza pragmatica, in assenza della quale «l'importanza pratica [di quelle garanzie] si è ridotta ad una mera formalità, vera finzione giuridica per legittimare nel merito qualunque procedura» (ivi, p. 78).

ardita, dal fatto che la legge sul risanamento di Palermo aveva a sua volta richiamata quella sul risanamento della città di Napoli che contemplava, com'è noto, meccanismi indennitari, pregiudicanti il diritto di proprietà ben oltre quanto non prevedesse la disciplina generale ⁽⁹¹⁾. In altri termini, nell'orizzonte valoriale della Cassazione, al proprietario soltanto la legge — e dunque i suoi rappresentanti in Parlamento — poteva richiedere un sacrificio che andasse al di sotto del valore venale del bene, mentre l'autorità amministrativa avrebbe potuto espropriare solo se avesse versato appunto il valore di mercato. Si trattava d'una garanzia procedimentale — quella della riserva di legge — che evidentemente aveva senso nella base censitaria propria del parlamento ottocentesco e che dopo la Grande Guerra aveva perso gran parte del suo significato a seguito dell'introduzione del suffragio universale maschile; meno ancora ne aveva mantenuto con il procedimento elettorale a lista unica, approvato con la l. 17 maggio 1928 n° 1019, sostanzialmente eliminando ogni vincolante legame tra l'elettorato ed a maggior ragione con la legittimazione censitaria. Pure questa è però caratteristica della giurisprudenza, in quell'epoca in modo marcato: rimanere legata a forme giuridiche prive ormai d'incidenza reale ⁽⁹²⁾.

Dunque, già con l'affermare la necessità della fonte di grado primario, la Cassazione molto concedeva all'istituto proprietario: la legge del 1894 su Palermo, si limitava a richiedere un decreto reale, non un atto avente forza di legge. E lo statuto albertino pacificamente contemplava i decreti reali su proposta di singoli ministri con

⁽⁹¹⁾ Gli articoli 39 e 40 della legge 25 giugno 1865 n° 2359 stabilivano che l'indennità d'esproprio avrebbe dovuto corrispondere « al giusto prezzo che l'immobile [...] avrebbe avuto in una libera contrattazione di mercato ». L'elevato costo che questo criterio intuibilmente comportava per le espropriazioni — concepite nella legge del 1865 come eventi eccezionali — impose l'introduzione di metodi di calcolo che deprimevano l'ammontare dell'indennità in misura consistente (quello della legge Napoli sino al 30 % del valore del bene), allorché la leva delle opere pubbliche divenne centrale per l'esigenza d'incentivare lo sviluppo di vaste aree urbane, il cui degrado fu ampiamente denunciato da tutta la letteratura meridionalistica.

⁽⁹²⁾ Nel sopra ricordato, importante lavoro di Benvenuti, si censura appunto la « persistenza di precetti che l'applicazione degli amministratori e la giurisprudenza dei magistrati posero come cardini formali della nuova amministrazione anche se, ormai, ben lontani da ogni pratica utilità » (cfr. *Mito e realtà*, cit, p. 78).

valenza regolamentare ⁽⁹³⁾. Sicché la Corte si rende essa in prima persona promotrice dell'innalzamento gerarchico della fonte, costruendo quel piedistallo sull'eccessivo *sacrificio* che altrimenti sarebbe stato imposto alla proprietà privata, indennizzandola con un criterio determinativo del valore eccessivamente limitativo. Una volta eretto a fonte primaria ciò che nella legge del 1894 era evidentemente di rango regolamentare ⁽⁹⁴⁾, la Corte rivendica a sé anche il compito di verificare se detta fonte avesse correttamente seguito il procedimento previsto per le norme governative (di rango legislativo) delegate dalla legge. In altri termini, pur dinanzi ad un decreto reale formalmente tale, la Cassazione si pone il problema di verificarne il procedimento d'approvazione. Ed a questo proposito scrive:

la soggezione degli atti di potestà legislativa delegata al controllo giurisdizionale dell'autorità, della quale ne sia stata richiesta l'applicazione o dinanzi alla quale vengano impugnati, è un postulato che deriva, oltre che dai principi generali, anche, e più energicamente, dal contenuto della legge 31 gennaio 1926 n° 100, la quale attesta come, al di fuori del controllo sulle « ragioni di urgente ed assoluta necessità », devoluto alla competenza politica del parlamento, quello giurisdizionale ha come sua finalità di accertare se l'atto abbia i requisiti estrinseci per la sua validità (competenza dell'organo deliberante; autorizzazione del consiglio dei ministri), e se venne contenuto nei limiti della delegazione ⁽⁹⁵⁾.

Ripercorrere rapidamente l'itinerario argomentativo della Corte può servire a comprendere meglio. I supremi giudici dapprima stabiliscono che la legge sul risanamento di Palermo del 1894 avrebbe previsto, pur non dicendolo, due tipologie di variazioni al piano: quelle relative alle *modalità d'esecuzione* e quelle di *estensione*; poi, hanno deciso che per approvare le seconde sarebbe stata necessaria una legge e non un semplice atto amministrativo, sulla

⁽⁹³⁾ Ai sensi dell'art. 67 dello Statuto era richiesta la sola controfirma del ministro e non anche la deliberazione del Consiglio dei Ministri. Sul punto, F. RACIOPPI, I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, Utet, Torino, I, 1909, p. 327,

⁽⁹⁴⁾ E ciò consente di passare in evidenza anche come la giurisdizione sia spesso più conservatrice dello stesso potere legislativo ed esecutivo, essendo molto meno responsabile dell'efficienza dello Stato e sentendosi molto più tutrice dei diritti già acquisiti, in certa misura inevitabili ostacoli all'avanzamento del nuovo e del cooperativo. Altri esempi di questo fenomeno verranno dalle pagine seguenti.

⁽⁹⁵⁾ GI, cit., c. 1076.

scorta dell'argomento — tutt'altro che trascurabile, in un'epoca non proprio sensibile ai valori della solidarietà — che il meccanismo indennitario fosse limitativo del diritto del proprietario ad essere ristorato; ne seguiva che l'area d'esproprio non si sarebbe potuta estendere con semplice ricorso ad un atto amministrativo, e ciò nonostante l'art. 3 della legge che facultava modifiche con decreto regio. Ma non basta. Perché richiamando la sopravvenuta normativa di cui alla famigerata legge 100 del 1926, univocamente considerata la svolta verso il regime dittatoriale, la Cassazione assume che proprio in base ad essa i poteri di controllo del giudice sulla regolarità nel processo di formazione delle norme sarebbero stati addirittura potenziati.

C'è da dire che questa volta la Corte è stata molto poco concessiva sul piano dell'ammissione di fonti normative. Il suo sindacato di legittimità s'è spinto fino agli *interna corporis* ed ha dimostrato un rigore formale nello scrutinio di conformità ad ordinamento della fonte, in altra occasione, come s'è visto, assai meno serrato ed anzi ben altrimenti disinvolto nelle aperture. A voler meglio osservare questa fenomenologia, sia nell'un caso sia nell'altro, la Corte ha mostrato una certa spiccata propensione al liberismo interpretativo. Solo che nella sentenza qui esaminata, l'impertinenza nel guardare sin nelle pieghe dell'esercizio del potere esecutivo aveva solida base nell'istituto proprietario, caro alla Corte sì, ma anche alla società ed alle sue istituzioni tutte. Sicché la Suprema ha potuto senza grossi problemi vietare ad altri, pur potentissimi poteri d'accedere allo scigno dominicale. Insomma, ha avuto ben presente il (ed ha tratto tutte le conseguenze dal) significato politico di fonte del diritto ed ha attentamente considerato i riflessi d'un suo slargamento nel sistema giuridico. Anzi, sembra corretto dire che si sia resa parte attiva del processo politico ed abbia preteso la fonte di rango legislativo per la proprietà, anche là dove essa non era espressamente contemplata, custodendola poi gelosamente. Nella vicenda dell'*interpretazione autentica del Duce*, la copertura era evidentemente diversa, alta, ma soprattutto la decisione era praticamente innocua quanto alle implicazioni pratiche.

Insomma, al di là d'accondiscendenze più o meno profonde, la Corte sa bene che vi sono valori dai quali non può decampare senza venir meno al suo ruolo di garante dei diritti saldamente costituiti su

base individualistica. Cosicché la sua giurisprudenza, pur con occasionali concessioni e deviazioni per tante ragioni sempre possibili, rimane stabilmente ancorata ai capisaldi dell'ordinamento giuridico e quindi dei beni che esso massimamente protegge ⁽⁹⁶⁾.

8. *Ancora sul connubio fonti/proprietà.*

Forse c'è lo spazio almeno per un'altra prova di questa vigile custodia che la giurisprudenza, di legittimità e di merito, riteneva prioritaria nel suo rapporto con la proprietà e tra questa e le sue fonti di regolazione. Stella polare è il non aprire a vincoli sui rapporti dominicali che potessero discendere da qualcosa di non chiaramente espresso nella legge dello Stato, nell'implicito, non necessariamente consapevole e risalente presupposto che quest'ultimo è sorto e s'è sviluppato in stretto rapporto con la tutela delle ricchezze degli individui ⁽⁹⁷⁾ e dunque è solo la sua più alta espressione di comando a potere intervenire in questo nucleo costitutivo.

L'atteggiamento, dunque, è quello di scartare *a priori* qualsiasi concessione a gravami sul diritto reale che non abbiano fonte chiara nella legge, anche quando ciò potesse servire a consentire la cura di valori di rango per certi versi — ma non in quell'epoca — prevalenti rispetto all'interesse proprietario. La vicenda che occupò le Sezioni

⁽⁹⁶⁾ La sentenza aveva anche un precedente in termini di alcuni anni prima, dal quale ancor più chiaramente emerge l'effettiva ragione del complessivo argomentare, come spesso accade in giurisprudenza, dove il consolidarsi degli orientamenti consente di ridurre le argomentazioni, grazie al principio d'autoreferenzialità e ad un certo irrigidimento dei concetti: « la gravità di un eccesso — si legge in quella motivazione — per cui vengono ad essere estese ad immobili non compresi nel perimetro di un piano regolatore disposizioni eccezionali e deroganti alle norme generali della legge sulle espropriazioni [in tema d'indennizzo], non può essere seriamente contestata » (cfr., Cass., SS. UU. 4 febbraio 1931, in Gi, 1931, I, 1, c. 337). Del resto, come s'è già ricordato sopra, la stessa diffidenza nelle aperture a fonti diverse dalla legislazione dello Stato si legge molto significativamente nella vicenda del diritto privato regionale in età repubblicana.

⁽⁹⁷⁾ « Chi vuole il fine, vuole anche il mezzo: il fine è la conservazione della proprietà, il mezzo l'accettazione della volontà della maggioranza come propria »: questa una delle espressioni di sintesi con le quali viene definito l'ontologico rapporto tra Stato e proprietà nelle società cosiddette borghesi da C. B. MACPHERSON, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese* (1962), Mondadori, Milano, 1982, p. 289.

Unite della Corte — le quali decisero conformemente ai gradi di merito — è presto detta. Tra due contraenti era stato stipulato quello che oggi chiameremmo un contratto preliminare unilaterale, con il quale una parte aveva assunto l'impegno di trasferire la proprietà su d'un bene vincolato ai sensi della legge sulle antichità e belle arti, qualora la controparte avesse esercitato la propria opzione entro un termine dato.

Volle il caso che l'opzionante, ma chiamiamolo pure promissario acquirente, non avesse esercitato la sua facoltà, adducendo che il promettente venditore non aveva a sua volta proceduto, nel tempo stabilito per l'esercizio dell'opzione, alla notifica nei confronti del Ministero della Pubblica Istruzione, all'epoca dell'Educazione Nazionale, dell'intenzione di trasmettere la titolarità del bene. Tale incumbente era stabilito dall'articolo 5 della legge 20 giugno 1909 n° 364, perché il Governo potesse valutare d'esercitare il diritto di prelazione a lui riservato dalla medesima legge.

Il ricorrente era risultato soccombente innanzi alla Corte d'appello, perché quest'ultima aveva sostenuto che non sussistesse l'obbligo del promettente venditore di notificare alcunché, dato che il preliminare non comportava la trasmissione della titolarità del bene, condizione alla quale la legge avrebbe legato l'obbligo di informazione al Ministero. Contrastando la decisione di secondo grado, il ricorrente aveva sostenuto anche nel giudizio di cassazione che ormai si fossero formati una stabile prassi o quanto meno un uso interpretativo, avallati anche da costanti comportamenti della pubblica amministrazione.

Per la verità, la questione sul piano ermeneutico non era affatto pacifica. Non solo il ricordato articolo 5 stabiliva che il privato proprietario del bene vincolato non potesse « trasmetterne la proprietà o dimetterne il possesso senza farne denuncia al Ministero »; ma l'art. 59 del regolamento di esecuzione della legge approvato con real decreto 20 giugno 1909 n° 364, aggiungeva che « per gli atti fra vivi *differenti dall'alienazione* » s'applicassero le medesime norme che per quest'ultima ⁽⁹⁸⁾. Dunque, tutt'altro che

(98) E che la norma non si riferisse alle dimissioni del possesso risultava chiaro dal secondo comma della disposizione che espressamente regolava tale ultima vicenda (« ugualmente si procederà per tutte le altre dimissioni di possesso »).

banale era la tesi che una prassi amministrativa costante potesse fondare l'obbligo, quanto meno nel senso d'uso interpretativo nei rapporti contrattuali, del promettente venditore a comunicare il preliminare all'amministrazione senza attendere l'atto definitivo di trasferimento.

Una tale soluzione, però, avrebbe creato un vincolo di non poco momento nei riguardi della proprietà privata e delle sue forme di circolazione, in modo particolare per i riflessi di carattere fiscale⁽⁹⁹⁾; e comunque avrebbe aggiunto un vincolo alla proprietà ed alla libera contrattazione che la legge, secondo la Corte, espressamente non prevedeva. Ma soprattutto l'occasione si prestava ad un'importante *actio finium* tra pubblica amministrazione e proprietà privata sotto l'egida della Cassazione: e quest'ultima, come mostra anche la fermezza delle espressioni eccessiva per la vicenda in sé, sembra proprio non aver voluto lasciarla sfuggire:

è inutile ripetere qui le piane e savie considerazioni che, a tal proposito, sono già state egregiamente esposte nella sentenza denunciata. E soltanto può aggiungersi, per meglio chiarire la infondatezza delle odierne censure, che gli uffici governativi non hanno la facoltà di obliterare o di sovvertire la legge; hanno bensì l'obbligo di osservarla; ed a garanzia del costante adempimento di tale obbligo, un canone fondamentale del nostro diritto pubblico riconosce a ciascuno il diritto subbiettivo di esigere la legittimità formale degli atti della funzione governativa e di eccitare, per tal uopo l'attività degli appositi organi giurisdizionali. Né quindi può pensarsi che tale indiscutibile diritto subbiettivo possa mai essere negato soltanto perché gli obblighi della pubblica amministrazione abbiano potuto in precedenza violare ripetutamente la legge nei confronti di altri e diversi soggetti di diritto⁽¹⁰⁰⁾.

⁽⁹⁹⁾ Ai sensi degli artt. 2 e 5 ed all. A) art. 5 della legge del registro all'epoca vigente (30 dicembre 1923 n° 3269 e successive modificazioni), le promesse di compravendita erano soggette a *tassazione a termine fisso*. Ciò significava che, nell'ipotesi in cui avesse dovuto formalmente intervenire la notifica al Ministero già con la sola promessa di vendita, questa avrebbe dovuto essere immediatamente sottoposta a registrazione con il pagamento del relativo importo, equiparato a quello previsto per le vendite (analogia peraltro non del tutto irrilevante ai fini della vicenda esaminata nel testo); mentre, se la notifica non fosse stata necessaria, l'atto avrebbe potuto rimanere *inter partes*, evadendosi così la relativa imposizione. Senza contare poi gli ulteriori complessi riflessi che l'obbligo d'immediata notifica avrebbe comportato circa l'indicazione dell'ammontare del prezzo, com'è noto antico cruccio dei proprietari di beni vincolati.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr, GI, 1937, I, 1, c. 572.

È sin troppo chiaro che il reale antagonista della Cassazione in questo caso non sia l'opzionante di turno che pretendeva di dare rilievo ad una prassi (tutt'altro che *contra legem*) affermatasi in ripetuti atti dell'amministrazione pubblica e corrispondente ad un effettivo interesse della parte acquirente di conoscere con anticipo, rispetto all'atto di compravendita, quale sarebbe stato l'atteggiamento del Ministero. Il vero antagonista è la pubblica amministrazione che, com'è naturale in ogni ente dotato di competenze ed energie attive ⁽¹⁰¹⁾, tendeva ad estendere l'ambito della propria influenza nel mondo del privato, sino ad una fase antecedente il contratto definitivo. Ma così avrebbe colpito, secondo il dire della Corte, la disciplina legale della proprietà, anche se nel perseguimento d'un fine non marginale quale la tutela del bene protetto e le non futili conseguenze fiscali.

Deve anche notarsi come la Corte, seguendo una tecnica ben nota, *senza lasciarsi deviare da sottigliezze dialettiche e ricondotta la causa nei suoi ovvi confini* ⁽¹⁰²⁾, nemmeno si pone il problema dell'interpretazione di quelle norme tutt'altro che univoche, poste a disciplina della *denuncia*. Per essa fondamentale è marcare un confine preciso, rendendolo così certo quando se ne dia l'occasione: la disciplina della proprietà è mantenuta al di fuori dell'influenza dell'amministrazione e se essa, anche vagamente, ne tocchi i limiti segnati per legge, potrà essere certa che la giurisdizione sarà pronta a fermarla senza esitazione e senza troppi scrupoli ermeneutici.

9. *La proprietà avvinta dalla polifonia fascista...*

È ormai nota la posizione della dottrina giuridica sviluppatasi

⁽¹⁰¹⁾ È in fondo quella tendenza alla monopolizzazione propria d'ogni potere, che fu anche alla base dello stesso processo di formazione dello Stato e che, nello Stato di diritto, è contrastata con la rigida cura delle *competenze* giuridicamente definite, cura di cui questa vicenda è chiara espressione. Sul fenomeno generale, cfr. N. ELIAS, *Potere e civiltà. Il processo di civilizzazione* (1980²), II, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 205 ss.

⁽¹⁰²⁾ È l'espressione che viene utilizzata nella sentenza, ivi, e che denuncia una tecnica più volte adoperata dalla Corte suprema per liberarsi d'argomenti scomodi (cfr. il mio *La politica invisibile*, cit., pp. 202-20), fissando quella che essa suole definire come *esatta interpretazione* e ritenendo conseguentemente artificiosi tutti gli argomenti che si pongano al di là del solco segnato dalla sua tagliente lama.

negli anni del fascismo — e non solo di quella più schiettamente fascista — in ordine all'istituto proprietario e sono anche state poste in evidenza, seppure meno frequentemente, ed anzi più frequentemente rimosse, le non trascurabili influenze che quelle concezioni dispiegarono sullo stesso impianto del codice civile ⁽¹⁰³⁾. Fu del resto lo stesso Mussolini, in uno dei suoi discorsi più impegnati nel delineare le fondamenta essenziali dello Stato corporativo, a chiarire in termini politici quel che avrebbe dovuto essere — almeno nelle intenzioni dichiarate — il ruolo della proprietà privata nello Stato fascista:

L'economia corporativa rispetta il principio della proprietà privata. La proprietà privata completa la personalità umana: è un diritto e se è un diritto è anche un dovere. Tanto che noi pensiamo che la proprietà deve essere intesa in funzione sociale: non quindi la proprietà passiva, ma la proprietà attiva, che non si limita a godere i frutti della ricchezza, ma li sviluppa, li aumenta, li moltiplica ⁽¹⁰⁴⁾.

Un minimo d'esperienza lascia facilmente immaginare come la dottrina giuridica dinanzi a simili dichiarazioni ed ai non pochi spunti presenti nella legislazione, si desse da fare in uno sforzo d'elaborazione, se non sempre raffinato, di certo di grande volume ed articolazione. Per i giuristi, e non nel senso un po' vago della Cassazione, la parola del duce era presa abbastanza sul serio, la ripetevano e la traducevano nel loro linguaggio tecnico: sono lì a dimostrarlo le citazioni, con o senza espliciti richiami, che nei libri giuridici di quegli anni, anche in quelli più paludati, figurano senza tregua per il lettore. Quel criterio di riconoscimento e protezione della proprietà privata posto accanto alla funzione sociale, era pane per i denti di chi per mestiere è chiamato a definire fattispecie e mediare tra gli interessi per ricondurli nell'alveo delle regole precostituite. Insomma, un profluvio di pagine si sarebbero ancor più riversate sul vetusto istituto dominicale, per assottigliarne i confini e

⁽¹⁰³⁾ Il lavoro che, con notevole originalità e scevro da ogni ideologismo, mi sembra abbia meglio affrontato questo nodo problematico è di P. CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile. Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione e regime*, in questa Rivista, 28, 1999, I, pp. 175-292.

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr. B. MUSSOLINI, *Discorso del XIII gennaio per lo Stato corporativo*, in Id., *Scritti e discorsi*, Hoepli, Milano, 1935, pp. 13-22, p. 20 per il passo riportato nel testo.

rendere permeabile il più egoista dei diritti ai valori del solidarismo e della sussidiarietà ⁽¹⁰⁵⁾ fascisti.

A noi non compete ovviamente ripercorrere quel ponderoso materiale, spesso solo declamatorio, pur se non privo d'interesse; ci occorre invece offrire un fondale sul quale collocare, ad una certa distanza, la parola della Suprema perché esprima, nel contrasto, al meglio il significato che le sue parole assumevano, all'epoca e, se non si chiede troppo, storicamente.

« Non esiste il fatto economico di interesse esclusivamente privato » aveva detto Mussolini ai senatori in quel già ricordato discorso; « il concetto di assolutezza del diritto di proprietà è un concetto dunque ormai antiquato », gli fa eco l'ormai settantenne Lodovico Barassi, forse dimentico degli infastiditi atteggiamenti che aveva in passato manifestato nei confronti d'ogni concessione socializzante nel regno dell'individualismo privatistico ⁽¹⁰⁶⁾. Tra lo Stato liberale e quello fascista, con riguardo all'istituto proprietario la differenza è profonda e foriera di molti sviluppi: « la distinzione è quella tra interesse sociale che si limita a porre un limite o un confine

⁽¹⁰⁵⁾ Uno dei temi, in genere meno ricordati, che occupò la dottrina fascista fu quello del rapporto tra Stato ed impresa, alla stregua della IX disposizione della Carta del lavoro che, con intuizione molto moderna, stabiliva: « l'intervento dello Stato nella produzione economica ha luogo soltanto quando manchi o sia insufficiente l'iniziativa privata o quando siano in giuoco interessi politici dello Stato. Tale intervento può assumere la forma del controllo, dell'incoraggiamento e della gestione diretta »: e del resto fu proprio la notevole elasticità del regime ad assicurargli il sostanziale appoggio della grande industria o quanto meno la sua non ostilità. Su questo punto il giudizio della storiografia non è unanime e non è qui il luogo per occuparsene. Per un utile saggio sulla spiccata duttilità dei mezzi ideati dal regime nei suoi rapporti con gli industriali e le irresoluzioni che accompagnarono la politica economica italiana sino agli ultimi giorni di fascismo, cfr. *Fascismo e pianificazione. Il convegno sul piano economico (1942-43)*, a cura di G. Melis, Fondazione Spirito, Roma, 1997.

⁽¹⁰⁶⁾ « Palesemente infastidito dall'imperversante « gusto piazzaiolo » che vuole sostituire all'individuo l'uomo sociale, ostile ad un'eccessiva ingerenza dello Stato »: così viene descritto, e correttamente, da P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico, 1860-1950*, Giuffrè, Milano, p. 60, il cattedratico della Cattolica per il contributo che diede al nascente diritto del lavoro sullo scorcio del secolo XIX. Quello della coerenza della dottrina giuridica tra stato liberale e fascismo è un capitolo ancora in gran parte da scrivere e non risolvibile sul piano della banalità. Qui interessa però solo porre in evidenza la plasticità della risposta che la scienza del diritto seppe dare alle riforme del regime nel diritto privato, per vero all'atto pratico piuttosto vaghe come s'è già detto.

normale all'esercizio della proprietà [...], e interesse sociale che permea di sé tutto quanto il diritto di proprietà ». Del resto, Barassi sa bene che si tratta di problema essenziale per la politica del regime, siamo alle radici di quell'ideologia. Con il proprietario-imprenditore le cose si fanno ancor più stringenti, perché questi sarebbe titolare di una 'delega concettuale' da parte dello Stato:

a questa alludeva il Programma del Partito nazionale fascista (1922), per cui, in omaggio alla funzione sociale della proprietà privata, questa « è la forma di amministrazione che la società ha storicamente delegato agli individui per l'incremento del patrimonio stesso ». Concetto che il giurista può così tradurre: il diritto di proprietà è plasmato come tale dall'ordine giuridico che si accentra nello Stato e questo ordine giuridico può plasmarlo come vuole, cioè come le esigenze del momento richiedono » ⁽¹⁰⁷⁾.

Se Barassi fu tra i pochi ad avere il tempo di dedicare ben due edizioni al diritto di proprietà leggendolo alla luce del codice appena approvato ⁽¹⁰⁸⁾, quanto più conta è che con quelle affermazioni egli sintetizzi un'intensa polifonia che negli anni del regime era stata intonata dai giuristi più o meno vicini al regime. Insomma se n'era fatto un gran scrivere, talora anche un po' a sproposito, ma il concetto di funzione sociale era ormai acquisito agli atti. In un congresso organizzato alla fine degli anni trenta dalla Confederazione fascista dei lavoratori dell'agricoltura, il suo segretario generale Franco Angelici, sindacalista di lungo corso, chiamò a raccolta i principali civilisti del tempo ⁽¹⁰⁹⁾ per fare il punto sulla proprietà nel nuovo orizzonte di valori affermato dal regime e può dirsi non vi si sentì una voce dissonante. Anche per noi quella è una buona fonte, perché fu un'occasione di confronto e messa a punto, pur se l'occasione ufficiale portò ad una certa accentuazione dei toni celebrativi. « Tutti affermano che bisogna oggi concepire la proprietà in funzione sociale e avere un concetto

⁽¹⁰⁷⁾ Le citazioni sono tratte da L. BARASSI, *La proprietà nel nuovo codice civile*, Giuffrè, Milano, 1943², rispettivamente pp. 79, 83, 95.

⁽¹⁰⁸⁾ Anche se, com'è noto, il libro della proprietà era stato approvato qualche tempo prima del codice nella sua integralità, con Rd. 30 gennaio 1941 n° 15 ed aveva subito formato oggetto di dibattito.

⁽¹⁰⁹⁾ Vi parteciparono tra gli altri Vassalli, Francesco Ferrara, Chiarelli, Pugliatti, Mossa, Panunzio, Cariota Ferrara, Cesarini Sforza, Bolla, Salvatore Romano, Leicht e lo stesso Barassi.

dinamico e non statico », osservava Carlo Alberto Biggini, ordinario di diritto costituzionale a Pisa e deputato prima, consigliere nazionale poi. Andando a puntualizzare il concetto, evidentemente l'idolo polemico resta sempre la vecchia *silhouette* di tradizione liberale, per la quale « l'interesse pubblico può funzionare non da contenuto, ma solo da limite al diritto di proprietà ». Secondo il giurista spezzino, sarebbe mutata la base politica e costituzionale dell'istituto: « si sancisce e garantisce la proprietà privata, non per diritto naturale dell'individuo, non per la pretesa inviolabilità di tale diritto ritenuto erroneamente come assoluto, ma perché utile nella sua strumentalità, nelle sue manifestazioni produttive nell'interesse della nazione, perché condizione necessaria e mezzo per la valorizzazione integrale delle forze economiche della società nazionale » (110).

Che il proprietario dovesse trasformarsi in una sorta di funzionario della società nel cui concorrente interesse doveva gestire i suoi beni era voce abbastanza comune a quell'epoca (111); ed opinione anche di Francesco Ferrara, per il quale la proprietà « *non è solo un diritto*, ma un dovere, non è solo un mezzo per il proprietario per procurarsi delle utilità a suo vantaggio, *ma è uno strumento di cooperazione sociale perché serve a realizzare* interessi che riguardano l'intera società. Il proprietario è investito di *un mezzo economico*, che egli deve sapere adoperare, anzi *che è obbligato* a usare nell'interesse pubblico. La proprietà è *diventata un dovere sociale, una funzione sociale* » (112). Un'altra versione della stessa teoria s'incarica di fornircela Giangastone Bolla, illustre agrarista, per il quale il pro-

(110) Cfr. C. A. BIGGINI, *Riforma dei codici e diritto di proprietà*, in *La concezione fascista della proprietà privata*, pubblicazione a cura della Confederazione Fascista dei Lavoratori dell'Agricoltura, s. l., 1938, pp. 57-81, per i passi cit., rispettivamente pp. 69, 70 e 75.

(111) Scrive R. BALZARINI, *Il concetto di proprietà nello Stato corporativo*, ivi, pp. 82-98, « il bene è dunque non solo in funzione dell'individuo ma anche in funzione della società per la valutazione della sue entità intrinseca ed obiettiva, funzione questa che predomina. Perciò il proprietario nell'esercizio del diritto di proprietà [...] deve adeguarsi a quella funzione sociale della cosa, cioè deve disporre secondo tale funzione. [...] Mentre realizza il proprio interesse, adempie a una funzione sociale che è inerente e imprescindibile al diritto stesso » (p. 96).

(112) Cfr. F. FERRARA, *La proprietà come dovere sociale*, ivi, 278-87, p. 285 per il passo citato (corsivi dell'A.).

prietario è un *moderator* ed un *arbiter*, impegnato in questa funzione « sociale senza equivoci, in funzione nazionale pacificatrice di ogni antagonismo, base sicura di indipendenza di progresso perché l'ordine fascista è per definizione « applicato a raggiungere quella nuova e più alta giustizia sociale » che il Capo ha proclamata » (113). Per il superamento della vecchia proprietà individualistica, più volte definita paradosso dello Stato liberale, s'impose anche una riflessione filosofica, tesa a dimostrare l'intrinseca inconcepibilità d'una proprietà non finalizzata allo scopo sociale ed il difetto stesso di legittimazione del proprietario che, non assolvendo ai propri doveri, per la struttura ontologica dell'istituto sarebbe decaduto anche dai diritti (114).

Insomma è difficile negare una forte sintonia tra la dottrina giuridica ed il regime politico in ordine a questo centrale istituto. Sarebbe un errore, io credo, giudicare adesioni di facciata le affermazioni che si sono riportate a testimonianza d'un materiale vastissimo ed in non poche occasioni anche pregevole. Anzitutto, così facendo si negherebbe il contributo che nell'edificazione teorica hanno le dottrine generali: fecondate e fecondanti, possono produrre rilevanti conseguenze ed anzi il loro compito è proprio d'essere operatori logici per orientare il sistema, facendo assumere alle medesime disposizioni normative significati in precedenza sco-

(113) Cfr. G. BOLLA, *Prospettive sulla disciplina giuridica della proprietà fondiaria*, ivi, 553-570, p. 570 per la citazione.

(114) Ne è un documento l'ampia costruzione, d'ispirazione gentiliana, compiuta da A. TESTA, *Proprietà e produttività*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », XXII, 1942, pp. 193-219, per il quale « la proprietà personale risulta come il diritto di realizzare la produttività; diritto che è poi insieme un dovere. E poiché tale dovere sussiste finché noi siamo in condizioni di usare una cosa, ne deriva un limite sociale, oltre il quale, se noi non usiamo la cosa (perché non possiamo, perché non vogliamo), cessa il dovere e, insieme, il diritto di goderne, appunto perché non ne godiamo. Né può sussistere la sostituzione, o il sovrapporsi, del diritto di godimento col diritto materiale di possesso, e perché la proprietà, attivistamente, spiritualmente intesa si attua nel suo solo esplicitarsi produttivo, e perché, implicitamente, l'affermarsi di un tale materiale possesso urterebbe contro il possibile attuarsi del vero e perciò unico essere della proprietà, quale può aversi nel godimento da parte di altri che, al contrario, si trovino in condizioni e in bisogno di usarne, o, meglio, di attuarla usandone » (p. 204).

nosciuti e potendo giungere anche ad esiti imprevisi ⁽¹¹⁵⁾. È questa la caratteristica del contributo scientifico nella cultura giuridica: guardare ai valori normativi sul piano dell'astrattezza e contribuire a costruirli perché possano poi operare sul piano della concretezza, attraverso la realizzazione giurisprudenziale ⁽¹¹⁶⁾. Ed è difficile negare che la dottrina abbia fornito una pronta risposta, tutt'altro che ascrivibile al nicodemismo, per l'avanzamento in una certa direzione dei valori giuridici tradizionali. Che non avesse il potere d'imporli, e che quindi agisse senza il peso della responsabilità, sarebbe obiezione inappropriata, perché la responsabilità della dottrina non è nell'imporre le regole, cosa che non può fare, bensì nell'apprestare il terreno adatto perché un certo tipo di regole incontrino l'ambiente più idoneo al loro sviluppo. E non è discutibile che a questo compito si stava in quegli anni assolvendo.

Ché poi nemmeno è vero il carattere solo generale delle affermazioni compiute dagli scrittori. È lo storico che, per esigenze di spazio e d'efficacia rappresentativa, privilegia quel genere di citazioni. Ma i giuristi, soprattutto i più acuti, avevano ben presente l'esigenza di puntualizzazione. Ad esempio, Salvatore Pugliatti de-

⁽¹¹⁵⁾ Ad esempio, quel medesimo ambiente aveva prodotto teorie che giungevano ad estremi quasi comunistici — ed ovviamente sgraditi — nella costruzione del diritto proprietario. Nota è la vicenda del congresso di Ferrara del 1932 e delle tesi di Ugo Spirito, tesi peraltro tutt'altro che espressione d'estemporanea riflessione del filosofo ma con legittimazioni politiche, poi venute meno, che la storiografia ha da tempo posto in evidenza: cfr. F. PERFETTI, *Ugo Spirito e la concezione della « corporazione proprietaria » al convegno di studi sindacali e corporativi di Ferrara del 1932*, (1988), ora in Id., *Lo Stato fascista*, cit., pp. 209-246. Spirito fu probabilmente il più serio teorizzatore del corporativismo, sia nella dialettica con le concezioni liberale e capitalistica, sia nella sua struttura fondamentale; una collezione dei più densi scritti che andò elaborando nel corso degli anni trenta è in Id., *Il corporativismo*, con appendice di A. Volpicelli, Sansoni, Firenze, 1970.

⁽¹¹⁶⁾ Ha ben scritto A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *La sentenza in Europa*, cit. in nt. 86, pp. 101-126, « La scienza giuridica e l'attività giurisdizionale guardano, appunto, ai valori normativi nei momenti opposti dell'astrattezza e della concretezza, della precognizione delle esigenze umane socialmente rilevanti e della predeterminazione dell'azione realizzatrice da un verso; della cognizione piena e attuale della situazione di interessi e della determinazione ultima *de presenti* della condotta richiesta dal diritto, dal verso opposto. È quest'ultimo il momento in cui i fasci di valori della vita sociale si concentrano in un punto definito dello spazio giuridico e l'intero sistema del diritto converge in una definita situazione giuridica » (p. 123).

dica il suo contributo a quella occasione congressuale, a rilevare e valorizzare tutta la fenomenologia legislativa, già vigente espressione della funzione sociale della proprietà ed indica al legislatore come 'strettamente tecnico', « il problema fondamentale [...] che deve porsi per rendere possibile la realizzazione dell'interesse pubblico a mezzo dell'esercizio del diritto di proprietà » (117).

In conclusione, mi pare di poter dire che la dottrina abbia svolto la propria funzione di valorizzazione del nuovo e della sua integrazione all'interno del tradizionale apparato e linguaggio concettuale; l'abbia fatto, è vero, talora con eccesso di piaggeria, ma la sostanza è che s'impegnò in un'opera d'elaborazione, che le è peculiare, tesa a sfruttare tutti gli spunti che il sistema prometteva. Ovviamente non poteva far da sola. Aveva bisogno del legislatore, e, naturalmente, anche del giudice. Lo sapeva bene. In un corposo saggio che ancora il nostro Lodovico Barassi destinò ai lavori del congresso, si percepisce chiaramente il decisivo compito assegnato al giudice dall'esigenza di mediazione indotta dai nuovi valori:

la migliore attuazione di questo equilibrio tra l'interesse individuale e quello nazionale [...] sarà però un compito duro per il legislatore e per il giudice. Anche per il giudice: in particolare riguardo alla funzione sociale nel suo primo aspetto dei rapporti interindividuali. Va bene il tendenziale equilibrio racchiuso nella formula della coordinazione. Ma questa formula, che suona bene all'orecchio, non può e non deve tradursi in una inutile e dannosa mortificazione delle sane iniziative individuali, per una tutela che può parere troppo cauta dell'interesse dei vicini. Perché allora ne rimarrebbe ferita proprio la funzione sociale (118).

10. ...non blandisce le dure orecchie dei supremi giudici.

Perché Barassi aveva visto giusto ed è probabile avesse a mente gli orientamenti giurisprudenziali che s'accumulavano nella grigie aule della Cassazione romana, al riparo dalle ventate ideologiche

(117) Cfr. S. PUGLIATTI, *Strumenti tecnico giuridici per la tutela dell'interesse pubblico nella proprietà*, in *La concezione fascista*, cit., pp. 1162-182, p. 179 per il passo citato.

(118) Cfr. L. BARASSI, *Il diritto di proprietà e la funzione sociale*, 183-247, p. 247 per il passo citato. Sulla consapevolezza dell'importanza del ruolo affidato alla giurisdizione nell'attuazione dei principi dell'ordinamento fascista, cfr. anche P. CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile*, cit., nt. 57, che richiama l'attenzione sulle posizioni di Dino Grandi e Filippo Vassalli.

delle appassionate piazze fasciste. Il problema era proprio lì: quando dalle rotonde teorie *che suonano bene all'orecchio* si passa alla concretizzazione dei precetti nei casi puntuali sottoposti alla decisione dei giudici, gli orientamenti consolidati in una lunga tradizione, rafforzata dall'accentramento realizzato con la cassazione unica nella capitale, non si lasciano facilmente spodestare. Anzi, potrebbe dirsi, fanno orecchio da mercante, metafora qui in molti sensi risonante.

I meccanismi istituzionali sono tutt'altro che indifferenti rispetto a quanto è possibile chieder loro che producano. L'accentramento verticistico della giurisdizione aveva avuto uno scopo arcinoto e mille volte esaltato: l'uniformità dell'interpretazione giurisprudenziale. Uniformità non è termine neutro, indica una tendenzialmente unica lettura delle norme, da imporre su ogni diversità locale o apertura plurale ⁽¹¹⁹⁾. Significa anche e necessariamente, perpetuazione del proprio *dictum*, costante riaffermazione di quanto è già stato deciso, in modo da appianare ogni iniziativa *deviante* e da imporre, attraverso la continuità della giurisprudenza, l'autorità della Corte Suprema. Se c'è un istituto che più d'altri ha opposto resistenza al confrontarsi con nuovi interessi con esso concorrenti, questo è certo quello proprietà: resistenze organizzate in vario modo e non poco attraverso il tentativo di piegare i nuovi e concorrenziali fasci di pretese alle tecniche dell'individualismo dominante ⁽¹²⁰⁾. Ed in misura particolarmente accesa questi conflitti s'alimentavano intorno al nucleo più originario della proprietà, quella fondiaria, spesso e volentieri chiamata a misurarsi con dinamiche non agevolmente conciliabili con il chiuso mondo rurale.

È bene procedere analiticamente, perché è dalle motivazioni delle decisioni che l'*habitus* del giudice si manifesta pienamente, ed

⁽¹¹⁹⁾ M. MECCARELLI, *Le corti di cassazione dell'Italia unita. Profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata (1865-1923)*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 223 ha parlato a questo proposito di « una caratterizzazione demiurgica della Corte di cassazione, promotrice di una giurisprudenza unitaria, anche nel senso di farsi veicolo di conformazione delle giurisprudenze di merito alle nuove linee legislative ».

⁽¹²⁰⁾ È l'aver illuminato questo processo il contributo forse più importante dell'ormai classica raccolta di saggi di S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, Il Mulino, Bologna, 1990², pp. 59-72.

involontariamente nella sua più intima orditura. La questione agitata a seguito d'un ricorso per cassazione avverso la decisione resa in secondo grado da un tribunale del Regno, era di quelle che potrebbero definirsi classiche. Il proprietario d'un fondo superiore, al fine d'adibire a risaia il proprio terreno, v'aveva apportato alcune modifiche alle originarie sistemazioni. In particolare, oltre ad utilizzare l'acqua che naturalmente v'affluiva ne aveva introdotto dell'altra, derivandola artificialmente da fonti locali, in ragione della grande richiesta d'irrigazione necessitata da quella speciale coltura. A causa della porosità del terreno, il proprietario del fondo inferiore aveva accusato danni, forse gravi; ma sul punto l'indagine non viene approfondita, per (interessanti) ragioni che risulteranno chiare a breve. Il quesito che la Corte si ritiene chiamata a risolvere è così da essa stessa formulato: « sono risarcibili detti danni, nonostante che rimanga accertato che il proprietario del fondo superiore si sia attenuto alle buone regole agrarie ed alle consuetudini agrarie locali con la costruzione di contraffossi atti ad impedire che le acque di irrigazione scorrano dalla superficie ai fondi inferiori, ma non atti ad impedire che le acque stesse producano infiltrazioni più o meno abbondanti nei fondi inferiori? » (121). Ed è notevole già qui sottolineare come la Corte di cassazione non avesse inteso nascondere — di modo che la sua conclusione sarebbe stata ancor più 'educativa' — che il proprietario del fondo superiore avesse apprestato tutte le misure tecnicamente possibili per far sì che la sua attività produttiva provocasse le minori interferenze possibili coi vicini.

La norma che disciplinava la fattispecie era l'art. 536 del codice civile, norma tipica espressione della chiusa proprietà fondiaria, che imponeva al proprietario del fondo inferiore di ricevere unicamente le acque che *naturalmente* vi defluivano. Il Tribunale, in precedente grado del giudizio, aveva respinto la domanda del vicino che subiva le immissioni, rifacendosi ad alcuni precedenti della Cassazione di Torino che già molti anni prima aveva riconosciuto alle esigenze della produzione una certa cittadinanza nel codice civile (122). Se quest'essersi voluto far forte dell'autorità d'una Cas-

(121) Cfr., Cassazione, II, 20 febbraio 1939, in Gi, I, 1, c. 439.

(122) Probabilmente responsabilizzata da quel fermento risorgimentale che nei primi decenni dell'Unità aveva portato ad un forte incremento dell'intervento pubblico

sazione decentrata non fu certo il dato determinante per la decisione della Suprema, è molto probabile abbia però contribuito a mal disporre i giudici romani nei confronti di quella decisione troppo insinuata nel guscio dell'individualismo proprietario. Il Tribunale aveva ritenuto di poter identificare ragioni che giustificavano l'aggravamento della servitù a carico del fondo inferiore, riconoscendo un certa 'naturalità' alle immissioni nascenti da infiltrazioni del terreno. Questa la risposta della Corte:

quanto all'aggravamento non ha alcuna rispondenza nella legge la distinzione fatta dal tribunale tra acque d'irrigazione del fondo superiore che scorrono alla superficie dei fondi inferiori ed acque d'irrigazione del fondo superiore addotte artificialmente per opera dell'uomo, che producano soltanto infiltrazioni, più o meno abbondanti, e più o meno dannose, nei fondi inferiori. / Di questa distinzione si ha traccia soltanto nella giurisprudenza del passato delle corti piemontesi, la cui benignità probabilmente fu suggerita dal gran favore con cui era riguardata la coltivazione del riso. Ma ovvi principi di diritto, di equità e di giustizia esigono sempre, laddove c'è un fatto del proprietario che arrechi danno non trascurabile, ma apprezzabile e rilevante, al fondo del suo vicino, fuori delle ipotesi tassativamente previste dalla legge, che il fatto stesso, anche quando sia stato determinato dalle necessità agrarie e dalla trasformazione delle colture del fondo superiore, debba essere tenuto come generatore di una responsabilità per il danno medesimo ⁽¹²³⁾.

per il potenziamento della produzione agricola e delle opere irrigue (cfr. E. SERENI, *Storia del paesaggio agrario in Italia* (1961), Laterza, Roma-Bari, 1982, pp. 383-396), la giurisprudenza della Cassazione di Torino aveva dato spazio alla mediazione del giudice nei conflitti tra proprietà terriera tradizionale e processi d'industrializzazione della produzione agricola. Si era così affermato un principio interpretativo dell'art. 536 c.c. che poneva il giudice ad arbitro del conflitto: « per quell'uguaglianza di diritti che devono avere i cittadini, per quella reciprocità di vantaggi che deve mantenersi fra loro e per l'interesse sociale di far progredire l'agricoltura, non è da esagerarsi certamente il dovere del proprietario del fondo superiore sino al punto di proibirgli qualunque opera sia necessaria per la coltura e il miglioramento del proprio fondo, e di procurarsi un maggior prodotto, sempre però conciliando con il dovuto rispetto alla proprietà altrui con l'esercizio della propria [qui richiamo al Digesto]. Ed è ufficio perciò dell'autorità giudiziaria di conciliare all'uopo fra i proprietari superiori i riguardi dovuti all'interesse generale del progresso della coltivazione dei terreni dell'industria agricola ed all'interesse privato ad accrescere il prodotto de' propri beni, coi riguardi dovuti alla proprietà altrui ». Cfr. Cassazione Torino, 29 dicembre 1877, in *La giurisprudenza sul codice civile dall'anno 1866 all'anno 1890*, a cura di T. Tommasini, Camera dei Deputati, Roma, 1892, I, p. 477.

⁽¹²³⁾ Cfr. GI, ult. cit., c. 40.

La motivazione dice molto sull'*habitus* degli ermellini romani. Creata la cassazione unica, evidentemente sono tutte le particolarità locali a soffrirne. La Cassazione torinese, lo si è ricordato, aveva tentato di mediare tra esigenze della produzione e diritti del proprietario terriero. Non erano certo decisioni rivoluzionarie, quelle dei giudici piemontesi, non ci sarebbe stato da aspettarselo. Ma per la Cassazione romana, la il punto d'orientamento è dato dall'uniformità giurisprudenziale; e poiché l'uniformità impone d'assegnare alla norma una lettura tendenzialmente unica, è evidente che le particolarità di fatto devono cedere al monismo normativo. Abolire le cassazioni locali, comporta anche sopprimere tutto quel portato d'interpretazioni, indotte dalla pressione delle nuove e vecchie fenomenologie, destinate a cadere a vantaggio dell'uniforme lettura del valore normativo tramandato da una consolidata tradizione della quale a Roma ci si fa interpreti e se necessario restauratori. Era un po' anche questa la ragione per la quale il progetto d'unificazione della Cassazione a Roma aveva trovato la forte opposizione delle deputazioni regionali: si lamentava appunto la perdita delle peculiarità locali ⁽¹²⁴⁾. In un unico giudizio negativo, la Cassazione accomuna le giurisprudenze locali e le loro aperture alla novità, al diverso: il suo solo libro è il codice civile ed ogni concessione le si presenta come cedimento a particolarità di fatto. La saldatura tra cassazione unica e codice civile non potrebbe risultare più chiara ⁽¹²⁵⁾.

⁽¹²⁴⁾ Vittorio Emanuele Orlando aveva detto che « la cassazione unica altro non rappresenta che una nuova e gravissima ed esizionale manifestazione di quel fenomeno morboso che io chiamerei 'autoritarismo unitario' ». Su questo dibattito plurivocale, cui ha non poco nuociuto in termini d'efficacia un eccesso di retorica non accompagnato da adeguate analisi, cfr. M. MACCARELLI, *Le Corti di cassazione*, cit., pp. 101-110 (dalla p. 100 tolgo la citazione del Maestro siciliano).

⁽¹²⁵⁾ Non a caso, Mariano D'Amelio rimase sempre uno strenuo difensore della codificazione, riconoscendo ad essa un ruolo centrale anche dinanzi ai fautori della sua sostituzione con documenti di principio — genere *Carta del lavoro* — reputati dalla dottrina fascista più adatti a favorire la penetrazione delle nuove idee politiche nell'ordinamento. Questo non poteva piacergli, come si sta vedendo; ed egli dimostra d'aver ben percepito la teorica del *doppio Stato* di Fraenkel sopra ricordata, osservando come nonostante in Germania si fosse teorizzato il principio del Capo come regola giuridica, « i codici [non] si sono gettati alle fiamme. Essi continuano a disciplinare la vita giuridica tedesca, quella minuta, quotidiana, assidua, che affolla i tribunali di litiganti, gli uffici

La Corte di cassazione non si nasconde che anche nel codice civile, pur mancando una specifica disposizione, dovessero « trovare applicazione i criteri dell'uso normale del proprio diritto di proprietà e delle cose destinate all'industria e alla produzione, con i principi del danno tollerabile e della coesistenza e della solidarietà sociale » ⁽¹²⁶⁾; ma è un problema di misura, ovviamente:

e, per limitarsi alla controversia *de qua*, per accertare i limiti della tollerabilità o meno e, in conseguenza, della risarcibilità o meno, dei danni causati dal ricorrente al resistente, le indagini devono convergere per accertare: 1) se si tratti d'infiltrazioni effettivamente tollerabili; e, cioè, di infiltrazioni che producono *danni insignificanti* o che sono compensati da altri vantaggi per i vicini e che i proprietari dei fondi inferiori debbono subire, per il principio della coesistenza e della solidarietà sociale [...] ed in questo caso nessun risarcimento è dovuto; [...]

tenendo presente che l'immissione si può vietare anche quando il proprietario sia disposto a risarcire i danni relativi, quando non sia in alcun modo giustificata dalla necessità dell'industria o della produzione, né da qualsiasi necessità sociale. Deve infatti la proprietà, *specie nel presente clima storico*, intendersi, sempre, in funzione sociale; e non può ammettersi che il proprietario faccia della sua proprietà un uso che sia in contrasto con l'interesse della collettività ⁽¹²⁷⁾.

La sentenza è anche più articolata; le esigenze di spazio impongono tagli, che però non impediscono di sentirne chiaro il messaggio. Quando si legge il documento giurisprudenziale, bisogna saper sfrondare gli argomenti ed andare al sodo, vedere qual è il risultato finale, quello cui mirano i giudici. Con le parole, i *sacerdotes juris* sono abili e spesso seppelliscono gli obiettivi sotto una messe d'argomenti che servono ad occultare le vere ragioni, piuttosto che a chiarire i motivi della decisione. La Corte ha manifestato aperture e mediazioni che sembrerebbero contraddire quella lettura autoritaria ed uniformante che emergeva dalle parole in precedenza riferite. È però necessario guardare non alle dichiarazioni di metodo, bensì alla regola effettivamente fissata. Si ricorderà che la Corte non s'era mostrata particolarmente interessata all'entità dell'infiltrazione; ed ora si comprende il perché. Perché nella realtà solo danni

pubblici, le banche, le borse di uomini d'affari » (cfr. Id., *La vocazione del secolo ventesimo alla codificazione*, in « Nuova Antologia », 1937, CCXC, pp. 163-171, il passo cit. è a p. 170).

⁽¹²⁶⁾ GI, ult. cit., c. 441.

⁽¹²⁷⁾ *Ibidem* (corsivi miei).

insignificanti comportano un obbligo di tolleranza; ogni altra evenienza deve essere risarcita o altrimenti compensata.

La posizione della Corte, non v'è dubbio, trovava precisi sostegni nel codice civile, codice proprietario particolarmente tarato sulla proprietà fondiaria, quello del 1865 ⁽¹²⁸⁾. Ma altrettanto, non c'è dubbio che aperture sarebbero state ben possibili, sol che si fosse utilizzata un po' di quell'ampia produzione dottrinale, finalizzata a valorizzare la funzione sociale della proprietà privata. Sarebbe bastato non porre il paletto dell'*insignificanza*, magari valorizzando i precedenti della giurisprudenza piemontese, invece negletti e giudicati come fenomeno locale, meglio, localistico, non più metabolizzabile nella giurisprudenza unitaria. A dimostrare l'*habitus* di questi giudici, e cioè gli orientamenti che essi erano naturalmente disposti a valorizzare, v'è quel passo della motivazione che quasi si potrebbe definire paradossale. La Cassazione non ignora di trovarsi in un determinato *momento storico* che proclama la *funzione sociale* della proprietà, che vuole insomma temperare l'individualismo a vantaggio del progresso sociale. Sennonché alla Corte, come s'è letto, il momento storico viene a mente a mo' di libera associazione, non per sostenere la doverosità d'un qualche sacrificio in più del proprietario fondiario a vantaggio della produzione; no, la Corte ricorda il nuovo clima per farlo operare 'contro di sé. Lo ricorda per dire che l'immissione, non solo è fonte di risarcimento (salvo il danno insignificante), ma essa può essere anche vietata, perché se non strettamente necessaria torna in danno dell'economia nazionale.

Le tesi della Cassazione non sono sbagliate. Esse sono del tutto conformi alla tradizione individualistico-possessiva della quale si erge a tutrice. La Corte esercita potere confermando il proprio *dictum* e con ciò rendendolo regola prescrittiva nel tempo. Poco o nulla concede alla novità politica, quando addirittura non l'utilizza per porla al servizio dei suoi tradizionali principi. Allorché ci si provi a dare una fisionomia alla fonte giurisprudenziale, bisogna cercare di

(128) Nonostante l'indubbia difficoltà d'esprimere giudizi complessivi sulla centatura d'un codice, è arduo negare che la proprietà privata sul modello della proprietà terriera fosse riferimento fondamentale del codice del 1865, anche per l'estraneità ad esso della materia commerciale. Per un equilibrato giudizio che tiene conto delle diverse posizioni sul punto, cfr. C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia 1865/1942*, Laterza, Roma-Bari, 1985, pp. 90-92.

porne in luce una disposizione complessiva, il suo *sensu*. E la disposizione, o l'*habitus*, s'intercetta cogliendo le opzioni: molte lecite, nell'interpretazione del diritto, e perciò la soluzione che si predilige, significa l'orizzonte valoriale al quale attinge la propria legittimazione. Vaste fondamenta teoriche sono estranee alla giurisprudenza; le è propria l'autorità e l'autorità si manifesta nella decisione ed in quel poco che accenna a suo sostegno.

11. *Una spia: le vischiosità del linguaggio.*

La Corte di cassazione, e la giurisprudenza più in generale, si dimostra dunque assai restia ad abbandonare i propri tradizionali riferimenti ed a lasciare che situazioni soggettive da tempo consolidate in sistemazioni teoriche coonestate dall'autorità della lunga durata possano essere influenzate da innovazioni d'incerta consistenza e provenienza. La tendenza a trattenere i processi si riscontra in molte forme e tante sottili realizzazioni.

Una tra le più rappresentative è nel tendenziale attardarsi della Corte su categorie giuridiche sperimentate nel passato, anche quando esse siano in notevole affanno nell'assolvimento del compito che è proprio della loro natura concettuale: recepire cioè le fenomenologie del reale, assegnando ad esse adeguata sistemazione con finalità, nel caso dei concetti giuridici, di carattere regolativo. Un campo apparentemente marginale nelle dinamiche dell'ordinamento giuridico ma dotato di peculiare capacità esplicativa come ogni territorio di confine, era quello dei beni demaniali e delle situazioni soggettive che i privati intorno ad essi costituivano e accanitamente difendevano ⁽¹²⁹⁾. Questione ricorrente in contenziosi dalla varia origine, era l'accertamento della natura giuridica qualificante la posizione costituita in capo al privato dall'atto che ad esso conce-

⁽¹²⁹⁾ Commendando *Lo Stato ed il Codice Civile* di Giuseppe Mantellini, G. REBUFFA, *La formazione del diritto amministrativo in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1981, p. 155, ha bene colto questa situazione: « la materia dei beni dello Stato appare perciò situarsi in un territorio incerto dove pretese di godimento e disponibilità esclusivamente riservate allo Stato si scontrano con le pretese invocate da soggetti privati o anche dai rappresentanti delle cosiddette comunità intermedie. Queste situazioni, oggetto di incerte sistemazioni dottrinali, erano anche ragione di conflitti giurisprudenziali e politici ».

deva in uso particolare un determinato bene pubblico. Un tema tutt'altro che irrilevante, perché si poneva nel mezzo del percorso verso la progressiva autonomizzazione del diritto pubblico dal diritto privato che, attraverso la svolta del metodo giuridico, stava in quei decenni procedendo nell'elaborazione di categorie indipendenti e proprie per la vicenda dello Stato e quindi all'elaborazione per esso d'uno statuto distinto e fondato sull'autorità pubblica, qualitativamente differente dalle regole dell'autonomia privata ⁽¹³⁰⁾. Insomma, s'era in presenza d'un capitolo tutt'altro che introduttivo di quel più ampio libro che la scienza pubblicistica italiana scrisse tra Otto e Novecento per edificare lo Stato persona, servendosi di materiali non più mutuati dal diritto privato bensì forgiati sul motivo della sovraordinazione delle potestà pubbliche rispetto alle situazioni individuali e sull'ampia discrezionalità che da essa derivava nell'amministrazione degli interessi comuni.

Non che la Cassazione fosse contraria al consolidamento dell'autorità pubblica: sarebbe stato, come anche s'è già visto, incompatibile con la propria informazione genetica. Cassazione ed autorità sono praticamente tutt'uno. È una questione più sottile: l'autorità che la Cassazione ispira, è soprattutto autorità della tradizione e la tradizione è nella consolidazione codicistica. Essa riconosce lo Stato e le sue esigenze ma ha ben presente il limite del patrimonio privato. Prima di discostarsi dal sicuro riferimento del codice civile, la giurisdizione ci pensa bene: e ciò traspare anche dalla persistenza del linguaggio utilizzato per definire situazioni sempre meno riconducibili ad esso. Ma veniamo al caso. Una lunga tradizione giurisprudenziale definiva *diritti reali immobiliari sopra beni demaniali* ⁽¹³¹⁾ le

⁽¹³⁰⁾ « Lo dimostra — è stato correttamente osservato — l'attenzione che la scienza giuridica di fine Ottocento dedica al campo dei beni pubblici, sinora, anche normativamente, appannaggio di quel codice civile che si limitava a distinguere i « beni relativamente alle persone a cui appartengono ». Lo Stato doveva ora imporsi come « tale » anche nei rapporti di diritto patrimoniale. [...]. La determinazione della demanialità assurge a esplicazione fondamentale della « personalità politica dello Stato », proiettando anche sulla patrimonialità amministrativa la consueta immagine sovradeterminata »: cfr. L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 393.

⁽¹³¹⁾ Una rassegna di queste decisioni è data da E. EULA, *Costituibilità di diritti privati di natura reale sopra beni demaniali*, « Rivista di diritto pubblico », XIII, 1935, pp.

facoltà riconosciute al concessionario in virtù dell'atto di concessione. In pratica si trattava di forgiare la relazione tra il privato ed il bene pubblico a lui accordato in uso speciale, sulla base dello schema della servitù personale su cosa altrui e dunque secondo la rigida categoria civilistica del diritto reale su cosa altrui che mal si prestava a dare voce ai poteri di supremazia propri dell'amministrazione concedente.

La questione era effettivamente di quelle difficili a risolversi, perché avrebbe richiesto strumenti classificatori più elastici e recettivi delle peculiarità manifestate dal fenomeno del potere pubblico nella vischiosa materia proprietaria; ed anche per la dottrina, uscire dalle rassicuranti categorie civilistiche e trovarsi nel mare aperto dei rapporti tra il potere ed il cittadino era opera ardua che portava ad equilibrismi e mediazioni forieri di non minime ibridazioni⁽¹³²⁾, tutte peraltro accomunate da una culturale e cetuale sensibilità per le categorie dominicali. Pure la Corte suprema, però, per quanto radicata nel codice civile non poteva continuare a ignorare le peculiarità della proprietà pubblica, mantenendosi legata a sistemazioni troppo rigide, quando evidentemente il fenomeno dell'uso privato del bene demaniale non si accomodava in alcun modo nella mera riconduzione nella categoria dei diritti reali su cosa altrui e cioè in una sistemazione che rispecchiava rapporti essenzialmente paritetici. La vicenda che dà alla Cassazione occasione per ritoccare le proprie posizioni è di quelle che richiamano un mondo ormai definitivamente tramontato ed anche in quegli anni propaggine d'un passato non più compatibile con le esigenze prodotte da una società

271-285, lavoro richiamato in calce alla *nota a sentenza* che tra breve si citerà anche se, come si vedrà, l'Autore del commento non farà tesoro delle riflessioni ivi svolte.

⁽¹³²⁾ Mi pare lo mostrino abbastanza chiaramente le pagine che in quegli anni Guicciardi dedicò al tema: « complessa si rivela [...] la questione della natura delle facoltà giuridiche che sorgono nel singolo per effetto della concessione. Poiché in genere una concessione può trovare nel concessionario dei diritti subbiettivi e degli interessi legittimi, pubblici o privati. [...] Dette facoltà] assumono la figura di un diritto subbiettivo privato, di natura reale, che riveste generalmente la figura della servitù personale d'uso sul bene che forma oggetto della concessione: diritto che si afferma sempre come tale di fronte ai terzi, mentre si comporta talora come un interesse legittimo nei confronti dell'autorità concedente » (cfr. E. GUICCIARDI, *Il demanio*, Cedam, Padova, 1934, pp. 350 e 358.

sempre più industrializzata ⁽¹³³⁾. La Corte non abbandona l'impianto tradizionale che vede come diritto soggettivo la posizione del concessionario rispetto al bene assegnatogli in uso eccezionale o speciale; ma corregge sensibilmente proprio lessico, abbandonando il sintagma eccessivamente *tipico* del mondo privatistico di *diritti reali immobiliari sopra beni demaniali*, affidandosi ad una differente formulazione, meno rigorosa, lessicalmente impropria, ma proprio per ciò utile a lasciarsi contaminare dalle esigenze del diritto pubblico:

L'assoggettamento a *diritti alieni di consistenza reale*, incompatibile per massima colla natura e colla funzione dei beni pubblici in quanto implicante, se pur parzialmente, l'estraniamento del bene dalla titolarità pubblica e dal fine di pubblico generale interesse, che sono caratteristici della qualificazione, può ritenersi tuttavia consentito eccezionalmente [...] quando o per particolari situazioni di fatto, o per la specialità di determinate categorie di beni, quella più intensa attribuzione aliena non contrasti coi cennati fini [...]. Più precisamente, intesa la *consistenza di realtà, in cotali rapporti di diritto pubblico*, come posizione giuridica esplicante i suoi caratteri di autonomia soprattutto di fronte ai terzi (perché il titolare possa usufruire del suo diritto e difenderlo *erga omnes* senza d'uopo d'invocare l'intervento della pubblica amministrazione), si presenta indispensabile che l'attribuzione avvenga per spontanea iniziativa dell'ente titolare del bene e mallevadore della sua funzione, mediante negozi di diritto pubblico, senza carattere di perpetuità e col mantenimento in linea di principio a riguardo dei beni comuni, di quei poteri di alta direzione e di vigilanza per l'assolvimento del fine, che non possono dissociarsi dal regime demaniale e che culminano tuttavia, se pur eccezionalmente, nella revocabilità della concessione ⁽¹³⁴⁾.

Per chi ha dimestichezza con il linguaggio dei giuristi, ed in particolare con quello della Suprema in quegli anni, l'importanza dell'evoluzione terminologica non può sfuggire. I massimi giudici non usano a caso le parole. *Diritti reali immobiliari su beni demaniali* è espressione che denota puntuali istituti giuridici regolati dal codice civile nella disciplina delle servitù prediali. *Diritti alieni di consi-*

⁽¹³³⁾ La vicenda nasceva dalla rivendicazione d'un molto aristocratico terriero, che rivendicava il diritto a mantenere una servitù di fermata facoltativa ferroviaria che era stata stabilita in un suo fondo in occasione dell'esproprio che aveva subito per la realizzazione della relativa linea. Per esigenze dell'efficienza del trasporto, l'ente gestore aveva revocato la fermata; di qui il giudizio nel corso del quale l'originaria domanda di ripristino era stata convertita in pretesa meramente risarcitoria. La Corte rigetterà.

⁽¹³⁴⁾ Cfr., Cassazione, III, 30 marzo 1937, in GI, 1937, I, 1, c. 635 (corsivi miei).

stenza reale connota qualcosa d'assai meno preciso e rigoroso, denuncia l'apertura verso fenomeni nuovi che possono riconoscersi solo se s'abbandoni il mondo paritetico del diritto civile e ci s'affacci a quello della preminenza della persona giuridica pubblica. Così, il diritto reale diventa *a consistenza reale* e si lascia più agevolmente conciliare — senza troppi danni, come si dirà — con tutto quel complesso di primazie garantito alla pubblica amministrazione, restando peraltro assicurato agli ormeggi del più sicuro porto civilistico. Non credo si tratti d'una mia illazione; o almeno non solo mia. Anzi, per meglio dire, non è affatto mia: ho semplicemente da storico letto le fonti in una certa prospettiva. Perché lo slittamento fu tempestivamente notato da un notevole, coraggioso ed originale pubblicista di quegli anni, che chiuderà la sua carriera dopo non lievi traversie con il Regime, come professore nell'allora unica università napoletana. In una nota sottoscritta alla sentenza ora ricordata, Gustavo Ingresso⁽¹³⁵⁾, pur non mancando di sottolineare gli attardamenti nei quali « per forza di tradizione » la Corte ancora concepiva la sua giurisprudenza, osservava lucidamente:

la suprema corte ancora non è giunta alla conclusione di riconoscere ai diritti del concessionario la qualità di diritti pubblici soggettivi. Mi pare però che la stessa espressione che essa usa, di diritti di *consistenza reale*, intesa come « *posizione giuridica* esplicante i suoi caratteri di autonomia soprattutto di fronte ai terzi », dimostri un buon principio di revisione della sua dottrina. Se le sfumature del linguaggio valgono a significare le pieghe del pensiero, di chi parla o scrive, sarà lecito arguire che l'espressione ora adottata attenua l'altra più recisa di *diritti reali immobiliari*, che leggesi nelle precedenti sentenze. Nel pensiero della Corte l'assimilazione totale dei diritti del concessionario a diritti reali immobiliari è esclusa; non le resta che fare un passo innanzi e conferire ai primi piena autonomia, lasciandoli per l'intera loro portata nel campo del diritto pubblico, al quale appartengono⁽¹³⁶⁾.

Ingresso notava un fatto vero ed importante: slittamenti terminologici o anche solo semantici, non sono mai casuali ed avanzano con molta circospezione nelle pagine della Corte. Aprire al linguaggio nuovo, lo si è osservato, vuol dire aprire al fenomeno nuovo e

⁽¹³⁵⁾ Su Gustavo Ingresso, che fu fra l'altro tra i firmatari del manifesto degli intellettuali antifascisti redatto da Benedetto Croce e che per questo subì non poche negative conseguenze professionali, cfr. la scheda in appendice al cit. volume di A. SANDULLI, *Costruire lo Stato*, p. 281.

⁽¹³⁶⁾ Cfr. G. INGRESSO, *I diritti dei privati sui beni pubblici*, in Gi, ult. cit., c. 634.

dare ad esso giuridica rilevanza. È un processo normativo al quale la giurisprudenza si presta, ma si presta in un'ottica di prudenza estrema, concedendo poco e mantenendo il processo evolutivo assicurato a categorie del passato, riservandosi talora, come in questo caso, anche possibilità di ripensamenti. Prudenza nelle parole, si sa, è segno di saggezza, talora di mancanza di coraggio, talaltra ancora è senso di responsabilità. Ad un'istituzione come la giurisdizione la prima e la terza qualità non possono mancare, la seconda si presenta occasionalmente: l'ancoramento alla lingua — alla lingua del codice civile — è la miglior garanzia per mantenersi nella tradizione, consentendole d'aggiornarsi con processi ispirati a marcata gradualità ⁽¹³⁷⁾.

Se il professore napoletano aveva visto giusto nel valorizzare quella torsione lessicale rispetto all'originario ceppo sintagmatico, da convinto pubblicista s'era illuso: s'era illuso cioè che ci sarebbe stata una completa evoluzione che avesse portato a compimento coerente le premesse logiche e sistematiche dalla materia demaniale. Non v'è dubbio, infatti, che da una concessione demaniale non potesse nascere nulla di simile ad un diritto soggettivo a carattere reale su cosa altrui: una tale genesi era radicalmente negata dalla persistenza dei poteri di supremazia sul bene e dal potere autoritativo di revoca: insomma dall'assenza di pariteticità propria dei diritti assoluti. Ma abbiamo già detto che l'interpretazione normativa ha finalità pratiche che non consentono stretta consequenzialità logica: i giuristi lo dicono in vario modo, ad esempio: *summum ius summa iniuria*, salvo poi ad intendersi sull'*iniuria* ⁽¹³⁸⁾. E gli auspici d'Ingresso saranno destinati a rimaner tali. La Corte di cassazione si

⁽¹³⁷⁾ Dopo la lezione di Martin Heidegger e Hans Georg Gadamer è affermazione finanche banale che il linguaggio costituisca il massimo vettore della tradizione; e ciò indipendentemente da quel che si pensi della riduzione gadameriana (ed heideggeriana) dell'uomo al suo linguaggio. Certo è che lo scrupolo con il quale la Corte di cassazione si mantiene legata alla parola della tradizione in ogni manifestazione del proprio pronunciarsi e se ne discosti solo con grande misuratezza, costruisce una riprova *de presenti*, della profonda verità proveniente da quell'insegnamento filosofico, verità tanto più fondata in quanto inverata al di là d'ogni consapevolezza immediata.

⁽¹³⁸⁾ Sulla peculiare natura dei concetti giuridici è ancora utile il richiamo all'intenso dibattito che tra gli anni trenta e quaranta del secolo scorso animò la dottrina italiana, all'epoca sotto la prevalente influenza idealistica, dibattito che culminò nell'accentuazione del carattere relativo delle categorie del diritto e della limitata influenza che

manterrà per sempre legata alla tesi del diritto reale su cosa altrui nascente da concessione ⁽¹³⁹⁾, anche se sarà costretta a notevoli contorsioni rispetto al giano bifronte venuto fuori dalla sua costruzione, contorsioni alle quali non devono nemmeno essere risultati estranei sia i delicati e diplomatici rapporti con il giudice amministrativo, la cui giurisdizione veniva così in buona parte preservata, sia alcune valutazioni di carattere eminentemente pragmatico ⁽¹⁴⁰⁾.

Ma la principale ragion pratica per la quale la Cassazione non

su di esse aveva l'argomento logico: cfr. per una rassegna critica delle posizioni, A. DE GENNARO, *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, Giuffrè, Milano, 1974, pp. 4-91.

⁽¹³⁹⁾ In una sentenza che dimostra come il tempo della giurisprudenza scorra secondo ritmi assai diversi da quello storico e spesso indietro, si legge ancora nel 1975 (ma fino ai giorni nostri, come si vedrà due note sotto): «la concessione di un uso eccezionale su bene demaniale fa sorgere, in capo al privato concessionario, facoltà configuranti diritti soggettivi assimilabili ai diritti reali di godimento su cosa altrui, sia pur con le peculiarità derivanti dall'interesse pubblico, che ne disciplina le modalità di esercizio e limita l'autonomia del concessionario, fino all'eventuale revoca della concessione da parte della Pubblica Amministrazione, ove l'interesse generale valutato discrezionalmente, lo esiga. Dalla indicata natura della posizione soggettiva del concessionario consegue che il carattere pubblicistico della concessione non osta alla costruzione tra privati di rapporti giuridici relativi alla concessione stessa, né, in particolare, al trasferimento totale o parziale dei diritti da essa derivanti [...]»: Cfr. Cassazione, 11 giugno 1975 n° 2308 in *Raccolta decennale completa coordinata della giurisprudenza civile della Corte di Cassazione dal luglio 1972 al giugno 1982*, a cura di V. De Martino, Edizioni Scala, Roma, 1982, I.

⁽¹⁴⁰⁾ Perché, in effetti, la natura pubblica del rapporto è difficile da negare. In altra sede — di regolatrice della giurisdizione — la Corte ha più volte affermato che «il rapporto avente ad oggetto l'attribuzione al privato di usi eccezionali di beni pubblici, ivi compresi i beni patrimoniali indisponibili, il quale ponga l'amministrazione concedente in una posizione di supremazia, con il riconoscimento alla medesima di poteri discrezionali di ingerenza, di controllo e revoca, non è riconducibile al contratto di natura privatistica, difettando il requisito della posizione paritetica delle parti, ma bensì ad un atto amministrativo di concessione di bene pubblico. Pertanto la controversia introdotta nei confronti dell'amministrazione concedente, al fine di fare valere la perduranza di quel rapporto e la spettanza del godimento del bene contro atti diretti al suo recupero, in relazione alla pretesa cessazione della concessione, esula dalla competenza giurisdizionale del giudice ordinario [...] ed è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo». In questi termini, cfr. ad esempio Cassazione, SSUU, 6 febbraio 1978 n° 525, *ibidem*. Quanto agli aspetti pragmatici indicati nel testo, l'opportunità del mantenere l'assimilazione all'istituto privatistico in un mondo eminentemente pubblicistico viene pure confermata da una lunga giurisprudenza in materia tributaria che consente alla Corte di ritenere correttamente sottoposti a tassazione immobiliare i diritti del conces-

si sarebbe spostata più di tanto, il professore napoletano non la vide o, forse, non volle vederla. Essa era stata chiaramente esplicitata in un lavoro che Ingrosso pure cita, redatto appena qualche anno prima e pubblicato sulla già incrociata Rivista di diritto pubblico. Lo scritto proveniva da un testimone non anonimo della Corte, quell'Ernesto Eula già all'epoca distinto consigliere della Suprema e successivamente illustre Primo presidente, lo stesso che sarà mentore in età repubblicana della giurisprudenza sulle norme precettive e programmatiche; distinzione che favorirà, a volerla leggere con benevolenza, un graduale ingresso della Costituzione nell'ordinamento o, a voler prender partito per i più maliziosi, un tentativo di svuotamento negli iniziali anni postfascisti ⁽¹⁴¹⁾.

Seguendo una dinamica propria della relazione tra sede dottrinale e sede giurisprudenziale, in veste di studioso Eula spiega più chiaramente le ragioni dell'ibrida qualificazione, asserendo che quello della qualificazione reale di questi rapporti è « principio destinato [...] ad importanti sviluppi, nell'orientazione che va assumendo nel Regime fascista l'ordinamento pubblico e privato della proprietà » ⁽¹⁴²⁾. In altri termini, è sempre la funzione sociale a costituire fonte di ansiosa preoccupazione per i nostri giudici e ad imporre loro di ricercare adeguati accomodamenti, che non creino troppi problemi all'individuo. Se la proprietà pubblica ed i suoi impieghi crescono, si rende necessario preservare spazio ai rapporti di diritto privato, forgiando insensibilmente nuove forme che consentano loro d'inscrivere anche nel mutato scenario, senza pagare eccessivi scotti.

Pertanto, dopo i dovuti ossequi, per vero non solo formali, alle prerogative dell'autorità ⁽¹⁴³⁾, il problema viene affrontato in tutta la sua rilevanza politica, affermandosi senza esitazioni la

sionario in caso di alienazione a terzi: sul punto, tra le tante, da ultimo Cassazione, Sezione Tributaria, 30 dicembre 2010 n. 26482.

⁽¹⁴¹⁾ La questione è molto nota e qui interessa solo ricordare che, come nel caso in esame, anche in quella vicenda l'alto magistrato rese esplicite le premesse dell'orientamento giurisprudenziale: cfr. E. EULA, *Magistratura e costituzione*, in « Rivista penale », LXXXI, 1956, pp. 337-56.

⁽¹⁴²⁾ Cfr. E. EULA, *Sostituibilità di diritti*, cit., p. 271.

⁽¹⁴³⁾ Le espressioni in questo genere d'indagine hanno la loro importanza perché denunciano mentalità: « è essenziale, senza dubbio, in detto concetto [di

ammissibilità [...] del principio di realtà se non nel campo vero e proprio del diritto pubblico, nel regime dei rapporti che possono istituirsi tra le pubbliche amministrazioni ed i privati, per la migliore utilizzazione, ad un tempo di pubblico e privato interesse, di parti determinate e talvolta anche di categorie di beni demaniali [...].

Ora, ciò importa [...] che la accennata progressiva espansione del Demanio dello Stato [conseguenza dell'interventismo fascista] *non abbia a risolversi in una sottrazione vera e propria, integrale e definitiva, d'interesse categorie di beni*, direttamente o mediamente produttive, all'iniziativa, al lavoro, alle imprese [...] ma che piuttosto convenga adottare in materia, per quanto possibile, a sistema, una formula economico giuridica, per così dire di conciliazione [...]: nel senso che — pur attribuendosi per principio i beni alla titolarità dello Stato, e mantenendosi costante in essi la funzione amministrativa di direzione [...] — siano consentite [...] secondo la discrezionalità dell'ente e tenuto conto della loro speciale destinazione, *forme relativamente stabili di privato possesso* e sfruttamento che permettano il proficuo impianto e sviluppo di sane industrie [...]. È quanto appunto abbiamo veduto *potersi realizzare con l'attribuzione di consistenza reale ai diritti derivanti dalle concessioni amministrative* ⁽¹⁴⁴⁾.

Da giurista, Eula aveva dunque agio di parlare in modo più chiaro di quanto non avesse potuto il giudice estensore della sentenza. Dietro quella leggera deviazione dal lessico abituale dei diritti reali v'era dunque una consapevole strategia, invisibile ai più. La dimensione che la politica demaniale del regime — espropriazioni, bonifiche, consorzi — andava via via assumendo, era tale da generare fenomeni irriducibili al codice civile — soprattutto a quello del 1865 — ed al suo mondo di valori. Il giudice quindi si sentiva immediatamente chiamato al compito d'arbitraggio tra interessi contrapposti, nessuno dei quali avrebbe potuto ignorare. E lo faceva con i suoi mezzi e con il suo *habitus*: lavorando sulle parole, quasi impercettibilmente appresta nuovi ambiti concettuali di mediazione a garanzia della tradizione, mantenendosi legato al lessico mediante il quale quest'ultima s'era sino ad allora espressa, legato anche quando i fenomeni osservati presentavano struttura e funzioni molto diverse dal ceppo privatistico. Il giudice non nega il potere pubblico, ma quando questo costituisce i rapporti con il privato, trova il modo d'adattarlo alla *stabilità* che le relazioni patrimoniali

demanio], che alla Pubblica Amministrazione venga assicurato, in modo esclusivo, intangibile e perpetuo la disponibilità dei beni che sono destinati al raggiungimento di quei fini pubblicistici di cui essa è depositaria » (ivi, 278).

⁽¹⁴⁴⁾ Ivi, pp. 278 e 285 (corsivi miei).

ontologicamente esigono. Niente di più appropriato che forzare un po' sulle categorie civilisitiche, ma a fin di bene: perché cioè esse possano ricoprire con la sperimentata durevolezza delle loro fattispecie anche nuove realtà, che altrimenti correrebbero il rischio d'emarginare quell'antica tradizione custodita da secoli d'elaborazione scientifica e giurisprudenziale, a sua volta tesaurizzata nelle disposizioni codicistiche, punto culminante d'un lungo e sofisticato discorso. La mediazione è svolta con quella peculiarissima abilità che il giudice ha nell'adoperare la sua tastiera. È lui soprattutto ad attribuire senso vincolante alle parole del diritto e le parole sono il mediatore più raffinato tra l'uomo ed il suo mondo. Dunque, perché non dovrebbe *attribuire consistenza di diritto* a quelle utilizzazioni di beni demaniali forti d'un risalente passato, che affondava radici profonde e capillari, capaci d'affrontare molte traversie e di rimanere indenni in più d'un contesto ordinamentale? ⁽¹⁴⁵⁾. Categorie sperimentate del diritto sono per la mentalità del giudice un riferimento saldo e quasi istintivo: ad esse la giurisdizione s'affida, sentendosene garantita, perché la tradizione è ai suoi occhi, e non solo ai suoi, una garanzia di corrispondenza funzionale e dunque l'aderirvi ed il perpetuarla anche oltre gli originari confini, rende certi d'assolvere ad uno dei principali impegni del diritto.

12. *Il custode della tradizione.*

Se ci si è attardati nell'analisi anche troppo minuziosa di strategie non immediatamente percettibili, è perché questi episodi mostrano più in profondità l'adesione del giudice ad un determinato statuto deontologico. Quanto più 'istintivo' è il suo comportamento, quanto più esso risulta da una *naturale* adesione ad archetipi inte-

⁽¹⁴⁵⁾ Non è evidentemente possibile qui affrontare il tema; ma mi sembra difficilmente obiettabile che attraverso queste operazioni interpretative la Corte di cassazione, scientemente o meno, lavorasse per la trasposizione nell'ambiente dello Stato di diritto di quelle antiche ed incerte forme giuridiche che caratterizzavano, in un territorio indistinto tra pubblico e privato, i rapporti di concessione feudale. Per una puntuale descrizione degli istituti elaborati dalla feudistica muovendo dal nocciolo originario dell'*utile dominio*, cfr. F. LAURIA, *Demani e feudi nell'Italia meridionale*, Tipografia degli Artigianelli, Napoli, 1923, pp. 295 ss.

riorizzati nell'*habitus* professionale ⁽¹⁴⁶⁾, tanto più esso è utile a dimostrare l'esistenza nel giudice d'una strutturata concezione del compito assegnatogli dalla società. L'atteggiamento schiettamente conservatore, non del singolo magistrato bensì della giurisdizione come istituzione politica emerge però anche in più piana visibilità, soprattutto quando si vada ad incontrarlo in ambiti nei quali la tradizione s'avvale di altri momenti di legittimazione valoriale, sentendosi quindi più confortata nell'esprimere senza riserve le proprie preferenze. Primario tra questi ambiti, è certamente il diritto di famiglia con le sue travagliate vicende nelle aule di giustizia. Ma guardiamolo all'opera.

Una disposizione contenuta nell'art. 184, 2° comma del codice civile del 1865 stabiliva che, nel caso di riconoscimento del figlio naturale da parte di entrambi i genitori, questo fosse affidato *di preferenza* al padre. La norma si prestava, non senza ragionevolezza come si vedrà, ad essere interpretata nel senso che, nella particolare condizione della procreazione al di fuori del matrimonio il giudice, fermo il favore per il padre, potesse affidare il minore alla madre quando condizioni particolari l'avessero suggerito. La disciplina era palesemente diversa — come diversi chiaramente ne erano i contesti d'operatività — da quella stabilita dall'art. 220 del medesimo codice, che affidava la *potestà dei genitori* indefettibilmente al padre, salvi i casi d'interdizione o d'immeritevolezza elencati in modo tassativo dal successivo articolo 233. Queste ragguardevoli differenze avevano indotto una Corte d'appello ad azzardare il riconoscimento al giudice della possibilità d'affidare il figlio naturale alla madre, anche nell'ipotesi in cui non ricorressero le tipizzate eccezioni dell'art. 233. In sostanza, i giudici di merito avevano ritenuto che la madre meglio del padre avrebbe potuto esercitare quell'attività educativa ed indirizzo, indispensabile alla sana formazione del bambino.

Fra il codice del 1865 e queste vicende c'era però stato il

⁽¹⁴⁶⁾ Mi rifaccio qui un po' liberamente oltre che alla già impiegata categoria dell'*habitus*, anche al concetto di « forme esistenti a priori, ossia congenite dell'intuizione, ossia gli archetipi di percezione e comprensione » quali condizioni previe in cui opera l'intelligenza indirizzandola, in certo senso acriticamente, verso soluzioni considerate ovvie: per una sintetica definizione di questi strumenti concettuali, cfr. C. J. JUNG, *Istinto e inconscio* (1919), in Id., *Opere*, VIII, *La dinamica dell'inconscio*, Bollati Boringhieri, Torino, 1994, pp. 147-156.

concordato del 1929 che aveva comportato nel regime della famiglia, com'è stato osservato, « un'accentuata tendenza della giurisprudenza (dopo alcune iniziali resistenze) e della dottrina ad interpretare e applicare la legge in senso decisamente favorevole agli interessi della Chiesa anziché a quelli dello Stato »⁽¹⁴⁷⁾, accentuando anche la già connaturata tendenza ad interpretazioni fortemente tradizionaliste; ed in questo contesto, lo si vedrà ancor più in un altro episodio, la preminenza del padre — considerato quasi una magistratura simbolo d'autorità, tradizione e maschilismo, oltre che direttamente riconoscibile nella gerarchia trinitaria — non sarebbe stato tollerabile subisse offese⁽¹⁴⁸⁾. La giurisdizione era strutturalmente organizzata, grazie alla sua rigida piramidalità, per riallineare non solo le condotte dei consociati alle regole stabilite ma anche per raddrizzare taluna delle sue componenti, qualora avesse tralignato dal giusto insegnamento della (paterna) Cassazione.

Il dissidio tra i due genitori approda quindi innanzi alla Suprema corte, dando a quest'ultima l'agio per rimettere la questione nei corretti termini, confortata dal conforme pare del Procuratore generale. Poco importa se per far ciò si renda necessario cambiare il senso comune delle parole; siamo nel mondo del diritto giurisprudenziale e quel che conta è l'obiettivo. Dinanzi alla valorizzazione del sintagma *di preferenza* che aveva indotto la corte di merito a ritenere possibile l'affidamento alla madre, la Cassazione contrappone la sua lettura, quella 'esatta', naturalmente:

da ciò non deriva però che l'autorità giudiziaria possa, fuori dei casi previsti dall'art. 233 del codice, togliere al padre la tutela legale del figlio

⁽¹⁴⁷⁾ Cfr., C. CARDIA, *Il diritto di famiglia in Italia*, Editori Riuniti, Roma 1975, p. 70.

⁽¹⁴⁸⁾ Ha colto molto bene la stretta relazione tra autoritarismo familiare ravvisabile nella restaurazione della *patria potestas* e costruzione dello Stato, A. CAVANNA, *Onora il padre. Storia dell'art. 315 cod. civ. (ovvero: il ritorno del flautista di Hamelin)* (1995), ora in Id., *Scritti (1968-2002)*, Jovene, Napoli, 2007, pp. 771-832, il quale riconduce l'istituto ad un « autoritarismo di tipo statualistico. Dando vita a congegni che riabilitano le prerogative paterne [...] il legislatore intende ricostituire la famiglia come forte struttura verticistica [...]. Ma il rafforzamento della famiglia è a sua volta finalizzato al rafforzamento dello Stato, non solo la 'forte famiglia nel forte Stato' ma anche la forte famiglia *per* il forte Stato » (ivi, p. 825; cfr. p. 819 per la definizione dell'autorità paterna come magistratura). Superfluo, dopo gli approdi lacaniani, attardarsi sul rapporto tra la figura del padre e l'autorità della legge.

minorenne riconosciuto da entrambi i genitori per affidarlo alla madre. L'art. 184 dichiara che se il riconoscimento fu fatto da entrambi i genitori, la tutela compete di preferenza al padre. *Tale disposizione è analoga* a quella dell'art. 220 relativa alla patria potestà. L'art. 220 dichiara che, durante il matrimonio, tale patria potestà è esercitata dal padre. Viene esercitata dalla madre ove costei sia vedova; oppure anche in costanza di matrimonio, nell'ipotesi che il padre non possa esercitare la patria potestà. Il legislatore nel precedente articolo 184 relativo alla tutela legale [sui figli naturali riconosciuti], non poteva adoperare la locuzione 'durante il matrimonio'; egli ha usato invece la locuzione 'di preferenza', significando così che, se il figlio naturale è stato riconosciuto da ambedue i genitori, la tutela legale compete al padre, fino a quando costui non muoia, o non si trovi nell'impossibilità di esercitarla, o non ne sia privato a norma dell'art. 233 [per immeritevolezza], richiamato così dall'art. 184 come nell'art. 220 ⁽¹⁴⁹⁾.

Che adottando il criterio preferenziale nell'assegnazione della potestà genitoriale, il codice avesse poi inteso consentirne l'uso solo nel caso di morte del padre, come assume perentoriamente la Suprema, fa sinceramente sorridere: in quel caso ci sarebbe stato poco da preferire. Anche senza dotarsi di sofisticate attrezzature ermeneutiche, non è difficile scorgere che tra l'art. 220 del codice sull'esercizio della potestà dei genitori nell'ambito del matrimonio ed il 184 sulla potestà sul figlio naturale, di analogie non ve ne sono un granché. Sul piano letterale, la prima norma non lascia alcun dubbio, tanto tassativa è la sua formulazione ⁽¹⁵⁰⁾, circa l'affidamento di diritto al padre della potestà genitoriale, salvi oggettivi e tipizzati impedimenti; l'art. 220, invece, anzitutto parlando di tutela e non di potestà ⁽¹⁵¹⁾, utilizza la ripetuta locuzione, affidando ad un

⁽¹⁴⁹⁾ Cfr. Cassazione, 8 aprile 1936, in GI, I, 1, 1029 (corsivo mio).

⁽¹⁵⁰⁾ Perché il discorso, non sottraibile ad un certo tasso di dettaglio e tecnicità, possa essere seguito dal lettore interessato, riporto qui i secondi comma dell'art. 184, sui figli naturali e dell'art. 220 sulla potestà all'interno del rapporto matrimoniale: a) « Se il riconoscimento fu fatto da entrambi i genitori, la tutela compete di preferenza al padre »; b) « Durante il matrimonio tale potestà è esercitata dal padre e, se egli non possa esercitarla, dalla madre ».

⁽¹⁵¹⁾ L'attenzione sull'importanza delle distinzioni terminologiche in diritto è stata già richiamata. Il codice, anche per evidenti ragioni ideologiche, aveva voluto denominare differentemente la funzione disciplinare ed educativa dei genitori, a seconda che fosse esercitata nella forma istituzionalizzata del matrimonio o in quella tollerata della filiazione naturale. Anche l'omessa valorizzazione della differenza e l'ascrizione d'entrambi i regimi ad un analogo campo regolativo, è espressione d'una precisa scelta della Corte, finalizzata ad imporre il proprio modello di potestà (e di società).

criterio quindi preferenziale l'individuazione del genitore, criterio dal quale è semanticamente implicata la scelta discrezionale del giudice. Ma non solo, perché in realtà — e la situazione era ben chiara al tempo, come vedremo tra breve — la vita all'interno della costituita situazione familiare è diversa cosa da quella che si aveva nelle irrequiete ed esregoli procreazioni naturali.

Ma tant'è, *stat pro ratione voluntas*. La Corte di cassazione, sicuramente abile nell'uso delle parole, non ha però necessità di porsi all'eccesso problemi di coerenza logica. Ha l'autorità per imporre certe risposte e lo fa senza sciupio d'argomenti. Può quindi concludere sicura, che « la sentenza ha erroneamente interpretato ed applicato l'art. 184 del codice civile », rispedendo così la causa dinanzi ad un'altro giudice di merito che, in tal modo istruito, potrà portare a termine l'incarico rieducativo, fissando su esatti principi il rapporto tra genitori e figliolo.

Un incarico che il nuovo collegio della Corte d'appello di Milano dimostrerà di non prendere sottogamba. Confermati ormai dal principio 'di diritto' statuito dalla Suprema, i giudici lombardi non esiteranno a mettere in chiaro la morale della storia, fornendo il loro contributo a rinsaldare le basi sociali dell'autorità. Se la procreazione naturale è già uno sgradevole elemento di disturbo rispetto all'ordine delle famiglie ⁽¹⁵²⁾, cogliere l'occasione per destituire anche l'autorità del padre-maschio avrebbe significato un doppio oltraggio alla tradizione. Una simile impresa non avrebbe potuto che incontrare l'ostilità del giudice il quale, come riflesso della sua più profonda *forma mentis*, è indotto a ricondurre il più possibile al modello legale la realtà sottoposta al suo giudizio, anche

⁽¹⁵²⁾ Questo compito ordinante della famiglia era un *leit motiv* della pubblica dell'epoca; è stato molto bene osservato, riflettendo in sede teorica sul ruolo dell'istituzione sino alla prima metà del Novecento, che « la famiglia diviene uno strumento egualmente valido sia per l'assorbimento dei valori culturali e sociali imperanti, sia per la conservazione e perpetuazione di quelle tradizioni di obbedienza e di autorità che sono considerate essenziali per il mantenimento dei rapporti di potere attualmente esistenti. Il buon cittadino si sposa e ha figli: colui che ha dato ostaggi alla fortuna è meno soggetto a divenire una minaccia per l'ordine costituito. La famiglia viene posta su d'un piedistallo; la sua santità è riconosciuta dallo Stato, dalla Chiesa e dalla scuola » cfr. J. RUMNEY-J. MAIER, *Sociologia la scienza della società*; (1953), Il Mulino, Bologna, 1955, p. 129.

a costo di sacrificare pesantemente gl'interessi che di questa costituiscono l'orditura.

La Corte d'appello ritiene dunque d'esplicitare più chiaramente in sede di rinvio le ragioni del decidere, perché a suo giudizio « l'esame dei principi ispiratori della norma illumina l'interprete sulla concreta volontà del legislatore nel dettare la norma in parola ». Trovandosi di fronte « ad una formula forse non troppo felice » — non troppo felice, ben inteso, rispetto alle intenzioni previe del giudice — la giurisdizione ricorre ai propri consueti strumenti interpretativi: ricerca, meglio, costruisce una *ratio*, nel cui calco poi collocherà la disposizione, in modo che lì v'assuma docilmente il significato voluto. E la *ratio* è quel che la cultura del giudice vuole e può vedervi:

il legislatore considera i diritti della patria potestà (che corrispondono a quelli compresi nella tutela legale), solamente come mezzi per l'adempimento dei doveri che incombono ai genitori per la protezione ed assistenza dei figli e, pertanto, dato il principio che ispira tutto il nostro sistema legislativo della prevalenza dell'uomo sulla donna, la quale è posta dal legislatore in condizione d'inferiorità rispetto all'uomo, è strettamente logico che la legge, e per la generica minore considerazione nella quale è tenuta la donna, e perché, specificamente, è ritenuta incapace all'esercizio dell'ufficio del giudice tutelare (art. 268 codice civile) sancisca il principio che, ove il riconoscimento sia avvenuto ad opera di entrambi i genitori, per l'esercizio dei poteri di tutela sia preferito il padre. È pertanto questa una preferenza riconosciuta dal legislatore in ragione del vantaggio maggiore del figlio naturale, preferenza *ex lege* che perciò esclude ogni potere del magistrato ⁽¹⁵³⁾.

Il ragionamento non fa una grinza, è *strettamente logico*, come afferma la Corte. Una volta stabilito che la *patria potestas* è esercizio di magistratura nell'interesse della prole e dunque per la formazione del futuro cittadino, stante l'inferiorità della donna, il relativo esercizio non può che competere al padre. E si tratta d'un convincimento così radicato e conestato dall'ambiente giurisdizionale che lo produce, da consentire senza remore al giudice l'uso d'espressioni fortemente discriminatorie. Si tratta, del resto, d'un ordine di convinzioni che rimarrà presente nella magistratura a lungo ed, in taluni casi, in forme estreme, nelle quali si coniugavano educazioni tradizionali, formazione religiosa ed una cultura classicheggiante, tutta

(153) Cfr. Corte d'appello di Milano, 20 ottobre 1936, in *Gi*, 1937, I, 2, c. 235.

maturata in chiave reazionaria ⁽¹⁵⁴⁾. Ma la Corte non si ferma qui. Perché, sempre facendo uso dell'argomento analogico, dinanzi all'evidente impossibilità d'affidare materialmente l'infante al padre riconosciuto titolare della *potestas*, stabilisce che la madre possa almeno prendersi cura del piccolo figliolo. La motivazione addotta getta ulteriore luce sullo sfondo delle convinzioni e sui radicati moralismi che ispiravano la magistratura di quegli anni:

nell'increscioso dissidio sorto tra i due genitori, per i quali, l'inno-cente figliolo, anziché costituire ragione di legame, rappresenta purtroppo ragione di aspro e doloroso contrasto, deve prevalere, per evidenti ragioni di utilità sociale ed umana, solo il vantaggio materiale e morale del bambino. Costui ha appena poco più di due anni [...]: è perciò nello stadio della vita nel quale *sono prevalenti le necessità più strettamente fisiologiche*. All'allevamento del bimbo occorrono le cure tenere, affettuose che solo la mamma può prodigare [...]. Quando le ragioni *di ordine contingente*, che impongono ora che la cura, l'assistenza e l'educazione del bambino sia affidata alla genitrice saranno mutate, il magistrato potrà adottare altri provvedimenti, ove lo consiglino le ragioni della maggiore utilità materiale e morale ⁽¹⁵⁵⁾.

Non è dato conoscere se l'estensore di questa decisione usasse far leggere alla consorte le perle del suo sapere per coglierne le reazioni; c'è da dubitarne, data l'alta considerazione che aveva del genere femminile. Quanto si sa, è che la concezione della donna quale essere con compiti poco più che biologico-riproduttivi è di tanta evidenza da non richiedere illustrazione; più interessante è osservare che una tale messe di considerazioni era anche del tutto superflua, nel senso che alla conclusione sarebbe potuto giungere

⁽¹⁵⁴⁾ « Dio creò la donna quale collaboratrice dell'uomo », scriveva nella seconda metà degli anni cinquanta del secolo scorso un autorevole presidente di sezione della Corte di cassazione, inveendo contro la riforma Moro che avviò l'introduzione della donna nei ranghi della magistratura. E, forte di questo sostegno religioso, si spingeva in un'interpretazione della Costituzione *in malam partem*, secondo un metodo che abbiamo già visto usare sopra nel testo, la ricerca d'una normalizzante *ratio*: « se è vero ed è giusto che la donna abbia il godimento di tutte le libertà ed i diritti fondamentali dell'uomo, è vero pure che non si può non tener conto — nel supremo interesse della società civile, giuridicamente organizzata e della stessa donna — sia delle differenze organiche della costituzione fisica e psichica della donna, sia delle particolari funzioni e mansioni ad essa affidate, soprattutto nella famiglia. La disposizione quindi della Costituzione va dunque intesa in armonia con queste esigenze e necessità... »: cfr. E. RANELLETTI, « *Donna-Giudice* » *ovverosia* « *grazia* » contro « *giustizia* », Giuffrè, Milano, 19572, p. 10-11.

⁽¹⁵⁵⁾ GI, ult. cit., c. 236.

egualmente il giudice, senza dare tanto conto di coordinate così generali, esistenziali. Evidentemente però, quella Corte sapeva di stare a suo agio tra tali convinzioni nell'ambiente in cui si trovava, ne era, insomma, *confermata*. Non aveva torto, in realtà, perché il suo dire corrisponde ad un contesto valoriale coerente, quello che si sta descrivendo e che ancor per un po' si vedrà. Ma si trattava d'una cultura, quella del giudice, particolarmente attardata, perché nuove sensibilità stavano sviluppandosi ed avevano trovato anche un certo riconoscimento legislativo, non a caso del tutto ignorato dai giudici, oltre che una diversa considerazione della donna nell'ambito della famiglia ⁽¹⁵⁶⁾.

Per dimostrarlo, in questo caso ci si mette poco. A redigere una nota fortemente critica alla sentenza — che peraltro rispecchiava pienamente il *dictum* della Cassazione, pur più ermetico — fu un civilista che in precedenza aveva dedicato ai problemi dell'interpretazione studi approfonditi e che peraltro si sarebbe non commendevolmente distinto per un'attiva adesione alle leggi sulla discriminazione razziale ⁽¹⁵⁷⁾. « Pare a me un evidente aberrazione — scriveva il civilista Francesco Degni — il concetto fondamentale posto alla base della decisione, che, cioè, il principio informatore del nostro sistema legislativo sia quello della 'prevalenza dell'uomo sulla donna, la quale è posta in condizioni d'inferiorità rispetto all'uomo' ». La motivazione che Degni giudica fondata su d'un argomento « incredibilmente errato », aveva però delle ragioni che si

⁽¹⁵⁶⁾ Sul piano legislativo, l'esperienza della prima guerra mondiale, che tra l'altro aveva portato ad un ampio impegno della donna nelle attività lavorative impiegate, produsse la legge 17 luglio 1919 n° 1776, nota per l'abolizione dell'autorizzazione maritale, ma che aveva emancipato la componente femminile anche su molti altri versanti, ad esempio riconoscendole la possibilità d'esercitare la tutela (la modifica dell'art. 184 del codice è incredibilmente ignorata nella sentenza citata). Su questa vicenda e sul più esteso ruolo che la donna va assumendo negli anni del regime, pur nell'ambito d'una linea politica ondivaga e sostanzialmente ambigua, cfr. V. POCAR-R. RONFANI, *La famiglia e il diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2001, pp. 17-25, nonché, più ampiamente, V. DE GRAZIA, *Le donne nel regime fascista* (1992), Marsilio, Venezia, 1993, particolarmente pp. 115-120.

⁽¹⁵⁷⁾ Cfr. F. DEGNI, *Tutela legale e poteri del giudice*, in GI, ult. cit., cc. 231-234. Sull'impegno di Francesco Degni nella ricerca d'una più ampia legittimazione teorica e politica delle leggi razziali, cfr. G. ALPA, *La cultura delle regole*, cit., *supra*, nt. 82, pp. 280-282.

riconducevano in realtà al rifiuto di riconoscere una realtà con proprie caratteristiche e peculiarità e ad assegnare ad essa, conseguentemente valorizzandola, una disciplina giuridica differenziata che tenesse in conto la natura e consistenza degl'interessi di cui essa peculiarmente si costituiva. È lo stesso Degni a porre indirettamente in luce questa scelta di fondo:

l'art. 220 [che riservava al padre in esclusiva la potestà dei genitori] presuppone l'esistenza della famiglia legittima, che, perciò, ha basi ordinate di vita, mentre l'art. 184 [che riservava solo preferenzialmente al padre la potestà] presuppone l'assenza di ogni vincolo familiare, anzi, il più delle volte, la mancanza di convivenza con la madre. L'esperienza della vita insegna che, assai spesso, la filiazione naturale è il frutto di seduzioni ed inganni su giovanette incoscienti che sopportano in pace l'onta del disonore ed il tormento di non poter costituirsi, forse mai, una famiglia legittima, mentre l'uomo che le ha rese madri continua indifferente la sua vita.

Ciò che Degni adduce a contestazione della motivazione prodotta dai giudici è paradossalmente, credo di non sbagliare, proprio la ragione per la quale quella decisione aveva appianato la disciplina della tutela legale sul figlio naturale a quella della patria potestà nell'ambito del nucleo familiare. Ogni distinzione è riconoscimento: stabilire regole proprie per un fenomeno, differenziarlo, vuol dire riservare ad esso uno spazio, dargli dignità. In questo caso, avrebbe significato riconoscere alla madre naturale una propria dignità, addirittura superiore a quella della moglie, il tutto per di più a scapito dell'autorità maschile. Tutto questo, alla mentalità del giudice, tutore delle basi sociali e dell'autorità, sarebbe stato troppo chiedere. Quel suo ignorare le differenze linguistiche è nient'altro che il riflesso dell'ignorare le differenze tra i fenomeni: lavorando di pialla, il giudice svolge il suo compito o almeno quello che la sua formazione gl'impone e così garantisce perpetuazione alla tradizione 'legittima', posta al riparo dall'ingiuria di scomodi fatti.

13. *Una limpida conferma.*

Non è a credersi si trattasse di posizioni stravaganti. Le fonti forniscono copiose ed esemplari conferme del forte tasso di conservatorismo, talora retrivo, che ispira la giurisprudenza nella lettura delle norme, e dell'impegno che essa pone nel trattenere prudente-

mente l'evoluzione, soprattutto in determinati settori sensibili. L'espansione massima che i giudici danno al vincolo familiare, costituisce uno strumento troppo prezioso di controllo della condotta individuale ed assicura la trasmissione di valori dimostratisi molto utili a sostegno dell'equilibrio sociale. A questa strategia tornava naturalmente comoda la tradizione religiosa; ed i giudici non esitano a servirsi direttamente dei principi tratti da quella sfera, per riempire di contenuti norme giuridiche giudicate carenti dal loro punto di vista. Un esempio può bastare, tanta la sua esplicitezza.

A presidio dell'unità familiare, l'ordinamento aveva posto l'art. 570 del codice penale, che sanzionava la violazione degli obblighi d'assistenza familiare, senza peraltro precisare in cosa questi dovessero consistere. Era accaduto che un marito si fosse col tempo allontanato dalla moglie: non nel senso di non convivere più con essa o di farle mancare le sostanze necessarie a condurre una dignitosa esistenza, bensì in quello più intimo del negarsi al congiungimento carnale. La cosa perdurava da troppo, sicché la consorte decise bene di sporgere denuncia e rivolgersi alla giustizia. La norma penale, si è detto, non entrava in simili dettagli; e « qualche scrittore — osservò dissentendone la Corte d'appello penale nel decidere il caso — sostiene che l'amplesso non è un obbligo contrattuale, che esso si basa sul consenso iniziale e presuppone la continuazione di questo reciproco consenso nel tempo »⁽¹⁵⁸⁾. Questa tesi non convince però i giudici penali i quali, per liberarsene, nell'occasione ritengono d'introdurre un'opportuna distinzione: tra l'ipotesi in cui si tratti « di regolare singole prestazioni sessuali », dove la teorica della necessità delle singole manifestazioni di consenso avrebbe adeguata cittadinanza; e quella in cui si debba « valutare un sistema fisso di comportamento », dove la scelta del singolo non può avere alcun rilievo, « giacché un simile sistema deve essere dominato dalla norma costituzionale della vita coniugale ». In pratica, il volere del singolo deve piegarsi al modello legale, sempre caro al giudice, perché questo è costitutivo dell'ordine familiare ed, in ultima analisi,

⁽¹⁵⁸⁾ Cfr., Corte d'appello di Napoli, 25 giugno 1936, in Gi., 1937, II, cc. 118-120. La sentenza è annotata da F. CARNELUTTI, *Mancata prestazione sessuale del coniuge, ibidem*, che fornisce anche essenziali riferimenti dottrinali, più che sufficienti al nostro discorso.

sociale. Può tollerarsi un'occasionale riottosità, un temporaneo abbassarsi della *libido*; non però una condotta di vita deviante, questa assumendo penale rilevanza. S'è detto, però, che la norma penale non proferiva verbo circa simili doveri, e tampoco implicava la speciosa distinzione voluta dalla Corte. Non poteva esser questo un problema per giudici che concepivano evidentemente il diritto penale in termini ancillari rispetto alla protezione dei valori della tradizione: giudici cui, insomma, il diritto penale, opportunamente esteso, si prestava assai bene a tenere gli animi acquietati nell'idealizzata normalità convenzionale. Sicché la fonte per render giuridico quest'obbligo d'accoppiamento, la Corte va a cercarlo altrove e, con un interessante catena di rimandi, finisce sotto le ali protettive del libro della natura, della religione cattolica e della sua forma legale, messa a disposizione dal codice di diritto canonico. Un po' lunga la citazione, pur se sfrondata, ma a ben vedere risparmia tante altre pagine:

nessuno può farsi gioco della natura e delle sue leggi; onde ogni coniuge è colpevole se trascura la vita sessuale del suo consorte [...]. La legge penale, nel fissare il concetto di assistenza, richiama i sacri precetti della coscienza dei popoli trasfusi nella legge scritta, secondo il fine della istituzione religiosa e civile del matrimonio. Orbene, se il codice tace intorno all'obbligo di assistenza sessuale dei coniugi, tace perché tale assistenza esso sottintende, non perché non la riconosca. Invece, il codice di diritto canonico vigente nella Chiesa cattolica, con la perfezione del suo regolamento in materia, stabilisce che la prestazione sessuale è un obbligo categorico per ogni coniuge. *Ex matrimonio oritur ius et officium ad actus coniugalis.* / Anzi, nel canone 1081 specifica che ogni coniuge accetta e consegna un diritto sul proprio corpo, onde si compiano gli atti idonei alla generazione della prole. E più ancora, con profondissimo senso giuridico e con la maggiore penetrazione delle forme di creazione, regola perfino la legittimità della concupiscenza [segue citazione testuale del noto canone]. Questo ricordo del diritto canonico ha un'importanza decisiva per la risoluzione del quesito, dopo il concordato 11 febbraio 1929 tra la Santa Sede e l'Italia e dopo la legge 27 maggio 1929 n. 810 [...] che dà intera esecuzione al concordato medesimo. [...]. Sicché la prestazione sessuale tra i due coniugi, intesa come sistema di vita e non come corrispondenza del momento, costituisce non soltanto un obbligo naturale e morale, ma un obbligo strettamente giuridico, riconosciuto dalla legge positiva.

Ai giudici napoletani non viene in mente che questo saltabaccare tra fonti di diversi ordinamenti giuridici, condottivi dalla guida e la mediazione di norme naturali, morali e religiose, avrebbe potuto costituire un qualche problema sul piano della sovranità dello Stato;

nemmeno è loro d'intralcio l'ipotesi che il diritto canonico risponda a valori spirituali diversi da quelli del codice civile; come neanche si rendono conto di quanto lontani si trovino — a differenza di ciò che sostengono — dalla natura e dalle sue leggi ⁽¹⁵⁹⁾. Essi, oltre ad essere in buona compagnia, coonestati com'erano dalla Suprema Corte ⁽¹⁶⁰⁾, sono confortati da pregiudizi radicatissimi, che la catena giurisprudenziale s'incarica di liberare dalla necessità di verifiche. I giudici non sono sfiorati dal dubbio che se il codice taceva sull'obbligo del congiungimento sessuale, mentre all'articolo 130 nominativamente evocava i doveri di coabitazione, fedeltà ed assistenza, questo silenzio potesse essere segnale eloquente e sufficiente ad escludere la singolare obbligazione. No, essi leggono fortificati dal compito di custodi della morale tradizionale, scortati dall'ormai imperante Concordato e dal suo notissimo articolo 34: quel tacere simbolizza quanto deve darsi per scontato. In ogni caso compete alla giurisprudenza rendere loquace la legge, quando questa non risulti adeguatamente al servizio dell'autorità dei valori.

14. *L'autorità come criterio interpretativo.*

Nella ricostruzione dell'ambito semantico delle disposizioni normative, dunque, la giurisprudenza si lascia guidare dalla stella polare dell'autorità. Tutto quanto è utile a conservare saldo l'esercizio del potere all'interno della società costituisce l'incurvatura delle soluzioni interpretative, anche quando esse (solo) apparentemente possano ledere interessi individuali. Quel che conta è la

⁽¹⁵⁹⁾ Si sarebbe incaricato di ricordarlo il Carnelutti nella citata nota, non priva di pacata ironia: « basta quel tanto d'esperienza, che nutre il senso comune, per orientare il ragionamento: anzitutto, specialmente dal lato del maschio, la prestazione sessuale non è poi qualcosa che si possa servire a piacere, neppure da parte degli uomini più normali di questo mondo » (cfr., *ivi*, c. 120). Ma s'è visto che la dottrina ha generalmente posizioni più aperte di quelle leggibili nella giurisprudenza.

⁽¹⁶⁰⁾ La quale aveva in precedenza usato parole quasi identiche circa i sacri precetti civili e religiosi, ed aveva anche aggiunto che « il codice civile è dunque la diretta fonte alla quale l'articolo 570 [c. p.] attinge per i diritti ed i doveri dei coniugi fra loro e verso la prole, per l'esercizio della patria potestà e per la tutela, nella vasta disciplina dei comandamenti che hanno contenuto spirituale ed economico insieme »: cfr., Cassazione penale, 26 novembre 1934, in *Gi*, 1935, II, c. 174.

conservazione complessiva dell'assetto e questo la giurisdizione, massima espressione a sua volta dell'autorità, lo garantisce curando di custodire intatto il comando dello Stato. Le prove di questo criterio radicale sono continue, essendo visibile l'atteggiamento in mille manifestazioni ed ogni selezione è comunque arbitraria. Forse una testimonianza può recarsi particolarmente probante, perché, nel contrasto tra gl'interessi che in essa si puntualizza, si mostra icasticamente quanto la giurisdizione si sentisse responsabile di preservare la forza indiscussa dell'autorità, nella forma che essa considerava indubbiamente la più alta, quella espressa nel comando dello Stato attraverso la legge ⁽¹⁶¹⁾.

La gravissima crisi economica nella quale era precipitata la Repubblica di Weimar nel 1923, soprattutto a causa dell'insostenibile ed insulso peso delle riparazioni imposte a Versailles dopo la sconfitta bellica, aveva determinato una svalutazione di portata tale che la vecchia moneta circolante finì col perdere praticamente per intero il suo valore d'acquisto; e fu tentando d'approffittare di quella grave congiuntura che Adolf Hitler ebbe la sua prima, importante occasione politica, inscenando il colpo di Stato a seguito del quale sarebbe stato per un anno a descrivere le 'sue battaglie' nelle ristrettezze del carcere. Per correre ai ripari, la giovane Repubblica, aderì al piano elaborato a Parigi dal comitato Dawes e pose nell'agosto del 1924 fuori corso legale la vecchia divisa, sostituendola con un nuovo marco ⁽¹⁶²⁾.

Le conseguenze di queste scelte finirono, al limitare degli anni trenta, dinanzi alla Corte di cassazione, ad iniziativa d'alcuni cittadini italiani che, come portatori di banconote tedesche d'emissione

⁽¹⁶¹⁾ Una notevole analisi delle suggestioni che la legge produce nella cultura giuridica quale simbolo mitizzato d'immutabilità, permanenza, stabilità, apoliticità, durata, potenza a fronte della mobilità delle passioni e transitorietà degl'interessi è nell'acuto scritto di G. BURDEAU, *Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français*, in « Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique », IX, 1939, pp. 7-55, particolarmente pp. 12-27.

⁽¹⁶²⁾ Notizie su queste vicende, che qui interessano ovviamente solo nei limiti i cui rendono comprensibile il contesto, cfr. F. L. CARLSTEN, *La genesi del fascismo*, Edizioni accademia, Milano, 1979, pp. 152-173; W. LAQUER, *La Repubblica di Weimar*, Mondadori, Milano, 1996 (1974), pp. 30-36; E. COLLOTTI, *La Germania nazista. Dalla Repubblica di Weimar al crollo del Reich hitleriano*, Einaudi, Torino, 1962, pp. 41-47.

prebellica, rivendicavano la conversione di esse in oro, contestando l'applicabilità nei loro confronti della legge emanata dalla sfortunata Repubblica. La tesi avanzata dai loro difensori, tra i quali spiccava Piero Calamandrei, non era peregrina e mirava a sostenere la natura pubblicistica e politica di quella legge e dunque la sua inapplicabilità a soggetti diversi dai sudditi dello stato germanico. In sostanza, valorizzando l'indubbio sfondo politico che aveva costituito la motivazione storica della legge del 30 agosto 1924, i ricorrenti obiettavano che non fosse lecito estenderne il vigore anche nei confronti di cittadini non tedeschi, perché le sue norme non avrebbero potuto ricondursi a quelle richiamate dall'art. 58 del codice di commercio. Quest'ultima disposizione, infatti, aveva natura di norma di diritto internazionale privato e attribuiva vigore, anche in Italia, alle norme dettate dall'ordinamento dello Stato in cui l'obbligazione fosse sorta, con riguardo alla disciplina degli effetti e delle modalità d'esecuzione. Sicché — questo il ragionamento — non trattandosi di norma privatistica bensì pubblicistica, la legge che aveva posto fuori corso legale il vecchio *Papiermark* non sarebbe stata opponibile dalla Banca centrale del *Reich* dinanzi ai giudici italiani, mancando la *norma di collegamento* che lo consentisse.

L'argomentare, come si vede, per quanto fondato su sottili e controvertibili distinzioni, non era trascurabile e sul piano del rigore formale coglieva un'evidente lacuna nel sistema: l'assenza appunto della disposizione di diritto internazionale privato che permettesse al giudice italiano di *riconoscere* la disciplina germanica. Il ragionamento, però, fu completamente capovolto dalla Suprema corte, per l'occasione presieduta da un magistrato molto vicino a Mariano D'Amelio e che avrà un ruolo non trascurabile nella Repubblica Italiana ⁽¹⁶³⁾. Come al solito qui non importa tanto stabilire quale interpretazione fosse preferibile: tutto ciò, entro un certo margine, è destinato a rimanere nella sfera dell'opinabile. Rileva piuttosto porre in luce le espressioni e gli argomenti utilizzati per raggiungere la

⁽¹⁶³⁾ Si tratta di Antonio Azara, all'epoca presidente di sezione della Corte di cassazione, tra i principali collaboratori di D'Amelio nella redazione del *Digesto italiano*; nel dopoguerra dirigerà il *Nuovo Digesto Italiano* (che gli dedica una succinta voce), sarà Primo presidente della Corte di cassazione, senatore democristiano e Ministro della Giustizia nel governo presieduto da Giuseppe Pella.

decisione, perché la selezione dei sostegni logici offre testimonianze determinanti sullo sfondo dei valori condivisi ⁽¹⁶⁴⁾. Contrastando la tesi dei ricorrenti che segnalavano l'assenza d'un riferimento normativo legittimante l'applicazione della norma, la Cassazione sostiene che l'applicabilità è invece la regola:

le ragioni profonde di tale efficacia vanno ricercate, oltre che nella mancanza del motivo di ordine pubblico [che eventualmente avesse contrastato l'ingresso nell'ordinamento italiano della disposizione straniera], anche e soprattutto nel fatto della interdipendenza delle economie statali, per cui, sorgendo una solidarietà economica, legittima è la difesa che da parte del legislatore straniero si faccia della valuta del suo paese, anche nei confronti dei portatori non nazionali; allo stesso modo che l'ordinamento straniero non potrebbe opporsi al riconoscimento di simili provvedimenti da parte del nostro legislatore ⁽¹⁶⁵⁾.

E, dinanzi al rilievo di parte secondo cui sussisteva anche il contrasto della disciplina germanica con norme d'ordine pubblico (con conseguente inapplicabilità ai sensi dell'art. 12 delle *preleggi*), in ragione della presenza nello Statuto albertino dell'art. 29 che garantiva la 'inviolabilità' della proprietà privata in assenza di giusto indennizzo, la Corte non esita a porre ancor più in chiaro la propria gerarchia:

la particolare natura, innanzi delineata, della legge monetaria tedesca e la sua genesi sono sufficienti per confutare il dedotto assunto, poiché non può dirsi contraria all'ordine pubblico una norma di legge che tragga la sua origine da un principio di solidarietà economica tra i diversi Stati, e che, per di più, si presenti come una limitazione alla sovranità dello Stato nel campo della valuta, com'è appunto della legge bancaria del 1924, la quale fu imposta dalle potenze alleate, compresa l'Italia, per porre la Germania in grado di adempiere le obbligazioni ce le derivavano dal trattato di Versailles.

Dunque, nella gerarchia dei valori, anche costituzionali, ai

⁽¹⁶⁴⁾ Mi sembra che su queste potenzialità euristiche sia utile il richiamo alla seguente osservazione di N. CHOMSKY, *Il potere. Natura umana e ordine sociale* (1996), Editori Riuniti, Roma, 1997, p. 50: « le proprietà semantiche delle espressioni linguistiche focalizzano l'attenzione su aspetti selezionati del mondo (così come questi vengono restituiti dai vari sistemi cognitivi), e forniscono prospettive, da cui concepirli, poiché usiamo il linguaggio per esprimere o chiarire i nostri pensieri, indurre altri — il cui linguaggio assomiglia al nostro — a fare altrettanto, avanzando richieste e in altri modi ordinari ».

⁽¹⁶⁵⁾ Cfr., Cassazione, 28 febbraio 1939, in Gi, 1939, I, 1, c. 447; la citazione immediatamente successiva è alle cc. 448-449.

quali la Corte di cassazione si alimentava (e che alimentava), il rispetto dell'autorità dello Stato è posto al primo punto. Contrastare la sovranità dello Stato — meglio, la sovranità degli Stati, come si vede — con l'argine d'una norma di diritto internazionale privato, significa contrapporre grandezze diverse, incomparabili. L'autorità deve prevalere nelle condizioni ultime e deve orientare l'interprete — soprattutto per i casi difficili — nella ricognizione dell'ordinamento, in questo caso anche dei rapporti tra ordinamenti. È solo preservando intatta l'autorità, nelle diverse forme — grandi e piccole — in cui caso per caso si manifesta nei rapporti sociali, che la Cassazione, e la giurisdizione in generale ritengono di rispondere pienamente al proprio compito. E del resto, nel loro orizzonte, non a torto. Preservando l'autorità anche a costo di comprimere talvolta valori patrimoniali, si finisce con lo svolgere in realtà un compito che torna in vantaggio con la funzione fondamentale del potere organizzato, la stabilizzazione dei rapporti sociali ed economici. La legittimazione dell'autorità è sicuramente anche una legittimazione di contenuti, ma è ancor prima una legittimazione della fonte e delle forme da cui il comando proviene, e mettere in discussione il potere ultimo di comandare è proprio quanto alla giurisdizione non può domandarsi.

15. *Riserbo ed accentramento.*

È naturale che questa tendenza ad accentrare il potere preservando l'autorità nelle molteplici manifestazioni in cui si presenta nella società e si riveste di forme giuridicamente apprezzabili, i supremi giudici la coltivino anzitutto nei propri riguardi. Non è qui evidentemente possibile dare prova compiuta di quel che si sta dicendo, anche se numerosi spunti offerti dalle decisioni esaminate hanno già offerto squarci considerevoli in questo senso. È però almeno possibile dare un esempio di questo *modus operandi* che possa efficacemente documentare la strategia, essendo praticamente una costante della giurisprudenza.

Una strategia che viene sottilmente portata avanti, con buona consapevolezza ma nei modi in cui lo fa una magistratura inappellabile: mantenendosi sul piano delle tecniche, argomentando in modo formalmente ineccepibile e non lasciandosi sfuggire gl'intenti

ulteriori che dietro la soluzione giuridica andavano prendendo corpo. Lo si è già visto, l'autorità agisce più che giustificare, la sua parola è scarna, perché quanto più si dice, tanto più si offre il fianco alla critica ed il confronto critico infastidisce da sempre chi ha a disposizione le leve del comando. Ci siamo già imbattuti in aperture di queste ormai troppo dilungate pagine, con il problema, all'epoca annoso, del riparto di giurisdizione in materia di lavoro tra giudice ordinario ed amministrativo, quando si versava in materia d'impiego con la pubblica amministrazione e le sue già a quel tempo numerose diramazioni. La Corte era andata elaborando una complicata distinzione che tendeva a mantenere e portare una parte cospicua di quei conflitti sotto le ali della giurisdizione ordinaria, sottraendola a quella amministrativa. Un caso approdò innanzi alle Sezioni unite della Cassazione, quando da poco vi era giunto un magistrato, Carlo Costamagna, tra i giuristi più impegnati in favore del regime e che per questo motivo sarà tra i pochi a subire la sanzione dell'epurazione dopo la sua caduta ⁽¹⁶⁶⁾. Il magistrato ligure aveva anche

⁽¹⁶⁶⁾ Carlo Costamagna, nato a Quiliano in provincia di Genova, classe 1880, morto nel 1965, aveva vinto in posizione distinta il concorso in Magistratura, classificandosi 16° della graduatoria di merito, nel 1908. Avuta nel capoluogo ligure la sua prima sede, di lì avviò una carriera nelle giurisdizioni di merito ricca di spostamenti e trascorse significativi periodi in distacchi presso i ministeri della Giustizia e delle Finanze, come tutti i giudici con una certa contiguità al potere. Approdò in Cassazione, dapprima da applicato nel gennaio del 1935, e poi come titolare dal dicembre dello stesso anno. Con il mondo della politica ebbe rapporti assai intensi: componente della Commissione per le riforme costituzionali del 1925, collaborò con il ministro Rocco alla redazione di quella che sarà poi la legge 563 del 1926 sulla disciplina giuridica dei rapporti collettivi del lavoro ed ebbe il prestigioso incarico di dirigere i lavori per la redazione della Carta del lavoro, vantandosi in una sua lettera di conservarne presso di sé, come prestigioso cimelio, la stesura sottoscritta dai componenti del Gran Consiglio del Fascismo in occasione dell'approvazione. Fu anche parlamentare nella XXVIII e XXIX legislatura e successivamente componente della Camera dei fasci e delle corporazioni. Sarà poi nominato senatore poco prima della fine del regime. Ben inserito negli ambienti che contavano, nel suo fascicolo personale sono presenti molte tracce dei rapporti che si attivavano in occasione dei passaggi di grado. D'Amelio lo considerava « magistrato d'eccezionale valore » (del resto ne aveva consentito l'applicazione in cassazione) e nel maggio del 1935 perorò con una sua lettera la nomina al grado 4° di consigliere della Corte. Con Dpcm del 29 gennaio 1945 fu collocato a riposo in applicazione del Dl 11 ottobre 1944 n° 257, recante la disciplina per le epurazioni. Pur non essendosi opposto in un primo momento alla decisione, tentò poi di rientrare, ottenendo anche dal Consiglio di stato una sentenza d'annullamento del silenzio serbato

elaborato le teorie tra le più avanzate per affermare l'onnipotenza Stato e la completa integrazione al suo interno del cittadino. Altra cosa, però, sedere tra le grevi architetture umbertine del palazzo di giustizia. Qui l'ambiente impone riserbo e le politiche giurisdizionali devono svolgersi silenziosamente, senza manifestarne gl'intenti ultimi. È un contributo 'tecnico' che lì vien dato, lontano dalla politica: in questo, a ben vedere, è la sua forza. La questione che si poneva era di stabilire se ogni rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione fosse sottratto alla giurisdizione ordinaria per migrare verso quella amministrativa o se invece fosse possibile istituire un criterio distintivo per lasciarne una parte cospicua innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria. Facile dire quale potesse essere la preferenza della Corte, così argomentata in sentenza dal magistrato Costamagna:

se una tendenza può rilevarsi nell'indirizzo legislativo in corso, questa parrebbe piuttosto nel senso di sceverare il rapporto d'impiego pubblico dalla nozione generica di dipendenza pubblica, sì da potersi prospettare l'ipotesi che in definitiva la demarcazione tra giurisdizione amministrativa e la giurisdizione ordinaria possa spiegarsi con l'appartenenza a quel vero e proprio stato giuridico dei dipendenti pubblici in cui si può riconoscere una positiva incorporazione dell'attività individuale alla istituzione pubblica ⁽¹⁶⁷⁾.

La sottile distinzione tra rapporto di lavoro e rapporto d'impiego ⁽¹⁶⁸⁾ mirava evidentemente a mantenere almeno una parte dei rapporti di lavoro alla competenza della giurisdizione ordinaria, in

dal Ministero della giustizia sulla sua istanza. Con decreto ministeriale del 25 marzo 1948, il Ministero pose però fine alle sue speranze di sedere nuovamente sullo scranno in Cassazione. L'attività pubblicistica di Costamagna, che ebbe anche numerosi incarichi d'insegnamento, distribuita in una messe cospicua di scritti ed espressa nell'attiva direzione della rivista « Lo Stato », si concentrò soprattutto su tematiche del diritto costituzionale e del lavoro, elaborando posizioni integraliste e lucidamente argomentate. Traggio le informazioni biografiche dal fascicolo personale di Costamagna, conservato nell'Archivio Centrale dello Stato di Roma, *Magistrati*, III versamento. Su di lui possibile consultare la densa voce di M. SBRICCOLI, in *Dizionario del fascismo*, a cura di V. De Grazia e S. Luzzatto, Einaudi, Torino, 2002, nonché la bibliografia ivi cit.

⁽¹⁶⁷⁾ Cassazione, Sezioni Unite, 4 agosto 1936, in GI, 1936, I, 3, c. 291.

⁽¹⁶⁸⁾ Era la distinzione elaborata appunto dalla Suprema Corte e che poi aveva trovato un'implicita ricezione nell'art. 1 del Rd 21 maggio 1934 n° 1073 che aveva disciplinato il procedimento per le controversie individuali di lavoro. La materia restava però assai controversa, proprio perché affidata ad un criterio d'estrema labilità e dai contorni assai incerti.

una materia che il Regime considerava certamente tra le sue priorità. Ma Costamagna guardava anche più avanti. Quello che non poteva dirsi nella motivazione della decisione, deontologicamente fissata sul caso da decidere, il giurista genovese riesce a scriverlo in un'altra sede. In una nota alla sentenza, pubblicata nella stessa giurisprudenza italiana in forma semianonima ⁽¹⁶⁹⁾, ma sicuramente ascrivibile all'inconfondibile penna del nostro magistrato, egli si spinge ben oltre, nell'indicare le implicazioni della decisione e l'orizzonte cui essa mirava.

D'altronde vi è un altro aspetto del problema. Lo Stato fascista nella sua struttura pubblica integrale, persegue una concezione unitaria del potere pubblico e respinge il dogma della divisione dei poteri sul quale si era costruita la distinzione tra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria. È dovere dei pubblicisti del fascismo sottomettere a controllo la stessa teoria che si è formata nel secolo scorso sulla giustizia amministrativa, anche agli effetti di una riforma legislativa di più ampia portata. La conclusione della quale sembrerebbe essere quella di ricostruire l'unità dello stesso concetto giurisdizionale, della stessa funzione della giustizia. [...]. Tra l'altro non si può relegare il giudice ordinario nella passiva applicazione delle norme di diritto privato cui l'aveva relegato il preconetto del parlamentarismo. Il giudice ordinario è un organo della pubblica autorità alla medesima stregua di qualsiasi altro e i suoi obbiettivi sono essenzialmente obbiettivi dello Stato. La riforma compiuta delle controversie collettive individuali di lavoro ha espressamente sanzionato questo compito politico del giudice ordinario ⁽¹⁷⁰⁾.

Il quadro della decisione s'arricchisce notevolmente nelle parole di Costamagna. Non è facile dire se tutto il suo pensiero fosse stato versato nel corso della camera di consiglio e se avesse rispecchiato fedelmente quanto era passato per la testa dei supremi giudici. Certo un messaggio lo si volle dare, se la nota dell'estensore della decisione fu pubblicata — è vero, sotto un certo ritegno con sottoscrizione cifrata — sulle colonne della rivista in cui D'Amelio era *magna pars* e che dall'anno successivo, alla morte di Lodovico Mortara, sarà da lui personalmente diretta. Di sicuro la rivendica-

⁽¹⁶⁹⁾ A piè della nota figura una « C. ». Non era un caso unico, ma certamente raro che il relatore d'una decisione la commentasse a migliore intendimento. E ed il cognome puntato è probabilmente riflesso dell'esigenza di non imputare eccessivamente alla Corte le tesi di Costamagna.

⁽¹⁷⁰⁾ Cfr. *La competenza giurisdizionale nei rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Gi, 1936, I, 3, c. 290.

zione della competenza della magistratura ordinaria anche nei rapporti di lavoro con la pubblica amministrazione, recava implicazioni del genere di quelle cui allude Costamagna e mirava, per un verso, a collocare l'autorità giudiziaria all'interno di rapporti tradizionalmente estranei al giudice civile, per un altro e forse soprattutto a mantenere la Corte, suprema regolatrice della giurisdizione. Preservando e mantenendo accuratamente la sottile distinzione tra dipendente pubblico e lavoratore alle dipendenze della pubblica amministrazione, la Corte non badava certo a fare chiarezza nell'intrico delle questioni che quella distinzione provocava di continuo ⁽¹⁷¹⁾; essa soprattutto puntava a non lasciare sfuggire alla sua funzione sovrana un intero territorio: attribuire ogni questione di lavoro alla giurisdizione del giudice amministrativo, avrebbe significato che la Cassazione per sempre non avrebbe più visitato quei luoghi, ne sarebbe rimasta esclusa. La politica seguita era invece quella opposta: l'annessione. L'unità dello Stato, dice Costamagna, è anche unità della giurisdizione, concetti come si è visto assai cari, al giudice educato a mantenere l'*unità* nella giurisprudenza con polso fermo e deciso. « È la prima volta nella storia che il mondo del lavoro, pur nelle sue più umili posizioni entra nello 'Stato di diritto' — aveva scritto con vaga enfasi il nostro, aprendo la sua *nota* — [Stato] che la borghesia aveva costruito a proprio vantaggio nel secolo scorso »: ben strano sarebbe parso che la Corte dimettesse regioni così importanti del nuovo diritto, così ricche di ramificazioni ideologiche e sociali. Da chi si sente arbitro ultimo nella creazione delle più importanti regole del diritto ⁽¹⁷²⁾, c'è da attendersi l'impiego d'ogni mezzo per mantenersi al centro dei rapporti: perché

⁽¹⁷¹⁾ Era sostanzialmente la stessa questione per risolvere la quale era intervenuta la circolare mussoliniana eretta ad interpretazione autentica, circolare dalla quale ha preso l'avvio questo (circolare) lavoro.

⁽¹⁷²⁾ Talora la Cassazione non manca di riconoscersi questi meriti. Ad occasione d'una questione in cui si controverteva di discrezionalità amministrativa nell'organizzazione dei servizi ospedalieri al fine di verificare possibili responsabilità per colpa della P. A., si legge per esempio in una decisione delle Sezioni unite (19 giugno 1936, in GI, 1936, I, 1, c. 868): « per risolverla valgono i principi che la dottrina e la giurisprudenza, soprattutto quella della Corte di cassazione *unificata*, hanno faticosamente fissati, orientandosi al sistema generale del diritto pubblico, sull'appoggio di qualche frammentaria e imprecisa disposizione di legge, con l'intendimento di contemperare, se possibile, il diritto con l'equità » (corsivo mio).

questa, infine, è la funzione dell'arbitro, e quando è lui a decidere del proprio ruolo (e futuro), c'è da credere che non si precluderà alcuna strada per esercitare, sempre che lo rienga, i propri compiti regolatori.

16. *Per concludere.*

« Il parlare non finisce in ciò che è stato detto. In ciò che è stato detto il parlare resta custodito », ci suggerisce un'ispirata riflessione di Martin Heidegger ⁽¹⁷³⁾. Far parlare la legge è compito vastissimo, quanto lo è mettersi in sintonia con un testo, inevitabilmente caricandolo di tutto quanto costituisce l'interprete. La parola scritta non è che un inizio abbastanza vago, troppo sarebbe però dire un pretesto. Una volta che il legislatore abbia proferito i propri enunciati, questi escono quasi interamente dal suo dominio e la sua parola s'immerge in un mare vastissimo d'altre parole, ciascuna pregna della sua storia e dei suoi usi, sedimentati e lentamente, impercettibilmente modificati dal lavoro del tempo.

La lettura del giudice non è una lettura qualsiasi. Proviene dal suo custode. È un'interpretazione fornita da soggetti selezionati, un tempo anche per ceti, formati a certe scuole, fortemente addestrati in quegli anni al valore della tradizione, condizionati dal compito di rendere giustizia. L'associazione tra giustizia, stabilità e conservazione costituiva un lascito della tradizione ⁽¹⁷⁴⁾ all'epoca molto avvertito e trasmesso a quei giudici in mille modi che qui non è possibile nemmeno sommariamente indicare. Questo paragrafo s'in-

⁽¹⁷³⁾ Cfr. M. HEIDEGGER, *Il linguaggio* (1950), in Id., *In cammino verso il linguaggio*, Mursia, Milano, 1973, pp. 27-44, p. 30 per il passo citato nel testo.

⁽¹⁷⁴⁾ Una sintesi molto efficace di questo risalente impianto valoriale si ha in una pagina di Hams Jonas: « la giustizia in generale primeggia tra le condizioni della stabilità, anche se per realizzarla non è mai consigliabile sconvolgere l'intero edificio. [...] Resta comunque vero che ciò che per l'uomo in quanto essere privato e pubblico è buono ora, lo sarà anche per l'avvenire; perciò la migliore garanzia del futuro è insita nella bontà dello stato attuale che promette di perpetuarsi grazie alle sue qualità intrinseche. [...] Per il resto si era consapevoli dell'incertezza delle cose umane, del ruolo del caso e della fortuna, che non era possibile prevenire, ma ai quali si poteva far fronte soltanto mediante un'equilibrata disposizione d'animo e una costituzione della comunità che fosse il più stabile possibile » (cfr. Id. *Il principio di responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica* (1979), Einaudi, Torino, 2009, p. 154.

titola *per concludere* perché è necessario concludere, non perché sia consigliabile ed opportuno. Caratteristico della giurisprudenza, lo si è notato, è la sua radicale occasionalità: il giudice non colloca consapevolmente le sue pronunce in un'architettura da lui stesso costruita: non è, per intenderci, ogni volta autore d'un saggio monografico del quale abbia scelto il tema, i paradigmi e le coordinate, seguendo un personale criterio. No, il giudice è trascinato volta per volta dal caso ad occuparsi degli altrui litigi: *in re propria* per definizione non può, o non potrebbe intervenire. Del suo, il giudice non mette dunque né l'argomento, né la costruzione. C'è qualcos'altro che lo connota: il compito pubblico assegnatogli, il far pare d'una comunità ristretta che custodisce e trasmette con cura il proprio archivio di valori.

Non credo di sbagliare, anche se lo tengo nel conto, col dire che quanto al meglio definisce la posizione del giudice rispetto alla sua funzione mediatrice tra la legge e la realtà sia il sentire costantemente l'esercizio dell'autorità. Non è un caso sia stato precocemente notato quanto massimamente rivelatore della crisi di un sistema politico sia la condizione della giurisprudenza piuttosto che lo stato della legislazione ⁽¹⁷⁵⁾: è la giurisprudenza a dare forma e corpo al comando dello Stato, non la legge, almeno se si condivida una concezione del potere che analiticamente lo vede in molteplici micro-manifestazioni, in tanti 'affrontamenti', nessuno dei quali totalmente trionfante ma sempre suscettibile di reversione, adeguamenti ed adattamenti al divenire delle cose ⁽¹⁷⁶⁾. Non che la chiave

⁽¹⁷⁵⁾ Un autore che in materia ha avuto antesignane e molto felici intuizioni aprì un suo lavoro pubblicato postumo, con queste considerazioni: « per comprendere veramente che cosa accada in una società in un periodo di crisi [...] poco giova l'esame delle sue leggi, e molto di più quello delle sue sentenze. Le leggi emanate in questi periodi ci dicono chiaramente quali siano state le volontà del ceto politico dirigente [...]. Le sentenze ci dicono anche quale sia stata la sua forza, o la sua capacità politica, e in che modo la società abbia accolto la sua azione o abbia resistito » (cfr. F. BATTAGLIA, *I giudici e la politica*, Laterza, Bari, 1962, p. 4).

⁽¹⁷⁶⁾ Alludo chiaramente agli studi di chi probabilmente nel Novecento ha dato i maggiori contributi ad una realistica ricostruzione del potere e del suo agire nella società. Le note tesi di Michel Foucault sono sparse in migliaia di pagine quasi sempre di grande acume; la terminologia che ho usato nel testo, la traggio da una suggestiva *Intervista* del 1977, leggibile nella traduzione italiana in Id., *Il discorso, la storia, la verità*, Einaudi, Torino, 2001, pp. 194-211.

dell'autorità sia l'unica attraverso cui è possibile leggere la giurisprudenza: ovviamente ce ne sono numerose altre e diversamente non avrebbe potuto essere, trattandosi d'un'istituzione al centro dei conflitti sociali, chiamata quindi ad infinite prestazioni, spesso anche molto lontane dalla propria origine di mero solutore di conflitti.

Mi sembra però vicino al vero che la giurisprudenza e, per rimanere più (prudenti ed) aderenti a quel di cui s'è parlato, la giurisprudenza del ventennio fascista senta ad ogni momento il ruolo assegnatole dalla società. Senza farla troppo lunga, dalle pagine che precedono è emersa un'incurvatura verso l'autorità in molteplici forme. In primo luogo, nella sapiente amministrazione del proprio principale potenziale, quello linguistico, i giudici si sono dimostrati molto avvertiti nell'impedire che spinte 'contingenti' li traessero verso nuovi approdi semantici non ancora pienamente valicati dal consenso delle *élites* sociali. L'accesso di nuovi fatti e nuove pretese è filtrato accortamente anche quando per far ciò si renda necessario sovvertire il significato comune della parola, quello che ciascuno darebbe per scontato. E questa strategia ci mostra anche come non è un ossequio idolatrico, quello che la giurisprudenza presta alla lingua del diritto, bensì il frutto d'una strategia pratica appunto, che guarda al linguaggio tecnico quale mezzo di conservazione della tradizione ed, attraverso la tradizione, dell'autorità.

Autorità che appare in tanti modi, talora nell'arroccamento su posizioni retrive, almeno nel senso di mantenersi più arretrati rispetto alle scelte dello stesso, non certo rivoluzionario legislatore ottocentesco e della scienza giuridica fiorita intorno ad esso. Quando la lettera della legge non sopperisce alla bisogna, la parola vien fatta parlare con l'ausilio d'altri supporti: morali, religiosi, anche semplici pregiudizi, purché saldamente radicati in valori non verificati criticamente ma ben strutturati nelle istituzioni esistenti. Il giudice non manca mai di ricordare che il proprio non è un discorso imperato dalla coerenza logica, bensì dominato dalla ricaduta pratica: e la ragion pratica del giudice è il perseguimento cogente della stabilità, dell'uniformità. Niente fughe in avanti!, par di leggere sullo sfondo di tante decisioni.

Del resto, la struttura che si volle per la giurisdizione in Italia e che proprio — e non a caso — il Fascismo riuscì a condurre a pieno compimento, fu quella dell'accentramento della giurisdizione.

La Cassazione unificata è il monumento a questo piano, la sua esauriente realizzazione. Il compito con il quale Mariano D'Amelio fu posto per un lungo termine al vertice dell'organismo, previo anticipato pensionamento del ben più qualificato Lodovico Mortara ⁽¹⁷⁷⁾, non è ovviamente mai stato dichiarato. Ma quel magistrato veniva da molteplici rapporti con il potere ed aveva un'esperienza di governo coloniale, come s'è accennato, che lo rendeva naturale voce dell'autorità ed accentratore convinto nella produzione del giuridico. Del resto, unificare porta dritto al diritto di sopprimere, sopprimere tutto quanto non è compatibile con la linea dell'unificazione perché plurale, distinto, curvilineo o persino alternativo. L'unità ha i suoi vantaggi, non v'è dubbio e serve alla tenuta dello Stato: ma anche i suoi costi. E non sono qui mancati gli esempi di quanto all'unificazione delle Cassazioni regionali corrispondesse una naturale insofferenza per il manifestarsi policromo d'un patrimonio di regole adatte a recepire realtà multiformi per storia, cultura, strutture sociali che le avevano espresse.

Non solo. Ma è facilmente percepibile il piano inclinato della Cassazione, seguita al fine anche dalla giurisprudenza di merito, verso il riparo sicuro del consolidato potere o, potremmo anche dire, della stabile e disciplinante autorità. Dove c'è potere, c'è l'ausilio della cassazione: il padre sulla madre, l'uomo sulla donna, la famiglia sull'individuo, lo Stato sull'individuo, la sovrana proprietà. Certo, non mancano apparenti contraddizioni, ma questo meraviglia solo se si pretende ciò che la giurisprudenza proprio non può dare: l'unità sistematica. Le decisioni compiono molte mediazioni sulla scorta di taluni criteri ordinatori, ma lo fanno caso per caso. Alla fine viene fuori una politica relativamente coerente, ma certo non con l'armonia perfetta d'un trattato scientifico.

L'operazione giurisprudenziale è dunque un'interpretazione circolarmente prescritta dalle proprie ricadute regolative, non segue le linee perfette d'un'architettura rinascimentale. Rispetto alla dottrina, lo scarto si sente molto chiaro e qui s'è provato a darne qualche testimonianza. La dottrina è relativamente esentata dalla responsabilità degli effetti pratici; essa si limita ad immettere nel

⁽¹⁷⁷⁾ Storia nota, su cui è possibile leggere in questa rivista, da G. MORTARA, *Appunti biografici su Lodovico Mortara* 19, 1990, pp. 107-113.

circuito delle idee i propri contributi, non crea norme individuali e meno che mai a quel afferma è obbligatorio attenersi. Non è un caso che quando la giurisprudenza si lasciò andare in affermazioni puramente retoriche o almeno prevalentemente tali — alludo alla vicenda dell'interpretazione autentica — la dottrina avvertì la situazione anomala e s'attestò su posizioni 'meno avanzate'. Quello non era un tipico 'contributo' giurisprudenziale, ma un discorso riconducibile alla propaganda di regime. Normalmente accadeva il contrario: la dottrina contestava alla giurisprudenza eccessivi attardamenti, le critiche erano quasi sempre nel senso di segnalare il rifiuto dei giudici a riconoscere il nuovo; ed accade ancora oggi, sia pur in diversa misura, come è stato possibile appena accennare.

I giudici invece sanno bene che ogni ammissione al mondo del giuridico da essi autorizzata ha un riflesso pratico, non certo limitato al caso deciso, ma potenzialmente idoneo a dare spazio a nuove voci, a nuove istanze sociali, a nuovi soggetti che incomodano chi ha già conquistato i suoi luoghi e ne difende gelosamente i confini attraverso istituzioni ad essi omogenee, e tra queste nient'affatto ultima è proprio la giurisdizione. Dunque, i giudici interpretano la propria responsabilità secondo il loro *habitus* gli consente. La stella polare della tradizione, rafforzata dal gioco vincolante della catena dei precedenti, la sicurezza che trasmetteva ad essi il tramandare quanto è già nel passato e per ciò stesso testato, spingeva i nostri giudici finanche a genuine mistificazioni di realtà, anche le più istintive e naturali. Non deve meravigliare più di tanto: la giurisdizione non ha di mira la natura, bensì la cultura sedimentata in norme ed è forse il più potente meccanismo ideato dall'uomo per imporre modelli comportamentali.

Ripeto, non si può dire che esista un unico modo d'intendere la giurisdizione o di cogliere la sua cifra complessiva nel processo di formazione del giuridico: solo per segnalarne un altro di grandissimo fascino, v'è il ruolo dei fatti nel farsi del diritto giurisprudenziale ⁽¹⁷⁸⁾, cui qui s'è potuto solo incidentalmente prestare attenzione. È per questa ragione che le conclusioni — per ogni dove

⁽¹⁷⁸⁾ Su cui ho provato a richiamare l'attenzione nel mio, *La Magistratura tra apparato e società*, in *Themis. Tra le pieghe della giustizia*, a cura di A. Cernigliaro, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 243-270.

inadeguate — vieppiù lo sono quando s'ha da fare con materiali assemblati per l'occasione, anche se non sarebbe corretto dire occasionalmente assemblati. Il contributo che ci si può aspettare da queste pagine, se un contributo esse offrono, è quello che può venire da un variegato pescato: organismi biologici convenuti per avventura, ma con una sorte che li accomuna in una diversità di provenienze, percorsi, storie individuali, tutti finiti nella rete d'un potere che non ha chiesto loro il permesso di decidere e che li destina dove probabilmente non avrebbero voluto.

Letture

Differenza razziale, discriminazione e razzismo nelle società multiculturali. Vol. I: *Società multiculturale e questioni razziali*, a cura di Th. Casadei; vol. II: *Discriminazione razziale e controllo sociale*, a cura di L. Re, Diabasis, Reggio Emilia 2007.

La questione razziale sta assumendo forme e implicazioni tali che si rende necessaria una nuova ricognizione ad ampio raggio tra le discipline che, a diverso titolo e con diverse angolature, se ne sono occupate di recente. Tra queste, nell'ambito delle indagini di taglio filosofico-giuridico, un ruolo specifico e assai rilevante riveste la *Critical Race Theory* (CRT) ⁽¹⁾.

A fare la differenza, tra gli studi tradizionali e quelli più innovativi come appunto quelli della CRT, è che ci si deve giocoforza confrontare con una natura marcatamente multiculturale della società contemporanea, la cui storia coincide in buona parte con la storia delle migrazioni del nostro tempo. Una delle principali acquisizioni sulla quale sembrano convergere le diverse scienze interessate — dalla filosofia sociale alla giurisprudenza, dall'antropologia alla psico-sociologia e non solo queste —, è quella secondo la quale una critica della razza "adulta" deve, oltre a tenere conto dell'istanza del controllo sociale, non ridurre la nozione di razza a un significato univoco ⁽²⁾.

In questo lavoro di ricostruzione storico-critica, oltre che teorico-normativa, risulta particolarmente utile una serie di ricerche pubblicate, a cura di Thomas Casadei e Lucia Re, nell'opera in due volumi *Differenza razziale, discriminazione e razzismo nelle società multiculturali* ⁽³⁾. Esse riescono assai bene, nel loro complesso, a dar conto delle principali linee di fondo del dibattito più recente sulla « questione razziale ». Tali linee possono essere seguite a partire dal fatto che la coscienza razziale passa anche attraverso l'ideologia della « riproduzione

⁽¹⁾ Per un inquadramento: AA.Vv., *Legge, razza e diritti*. La *Critical Race Theory* negli Stati Uniti, a cura di K. Thomas e Gf. Zanetti, Diabasis, Reggio Emilia 2005.

⁽²⁾ Cfr. Gf. ZANETTI, *Vecchie e nuove frontiere degli studi sulla razza: una messa a punto concettuale*, « Iride », n. 49/2006, pp. 551-560.

⁽³⁾ AA.Vv., *Differenza razziale, discriminazione e razzismo nelle società multiculturali*. Vol. I: *Società multiculturale e questioni razziali*, a cura di Th. Casadei; vol. II: *Discriminazione razziale e controllo sociale*, a cura di L. Re, Diabasis, Reggio Emilia 2007.

zione della razza » (4) e implica di per sé una radicale trasformazione del « modo in cui il diritto costruisce la stessa conoscenza della razza » (5).

Questo discorso porta con sé una vera e propria sfida alle scienze umane: si tratta della sfida delle *differenze* da problematizzare e delle *alterità* da rispettare nella loro autonomia, interrogandosi sui problemi sempre riemergenti di una definizione di ciò che sono, effettivamente, libertà e comunità, del rapporto tra maggioranza e minoranze, della dialettica inclusione/esclusione, nonché di un allargamento dei diritti di cittadinanza senza dimenticare le esigenze della sicurezza sociale (6). In questo senso la citata *Critical Race Theory* mette energicamente in discussione gli ideali assimilativi, di imparzialità e neutralità del pensiero dominante (7) e, come ha osservato Casadei, aiuta a « mettere a fuoco i meccanismi del discorso normativo, nonché quelli che ineriscono il cuore brutale del rapporto tra diritto e potere » (8), insegnando a considerare le storie di oppressione come differenziate nei diversi, specifici casi.

Entro questo orizzonte d'indagine, Stefano Petrucciani sostiene a buon diritto che, con le razze, abbiamo a che fare con delle vere e proprie *costruzioni* di tipo storico-sociale e ideologico che hanno l'*apparenza*, però, di « naturalità »: più corretto sarebbe dunque parlare di processi di « razzizzazione » o « razzializzazione » (9). Il primo passo da compiere è, pertanto, *smontare* le ovvietà o le presunte ovvietà relative alla razza (10), attenti ai rischi molteplici come quello della discrimina-

(4) Cfr. B. CASALINI, *Costruzione della nazione e « riproduzione della razza » negli Stati Uniti d'America*, in AA.Vv., *Differenza razziale, discriminazione e razzismo nelle società multiculturali*, cit., vol. II, pp. 125-134.

(5) B. PASTORE, *Razza ed eguaglianza*, ivi, vol. I, p. 146.

(6) Si vedano in proposito, tra gli altri, R. D'Agata, *Interdipendenza e indipendenza*, e K. GADJIEV, *L'azione politica tra potere e morale*, entrambi in AA.Vv., *Per un nuovo vocabolario della politica*, a cura di L. Capuccelli, Fondazione Centro studi Aldo Capitini, Editori Riuniti, Roma 1992, rispettivamente alle pp. 19-37 e alle pp. 287-304; Gf. ZANETTI (a cura di), *Elementi di etica pratica. Argomenti normativi e spazi del diritto*, Carocci, Roma 2003; AA.Vv., *Conflitti. Strategie di rappresentazione della guerra nella cultura contemporanea*, a cura di V. Fortunati, D. Fortezza e M. Ascari, Meltemi, Roma 2008, in particolare le parti IV (*Nazionalismi e identità*) e V (*Strategie e linguaggi della paura*): cfr. pp. 185-313; e R. KAPUSCIŃSKI, *L'altro*, Feltrinelli, Milano 2007.

(7) Cfr. Gf. ZANETTI, *Razza e pluralismo*, in AA.Vv., *Differenza razziale, discriminazione e razzismo nelle società multiculturali*, cit., vol. I, pp. 23-37 e in particolare pp. 28-29.

(8) Th. CASADEI, *Introduzione*, in *ivi*, p. 12.

(9) Cfr. S. PETRUCCIANI, *Razza, razzismo e teorie critiche*, in *ivi*, pp. 70-72.

(10) Come molto opportunamente hanno argomentato L.L. CAVALLI SFORZA, *Razze, popoli, lingue*, Feltrinelli, Milano 1996 e G. BARBUJANI, *L'invenzione delle razze. Le basi biologiche delle differenze tra gli uomini*, Bompiani, Milano 2006. In questa stessa

zione alla rovescia o quello della diversità vista come minorità ⁽¹¹⁾ e consapevoli che una simile falsa (e irrazionale) ideologia (ma ne esistono di razionali?), sempre riemergente, tocca i nervi scoperti degli individui e dei gruppi sociali.

All'interno di questo lavoro di smontaggio, perciò, pare certamente legittimo l'atteggiamento critico verso la logica della « color-blind society » (*blind*: cieco) come pure verso quel modello di « azione positiva » (« affirmative action ») che può anche generare effetti perversi e stigmatizzanti ⁽¹²⁾. Per questo è imprescindibile, secondo il monito di molti analisti della questione, che gli aiuti ai gruppi svantaggiati si limitino a essere temporanei.

A questo punto è utile tornare a monte della questione, ovvero al concetto di razza, che due esponenti della CRT come Gerald Torres e Lani Guiner hanno spiegato attraverso un'immagine che trovo assai efficace. I minatori erano soliti portare con loro sottoterra un canarino perché questo, avendo un apparato respiratorio particolarmente delicato, potesse fungere da allarme per la presenza di gas nocivi. I fenomeni di razzismo subiti da determinati soggetti o gruppi avvertono, infatti, di problemi per la democrazia e per la vita socio-politica dell'intera comunità ⁽¹³⁾.

A proposito di razzismo, che alcuni studiosi intendono come il pilastro del capitalismo storico ⁽¹⁴⁾, con Étienne Balibar ⁽¹⁵⁾ dobbiamo ricordare che esso sussume su di sé le tre situazioni dell'« antisemiti-

direzione si muovono gli studi di A. BURGIO, *L'invenzione delle razze. Studi su razzismo e revisionismo storico*, ManifestoLibri, Roma 1998; ID., *Nel nome della razza. Il razzismo nella storia d'Italia 1870-1945*, il Mulino, Bologna 1999; ID., *La guerra delle razze*, ManifestoLibri, Roma 2001; ID., *Nonostante Auschwitz: il ritorno del razzismo in Europa*, Roma, ApprodiDerive 2010.

⁽¹¹⁾ G. GIULIANI, *Il principio di Color Blindness e il dibattito europeo su razza e razzismo*, in AA.VV., *Differenza razziale, discriminazione e razzismo nelle società multiculturali*, cit., vol. I, p. 81.

⁽¹²⁾ Su questa linea, del resto, è lo stesso Casadei: *Reverse discrimination o discrimination reverse? Il corpo a corpo intorno all'affermative action e l'egemonia dei valori negli Stati Uniti*, in *ivi*, pp. 91-115.

⁽¹³⁾ Cfr. G. TORRES - L. GUINER, *Il canarino del minatore e la nozione di political race*, in AA.VV., *Legge, razza, diritti*, cit., p. 131, citato in Th. CASADEI, *Introduzione*, in AA.VV., *Differenza razziale, discriminazione e razzismo nelle società multiculturali*, cit., vol. I, p. 18: nota 10.

⁽¹⁴⁾ Oltre a É. BALIBAR - I. WALLERSTEIN, *Razza, Nazione e Classe. Le identità ambigue* [1988], Edizioni Associate, Roma 1996, è da tenere presente pure lo studio di I. WALLERSTEIN, *Capitalismo storico e civiltà capitalista*, Asterios Editore, Trieste 2000.

⁽¹⁵⁾ É. BALIBAR, *La costruzione del razzismo*, in AA.VV., *Differenza razziale*, cit., vol. I, p. 55. Si veda anche ID., *Capovolgimenti performativi del nome « razza » e dilemma delle vittime*, in « Iride », n. 49/2006, pp. 561-575.

simo» (e qui sono riferimenti essenziali Karl Jaspers e Hannah Arendt ⁽¹⁶⁾), del « razzismo coloniale » (autori decisivi sono, a tal proposito, Jean-Paul Sartre e il suo amico Frantz Fanon ⁽¹⁷⁾) e del cosiddetto « pregiudizio del colore » (da cui scaturisce il fenomeno dell'*apartheid* ⁽¹⁸⁾).

La questione della differenza razziale è dunque oggi molto aperta, anche perché si intreccia — come mostrano altri saggi dell'opera in esame — con vari problemi decisivi per le società odierne: quello del pluralismo normativo-giuridico ⁽¹⁹⁾ ed educativo ⁽²⁰⁾; quello del « carcere razzista » e della sua caratterizzazione etnica, quelli della « cittadinanza esclusiva », delle « disuguaglianze ambientali » e del « diniego dei benefici sociali » (rispettivamente studiati nell'opera da Lucia Re, Isabelle Mansuy, Emilio Santoro, Katia Poneti, Giuseppe Caputo ⁽²¹⁾);

(16) Tra gli altri, cfr. soprattutto K. JASPERS, *La questione della colpa*. Sulla responsabilità politica della Germania [1947], Raffaello Cortina, Milano 1996, e H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo* [1951], Edizioni di Comunità, Milano 1967, poi Einaudi, Torino 2009.

(17) Per quanto riguarda quest'ultimo mi permetto di rinviare a G. MOSCATI, *Critica della ragion coloniale. L'opposizione allo schiavismo come orizzonte della decolonizzazione in Franz Kafka e Frantz Fanon*, in AA.VV., *Il senso della Repubblica: Schiavitù*, a cura di Th. Casadei e S. Mattarelli, Franco Angeli, Milano 2009, pp. 147-160. Per J.-P. Sartre si veda soprattutto la prefazione a F. FANON, *I dannati della terra*, a cura di L. Ellena, Einaudi, Torino 2007.

(18) Tra i vari studi si possono qui citare: G. FRIEDRICKSON, *Breve storia del razzismo*, Donzelli, Milano 2002; A. TAGUIEFF, *La forza del pregiudizio. Saggio sul razzismo e sull'antirazzismo*, il Mulino, Bologna 1994; ID., *Il razzismo. Pregiudizi, teorie, comportamenti*, Raffaello Cortina, Milano 1999; M. WIEVIORKA, *Lo spazio del razzismo*, il Saggiatore, Milano 1996; ID., *Il razzismo*, Laterza, Roma-Bari 2000.

(19) Cfr. F. BELVISI, *Situando l'analisi: pluralismo normativo e tutela giuridica dei soggetti vulnerabili nella società multiculturale*, in AA.VV., *Differenza razziale, discriminazione e razzismo nelle società multiculturali*, cit., vol. I, pp. 171-187, e A. SURACE, *Pluralismo giuridico e discriminazione: il rispetto dell'unità familiare tra Corti europee e Corte di Cassazione*, in AA.VV., *Differenza razziale, discriminazione e razzismo nelle società multiculturali*, cit., vol. II, pp. 157-182.

(20) Cfr. E. DICIOTTI, *L'istruzione e la scuola in una società pluralista (tra le istanze del multiculturalismo e i valori del liberalismo e della democrazia)*, in AA.VV., *Differenza razziale, discriminazione e razzismo nelle società multiculturali*, cit., vol. I, pp. 188-219.

(21) Cfr. L. RE, *L'Europa Color Blind: il carcere razzista*; I. MANSUY, *Discriminazione razziale e sistema penitenziario in Francia*; E. SANTORO, *La cittadinanza esclusiva: il carcere nel controllo delle migrazioni*; K. Poneti, *Environmental Justice Movement: disuguaglianze ambientali e « riproduzione della razza »*, raccolti in AA.VV., *Differenza razziale, discriminazione e razzismo nelle società multiculturali*, cit., vol. II: rispettivamente alle pp. 19-43, 69-79, 44-68, 106-124; e G. CAPUTO, *Welfare State, politiche penali*

ancora, quello di ciò che Habermas chiama « l'inclusione dell'altro » e quello di ciò che Taguieff chiama « la forza del pregiudizio » (22). C'è poi il problema della libertà di espressione (analiticamente esaminato nell'opera da Giorgio Pino (23)), della riformulazione della identità (Valeria Ribeiro Corossacz (24)) e quello del terrorismo. A questo proposito sia Marco Goldoni sia Costanza Margiotta Briglio ricordano la potenza della discriminante religiosa per la genesi dell'« etichetta », dello « stereotipo » e del « pregiudizio razziale »: l'uno spiegando che « la razzializzazione si organizza attorno a due elementi, una categoria razziale [...] e una comprensione culturale della razza » (25), l'altra insistendo sulle pratiche che sottostanno al meccanismo dell'attribuzione di senso al colore in relazione alla criminalità (26).

Vediamo così come in effetti, nei suoi versanti giuridico-istituzionali, economici e ideologico-culturali, la questione della razza — come sottolinea Casadei (27) — non possa essere affrontata « senza metterla in rapporto con quelle del dominio sociale, del privilegio, del riconoscimento negato » (28). Ciò equivale sia a mantenere un sano scetticismo rispetto alle facili ricette in materia di gestione delle discriminazioni razziali, sia a pensare sempre l'*alternativa* possibile senza mai dimenticare di assumere il punto di vista della vittima.

GIUSEPPE MOSCATI

e razza negli Stati Uniti, in AA.VV., *Differenza razziale, discriminazione e razzismo nelle società multiculturali*, cit., vol. I, pp. 83-105.

(22) A. TAGUIEFF, *La forza del pregiudizio*, cit.

(23) Cfr. G. PINO, *Teoria critica della razza e libertà di espressione: alcuni punti problematici*, in AA.VV., *Differenza razziale*, cit., vol. II, pp. 158-168, ma si veda anche J. De Lucas, *Razzismo e xenofobia. La risposta del diritto*, in « Ragion pratica », n. 2/1994, pp. 117-118.

(24) Cfr. V. Ribeiro Corossacz, *Razza e politiche pubbliche contro il razzismo in Brasile, un'analisi antropologica*, in AA.VV., *Differenza razziale, discriminazione e razzismo nelle società multiculturali*, cit., vol. II, pp. 192-199. Della stessa autrice si veda anche *Razzismo, meticcio, democrazia razziale. Le politiche della razza in Brasile*, Rubbettino, Soveria Mannelli (Cz) 2005.

(25) Cfr. M. GOLDONI, *Tra sicurezza e discriminazione: il racial profiling*, in AA.VV., *Differenza razziale, discriminazione e razzismo nelle società multiculturali*, cit., vol. I, p. 119.

(26) Cfr. C. MARGIOTTA, *Quando la razza conta? Fra pratiche discriminatorie e trattamenti eguaglianti*, in AA.VV., *Differenza razziale*, cit., vol. I, p. 134.

(27) Sempre di Casadei si veda anche *La razza come « strumento diagnostico »*, introduz. al Forum di « Jura Gentium », www.tsd.unifi.it/juragentium/it/index.htm

(28) ID., *Introduzione*, in AA.VV., *Differenza razziale, discriminazione e razzismo nelle società multiculturali*, cit., vol. I, p. 13.

FRANCESCO M. DE SANCTIS, *“Luoghi” e “tempi” del pensiero giuridico. Lezioni*, Napoli, Editoriale Scientifica (« Pensiero giuridico e politico. Saggi »), 2010.

Che cosa significa fare la storia del pensiero politico e giuridico? Attraverso quali opzioni, quali scelte, quali prospettive è possibile guardare alle linee di continuità o di rottura della tradizione, rinvenire le faglie e le pieghe nel rapporto che distribuisce i blocchi di senso interni ai saperi della politica e del diritto, verificare quanto permane — ciò che residua e in quali forme — nella decostruzione del mito che entifica e che personalizza lo Stato per riconoscere quest’ultimo, piuttosto, nell’« insularità » che lo identifica e che lo qualifica nel quadro di lungo periodo dell’esperienza storica (anche soltanto) occidentale? Dentro quale tipo di costellazione — irradiazione e risonanza; condensazione e dispersione; pulsazione e arresto — è possibile pensare una topica e una ricombinazione, la persistenza vitale e il suo esaurirsi, degli elementi categoriali e concettuali dei quali è fatta la tradizione dello *jus publicum europeum*?

1. L’ultimo libro di Francesco M. De Sanctis, non una semplice raccolta di lezioni, va detto da subito, ma organico prodotto di una *pratica*, di un lavoro di ricerca che si fa attraversando e riattraversando quelli che sono nuclei fondamentali, cerniere del passaggio tra antico e moderno, punti di articolazione e di snodo della testualità e del lessico politico e giuridico europeo, non soltanto offre, come di consueto del resto, un’acuta lettura dei classici, ma si espone anche al rischio di affrontare alcune delle questioni di metodo coinvolte nei problemi sollevati in apertura.

« Luoghi » del pensiero. *Topoi* o *loci* secondo la terminologia filosofica classica. De Sanctis muove dalla definizione aristotelica della topica e dalla differenza che la segna nella ripresa latina. Metodo dell’argomentazione dialettica, la topica concerne, per Aristotele, quella forma del discorso per la quale « poste alcune cose », quelle cose che non permettono, per le loro caratteristiche, lo sviluppo di un’assiomatica del vero, « qualcosa di diverso da ciò che è posto, necessariamente risulta mediante ciò che è posto » (*Topici*, I, 100a, 25-27).

I *topoi* sono le « opinioni notevoli », quelle più autorevoli o più generalmente condivise, sulle quali si *con-viene*, per muovere in direzione di altri luoghi, di nuove conoscenze, evidentemente non coincidenti con quelli pregiudiziali e in qualche modo scontati, assunti a punto di partenza. L’argomentazione dialettica, proprio per le sue caratteristiche inventive e *zetetiche*, ha una potenza riallocativa, una capacità di trasferimento e di riapertura dei saperi, che dinamizza e che qualifica il *logos* come caratteristica ontologica fondamentale dell’uomo

inteso come « animale politico ». Di contro, nella latinità, la topica assume altri connotati. Sovradeterminata dalla retorica, la topica latina è un giacimento sempre attuale di argomentazioni persuasive; la riserva di « sedes argumentorum » riferite a forme di esperienza che possono essere tratte, esplicate, riattualizzate dal vivente della tradizione. Non la *zetesis* aristotelica, ricerca e sviluppo di nuovi luoghi negli spazi aperti dell'argomentare, ma l'*estrattività*, il dominio di un territorio che il retore abita come spazio di caccia o di pesca o che colonizza come agricoltore per ricavarne qualcosa di utile per sé e per il proprio argomentare (Quintiliano), è ciò che caratterizza la topica latina.

Potrebbe forse dirsi che è esattamente all'incrocio tra le due versioni, che viene collocandosi la storia delle idee praticata da De Sanctis. Da un lato, genealogia di quadri categoriali, storia e semantica di concetti, mobilitazione dell'archivio delle scritture classiche; dall'altro, navigazione della lunga deriva della politica occidentale, perimetrazione della sua vicenda statuale e delle aporie che in essa affiorano, invenzione di rotte oltre le colonne d'Ercole dello Stato e il sistema di riferimenti della scienza politica e giuridica che ad esso si riferisce.

Il libro è tenuto in tensione da una consapevole spazializzazione dello sguardo storico. Ciò di cui si tratta, è rinvenire e isolare le *endoxai* della moderna dottrina dello Stato, i punti di arresto sui quali si stabilizza l'ordine del discorso della scienza politica moderna, quei grumi di senso che addensano in progetti, in azioni collettive o comuni, in istituzioni, l'altrimenti vuoto circolare dell'opinione. E di valutare se e quanto, essi ci permettano ancora di avanzare in quella che si spalanca davanti a noi come un'epoca *poststatuale*, *postsovrana*, nella quale il potere gravitazionale dei concetti e delle categorie dello Stato sembra perdere forza e scemare in un lontano effetto d'eco il risuonare dei saperi della politica e del diritto che li fondano.

Nel *Prologo* alla tetralogia *Giuseppe e i suoi fratelli* — l'altro riferimento mobilitato dall'autore per fissare il senso della sua topologia — Thomas Mann usa due differenti metafore per parlare del passato: il pozzo d'acqua e le dune di sabbia lambite dal mare. All'insondabilità del primo si oppone l'effetto di inganno prodotto dall'inseguirsi delle quinte sulle quali si fissa lo sguardo che cerca di orientarsi sulla superficie del deserto. Da un lato, la prospettiva sprofondante della cronologia e un'origine continuamente allontanata dalla stessa interrogazione che vi si riconduce. Dall'altro, l'effetto di sponda che ogni crinale di sabbia produce sullo sguardo che vi si fissa per un momento e che in esso ritrova un punto di rinvio. Il verticale opposto all'orizzontale.

L'opzione dell'autore forza questa opposizione. Lo sguardo dello storico della politica e del diritto è uno sguardo di orientamento, non lo sguardo sprofondante della ricerca delle origini con la sua cattiva infinità. Esso percorre con finalità *pratiche* il sistema di effetti di verità

— costruzione dei rapporti e delle qualità specifiche dei soggetti; forme della legittimità e retoriche della legittimazione del dominio; argomenti posti a fondamento o a rafforzamento dell'eccedenza dell'immaginazione — che si sono prodotti nell'orizzonte e nelle traiettorie, genealogicamente restituite, della moderna storia della costituzione.

« Luoghi » e « tempi » del pensiero giuridico (e politico, aggiunto) vanno ricondotti al sistema di rinvii e alla possibilità di percorsi e di passaggi che si dischiudono una volta si provi a pensare la politica sul piano di una topologia degli ordini e si rinunci a pensarla sulla base di categorie che omettano il riferimento necessario al piano, storicamente determinato, della moderna Forma-Stato. Di qui il duplice argomento che lega i saggi che compongono il libro. Da un lato l'assunzione della discontinuità che separa esperienze intraducibili della politica e del diritto in base a quella che viene assunta, a partire dal giusnaturalismo moderno, come il processo di una progressiva colonizzazione statutale della politica; dall'altro, opzione solo apparentemente contraddittoria, la dischiusura di uno spazio ermeneutico che lavora al superamento della discontinuità tra antico e moderno non nel senso di una riabilitazione del primo in opposizione ai i limiti del secondo, ma nel senso di una « fusione di orizzonti » capace di seguire il sistema di mosse e di dislocazioni di senso, di ricostruire il gioco delle variazioni e delle riprese, di riprodurre il quadro di decentramenti e di rimodulazioni, che si produce sul piano di una topica del discorso.

Come del resto osserva l'autore riferendosi alla Rivoluzione francese, pienamente illusorio si rivela, anche in quella occasione, il sogno di liberarsi dal peso della tradizione con un gesto soggettivo e costituente in grado di riappropriare la storia. La storia la si subisce molto più di quanto non la si faccia. Ogni *Geschichte* è *Wirkungsgeschichte* e l'uomo, in fondo, altro non è che la sua storia.

Da questo punto di vista, in termini forse non troppo dissimili dall'operazione condotta sull'estetica da Hans Robert Jauss, quanto De Sanctis viene producendo è un consapevole superamento del processo per mezzo del quale la modernità proietta all'indietro i tempi di costituzione della propria storia — un antico tutto costruito in termini di differenza; una nozione ad esso riferita di coscienza d'epoca che matura invece solo all'altezza dell'idealismo tedesco; un'idea di opera come « sistema », integralmente imputabile al suo autore, riferita anche ai classici della letteratura filosofica greca e latina — e di restituzione dei saperi della politica e del diritto a quella lunga durata che loro pertiene specialmente qualora vengano ricondotti, come si dovrebbe fare, al modo nel quale l'immaginazione ha materialmente lavorato alla decifrazione, e alla sempre provvisoria soluzione, del problema di ciò che concerne il « comune » nella relazione tra gli umani.

E non solo questo, tuttavia. Nella spazializzazione che procede dalla « fusione di orizzonti » tra antico e moderno, nello specchio di

una tradizione che li utilizza e riutilizza, i materiali della riflessione filosofica possono essere composti su di uno stesso piano ed utilizzati per proseguire quella ricerca dialettica che per De Sanctis compendia il proprio del pensare la politica. Opere, autori, nomi, concetti possono allora davvero essere trattati come « luoghi » e come « tempi »; punti di condensazione, riferimenti stellari, crinali da assumersi come risorse per continuare a porre sempre di nuovo il problema del politico e quello, forse a maggiore contenuto etico, dell'orientamento nella navigazione dell'« aperto » che è il tempo che viene oltre la crisi dello *jus publicum europeum*.

2. Hans Kelsen decostruisce il presupposto che lo Stato sia una « cosa ». È questo il punto di partenza di De Sanctis. Kelsen dissolve, in altri termini, l'effetto di realtà prodotto dalla straordinaria capacità di tenuta della moderna topica del discorso politico e giuridico. Le verità che articolano il modello giusnaturalista moderno — gli individui e i loro diritti; la nozione di rappresentanza come destituzione del rapporto di dominio e come costruzione dal basso dell'unità del corpo politico; la nozione di potere come comando irresistibile del Sovrano e come voce della Nazione — non corrispondono ad alcuna realtà e sono tutt'al più da considerarsi come le *endoxai* che sorreggono la la semantica del vocabolario politico per come esso viene comunemente adoperato nella parabola che si distende da Hobbes a Kant e per gli effetti che esso determina sul corso dell'età delle costituzioni. Dello Stato, in altri termini, si può parlare solo come ordinamento, mentre il sistema di riferimenti che lo entifica va ascritto al piano della mistica o a quello dell'ideologia.

E, in effetti, la « topica individualista » di Hobbes altro non è che la risultante di un gesto di separazione teorica dall'antico e di una particolare messa in prospettiva della verità. Il prodotto di un'ottica e di una geometria, in altri termini. Il sovrano è l'entificazione personale dell'unica fonte legittima di comandi, perché generata dal patto che incorpora gli individui e che gli trasferisce la titolarità del loro *jus in omnia*. « Grundgesetz » dello Stato moderno o di ogni società civile, così De Sanctis, è la semplice condivisione dell'imperativo « bisogna uscire dallo Stato di natura » che capovolge il presupposto antico di una politicità naturale del rapporto di associazione; che indirizza la società ad un'ortopedia politica; che qualifica il diritto, espressione della volontà del sovrano, come l'impalcatura artificiale, imperativa e necessaria; la sola in grado di ricomporre quanto la nozione di libertà come « assenza di impedimento » dissolve in uno stato di natura inteso come guerra di tutti contro tutti e come scontro, altrimenti irriducibile, di interessi incapaci anche soltanto di sedimentarsi in pretese soggettive. Se libertà potrà darsi, tale libertà sarà resa possibile solo dall'effetto disciplinare e di canalizzazione che il sistema delle leggi sarà in grado di

realizzare sull'irrefrenabile spinta idraulica delle passioni e del desiderio.

Hobbes non lavora sul vuoto, evidentemente. L'effetto di condensazione reso possibile dall'ordine del discorso della modernità — il fatto cioè, che a partire da Hobbes la scienza politica e del diritto non possa fare a meno di pensare se non in termini di soggetti individuali, volontà costituenti, di corpi politici come organizzati dall'alto e come unitariamente definiti da ciò che li rappresenta; di irresistibilità del potere; di una netta separazione, da conquistarsi anche sul piano costituzionale, tra pubblico e privato; di una società civile « liberata » come spazio per l'agire di mercato e per la cooperazione o per il conflitto di interessi, ma come incapace di personalità e di politica; della cesura tra *auctoritas* e *veritas* in forza della quale l'attuazione della legge, il suo materiale operare come strumento della pace e della realizzazione del diritto, viene fatta dipendere dall'interpretazione legittima dei giudici « autorizzati » dal sovrano e non dal sapere pratico dei « dottori » —, tale effetto di condensazione, dicevo, viene reso possibile dal fatto che Hobbes, ma allo stesso modo l'intero giusnaturalismo moderno che ne riprende la topica a stretta desinenza individualista, recide « con un taglio netto » la tradizione.

L'ultimo tentativo di traghettare la tradizione nella modernità e di reinstallare una « topica gerarchica » nella riflessione giuridica — *la Politica methodice digesta* esce a stampa nel 1603, ventisette anni dopo la pubblicazione dei *Six livres* di Jean Bodin —, viene ascritto a Johannes Althusius. Althusius rinnova una forma dell'argomentare che valorizza la natura simbiotica dell'uomo e che assume la sua socializzazione come irretita in termini comunitari e corporati. L'uomo è un animale gregario e sociale sia per difettività ontologica, sia per il fatto di essere da sempre inserito, sin dall'atto della nascita, in una rete di rapporti di governo e di soggezione ordinata, che rendono la *gubernatio* un atto non imperativo di armonizzazione e che presuppongono, perciò, una comunicazione tra chi governa e chi è governato. « La comunità è umana, e cioè politica, perché è governata, e il governo è la sintesi di *imperium* e di *subjectio*, intesi come parti essenziali della semantica del *munus* » — scrive De Sanctis, che prosegue: — quel « *munus* che legittima le *potestates* di *imperium*, dal *pater* al *princeps* », e che è sì « privilegio delle nature atte al comando », ma da intendersi nel senso di un privilegio « essenzialmente finalizzato al servizio dei sovraordinati nei confronti dei subordinati ».

Munus, come è noto a linguisti e storici della lingua, è il termine ambivalente e complesso implicato in *communitas*. Se quest'ultimo si oppone a *proprium*, designa, più propriamente, il punto in cui il proprio cede le proprie prerogative — « *quod commune cum alio est desinit esse proprium* » (Quintiliano, *Inst.* 7, 3, 24) — e sembra alludere cioè alla separazione di uno spazio « pubblico », « generale » o, appunto « co-

mune », rispetto a quanto rimane di singolare o di « privato » (è quanto già si determina nel greco *koinos*, e nel gotico *gemein*, all'origine dei derivati *Gemeinde*, *Gemeinschaft*, *Vergemeinschaftung*), vi è tuttavia qualcosa di ulteriore che va rilevato. Il *munus* che sta in *com-munitas*, rimanda appunto ad una decisa connotazione sociale. *Munus* (arc. *moinus*, *moenus*) è composto dalla radice **mei* e dal suffisso *-nes*, che rinvia all'idea di dovere, come nei composti *onus*, *officium*, e *donum*.

Di qui l'interesse che riveste il pensiero di Althusius e tuttavia anche la problematicità della sua rubricazione in una « topica gerarchica ». Proprio per la valorizzazione che De Sanctis fa della semantica del *munus* e per la sottolineatura di come la logica della *gubernatio* pertenga all'ordine della reciprocità, del dovere e del servizio, mi sembra che l'indicazione topologica finisca con l'espone il lettore al rischio di un fraintendimento.

Gerarchizzante è la nozione di « *pouvoir social* » che marca la controrivoluzione e la transizione sociologizzante del pensiero conservatore tardottocentesco che introietta la separazione tra pubblico e privato e la catena di trasmissione verticale dell'atto esecutivo dell'amministrazione napoleonica, non la simbiotica di Althusius. È in Bonald, che il potere, dal *pater* al *princeps*, appunto, e in quanto fondato sull'analogia teologico-politica che lo rende « ministeriale » e dunque subordinato all'onnipotenza divina che lo carica di una missione conservativa della società e dei rapporti che la intessono, esprime l'unidirezionalità di una gerarchia. In Althusius, di contro, il lessico dell'armonizzazione, proprio perché riferito al *munus* e alla reciprocità dell'obbligazione, continua a sostenere il diritto di resistenza. Quel diritto che la controrivoluzione identifica al ritorno del potere costituente rivoluzionario e che essa non può in alcun modo reintrodurre nella sua valorizzazione funzionale del mondo nobiliare che assume e che sancisce, piuttosto, l'espropriazione assolutista delle prerogative politiche dell'aristocrazia.

Quella di Althusius, al contrario, è una prospettiva in cui la *gubernatio* esprime l'irriducibilità della relazione; il dato cioè, che governante e governato installano i fuochi di un ellissi che, qualora il governo agisca virtuosamente, potenzia la reciprocità del loro rapporto radicandolo sulla natura comunitaria del corpo politico e che riconsegna l'*universitas* al *pluriversum* simbiotico che la compone, se chi è incaricato della *summa potestas* particolarizza invece la propria azione e non la indirizza alla conservazione di quella comunità di comunità che è il *regnum*.

È questo il doppio legame che la « topica individualista » di Hobbes viene a recidere: da un lato il rapporto di reciproca imbricazione tra governante e governato che assume la *societas civilis* come capace di autogoverno e intrinsecamente politica proprio perché corporata; dall'altro, la sussistenza di relazioni giuridiche che precedono il

patto, che interferiscono nel gioco di specchi e nel rimando tra singolarità del suddito e unità del sovrano, tra volontà individuale e volontà generale, e che possono essere erette e difese di fronte a quest'ultimo.

Perché il dominio possa essere risolto nella perfetta astrazione di un rapporto di comando ed obbedienza legittimato in termini squisitamente formali, senza cioè dover far riferimento alle qualità di chi governa e alla « giusta misura » della sua azione, occorre che venga scalzato il *munus* e l'*officium* venga esonerato del dovere. Che, in altri termini, la *communitas* venga sciolta e il rapporto tra suddito e sovrano sia distribuito e riarticolato in base ad una scissione senza ritorno tra *bürgerliche Gesellschaft* e *Staat*.

3. Quello della scissione tra società civile e Stato è, forse, il problema sul quale si è principalmente concentrata l'attenzione di Francesco De Sanctis per buona parte del suo itinerario di ricerca. Dagli studi su Lorenz von Stein, su Hegel e sulla scienza giuridica tedesca, ai saggi su Tocqueville. Vale qui la pena ricordare, tra gli altri e almeno, *Crisi e scienza. Lorenz Stein. Alle origini della scienza sociale* (1974) e *Tempo di democrazia. Alexis de Tocqueville* (1986). La Rivoluzione francese rende in qualche modo effettuale l'idea contrattualista moderna ed è in reazione ad essa e, dunque, contro la « topica individualista » di Hobbes, che il pensiero politico ottocentesco, di volta in volta tradizionalista, liberale o socialista, tende a perimetrare uno spazio di convergenza. La macchina politica moderna è tanto radicalmente onnivora da recuperare al proprio interno, è questa l'interpretazione dell'autore, la stessa « topica utopica » di un paradigma che, nella finzione letteraria, deve ripetere il gesto sovrano della separazione, del « taglio », dalla terra pacificata dal *Nomos* e dai *topoi* argomentativi della tradizione. Un « fuori », rispetto al mondo moderno e alla rappresentazione per mezzo della quale esso si definisce, semplicemente non c'è, potrebbe forse dirsi. Ciò che resta, è in fondo solo un « non-luogo » retorico.

È noto, come per Tocqueville il mondo nuovo sospinto dalla democrazia come inarrestabile e inaggirabile tendenza all'equalizzazione, all'individuazione e, dunque, quale sua ricomposizione, alla centralizzazione della sovranità, della rappresentanza e dell'amministrazione, richieda una scienza del tutto nuova. L'alternativa ad essa è la caricatura della tradizione — il moderno antimodernismo della contro-rivoluzione e del conservatorismo — o l'ipermodernità della Rivoluzione.

Un posto a lato di questa biforcazione, a sé stante rispetto ad essa, autentico capolavoro di « accoglimento-alterazione-riallocazione » topologica del discorso politico-giuridico, mossa del cavallo che disegna una traiettoria interna e tuttavia ulteriore rispetto all'endiadi assolutismo-Rivoluzione posta da Tocqueville all'origine della modernità, è occupato, nella ricostruzione di De Sanctis, in questa come in altre

occasioni, da Hegel. Quella operata nei *Lineamenti di filosofia del diritto* non è una riabilitazione della « topica gerarchica » della società corporativa, né il semplice accoglimento — in questo senso va letta la *Vorrede* — di un presente che solo una prospettiva intellettualistica, e perciò astratta, può assumere come sciolto dall'accumulo della tradizione ed elevare in quella che De Sanctis chiama, riprendendo la felice espressione di Paolo Grossi, la sua « insularità » rispetto all'intero dell'esistenza e della storia.

Hegel accoglie la modernità all'altezza del diritto astratto, all'interno del quale vita, libertà e proprietà, ossia i tre « diritti naturali » che il razionalismo moderno imputa immediatamente all'individuo, articolano la prospettiva di un ordine giuridico che non può essere ridotto al solo diritto privato, poiché include al proprio interno, quale garanzia della libertà e del suo processo, lo stesso diritto penale — « diritto pubblico per eccellenza », sottolinea l'autore — e all'altezza di una filosofia della storia, all'interno della quale l'idea giusnaturalista della « *Rechtslosigkeit* » e della guerra mantiene la possibilità del diritto, inclinata al progresso e del tutto emancipata dalle idee di ciclicità o di ripetizione.

Se Hegel pensa altrimenti il rapporto tra individuo e Stato rispetto al giusnaturalismo moderno, è perché rifiuta l'atomismo che in esso agisce da premessa alla dissoluzione dei « topoi » della *societas civilis sive politica* dell'« antica costituzione europea » (il termine, prima che in Otto Brunner, ricorre in Tocqueville) e perché assume fino in fondo il sistema di mediazioni interne alla *bürgerliche Gesellschaft*, che permettono, dal punto di vista speculativo, di pensare lo Stato come vivente unificazione delle sue differenziazioni etiche interne e come « *Verfassung* » — la costituzione « che nessuno può scrivere » (§ 273, Anm.) e che nessuno può fare — delle ripartizioni e delle appartenenze della soggettività. La cittadinanza, recuperando la scissione tra società e Stato, si compie come diritto ad adempiere il proprio dovere ed a svolgere la parte che la libertà assegna a ciascuno nel processo dell'Intero.

Lo Stato è politico proprio perché determina politicamente il nesso tra le sue cerchie e le sue parti; cerchie e parti all'interno delle quali i soggetti possono conseguire, nell'organico dell'articolazione e della differenza, il proprio senso politico. È questa apparente sintesi tra topiche della differenza e dell'unità, tra corpi e singolarità, che per De Sanctis incide invece, in Hegel, in segno del loro sistematico spiazzamento. La filosofia dello Stato hegeliana non restaura l'antico e non abilita il moderno; « altera e rioccupa », piuttosto, le topiche del discorso gerarchico e individualista, tratteggia lo spazio della « distopia » di entrambe. E, nel farlo, attua lo « spaesamento » di tradizione e rivoluzione. Distorce, *con-fonde*, lascia sfumare, potrebbe forse dirsi, la

secca discontinuità sulla quale il Moderno costruisce il *récit* della propria storia.

4. È a quest'altezza, allora, che l'autore alza la sfida. Ragionare sulla genealogia del moderno in termini di radicale discontinuità e, tuttavia, problematizzare, sulla base della vischiosità dei quadri categoriali del diritto e sugli impercettibili assestamenti delle tettoniche del senso, l'effettività dell'interruzione che il pensiero politico moderno rende operativa all'atto della sua genesi. Valutare quanti degli strumenti di navigazione di cui esso si dota non siano che il risultato del riadattamento di materiali di risulta di un naufragio: tavole tralatizie, mappe fatte di « luoghi comuni », bussole e sestanti che continuano a far riferimento a stelle fisse e a precise geometrie dello spazio. Tra i molti materiali analizzati nel libro, mi è possibile, in questa sede segnalarne solo alcuni.

Il primo concerne le radici antiche del liberalismo. Ciò che caratterizza il liberalismo è per l'autore un esercizio del sospetto nei confronti del potere che tuttavia valorizza, nel contempo e in senso quasi repubblicano-antico, la politica come attività di partecipazione. Questa caratterizzazione è tanto più importante, quanto più la si rileva nel liberalismo « antidemocratico »; nell'energetica delle passioni civili di un Tocqueville analitico della democrazia americana, ad esempio. Reagire alla spolticizzazione tendenziale che concentra negli apparati dello Stato il monopolio del politico, significa non soltanto riattivare, contro la privatizzazione della libertà e l'in-differenza che essa produce come riflesso dell'uguaglianza, una nozione di *eudaimonia* e di *eupraxia* che reinstalla nel suo proprio la soggettività nella misura in cui la socializza nel campo del « comune », ma significa anche ripensare, come correttivo interno alla democrazia e come potere quasi-costituzionale, un'aristocrazia della competenza in gran parte identificata con la scienza e con le professionalità del diritto; con giudici e avvocati come implementatori delle sue logiche enunciative, avrebbe suggerito Tocqueville.

Il secondo riguarda le radici mediche della filosofia pratica. Tanto più rilevante, quanto più vengono rintracciati, sino in pieno Ottocento appunto, gli effetti di una *patogenesi* della soggettività (l'espressione è di Reinhart Koselleck) che induce a un trattamento nosologico della democrazia. *Iatrike techne* e *politike techne* hanno in comune non soltanto la funzione terapeutica che permette di ristabilire l'armonia nel rapporto tra le parti alterato dalla malattia, ma anche un oggetto imprevedibile, aleatorio, calato nella contingenza non esorcizzabile della relazione, che le lega alla semantica della navigazione e della strategia.

Da questo punto di vista, si potrebbe forse considerare, tuttavia, che il campo metaforico viene ridescritto, nell'Ottocento. Da un lato, l'idea di malattia tende a cedere di fronte ad una fisica dell'entropia. Nietzsche capitalizzerà, in questo senso, quanto i francesi esprimono

nel lessico della *décadence*. Dall'altro, il *tempo rovesciato* che si apre dopo la Rivoluzione — anticipo qui, in modo piuttosto inelegante ne convengo, la tesi di un mio libro in corso di pubblicazione: un tempo che squaderna di fronte alla teoria un « inconnu » per il quale vengono a mancare i punti di riferimento nel pur ampio corpo delle dottrine politiche; la democrazia come esito di una crisi della monarchia e non viceversa, come nel ciclo classico della *metabole* delle forme di governo; il ritorno del *Nomeus*, del pastore (il « despota di tipo nuovo » del quale parla Tocqueville), nel tempo rilasciato dal *Nomos* con il quale sembra appunto chiudersi l'epoca della politica per come la conosciamo, secondo uno schema che inverte il mito del *Politico* di Platone —, un tempo rovesciato, dicevo, che sembra far retrocedere definitivamente le tecniche e imporre piuttosto una stocastica del fatto di governo.

In questa prospettiva, il lessico antico subisce una torsione che sembra qualcosa di più di una riallocazione topologica. E forse, una prospettiva più decisamente genealogica, capace di sostenere la differenza e la discontinuità, permetterebbe, con Foucault, di cogliere in maniera più precisa il definirsi di dispositivi governamentali capaci di allacciare *altre* forme di rapporto tra una certa protomodernità e il mondo contemporaneo.

La terza ci riporta alla distinzione tra *bürgerliche Gesellschaft* e *Staat*. E cioè a quello che mi sembra essere l'autentico centro della ricerca di De Sanctis. Egli rintraccia nell'individuazione il problema centrale della loro scissione, ma la riferisce, inoltre, a diverse valutazioni dell'economia. Se nell'antico l'economico coincide con una funzione « politica » di governo dei viventi e, contemporaneamente, con la gestione di cose e degli aspetti primari della riproduzione socio-politica per come si determina nell'*oikos* o nello « ganzes Haus » del mondo signorile, la moderna nozione di economia coincide esclusivamente con la produzione e con lo scambio. Questa distinzione, classica, e che ricalca gli studi di Otto Brunner e di Manfred Riedel, viene fatta agire dall'autore per assegnare un ruolo di cerniera ad Althusius, « antico » per quanto attiene alla nozione di politica, come abbiamo visto, ma fautore di una nozione di « economia » di tipo già moderno, e per confermare due aspetti che gli appaiono cruciali in relazione alla topologia politica della modernità.

Il primo è il ruolo centrale che assumono le figure del giudizio. Se all'interno dello stato di natura c'è legge, non c'è invece un giudice che assegni a ciascuno il « suo » diritto. O meglio, come De Sanctis suggerisce, ce ne sono troppi. Il passaggio al *Commonwealth* è fatto anche del lavoro di esonero che un giudice unico, autorizzato dal sovrano come interprete monopolistico della legge, rende possibile rispetto al sovraccarico valutativo che induce una contesa infinita in merito a ciò che è giusto. La società è, per così dire, altrimenti incapace di autogoverno.

Il secondo pertiene invece alla questione della proprietà. A differenza di Hobbes, Locke, come noto, sostanzia di processi appropriativi lo stato di natura e qualifica come « giuridico », e cioè, come di diritto, il rapporto tra il singolo e la cosa. Vita, libertà e averi compendiano perciò il *proprium* del soggetto. L'esclusione dell'altro da ciò che è mio e l'abrogazione dello *jus in omnia* che ne consegue, rappresentano l'altro lato del processo di incorporazione per il quale ciò che detengo diventa letteralmente parte di me (« part of him », scrive Locke) e solo per questo mi appartiene. Di qui, il fatto che la persona che uno è sia co-determinata da ciò che uno ha e che la colonizzazione-trasformazione dello spazio per mezzo del lavoro aggiunga stratificazioni progressive al nucleo di una soggettività tradotta in azione e, per accumulo, in modificazione costante di sé.

Questa genealogia moderna del rapporto tra lavoro e proprietà inaugura una linea che De Sanctis segue attraverso Hegel e Lorenz von Stein e diventa la misura dello stato di salute di un ordinamento politico e sociale quanto più garantisce una mobilità ascendente alle classi del lavoro. La nozione steiniana di « proletariato », da questo punto di vista recupera, per molti versi, l'esteriorità del « Pöbel » hegeliano e in esso riscontra una contraddizione ad evidente rischio di detonazione rispetto agli assetti costituzionali.

All'altezza degli equilibri che precedono il 1848, in quelle che Carl Schmitt chiama le « Uran-Bergwerke der Geistesgeschichte », la scissione tra società e Stato, tra l'illibertà che residua dall'iniqua distribuzione dei mezzi di produzione che rende tendenzialmente non libero e non appropriativo il lavoro, e la libertà enunciata invece dalle dichiarazioni di principio delle costituzioni, quella scissione raggiunge il punto di massima dilatazione e finisce con l'infrangere il movimento della mediazione sistematica hegeliana e il recupero dialettico dell'Idea.

Stein ragiona con uno schema capovolto rispetto al Marx della *Questione ebraica*. Di libertà *tout court* è possibile per lui parlare infatti solo al livello del diritto e dello Stato esattamente in quanto questi sono in grado di determinare un effetto di astrazione rispetto alla società e agli squilibri che la sottendono. In quanto, cioè, l'« arbeitender Staat » steiniano, si fa carico, attraverso la pubblica amministrazione, di un intervento volto a riaprire, oltre il blocco determinato dalle logiche di sperequazione sociale e oltre i rischi di ricettualizzazione interna alla società, i canali di promozione delle classi del lavoro.

Questo ci porta tuttavia — o almeno, questa è l'opzione che io difendo — ben al di là di una topologia. Qui entrano in questione strategie e dispositivi che funzionano in base a categorie, schematismi, concetti, apparati e istituzioni, che producono effetti concreti all'interfaccia tra vita e diritto. Le grandi discontinuità che incrinano il sistema dei saperi della politica pongono in essere rappresentazioni e immagini di cosa siano i viventi e le loro relazioni che forse non sono del tutto

recuperabili nel senso di una « fusione di orizzonti » sul piano dell'ermeneutica delle fonti. Ma di tutto questo, il bel libro di De Sanctis, manifesta del resto piena consapevolezza.

SANDRO CHIGNOLA

DAVID GARLAND, *Peculiar Institution. America's Death Penalty in an Age of Abolition*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Ma., 2010, pp. 417.

Peculiar Institution. America's Death Penalty in an Age of Abolition è il titolo del recente bellissimo libro di David Garland, studioso scozzese da tempo noto al pubblico internazionale per il suo *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale del mondo contemporaneo*, al cui straordinario successo sembra senz'altro candidarsi anche il presente lavoro. Il nuovo tema affrontato dal giurista-criminologo della *New York University*, la pena di morte negli Stati Uniti e le ragioni del suo persistere in un'era di generale abolizione all'interno dei sistemi appartenenti alla tradizione giuridica occidentale, è argomento da tempo scandagliato a fondo da una letteratura tanto vasta quanto multidisciplinare e che proprio per questo sembrerebbe lasciare davvero pochi spazi a una qualsivoglia originalità di analisi. La peculiarità di *Peculiar Institution* è, invece, di sorprendere il lettore per la freschezza del suo taglio: in esso un materiale noto viene rielaborato e offerto al pubblico in un'ottica nuova, capace di suscitare dubbi in relazione a questioni considerate ormai assodate e di fornire gli strumenti per leggere in controluce le mille contraddizioni che la pena di morte, e più in generale lo strumento penale, nasconde. Scevro da pretese assiologiche, il testo non mira a valutare la bontà o meno della pena capitale quale mezzo per imporre il rispetto delle regole di un'ordinata convivenza sociale, né tantomeno a fornire una risposta in ordine a come, se e quando gli Stati Uniti potranno eliminarla dalla loro cassetta degli attrezzi penalistici. In un puro spirito di ricerca, volto alla comprensione delle dinamiche storiche, sociali e giuridiche in cui la pena di morte si cala e si è calata nel corso del tempo e nella sfera dello spazio, David Garland offre, invece, uno spaccato comparatistico di grande spessore sulle diversità e somiglianze fra Europa e Stati Uniti dal punto di vista politico-istituzionale e culturale. Il risultato, paradossale, è che la domanda che il lettore si trova infine a porsi non è perché mai la pena di morte sia ancora parte dello strumentario penale americano, ma al contrario come sia stato possibile che in Europa, e in particolare in Italia, essa sia stata relegata nel dimenticatoio e se lo sarà davvero per

sempre. In verità proprio i paradossi e le contraddizioni di una pena di morte, dai caratteri assai diversi rispetto a quelli su cui normalmente si pone l'attenzione, costituiscono il materiale di riflessione che Garland sottopone al lettore nel corso dell'intera analisi. Nel gioco di specchi che mette l'immagine prevalente della pena di morte a confronto con i suoi aspetti più profondi e meno visibili, che la prima spesso contraddicono, la pena capitale ci viene restituita in tutta la sua complessità e da istituto lontano e incomprensibile, soprattutto per noi europei, essa si trasforma in una realtà che siamo in grado di cogliere appieno nella sua dimensione più concreta. È la tecnica narrativa, fatta di scarti fra la retorica dominante e una diversa interpretazione del reale, prende inizio già dal titolo dell'opera. È davvero peculiare che la pena di morte sopravviva negli Stati Uniti a differenza di ciò che avviene in tutta Europa oppure una prospettiva di lungo periodo, che cali la pena di morte nel suo contesto storico, sposta completamente i termini del discorso? Cosa sono, a ben vedere, quarant'anni di iato fra Europa e Stati Uniti (la Francia abolisce solo nel 1981 la pena capitale) nell'economia di una storia della pena di morte lunga secoli? Se domani o dopodomani, in senso storico-metaforico, gli Stati Uniti abbandonassero la sanzione capitale, la distanza fra Europa e Stati Uniti, che in una prospettiva di brevissimo periodo percepiamo oggi come molto forte, non sarebbe forse d'un colpo cancellata?

Il ridimensionamento di visione, che deriva da uno spostamento del punto di osservazione, coinvolge, nell'analisi garlandiana, la pena di morte in tutti i suoi aspetti. Così la drastica e classica contrapposizione fra Stati Uniti ed Europa è subito relativizzata da uno sguardo che evidenzia la straordinaria varietà di situazioni presenti in terra statunitense. Accanto agli Stati del sud che ancora oggi irrogano ed eseguono con una certa regolarità le pene capitali, vi sono Stati — come la California — in cui la pena di morte è inflitta frequentemente, ma raramente eseguita, o Stati che, pur avendola nel loro arsenale punitivo, non la infliggono praticamente mai e ancor meno la eseguono — come il New Hampshire o il Wyoming — e infine Stati che sono abolizionisti da un tempo di gran lunga superiore all'Europa, come il Michigan o il Wisconsin che, dal 1846 e dal 1853 rispettivamente, non l'hanno mai più reintrodotta.

Difficile, dunque, operare contrapposizioni nette e difficile anche parlare di Stati Uniti d'America come di un sistema unitario. Alcune note della pena di morte, così come "reinventata" in USA a seguito del caso *Furman v. Georgia* (1972), sono tuttavia tipicamente nord-americane ed è su di esse che Garland si sofferma per descrivere le peculiarità di un istituto che sopravvive l'era della sua abolizione. Si tratta di caratteristiche contro-intuitive, produttrici di ossimori, che rendono la pena di morte moderna assai diversa da quella pena di morte che abbiamo conosciuto in tanti secoli di storia umana. È già parlare di pena

di morte “moderna”, come fanno gli americani nel riferirsi alla sanzione capitale del dopo *Furman* in USA, suona come un ossimoro. Come fa la pena di morte ad essere una sanzione “moderna”? Ma ancora di più sembra stonare l'accostamento alla pena di morte di aggettivi quali “umana”, “razionale”, “garantistica” o “democratica”, che pur la caratterizzano nella sua versione “moderna” statunitense. Cosa c'è, infatti, di più disumano della fredda eliminazione della vita di un uomo? O di più forcaiolo e, nella prospettiva odierna, irrazionale dell'inflizione ed esecuzione di una pena di morte? O ancora di più chiara espressione del potere autoritario e feroce dello Stato sui singoli individui della applicazione della sanzione capitale? Eppure l'“umanità”, la “razionalità” — fatta di garanzie processuali e di progressivi ridimensionamenti costituzionali della sua portata — e la “democraticità” estrema sono, come ci spiega bene Garland, i tratti profondi della pena di morte all'americana, che ne assicurano la vitalità.

La pena di morte del dopo *Furman* è “umana”, ci dice Garland. Essa non ha davvero più nulla a che vedere con la pena capitale dello splendore dei supplizi di Foucaultiana memoria, quando la sofferenza del condannato era l'essenza stessa della pena e la sua ostentazione costituiva parte di uno spettacolo finalizzato alla legittimazione del potere statale. Certo, ovunque e da tempo, la vista, i suoni e gli odori del corpo sofferente hanno cessato di rappresentare gli ingredienti principali della pena capitale, che — già a partire dall'inizio dell'ottocento — da spettacolo pubblico si è fatta sempre più evento discreto, da praticarsi all'interno dei muri del carcere e alla presenza di testimoni selezionati. Nella sua versione americana moderna, però, dolore e sofferenza non sono soltanto in via di principio banditi — in particolare dalla vista di una società dai gusti estetici raffinati che impediscono l'esibizione della violenza fisica — ma la morte, praticata attraverso l'iniezione letale in strutture del tutto simili a ospedali, è oggi completamente medicalizzata. Essa non solo non è violenta, ma appare quasi liberatoria per il condannato, la cui figura assomiglia più a quella di colui che, alla ricerca di sollievo dalle sofferenze terrene, si rechi in una clinica svizzera dove si pratica l'eutanasia attiva, piuttosto che a quella di un assassino sul quale si scatena il senso di vendetta collettivo.

La pena di morte del dopo *Furman* è “razionale”, aggiunge Garland. È infatti circondata da ampie garanzie processuali che consentono di limitare il potere oracolare dei giurati. La necessaria biforcazione del processo in due fasi — l'una volta a determinare la colpevolezza o l'innocenza dell'imputato, l'altra la questione della pena da applicare — affinché la giuria possa essere informata al meglio prima di decidere per la pena di morte o per l'ergastolo; l'indispensabile specificazione per legge dei fattori aggravanti che soli consentono ai giurati, che unanimemente li accertino presenti, di contemplare la pena di morte nella fase del *sentencing* (ossia nella fase della commisurazione

della pena); l'imprescindibile diritto per il condannato a introdurre nel giudizio sulla pena le circostanze attenuanti; l'impugnazione automatica e obbligatoria della condanna alla pena di morte, sono — a partire dal 1976 — le condizioni imposte dalla Corte Suprema Federale americana perché in USA la sanzione capitale possa considerarsi costituzionalmente legittima. E in nome del giusto processo la pena di morte americana diventa nel tempo sempre più “razionale”, grazie alle progressive restrizioni costituzionali, soggettive e oggettive, prescritte alla sua applicazione. Non più eseguibile nei confronti dei malati mentali gravi (*Ford v. Wainwright* 1986), essa non può più oggi essere irrogata neppure ai ritardati mentali (*Atkins v. Virginia* 2002), o ai minori degli anni 18 (*Roper v. Simmons* 2005), o ancora imposta per lo stupro di una donna (*Coker v. Georgia* 1977) o più in generale per reati contro la persona che non abbiano causato la morte di un essere umano (*Kennedy v. Louisiana* 2008). E nel progressivo ridimensionamento della sua portata, che per molti rappresenta il segno di un suo indebolimento, finisce invece — secondo Garland — per risiedere la sua forza legittimante. Nell'ampliamento delle tutele giuridiche dei condannati a morte sta, però, anche la ragione del fortissimo scarto fra condanne formali ed esecuzioni effettive, in un paese in cui a fronte di 3000 condannati presenti nel braccio della morte si eseguono circa 50 sentenze l'anno. Paradossalmente, proprio perché attorniata da robuste garanzie processuali, la pena di morte è dunque in grado di sopravvivere, ma è esattamente la sua forte giurisdizionalizzazione a rendere spesso impossibile la sua esecuzione.

Per quanto contro-intuitiva, è tuttavia la caratteristica della “democraticità”, connessa alla profonda diffidenza nei confronti dello Stato tipica dello spirito nord-americano, che più di ogni altra particolarità spiega, nella prospettiva Garlandiana, la persistenza della pena di morte in USA. Modellato sul pensiero dello stato minimo Lockiano e forgiato dalle riforme Jacksoniane della prima metà dell'ottocento, l'assetto istituzionale statunitense frammenta fin dai suoi esordi il potere statale, tanto a livello orizzontale che a livello verticale e conferisce al popolo una partecipazione diffusa nella scelta di ogni organo pubblico. I *checks and balances* fra poteri federali e la riserva agli Stati dell'Unione della competenza a prendere le decisioni in tutti i settori non espressamente delegati dalla Costituzione all'ordinamento federale, indeboliscono la centralizzazione del potere. La forte competizione fra poteri a tutti i livelli che ne discende, unita alla elettività di tutte le cariche pubbliche statali (capi di polizia, pubblici ministeri, giudici), rende il sistema più idoneo alla produzione delle sue regole dal basso, attraverso l'agone giudiziario, piuttosto che dall'alto, attraverso l'imposizione di norme frutto di una élite politica illuminata. Si tratta di quell'assetto giuridico-istituzionale, già a suo tempo osservato da Alexis de Tocqueville, e poi descritto con precisione da Robert Kagan nel suo *“Adversarial Legalism”*, oppure da Mirian Damaška nel suo *“The Faces of*

Justice". Poco legati a una politica di partito e sempre in campagna elettorale a causa dei tempi troppo corti del loro mandato, soprattutto se confrontati con quelli necessari per raccogliere i sempre più ingenti e indispensabili finanziamenti elettorali, i politici americani non possono permettersi di operare delle scelte contro-maggioritarie, né quindi di guidare i sentimenti collettivi invece di esserne guidati. In un sistema che in via di principio consegna alla gente il potere di scegliere tutti i rappresentanti dello Stato, la forte dipendenza dall'opinione pubblica è, inoltre, presente a tutti i livelli. D'altronde la competenza, riservata nella stragrande maggioranza delle materie agli Stati, impedisce al legislativo federale di decidere in via centralizzata le tante questioni costituzionalmente affidate al circuito democratico statale. Solamente la Corte Suprema federale, interprete della "*Supreme Law of the Land*", cioè della Costituzione federale, può ambire all'uniformazione delle regole sul piano nazionale. Calata in un contesto di *checks and balances* e fortemente condizionata dalla necessità di mantenere la sua legittimazione quale organo, non politico, ma tecnico, anche la Corte Suprema, per quanto composta da membri nominati a vita, è tuttavia soggetta alle pressioni dell'opinione pubblica. Alla ricerca di quei delicati equilibri che il suo ruolo le impone di rispettare, la Corte Suprema federale potrà, in determinati contesti culturali favorevoli, imporre dei mutamenti di tendenza al diritto che si riverberano sul piano nazionale, ma non potrà tirare troppo la corda, se vorrà rimanere credibile come organo *super partes*. Così nel 1954-55, in *Brown v. Board of Education*, essa riesce a imprimere quell'inversione di rotta che (pur provocando resistenze statali al limite della guerra civile) determinerà la disgregazione razziale in USA, perché il clima culturale glielo consente. Negli anni '70, quando il momento magico della solidarietà sociale dell'America di Lyndon Johnson e della progressiva convergenza dei redditi sta volgendo al termine e il tasso di reati e di violenza ha raggiunto livelli straordinariamente allarmanti, l'abolizione della pena di morte diventa, invece, un'opzione impraticabile. È questa, nelle sue linee più essenziali, la lettura — tipica della scuola di pensiero del *Legal Process* che fa capo ad Hart e Sacks — delle decisioni *Furman* e *Gregg* da parte di David Garland. Nel 1972, con la sentenza *Furman*, la Corte Suprema federale dichiara incostituzionale la pena di morte così come fino a quel momento essa era stata prevista e applicata dalle giurisdizioni statali, mettendosi in linea con la tendenza abolizionista europea. Nel 1976, però, a fronte della emanazione di nuove leggi contemplanti la pena capitale da parte di ben 35 Stati sui 36 che precedentemente la prevedevano, la decisione *Gregg v. Georgia* e quelle immediatamente seguenti ripristinano, sia pur all'interno dei parametri del *due process*, la pena di morte. Quest'ultima viene così restituita al popolo, ossia al circuito democratico legislativo. La pena di morte è, dunque, "democratica" perché è frutto della volontà popolare, ma è "democratica"

anche perché è il popolo che sceglie, nei singoli casi, se applicarla o meno. A partire dal 2002, con *Ring v. Arizona*, l'intervento della giuria popolare nell'accertamento delle circostanze aggravanti che determinano la sua possibile irrogazione è addirittura costituzionalmente imposto. Ma la pena di morte è "democratica" anche perché serve gli interessi della gente e non dello Stato. Il dopo *Furman* in America (come ci racconta bene anche Franklin E. Zimring in *La pena di morte. Le contraddizioni del sistema penale americano*) coincide, infatti, con una nuova narrativa della pena di morte, che è ora considerata al servizio della liberazione dalla sofferenza dei parenti e degli amici della vittima e non una manifestazione del potere dello Stato. L'esecuzione del condannato diventa, infatti, nella retorica dominante, un'occasione per i familiari e gli amici della vittima per giungere a una conclusione a livello psicologico ed emozionale (*psychological closure*) della vicenda che li ha coinvolti, un momento in cui un congiunto si pensa possa liberarsi del peso del dolore e della rabbia per la perdita causata dall'omicidio. E le norme, dichiarate costituzionalmente valide nel 1991 con la decisione *Payne v. Tennessee*, che consentono ai parenti e amici delle vittime di testimoniare il dolore sofferto per la perdita del proprio caro di fronte a quella stessa giuria che dovrà decidere se mandare a morte il reo, rafforzano inevitabilmente la possibilità di un transfert psicologico fra vittime e giurati, i quali ultimi finiranno per identificarsi nelle esperienze di sofferenza dei primi. La finalità della pena capitale, nella sua versione americana, sta dunque nella soddisfazione, non dell'interesse pubblico, ma di quello della gente, ciò che la rende — agli occhi della gente stessa — profondamente "democratica".

È, d'altronde, proprio sul piano degli interessi che la pena di morte, e più in generale lo strumento penale, in realtà serve, che David Garland ci offre la lezione più interessante.

La vera finalità della pena, sembra dirci David Garland, è sempre almeno in parte assai diversa da quella che appare.

Nei secoli della nascita e dell'affermazione dello Stato, la pena, in particolare di morte, con il suo alto tasso di visibilità pubblica è principalmente strumento di legittimazione e rafforzamento del potere centralizzato. Lo Stato, sostituendosi ai gruppi, monopolizza l'uso della forza e lo fa mostrando nelle pubbliche piazze le atroci conseguenze della violazione delle sue regole. Quando lo Stato, per essersi ormai definitivamente affermato, non ha più bisogno dello splendore dei supplizi, la pena di morte si fa più discreta e un altro strumento penale, il carcere, si sostituisce lentamente ad essa. La nuova pena serve inizialmente gli interessi del nascente capitalismo industriale, giacché — come Foucault ci fa sapere — educa i poveri, che la novella proprietà privata delle terre ha costretto all'urbanizzazione, a vendere la propria forza lavoro. La recente carcerazione di massa, che ha portato gli Stati Uniti a detenere il più alto numero di consociati nella storia dell'uma-

nità, serve invece oggi gli interessi del capitalismo avanzato: è al servizio delle multinazionali delle prigioni, che trasformano il povero da essere economicamente inutile, se libero, a soggetto economicamente (per loro stesse) redditizio, quando incarcerato. Poco sembra essere, dunque, lo spazio lasciato alla pena di morte nel mondo attuale della globalizzazione, in cui lo Stato è in ritirata e la sanzione capitale non è fonte di guadagno per il potere economico dominante. A ben vedere, però, essa ha ancora una sua logica e svolge ancora una sua funzione, ci dice David Garland, anche se naturalmente non ai deklamati fini di deterrenza e retribuzione, vanificati dalla rarità delle esecuzioni e dal lunghissimo spazio temporale che separa la condanna dalla eventuale realizzazione. Essa serve oggi piuttosto gli interessi secondari, individuali e umani, di tutti coloro che si avvantaggiano della sua forza simbolica. La sua previsione astratta è utile alla polizia penitenziaria a fini di disciplina, laddove, nel nuovo spirito di pura repressione che anima l'esecuzione della sanzione detentiva, senza la minaccia di una pena più grave non si saprebbe come spaventare colui che già è stato condannato alla pena della reclusione a vita senza possibilità di rilascio. È utile al *prosecutor*, che della stessa si avvantaggia per ottenere un *plea bargain* altrimenti difficilmente estorcibile; ma la pena di morte è utile anche all'avvocato difensore, che dalla visibilità che ottiene patrocinando un caso capitale guadagna in termini di notorietà e immagine; o a coloro che *pro bono*, o come difensori pubblici, assumono su di sé la difesa di tali casi per la soddisfazione che essi ricavano dal dedicarsi ad un'attività che sentono come umanitaria. Ancora, la pena capitale è utile a livello psicologico profondo per una società che rimuove la morte dal discorso pubblico e privato e aspira alla giovinezza eterna. In un mondo in cui la morte costituisce ragione di disagio, perché è sempre più difficile accettarne l'inevitabilità, la possibilità di controllare la fine del condannato conferisce alla società un tranquillizzante senso di dominio sulla morte, mentre il fatto che si tratti della morte di un altro consegna a chi resta un subliminale messaggio di immortalità.

La pena di morte, sia pur solamente prevista e raramente applicata, è poi — nella competizione fra chi è più “*tough on crime*” — il volano politico più efficace per ottenere consenso elettorale in una società come quella americana, la cui percezione indotta dell'insicurezza è altissima. Le note vicende di Michael Dukakis — che perse le elezioni presidenziali contro Bush padre perché si era mostrato troppo indulgente in fatto di pena di morte — o di Bill Clinton — che, per vincere le elezioni il mandato successivo, pochi giorni prima delle cruciali primarie nel New Hampshire, volò in Arkansas per dare la sua benedizione all'esecuzione capitale di chi era talmente incapace di intendere e di volere da domandare che l'ultimo pasto gli fosse conservato per il giorno dopo — confermano l'importanza sul piano simbolico della pena di morte come leva elettorale.

L'appello incalzante, a fini di consenso politico, agli istinti più egoistici ed esclusivi in un'atmosfera vieppiù segnata dalla sindrome securitaria, è tuttavia una realtà che oggi contraddistingue anche la nostra esperienza. Alla ricerca di voti, in Italia (ma anche in Francia o in Inghilterra) sinistra e destra lottano sul piano di chi mette in campo gli strumenti più repressivi contro chi viene costruito come socialmente pericoloso, in un clima mediatico che, a scopi economici, sfrutta ed esalta le paure della gente. Se a ciò si aggiunge che pure in Italia, come in gran parte dell'Europa, l'individualismo, generato anche dalla sempre maggiore disparità economica fra le persone, annulla la solidarietà sociale, mettendo l'uomo contro l'uomo, il timore che l'abolizione della pena di morte nel mondo occidentale possa diventare una parentesi di civiltà della nostra storia comincia a farsi strada. "Ringraziamo", così, di aver vissuto gli orrori del fascismo e del nazismo, che per reazione ci hanno condotti ad abbondare la pena di morte, e speriamo che le costruzioni giuridiche approntate allora da un'élite illuminata sappiano proteggerci oggi dall'insistente richiesta popolare di sempre maggior penalità, che solo una prospettiva che non tenga conto delle facili manipolazioni mediatiche delle preferenze collettive può ricondurre alla vera democrazia.

Libri come "*Peculiar Institution*" di David Garland ci aiutano a riflettere in maniera non scontata su temi di estrema serietà ed è anche per questo che pure lui merita un nostro sentito ringraziamento.

ELISABETTA GRANDE

FASCISMO E DIRITTO
(A CURA DI IRENE STOLZI)

SABINO CASSESE, *Lo stato fascista*, Bologna, il Mulino, 2010 e ALESSIO GAGLIARDI, *Il corporativismo fascista*, Roma-Bari, Laterza, 2010.

1. Quelli di Sabino Cassese e Alessio Gagliardi sono libri che affrontano, sia pur da prospettive diverse, il problema del fascismo e dei luoghi — normativi e istituzionali — a partire dai quali il regime tentò di delineare la propria identità distintiva. Identità inevitabilmente complessa come complesso è il panorama novecentesco, un panorama — ma è superfluo dirlo — che rendeva sempre più difficile tracciare, al modo tradizionale, i confini tra sfera privata e sfera pubblica e, più in generale, quelli tra diritto, politica ed economia. Complessità ulteriormente acuita, poi, dalle ambizioni dichiarate dalla pubblicistica fascista, prima tra tutte l'ambizione a dar vita a uno Stato nuovo, e nuovo perché totalitario, perché capace di lasciarsi alle spalle non solo (quelle che apparivano) le fragilità della precedente esperienza liberale, ma anche le soluzioni fatte proprie dagli autoritarismi più risalenti.

Se dunque i discorsi, le autorappresentazioni dell'intellettualità di regime, abbondarono di riferimenti alla indiscutibile novità dell'era fascista, Cassese e Gagliardi dichiarano di voler tentare una lettura attenta soprattutto a ricostruire le concrete modalità di funzionamento della nuova macchina socio-istituzionale, ritenendo — a ragione — che un simile osservatorio possa contribuire, più che a formulare un giudizio sulla riuscita o sul fallimento delle intenzioni, a gettare nuova luce su quel vertiginoso caleidoscopio di combinazioni che in vario modo sostenne o insidiò la vocazione palingenetica del regime, combinazioni non tutte riportabili alla persistenza del vecchio mondo, delle eredità ricevute dal passato, ma riconducibili, il più delle volte, alla peculiarità delle sfide regolative poste dal XX secolo.

E mi sembra che quest'ultima osservazione possa valere anche per il lavoro di Cassese che pure, a più riprese, sottolinea gli importanti legami che strinsero il fascismo tanto alla storia precedente che a quella successiva. Sono soprattutto tre i fronti della continuità messi in rilievo da Cassese: quello delle istituzioni, quello del tessuto normativo e

quello del personale burocratico, tecnico e accademico ⁽¹⁾. Rapportati al 'prima', alla precedente esperienza liberale, questo paesaggio delle continuità serve all'autore a rilevare la « struttura [sostanzialmente] autoritaria » dello Stato c.d. liberale ⁽²⁾; mentre rapportata al 'dopo', alla successiva esperienza democratica, la rilevazione delle permanenze serve soprattutto a sottolineare i ritardi nell'attuazione della Costituzione, di un testo che avrebbe dovuto segnare e produrre importanti cesure con il passato ⁽³⁾.

Simili rilievi, tuttavia, non portano Cassese a negare o diluire la specificità della stagione fascista: da un lato, perché è lo stesso Cassese a sottolineare come interventi effettuati dal regime su settori nevralgici, « cruciali » — stampa, associazionismo, poteri del governo, autonomie locali, controlli sulla condotta dei dipendenti pubblici, sistema elettorale ⁽⁴⁾ — valessero a determinare una ulteriore torsione autoritaria del patrimonio normativo preesistente, torsione capace di dar vita a una stagione politico-istituzionale nuova e di elidere definitivamente i (già poco liberali) tratti dello Stato italiano prefascista (specialmente p. 45). Dall'altro lato, perché non è in virtù di queste persistenze che l'autore contesta, per descrivere l'esperienza fascista, l'utilità dei riferimenti alla nozione di totalitarismo; più che ai rigurgiti e alle resistenze del vecchio mondo, la mancata realizzazione di uno Stato compiutamente totalitario, sembra infatti che sia da attribuirsi, per Cassese, alla difficile convivenza tra elementi che il fascismo ascrisse alla propria e specifica originalità storica, alla difficile convivenza, cioè, tra « concentrazione », « pluralizzazione » e « personalizzazione del potere » ⁽⁵⁾.

Fu insomma all'interno di una scommessa ordinante che voleva essere squisitamente novecentesca, fu nell'ambito della ricerca di una relazione diversa e inedita tra Stato e società, di una relazione capace di coniugare la perdurante centralità dello Stato, del suo potere decisionale, con il volto di una società ormai articolata al proprio interno in gruppi e sottogruppi che rimasero incagliate — per Cassese — le mire totalitarie del fascismo. Se infatti il tratto distintivo della logica totalitaria sta proprio nella aspirazione a rifondare le modalità del legame tra Stato e società e a rifondarle ripudiando le 'vecchie' soluzioni dello Stato accentratore, era indispensabile, per un verso, rendere stabile e costante quel legame e, per l'altro verso, strutturarne in modo tale che la società, la nuova società degli enti e delle organizzazioni, figurasse come portato diretto della vocazione demiurgica dello Stato, di uno Stato finalmente capace di spegnere, appunto plasmando le diverse

(1) CASSESE, pp. 15 ss.

(2) Ivi, specialmente pp. 51 ss.

(3) Ivi, p. 25.

(4) Ivi, p. 15.

(5) Ivi, pp. 16 ss. e pp. 33 ss.

articolazioni sociali sottoposte al suo potere, ogni scintilla di autonomia e di antagonismo. Ora, sembra dire Cassese, è proprio la « analisi concreta delle istituzioni fasciste » (6) a mettere in luce come questa diramazione sociale dello Stato — quella che l'autore chiama 'pluralizzazione' del potere — abbia in realtà reso « possibile l'affermarsi di tendenze centrifughe » rispetto alle quali la progressiva personalizzazione del potere, « la presenza di una volontà unica al vertice » finiva per diventare una necessità dell'ordine nuovo (7). « Di qui — prosegue Cassese — il paradosso dello Stato fascista: monolitico e pluralizzato al tempo stesso, fondato sul monopolio statale, ma culla degli enti e delle stesse corporazioni » (8). Enti e corporazioni che, certo, servivano « per estendere il controllo pubblico in aree prima dei privati (come l'economia), ma [...] anche a canalizzare interessi di gruppi e categorie che, in questo modo, raggiun[geva]no il centro del sistema » (9).

2. Se sostituire la concezione, ottocentesca, di una separazione tra Stato e società, se concepire la convivenza come risultante di un tessuto di relazioni impone sempre di trovare un difficile equilibrio tra spinte centripete e spinte centrifughe, tra la tentazione del centro a sovrapporsi alle parti e la tentazione delle parti di sequestrare il centro e di sequestrarlo — ormai — attraverso le sedi ufficialmente preposte a regolare i rapporti con lo Stato, è anche vero che una simile evenienza poteva rivelarsi esiziale per un impianto politico e istituzionale che ambiva a esser totalitario. Ed è questa una delle ragioni che vale a spiegare perché la propaganda e la politica culturale (10) non dovessero costituire dei semplici orpelli buoni a camuffare il volto meno presentabile del regime — quello più spiccatamente repressivo-poliziesco, per capirsi — ma dovessero rappresentare delle autentiche risorse di governo, indispensabili per promuovere e garantire quell'*idem sentire* tra vertice e base che solo avrebbe potuto salvare il regime dal rischio di una (indebita) prevalenza del particolare sul generale.

Dichiarare — a dirlo è Cassese — sorpassato il concetto delle « rappresentanza elettive », e puntare verso l'ideale, nuovo, delle « rappresentanze organiche » (11), era dunque il modo per chiarire come i riferimenti all'organismo (e quelli, correlati, alla gerarchia) non potessero più descrivere una dislocazione dei rapporti socio-politici segnata 'semplicemente' dalla prevalenza dell'alto sul basso, dell'autorità sull'autonomia; quei riferimenti dovevano servire anche a promuovere

(6) Ivi, p. 9.

(7) Ivi, p. 20.

(8) *Ibidem*.

(9) *Ibidem*; nello stesso senso anche GAGLIARDI, p. 50.

(10) V. soprattutto i riferimenti alla figura di BOTTAI, in GAGLIARDI, pp. 56 ss.

(11) CASSESE, p. 17.

una autentica conversione delle masse al nuovo credo fascista e alla sua vocazione uniformante.

Del resto, che il regime temesse — sul fronte sociale — tanto il demone del pluralismo quanto quello del monismo, è ben rivelato dalle vicende — su cui Cassese e Gagliardi di soffermano — del sindacalismo fascista e del c.d. sbloccamento del 1928. Perché infatti la scelta per il sindacato unico — e la relativa debellazione del pluralismo sindacale — finiva per garantire una cittadinanza privilegiata alle associazioni professionali fasciste, alimentando il timore di dar vita a un potere concorrente con quello dello Stato, potere che apparve più facilmente governabile attraverso lo smantellamento del livello confederale nazionale (12). Ma a una logica non troppo diversa rispondeva anche l'organizzazione sindacale delle classi medie (impiegati e professionisti); è, al riguardo, Gagliardi a notare come il fascismo, con la scelta di inquadramento di queste categorie, volesse ampliare il raggio della catalogazione statutale del sociale, catalogazione che tuttavia seguiva a un'opera di 'disaggregazione' e 'riaggregazione' delle categorie stesse sulla base di criteri decisi, *ex alto*, dal regime (13). Col rischio, comunque non scongiurato, che una simile frammentazione e moltiplicazione delle organizzazioni potesse rafforzare, negli individui, più i sentimenti di appartenenza settoriale alla propria categoria che l'identificazione con la nuova totalità statutale (14).

Ed è anche questa — o almeno credo — una delle ragioni che ha portato entrambi gli autori a dedicare ampio spazio, nei loro lavori, alla vicenda corporativa (15). Non solo perché il promesso avvento dell'ordinamento corporativo fu sbandierato come una delle novità più salienti della rivoluzione fascista, ma anche per l'interesse storiografico che — in sintonia col taglio ricostruttivo scelto da Cassese e Gagliardi — si rivela in grado di suscitare un'indagine condotta guardando al « funzionamento reale » di quell'ordinamento (16). Il corporativismo, dunque, non visto soltanto come luogo teorico capace di animare discussioni vivaci e altrettanto vivaci contrapposizioni ideologiche, ma anche come luogo istituzionale di crocevia, chiamato a tenere insieme tutte le principali articolazioni della nuova società fascista e che, come tale, contribuì a scrivere una parte non marginale della storia del Ventennio e a condizionare — ma su questo tornerò in conclusione — non poche vicende della successiva storia repubblicana.

Sebbene, dunque, il congegno corporativo non abbia funzionato,

(12) Cassese, p. 105 e Gagliardi pp. 64 ss.

(13) GAGLIARDI, p. 42.

(14) Ivi, pp. 48-49.

(15) Per dir meglio: al corporativismo è intitolato l'intero lavoro di Gagliardi e tutta la seconda parte del libro di Cassese (pp. 89 ss.).

(16) GAGLIARDI, p. XII.

secondo la enfatica espressione di Mussolini, come lo Stato maggiore dell'economia italiana, il suo ruolo fu tutt'altro che « ininfluente » e fallimentare (17). Per varie ragioni, che gli autori mettono bene in luce e che valgono a corroborare, a mio parere, la fecondità del taglio interpretativo adottato. Anzitutto perché attraverso la costruzione dell'ordinamento corporativo — dalla legge sindacale del '26, alla nascita delle corporazioni vere e proprie nel '34 fino al varo della Camera dei fasci e delle corporazioni nel '39 — prese avvio un processo di istituzionalizzazione della dialettica tra forze socio-economiche e Stato che avrebbe reso sempre più difficile riproporre i contorni dell'antico patto di non interferenza tra privato e pubblico, tra politica ed economia. E questo vale sia per la legge del '26, che pure è stata spesso legata a una visione tradizionale, tradizionalmente autoritaria, delle relazioni tra Stato e sindacati, sia per i successivi sviluppi corporativi il cui peso, di solito, viene reputato totalmente irrilevante.

Mentre a emergere dal lavoro di Gagliardi è, a esempio, il ruolo non meramente esornativo che svolse, a partire dal '30, il Consiglio nazionale delle Corporazioni e, al suo interno, il Comitato corporativo centrale, cui spettò, tra l'altro, di elaborare progetti di legge — come quello sui consorzi e sull'autorizzazione all'apertura di nuovi impianti industriali — che ebbero un notevole peso nella organizzazione del

(17) Per l'invito a vedere nel fallimento del corporativismo, più che « una risposta conclusiva [...] un problema da indagare », v. GAGLIARDI, p. IX; per il riferimento al ruolo non marginale della macchina corporativa, v. *ivi*, p. XI; estesamente: « le istituzioni corporative non risultarono affatto ininfluenti, perché costituirono la sede in cui vennero discussi provvedimenti relativi alla politica economica e industriale e ai temi del lavoro e dell'assistenza. Nella mediazione formalmente paritaria tra classi e tra categorie offerta dalle corporazioni si trasferirono le dinamiche contrattuali e rivendicative, altrimenti represses e condannate all'illegittimità. Attraverso le discussioni corporative prese forma una modalità non democratica di mediazione e contrattazione tra gruppi di interesse e Stato. [...] Fu anche attraverso l'apparato corporativo — indipendentemente dall'esito e dalla reale portata delle discussioni — che i rappresentanti di quei gruppi [di interesse] furono ammessi sistematicamente e istituzionalmente al tavolo delle trattative. Non si trattava, nelle linee generali, di un fenomeno completamente nuovo. Già durante la prima guerra mondiale e negli anni del dopoguerra, nelle società europee si era progressivamente affermato il principio che le misure di natura economica o socio assistenziale potevano essere elaborate e discusse con la diretta partecipazione delle organizzazioni di rappresentanza degli imprenditori, dei lavoratori e, in diversi casi, delle classi medie [...]. L'esperimento corporativo si caratterizzò però per due aspetti peculiari e pienamente innovativi: da un lato, il carattere istituzionale di quella partecipazione, il fatto che essa avveniva in sedi ufficiali e secondo modalità regolate dalla legge; dall'altro, la compartecipazione delle organizzazioni degli interessi al processo decisionale vero e proprio, vale a dire alla formazione di leggi e decisioni politiche » (*ivi*, pp. XI-XII).

sistema produttivo italiano (18). Anche se poi — prosegue Gagliardi, a ulteriore testimonianza della complessità delle vicende esaminate — simili progetti, a dispetto della loro origine corporativa, finivano per non riconoscere un ruolo di spicco ai diversi organi corporativi. Lasciando evidentemente impregiudicato il problema dell'eventuale ricorso strumentale che alle sedi corporative fecero le diverse forze in esse rappresentate, forze che appunto utilizzarono quelle sedi come luogo per tratteggiare soluzioni che sarebbero state poi gestite e attuate altrove.

Allo stesso modo, è sempre guardando al « funzionamento reale » (19) della macchina corporativa che diviene possibile ridimensionare la portata degli scetticismi del capitalismo italiano, se è vero che « le corporazioni furono, per le organizzazioni imprenditoriali, uno dei canali privilegiati attraverso i quali entrare nella cittadella dello Stato e tentare di cogestire lo spostamento del potere dal mercato alle istituzioni pubbliche e, nel contempo, inserirsi nel processo della decisione politica e dell'azione amministrativa » (20). Fu soprattutto la crisi economica degli anni '30 a costituire un importante spartiacque storico, come è rivelato dalle affermazioni di marcato sapore antiliberista formulate nel 1938 in un documento degli industriali e sulle quali è Gagliardi a richiamare l'attenzione del lettore (21).

Ma seguire l'attività concretamente svolta dagli organi corporativi è anche uno dei modi che permette di rilevare la dialettica, spesso serrata, che vide contrapposti non solo il piccolo e il grande capitale ma anche le famiglie di imprese gravitanti intorno alle così dette amministrazioni parallele (Imi e Iri in testa) alle altre imprese che continuavano a collocarsi fuori da questo nuovo asse organizzativo. A tal riguardo è Cassese a notare come tra le amministrazioni parallele e le organizzazioni satelliti (22) si sia realizzata una vera e propria « divisione del lavoro » (23). Laddove « le amministrazioni parallele si dedicarono all'*high politics*, alle imprese di maggiori dimensioni, alle ristrutturazioni industriali e bancarie, al passaggio dalla mano privata alla mano pubblica », mentre « le organizzazioni satelliti e le corporazioni che stavano alle loro spalle si interessarono del tessuto connettivo minore, la moda, il carbone, lo zolfo, il cotone, con un duplice scopo, quello di costruire

(18) V. GAGLIARDI, pp. 84 ss.

(19) GAGLIARDI, p. XII.

(20) *Ibidem*.

(21) GAGLIARDI, p. 139, p. 144 e p. 148; nello stesso senso anche CASSESE, p. 124.

(22) A pagina 125 del libro di Cassese si può leggere un elenco delle principali di queste organizzazioni (tra le quali, a es., l'Ente nazionale serico, l'Ente nazionale per l'artigianato e le piccole industrie, l'Ente nazionale risi, l'Istituto cotoniero italiano, l'Ente nazionale della moda ecc.).

(23) CASSESE, p. 128.

reti pubbliche di protezione (specialmente contro la concorrenza straniera e i nuovi entranti) e quello di assicurare le basi per la realizzazione di strutture e pratiche concertative » (24). Senza che, tuttavia, questa spartizione di sfere eliminasse ogni possibilità di dibattito interno e di scontro; a sottolinearlo è, a esempio, Gagliardi in relazione alla stesura del piano autarchico per la siderurgia, piano rispetto al quale « appare con chiarezza come la corporazione del settore sia stata effettivamente una forza di concertazione tra i maggiori gruppi industriali e finanziari, cui presero parte, sebbene in posizione subordinata, i piccoli e medi imprenditori e i sindacati dei lavoratori » (25). In questa vicenda — prosegue Gagliardi — « la corporazione [...] funzionò [...] come canale istituzionale nel quale i gruppi privati più rappresentativi potevano in qualche misura contrattare le modalità dell'intervento statale e le relazioni con le imprese pubbliche », con le imprese, cioè, facenti capo all'Iri, imprese che anzi uscirono sostanzialmente sconfitte dal confronto (26).

Allo stesso tempo — ecco un'altra articolazione che emerge dall'analisi del funzionamento concreto della macchina corporativa — sarebbe riduttivo liquidare l'esperienza corporativa nel segno della assoluta prevalenza degli interessi imprenditoriali. Se è infatti indubbio che le scelte di inquadramento sindacale e di selezione delle rappresentanze andarono a vantaggio delle organizzazioni del capitale (27), è anche vero che, in alcuni frangenti e attraverso l'azione corporativa, i sindacati dei lavoratori mostrarono di aver conservato una residuale capacità di veto e di indirizzo (28), e di averla conservata non solamente nei casi in cui la soddisfazione delle richieste formulate dalle classi lavoratrici fu voluta dallo Stato, da uno Stato che ambiva a ergersi a supremo regolatore dell'economia e che per questo poteva anche aver bisogno di contenere lo strapotere imprenditoriale (29). Inoltre — a notarlo è sempre Gagliardi — la dimensione corporativa segnò l'inizio di un impegno del sindacato sui temi previdenziali e di politica sociale in genere; certo, questo nuovo volto del sindacato fu in gran parte l'effetto della sua ridotta capacità contrattuale ma, per un verso, concorreva a corroborarne la nuova veste di attore pubblico-istituzionale, e, per l'altro, proiettava anche sul futuro, sulla successiva storia democratica, una immagine ultrarivendicativa dell'associazionismo professionale (30).

3. A essere evidenziato dai lavori di Casese e Gagliardi è dunque

(24) *Ibidem*.

(25) GAGLIARDI, p. 119.

(26) Ivi, p. 121.

(27) V., a es., CASESE, p. 124 e GAGLIARDI, specialmente pp. 23, 39, 47, 61 e 80.

(28) V. GAGLIARDI, p. 41, p. 111 e p. 126.

(29) GAGLIARDI, pp. 83 ss.

(30) Ivi, pp. 98 ss. e 127 ss.

— lo si diceva in apertura — un gioco complesso di combinazioni che trovò anche nella macchina corporativa un importante canale di espressione: centro e periferie; partito, amministrazione e sindacati; lavoratori e datori di lavoro; piccole e grandi imprese; imprese pubbliche e private sono colti come altrettante componenti di una dialettica che lo Stato fascista tentò di governare e disciplinare con strumenti nuovi e diversi rispetto a quelli della mera sorveglianza autoritaria ⁽³¹⁾. Che poi a emergere sia il volto di uno Stato che, malgrado le dichiarate aspirazioni totalitarie, abbia stentato a ergersi a unico regista della nuova politica sociale ed economica, non autorizza — sembrano dirci gli autori — ad archiviare la portata dell'esperienza fascista, e della stessa vicenda corporativa, sotto il solo segno della distanza tra intenzioni e realizzazioni.

Quella distanza, che indubitabilmente caratterizzò la parabola storica del fascismo, non esime infatti dal ricostruire il paesaggio delle incidenze effettive, degli sviluppi — magari diversi da quelli immaginati o propagandati — che realmente si produssero negli anni del regime. Con una conseguenza rilevante su cui Cassese si sofferma a più riprese, ma cui lo stesso Gagliardi accenna in conclusione del proprio lavoro. A esser segnalata è infatti la convinzione che possa essere anticipato agli anni '30 del secolo scorso quello « slittamento semantico » ⁽³²⁾ che convenzionalmente viene fatto risalire alla seconda parte del Novecento, slittamento in virtù del quale i riferimenti all'assetto corporativo delle società e dei poteri in esse operanti non valgono a descrivere — come era nella pubblicistica di regime — una modalità di prevalenza dell'interesse generale sugli interessi settoriali ⁽³³⁾, quanto quei processi di progressiva frammentazione oligopolistica del tessuto sociale, economico e politico, processi che rendono sempre più difficile accedere a rappresentazioni unitarie della convivenza. E se la istituzionalizzazione dei nuovi legami tra Stato e forze economico-sociali fu perseguita, dal regime, proprio per evitare esiti di questo tipo e per affermare in pieno la vocazione governamentale del nuovo Stato, di uno Stato capace di conquistare il futuro promuovendo e imponendo una propria visione dell'interesse generale, sono proprio gli anni del fascismo, per Cassese, a consacrare, anche tramite il ruolo effettivamente svolto dagli organi corporativi, una chiusura oligopolistica e protezionistica del capitalismo italiano tanto che l'intero corporativismo 'attuato', sperimentato, può apparire come un « vero manuale di pratiche in violazione della concorrenza » pratiche che lo Stato, di volta in volta, avallò o subì ⁽³⁴⁾.

E anche in questo caso, sostenere — con Cassese — che l'idea

⁽³¹⁾ CASSESE, p. 140; GAGLIARDI, specialmente p. 41.

⁽³²⁾ V. GAGLIARDI, p. 159.

⁽³³⁾ V., a es., GAGLIARDI, p. IX.

⁽³⁴⁾ CASSESE, p. 123.

corporativa non nacque e non morì col fascismo non pare valga a disconoscere il peso specifico del corporativismo fascista, quanto ad allargare l'orizzonte temporale dell'indagine, e ad allargarlo soprattutto in direzione del futuro, della successiva storia democratica. Da un simile osservatorio, sottolineare — con Gagliardi — il legame tra « la questione del corporativismo » e il « problema centrale della politica moderna: il problema [cioè] di come conciliare la pluralità di interessi presenti nella società con la costruzione dell'unità di comando dello Stato » ⁽³⁵⁾, che è poi il problema — a parlare è ora Cassese — delle modalità con cui ripensare i tratti « del potere politico nelle società colpite dall'irrompere di forme sociali organizzate, [forme] che mettono in crisi la tradizionale struttura chiusa dello stato » ⁽³⁶⁾, diventa uno dei modi che permette di prender sul serio il fascismo. In due direzioni diverse ma complementari: in primo luogo perché permette di vedere nel fascismo un figlio del proprio tempo, di vedervi, cioè, una risposta — certo non l'unica possibile — alla peculiarità delle sfide regolative poste dal nuovo panorama novecentesco e non l'esito di una improvvisa deviazione dal corso 'naturale' della storia o il frutto (più o meno) necessitato di un liberalismo (già) non troppo liberale.

In secondo luogo, perché permette di proiettare oltre gli anni del regime la persistenza di quei problemi che il fascismo — con le sue ricette, variamente riuscite — mise in agenda. Alla base dell'interesse « che può oggi presentare un nuovo esame dell'esperienza corporativa fascista » sembrano allora stare — nota Cassese — due questioni, tuttora in gran parte aperte: la prima, evidenziata soprattutto « dal fiorire degli studi sul neocorporativismo negli anni Settanta dello scorso secolo » coinvolge il problema della « insufficienza del paradigma pluralistico della competizione tra gruppi rappresentativi in un'arena aperta, del modello schumpeteriano di democrazia, divenuto prevalente nel secondo dopoguerra anche in Europa »; la seconda questione, di cui — non casualmente si è cominciato a discutere nello stesso torno di tempo — riguarda invece le modalità per sviluppare norme e discipline « a tutela della concorrenza [...] contro le pratiche concertative che il corporativismo implicava » ⁽³⁷⁾.

Escludere che il fascismo sia stato una parentesi bizzarramente autogeneratasi impone dunque — sembrano dire gli autori — una rilettura accurata della storia nostrana precedente e successiva nel tentativo di dipanare una eredità complessa, distesa su tempi più lunghi rispetto a quelli solitamente abbracciati dal discorso storiografico. Non solo per evitare improbabili suture tra l'Ottocento e il secondo Novecento, quasi che la caduta del regime autorizzasse la riabilitazione di

⁽³⁵⁾ GAGLIARDI, p. IX.

⁽³⁶⁾ CASSESE, p. 96.

⁽³⁷⁾ CASSESE, pp. 97-98.

confini e steccati — il privato e il pubblico, il politico e l'economico — che soli parevano garantire un volto ordinato alla convivenza (e, ovviamente, ai diversi capitoli dei diversi saperi). Escludere che il fascismo sia stato una parentesi diventa, al contrario, anche il modo per rileggere criticamente i diversi tentativi con cui si è cercato di tenere in equilibrio, nella successiva vita democratica, concertazione, regolazione e concorrenza, interessi privati e interesse pubblico, mercato e diritti, e per chiedersi quanto il rischio di una irreggimentazione autoritaria sia stato strumentalmente esibito per rinviare o frenare l'istituzionalizzazione di quei processi che avrebbero dovuto promuovere e ufficializzare la mediazione tra Stato, mercato e forze sociali. Per chiedersi, a esempio, se sia stato (solo) il peso dell'esperienza fascista o anche il riaffiorare di mentalità aventi altre origini e altre inflessioni ad aver pregiudicato o indebolito l'attuazione della Carta costituzionale proprio su quei fronti — si pensi al CNEL o all'art. 39 per i sindacati, e in genere alle disposizioni sui rapporti economici — che tentavano di realizzare un equilibrio tra le libere creazioni delle forze economico-sociali e il volto di uno Stato non chiamato semplicemente a moderarne la competizione, ma a elaborare — certo, anche col concorso di quelle forze — una propria e forte visione dell'interesse generale.

IRENE STOLZI

PROFILI DI GIURISTI
(A CURA DI MASSIMILIANO GREGORIO)

LUCA BORSI, *Nazione, democrazia, Stato. Zanichelli e Arangio-Ruiz*, Giuffrè, Milano, 2009.

Ad un anno di distanza torniamo a recensire un altro bel libro di Luca Borsi, che rappresenta la logica prosecuzione, per esplicita ammissione dello stesso autore, di quello pubblicato nel 2007, sempre per Giuffrè e sempre nella collana *Archivio di storia costituzionale e di teoria della costituzione*. Poiché proprio il precedente volume avevamo segnalato in questa stessa sezione dello scorso numero di questa rivista, torniamo volentieri ad occuparci del successivo ⁽¹⁾, per completare l'opera. E di completamento effettivamente sembra trattarsi, poiché ciò che emerge immediatamente, sin dalle primissime pagine del volume, è una marcata linea di continuità con il lavoro precedente: continuità che è al tempo stesso metodologica e cronologica.

Sotto il profilo del metodo, infatti, l'approccio di questo libro ricalca fedelmente il precedente, proponendosi di descrivere un'epoca attraverso le vicende umane e, soprattutto, intellettuali di due dei suoi principali protagonisti — Domenico Zanichelli e Gaetano Arangio-Ruiz — che l'autore affronta in due parti distinte, ma certamente comunicanti. Si tratta di una partizione, quindi, che non compromette l'unitarietà dell'esposizione e che, nel complesso, ci pare adeguata all'obiettivo di superare la dimensione della biografia intellettuale per guardare più in là e provare a tratteggiare il profilo culturale di un'intera epoca.

Del resto, Borsi sembra sempre essere perfettamente a proprio agio nell'orientarsi tra i due piani, anche grazie al dettagliatissimo apparato di note — ulteriore elemento di continuità metodologica che potremmo definire quasi una firma dello studioso — che ne supportano il ragionamento e che, oltre a contenere il robusto sostrato bibliografico

⁽¹⁾ Per completezza di informazione, occorre specificare che quello che ci si accinge a recensire non è in realtà il secondo, bensì il terzo volume della serie. Prima dei due volumi citati, infatti, l'autore aveva pubblicato una prima opera (L. BORSI, *Classe politica e costituzionalismo*. Mosca, Arcoleo, Maranini, Milano, Giuffrè 2000).

che funge da supporto per le tesi dell'autore, offrono al lettore un'ampia messe di particolari storici e biografici, che affrescano la narrazione e la dotano di un respiro ampio e profondo. La ricostruzione storico-giuridica, così, non appare mai racchiusa entro i confini del proprio tecnicismo, ma si dilata invece agevolmente, fino a trovare la propria naturale collocazione nella evoluzione storica del pensiero politico e della cultura della propria epoca ⁽²⁾.

Sotto il profilo cronologico, poi, la continuità è ancora più evidente, addirittura dichiarata, tanto che è lo stesso autore ad accogliere il lettore aprendo la sua premessa con queste parole: « Questo volume riprende là dove *Storia Nazione Costituzione* si interrompeva » ⁽³⁾. Ed effettivamente questo volume riprende proprio dagli anni

(2) Al proposito, ci pare opportuno segnalare — perché va nella medesima direzione — anche la corposa *Appendice documentaria* che correda il volume e che, rispetto al precedente lavoro dell'autore, rappresenta una importante novità. Si tratta di una sezione assai ricca e articolata, della quale conviene dar conto in questa nota, dedicandole una sorta di piccola recensione a sé, non fosse altro per l'ampiezza (occupa più di un quinto dell'intero volume) e per i numerosi spunti di interesse che è in grado di offrire. L'appendice si compone di cinque sezioni. La prima di esse, dal titolo *Letterati, costituzionalisti* testimonia la familiarità di alcuni dei giuristi italiani (Zanichelli, Arangio Ruiz e Arcoleo) con la cultura e l'ambiente letterario che frequentarono da critici, quando non addirittura in veste di poeti. Nonostante l'intento di mostrarne a tutto tondo i profili di uomini di cultura ancora prima che di legge, questa sezione ci pare comunque quella più debole, soprattutto se messa a confronto con le successive, senza dubbio assai più interessanti. Come ad esempio la sezione II, che ricostruisce la vicenda concorsuale senese di Zanichelli, illuminando — grazie alla pubblicazione di pareri e motivazioni per larga parte inediti — lo scenario del conflitto metodologico interno alla giuspubblicistica italiana di fine Ottocento, all'interno del quale emergono — intenti a tessere i fili della geopolitica accademica — profili di maestri quali Palma, Brunialti e infine un Orlando, il cui atteggiamento si distingue per una elasticità e una flessibilità che le sue scelte metodologiche non suggerirebbero forse di aspettarsi. Il panorama delle relazioni personali all'interno dell'accademia italiana di fine secolo è protagonista anche delle due successive sezioni epistolari, la III e la IV, dedicate alla corrispondenza tra Zanichelli e molte altre rilevanti personalità del mondo politico e accademico e culturale. Spicca infine, la sezione V, che riporta per esteso una raccolta di saggi più o meno brevi, assai poco noti e ancor meno citati di Arangio-Ruiz, Zanichelli, Orlando, Arcoleo e Mosca. Sono tutti contributi il cui interesse è dettato dal fatto di essere stati pensati e scritti per lettori esteri: il saggio di Arangio-Ruiz, datato 1895, venne infatti ospitato negli *Annals of the American Academy of Political and Social Science*; mentre gli altri quattro articolavano (sotto vari profili, ossia rispettivamente: rapporti tra Stato e Chiesa, amministrazione, forma di governo, partiti politici) — la voce *Italy*, della prestigiosa *Encyclopedia Americana*, nella edizione del 1907.

(3) L. BORSI, *Nazione, Democrazia, Stato. Zanichelli e Arangio Ruiz*, Milano, Giuffrè, 2009, p. VII.

Ottanta, che avevano rappresentato il punto di arrivo del precedente, un confine ultimo a guardia del quale si stagliava ormai il *molo* statuale che, innalzato dalla rivoluzione metodologica di Orlando, aveva preso in ostaggio il diritto pubblico. Ma il nuovo volume non riprende da Orlando, che — anche in questo caso — appare ancora solo nelle pagine finali del lavoro. Al contrario, riannoda il filo della discussione della dottrina eterodossa rispetto alla lezione del maestro palermitano.

Così si spiega la nuova triade di concetti che campeggiano nel titolo. Se il volume precedente era intitolato a *Storia Nazione Costituzione*, le nuove tre parole chiave sono *Nazione, Democrazia e Stato*. Tre semplici coordinate per delimitare il campo di indagine e per caratterizzare una nuova epoca: la menzione del paradigma statuale, ormai troppo ingombrante per rimanere nell'ombra, ma che assume le vesti del convitato di pietra nelle riflessioni di Zanichelli e, per larga parte, anche in quelle di Arangio-Ruiz; la democrazia o, sarebbe meglio dire, il concetto tardo-ottocentesco di democrazia che, nel pensiero del tempo, assume i tratti di svolta epocale, per quanto venisse annunciata da quel piccolo, benché significativo allargamento del diritto al voto, introdotto dalla riforma elettorale del 1882 e che sembrò a molti già una sorta di suffragio universale; la nazione infine, unica superstita della triade precedente, ma una volta di più imprescindibile ancora concettuale per tutta la cultura costituzionale del secolo diciannovesimo, indipendentemente dalle opzioni metodologiche professate.

Entriamo allora nel vivo del volume, e del pensiero dei due autori.

Di Domenico Zanichelli Borsi traccia un profilo molto articolato, che prende le mosse dagli anni della sua formazione bolognese: quella universitaria (sotto il magistero di Cesare Albicini), ma non solo. Emerge infatti con forza l'ambiente culturale nel quale si forma il giovane Domenico, animato soprattutto dagli autori che gravitavano attorno alla casa editrice del padre Nicola, tra i quali spiccano i nomi di Giosuè Carducci e Marco Minghetti. Ed è per questi sentieri che si costruisce la cultura politica di Zanichelli: liberale moderato, sodale di Minghetti, fiero erede della lezione di Cavour tanto da fare del Risorgimento un punto di riferimento stabile, anche nella costruzione del suo armamentario teorico di giurista. Convinto sostenitore della dimensione storica della costituzione, proprio nell'epopea della costruzione nazionale ravvisava la specificità italica della costituzione nostrana. In questa chiave di lettura si spiega l'attenzione simpatetica del giovane studioso per il pensiero politico risorgimentale: dal neoguelfismo di Gioberti al repubblicanesimo — per lui convinto monarchico — di Mazzini; un'attenzione forse sin troppo eccessiva per un giurista, o almeno così parve a Vittorio Emanuele Orlando in sede di concorso ⁽⁴⁾.

Della costituzione Zanichelli aveva dunque una visione che por-

(4) Cfr. l'Appendice documentaria, pp. 487 e ss.

tava a proiettarla ben al di là della lettera della carta albertina alla quale, proprio in quello scorcio di fine secolo, Sonnino chiedeva di fare ritorno. Di contra, in un momento in cui la posizione poteva risultare anche scomoda, Zanichelli si fece difensore del parlamentarismo, che tuttavia non interpretava secondo l'usata chiave di lettura di derivazione britannica. Stante l'impossibilità del paese di esprimere partiti politici ben differenziati, egli declinava il parlamentarismo in una versione assai più simile a quella di Bluntschli, tessendo cioè le lodi della coalizione moderata, della convergenza al centro per fronteggiare gli opposti estremismi, fornendo così un'apologia del trasformismo minghettiano, salvo tuttavia stigmatizzarne la deriva che oggi definiremmo 'leaderistica' e che Zanichelli identificava con la figura « dell'uomo necessario » (5). Storicità della costituzione per il nostro autore, significava però anche storicità del metodo di studio della costituzione.

La presenza costante della prospettiva storico-costituzionale nei suoi lavori lo conferma, come nel più volte citato *Introduzione storica allo studio del sistema parlamentare italiano* (1897-98). Ma la storia gioca forse, nel pensiero di Zanichelli, anche una funzione troppo ingombrante, sembra ammettere Borsi. Almeno nella misura in cui il giurista emiliano ricerca nell'afflato morale e valoriale del Risorgimento le soluzioni alle disfunzioni del sistema politico e alle contraddizioni interne alla sua stessa interpretazione costituzionale. Quest'ultima, infatti, ammette ancora Borsi, non presenta caratteri particolarmente originali, rispetto al panorama della dottrina coeva. Basata sull'idea di sovranità nazionale, incarnata e rappresentata però non dalla sola Camera, ma anche da Corona e Gabinetto, culmina per l'appunto nell'istituto del Governo di Gabinetto (al quale dedica anche un importante saggio), considerato lo strumento più idoneo per affrontare la nuova sfida incarnata dalla democratizzazione progressiva. E in assenza di partiti politici forti (considerazione dietro alla quale Zanichelli — sostenitore del trasformismo parlamentare — sembra celare a volte un formale rimpianto, a volte un malcelato compiacimento), il Governo di gabinetto non poteva che trovare appoggio nella salda base rappresentata dalla autorevolezza della Monarchia. Al tempo stesso, però, Zanichelli non nasconde le insidie che la pratica del trasformismo portava con sé: scadimento morale, la ingerenza politica nella pubblica amministrazione di minghettiana memoria, la deriva leaderistica. Sono le soluzioni a difettare: e l'ideale riferimento alla eredità di Cavour non poteva non mostrare tutti i propri limiti.

Stante queste premesse, Zanichelli finì quindi per approdare ad un altro *topos* ricorrente della dottrina liberale: quello della educazione

(5) BORSI, *Nazione, Democrazia, Stato*, cit., p.32. La citazione è tratta da uno scritto di Borsi datato 1908. Pur parlando il nostro autore di Depretis, difficile non scorgervi un ammonimento per l'Italia giolittiana.

della classe politica. Complice forse « una sorta di disincanto »⁽⁶⁾ che avvertì agli inizi del secolo, a Zanichelli (come del resto a molti altri) parve che la leva efficace per fronteggiare l'avanzata (anche parlamentare) del socialismo fosse quella della moralità, della cultura politica. La ricerca di una elitaria ed illuminata via di progresso che i savi governanti avrebbero dovuto individuare e garantire a tutte le classi sociali, negli anni in cui Zanichelli scriveva, trovarono una precisa risposta storica: quella che portava il nome di Giovanni Giolitti. Ma non fu una risposta che entusiasmo il nostro giurista, almeno per la prima parte di età giolittiana che egli ebbe modo di vivere (7). Borsi ne dà conto, ripercorrendo l'attività di Zanichelli cronista e commentatore politico, prima per la *Revue du droit public e de la science politique*, poi per *La Nazione*. Sono scritti dai quali emerge uno Zanichelli decisamente critico nei confronti di Giolitti, molto preoccupato dell'avanzata delle estreme parlamentari e soprattutto delle rivendicazioni sindacali e dei moti popolari che attraversavano il paese. Si acuiscono i tratti conservatori del personaggio; il tema dei diritti — nota puntualmente Borsi — perde centralità nel suo ragionamento e diviene periferico o, quantomeno, non prioritario. Diffidente verso il nuovo corso giolittiano e deluso dal modo col quale l'Italia dei primi anni del secolo affrontava la questione sociale, in Zanichelli torna il rimpianto per Crispi, considerato l'ultimo degno erede di Cavour. Ed è proprio la nostalgia per Crispi che illumina la sostanza profonda del pensiero di Zanichelli: difensore della forma di governo parlamentare, ma — al tempo stesso — auspice di un esecutivo autorevole. Erano queste le condizioni necessarie allo sviluppo di quel « conservatorismo politico e istituzionale »⁽⁸⁾ di cui Zanichelli si faceva portavoce: non ostile al riformismo sociale, ma a patto che questo fosse messo in opera da una classe dirigente attenta e, soprattutto, in grado di garantire un'evoluzione graduale e moderata.

Su posizioni politiche e dottrinali piuttosto differenti troviamo invece l'altro protagonista di questo volume, Gaetano Arangio-Ruiz. E Borsi ne introduce il profilo proprio attraverso un confronto serrato con la vicenda zanichelliana, in un susseguirsi di importanti continuità e marcate prese di distanza.

Tra i tratti comuni, possiamo certamente annoverare, da un lato, un deciso approccio storicistico⁽⁹⁾, un'opzione per la storia costituzio-

(6) Ivi, p. 144.

(7) Zanichelli morì prematuramente, nel 1908, all'età di cinquant'anni.

(8) BORSI, *Nazione, Democrazia, Stato*, cit., p. 205.

(9) Borsi esordisce nell'affrontare il pensiero ruiziano prendendo le mosse dalla sua importante *Storia costituzionale del Regno d'Italia 1848-1898*, datata 1898. Opera importante, si diceva, ancorché curiosa, almeno nella misura in cui si presenta come una storia costituzionale che identifica il suo *dies ad quem* nel presente. Ma la bizzarria è solo apparente, perché, come nota giustamente Borsi, « il saggio di Arangio-Ruiz mira ad

nale (opzione, come si è visto, assai condivisa dalla giuspubblicistica liberale) e, dall'altro, una presa di posizione chiara a favore del parlamentarismo, in quello stesso delicato frangente di fine secolo in cui scriveva anche Zanichelli, scandito — come detto — dalla crisi dell'istituzione e dalla provocazione sonniana del *Torniamo allo Statuto*. Ma molto altro li distingue. A partire, nota Borsi, proprio da una differente interpretazione del parlamentarismo, essendo quello di Arangio-Ruiz costruito alla luce di una più marcata contrapposizione tra Parlamento e Corona, per ovvi motivi non rinvenibile in Zanichelli. E la stessa diversità di vedute e di considerazioni politiche tra i due aiuta ad illuminare certe distanze teoriche: Arangio-Ruiz sarà infatti assai critico verso il trasformismo e, soprattutto, fu decisamente anti-crispino. Ed è proprio la ragione di questa avversione, individuabile nella compressione delle garanzie individuali che l'autoritarismo crispino portò con sé, a dare un'impronta decisiva al liberalismo ruiziano. Il tema della libertà, infatti, occupò sempre un ruolo centrale nel pensiero di Arangio-Ruiz, che le riteneva « sostanza costituzionale primigenia, da non porporre rispetto alla pur indispensabile indagine sulle istituzioni » (10).

E bene fa Borsi a sottolineare che proprio il fronte culturale di quel costituzionalismo liberale che mantenne al centro delle proprie riflessioni il binomio parlamentarismo-libertà, giocò un ruolo determinante nella complessiva tenuta del sistema costituzionale italiano, quando questo venne scosso nelle fondamenta dal regicidio di Umberto I. È un fronte al quale l'autore ascrive, giustamente, sia Zanichelli sia Arangio-Ruiz, anche se egli stesso sottolinea come fossero pervenuti a quella meta provenendo da percorsi diversi: da un liberalismo « come motivo ideale politico » (11) il primo; da un « liberalismo giuridico (che non vuol dire dei giuristi) » (12) il secondo. E se un rilievo è consentito al recensore, il volume piega forse troppo a favore del primo, non sottolineando forse a sufficienza che fu proprio la solidità concettuale del secondo invece, ben innestato nel solco di quella tradizione giuridica che si fondava sul connubio libertà-costituzione, a fornire alla dottrina eterodossa rispetto ad Orlando, le armi concettuali più affilate ed idonee a fronteggiare l'avanzata del dogmatismo stato-centrico orlandiano.

Ma è questione di accenti; il volume di Borsi non difetta certo di capacità di analisi giuridica e ben lo dimostra quando ripercorre il pensiero costituzionale di Arangio-Ruiz, in primis (e si vedrà in seguito

essere, essenzialmente, storia costituzionale del suo tempo». Cfr. BORSI, *Nazione, Democrazia, Stato*, cit., p. 222. Ritorna insomma l'idea della storia costituzionale come approccio imprescindibile alla stessa interpretazione del diritto costituzionale.

(10) Ivi, p. 230.

(11) *Ibidem*.

(12) Ivi, p. 231.

il perché della precisazione) quello che emerge dagli scritti di fine secolo. Qui Borsi si muove con grande agilità tra le varie e complesse questioni di fondo (il Governo di Gabinetto, la legittimazione del potere e la questione della sovranità, il tema del potere costituente e quello, ad esso connesso, della revisione dello Statuto e gli eventuali limiti di quest'ultima), e si sforza di ricostruirle illustrandole alla luce del dibattito coevo e, vale la pena notarlo, senza mai perdere di vista le interazioni e le interconnessioni tra i diversi argomenti. Ne emerge un profilo assai preciso di Arangio-Ruiz: quello di un giurista brillante e coraggioso, per certi versi persino originale. Basti pensare alle sue posizioni circa la titolarità della sovranità che, contrariamente non solo alla vulgata orlandiana, ma anche alle posizioni dominanti tra le fila della dottrina eterodossa, egli non attribuisce né allo Stato, né alla Nazione, bensì al popolo. E non meno nette ed interessanti sono le sue prese di posizione circa l'esercizio del potere di revisione costituzionale, che egli incardina saldamente nel Parlamento, e sui limiti del quale Borsi scrive, a mio avviso, alcune delle pagine più belle di questo volume. Arangio-Ruiz declina infatti gli stessi limiti alla revisione in maniera elastica, non rigida, rendendoli così partecipi, in un certo senso, della stessa natura storica della Costituzione. Perché « giudice del limite è il tribunale della storia, non una Corte costituzionale »⁽¹³⁾, in piena conformità con l'idea che la revisione dello Statuto più che un esercizio giacobino di onnipotenza parlamentare, fosse piuttosto un atto doveroso, finalizzato a mantenere la lettera statutaria il più possibile ancorata alla naturale mutevolezza della costituzione storica. Se ne evince un'immagine curiosa della costituzione, il cui « nucleo (dinamico) » appare non soltanto più ampio della carta albertina (lo aveva già notato anche Zanichelli), ma addirittura « sovraordinato allo Statuto, in una sorta di meccanismo a doppio fondo »⁽¹⁴⁾. Borsi ravvisa quindi un interessantissimo « doppio movimento di Costituzione storica e Statuto »⁽¹⁵⁾, la cui origine egli ascrive ad una mutata condizione politica, che lo porta a rinvenire la causa di questa teoria nella necessità di proteggere l'idea stessa di costituzione, ponendola al riparo in un luogo più sicuro e sottraendola, in un certo senso, al monopolio parlamentare, ora che la Camera si apprestava a mutare la propria composizione, all'indomani dell'allargamento del suffragio. E il riparo individuato dalla dottrina liberale eterodossa — verrebbe da aggiungere — sembra curiosamente il medesimo di Orlando, vale a dire la sensibilità interpretativa di una classe dirigente che, più che dall'istituzione parlamentare, poteva forse essere incarnata dalla dottrina medesima⁽¹⁶⁾, custode,

(13) Ivi, p. 323.

(14) Ivi, p. 332.

(15) Ivi, p. 337.

(16) Naturalmente, l'affermazione è sostenibile soprattutto in virtù di una certa

in un caso, dei più reconditi segreti dell'edificio statuale e, nell'altro, della fondamentale idea di costituzione storica.

L'idea di costituzione storica rappresentò quindi, anche per l'Arangio-Ruiz di fine secolo, lo sfondo necessario sul quale proiettare la propria interpretazione, il terreno privilegiato della costruzione teorica. Ma le coordinate principali del ragionamento del giurista siciliano cambiarono sensibilmente nel corso dell'età giolittiana. Nel suo manuale universitario ⁽¹⁷⁾, luogo deputato per eccellenza ad incarnare una sintesi sistematica, la dimensione costituzionale, almeno per come la si è descritta finora, ci dice Borsì, scompare quasi del tutto. Lo Stato guadagna terreno, fino a diventare — in contrapposizione con quanto sostenuto negli anni precedenti — titolare della sovranità. Borsì interpreta questo mutamento così radicale come un'apertura alla dottrina giuridica orlandiana, un tentativo di sintesi, ma non un'adesione incondizionata. Alcune distanze — anche profonde — rimangono: una su tutte, il perno rappresentato dalle libertà fondamentali, la cui centralità teorica portava Arangio-Ruiz ad approdi assai distanti da quelli tedeschi di Laband, Gerber e anche di Jellinek.

Con ogni probabilità, questa fu però l'ultima importante revisione teorica che il giurista siciliano poté operare. Dopo l'età giolittiana venne la guerra, la crisi postbellica e quindi il fascismo: il Novecento giuridico era iniziato e le categorie interpretative liberali, ormai, consentivano solo ritirate strategiche e battaglie di retrovia.

MASSIMILIANO GREGORIO

DANILO BRESCHI, *Spirito del Novecento. Il secolo di Ugo Spirito dal fascismo alla contestazione*, Soveria Manelli, Rubbettino, 2010.

Quando lo scorso anno si è pensato di arricchire la rubrica *Letture* dei Quaderni Fiorentini di alcune sezioni tematiche, tra le quali questa, la scelta del titolo ci ha dato da pensare. *Profili di giuristi* ci è infine parso quello più adeguato, ma il volume che si va a recensire ci rammenta i limiti di questa formulazione. Ugo Spirito, infatti, nonostante abbia conseguito la sua prima laurea in giurisprudenza non può essere considerato un giurista, ma — come è noto — un filosofo di primissima importanza. E tuttavia recensire il lavoro di Breschi, che di

coincidenza tra classe politica e dottrina che è riscontrabile durante l'età liberale e che trovò nell'idea orlandiana del giurista-legislatore, la più piena espressione.

⁽¹⁷⁾ Il riferimento è a G. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto costituzionale italiano*, Milano, Bocca, 1913.

Spirito ambisce a ricostruire il profilo intellettuale, non pare affatto una forzatura. Potremmo anzi, dire di più: la sua presenza in queste pagine appare particolarmente opportuna, soprattutto perché — nel ripercorrere il pensiero di Spirito — illumina uno spaccato assai interessante di quello che Hobsbawm ha definito il secolo breve, ma che invece — se guardato con gli occhi del giurista — appare piuttosto come un secolo lunghissimo. E, a suo modo, il lavoro di Breschi ne fornisce una solida conferma. Orientandosi nella pur notevole eccentricità delle posizioni di Spirito, Breschi offre infatti una lettura del suo pensiero incentrata sulla continuità e su un'intima coerenza, descrivibile come ricerca incessante di un equilibrio instabile e mutevole, nel tentativo di fornire risposte a questioni problematiche ricorrenti. E se queste suonano ancora oggi come straordinariamente attuali, ciò significa che il secolo passato, in fin dei conti, non si è ancora concluso e che non ci sono, all'orizzonte, paradigmi interpretativi che abbiano interamente sostituito quelli consegnatici dal Novecento.

Può apparire curioso e persino controverso affermare che il percorso intellettuale spiritiano si sviluppò con intima coerenza, e Breschi ne è perfettamente consapevole. Il motivo evidente, sta in quelli che Giuseppe Parlato, Presidente della fondazione Ugo Spirito nonché autore della prefazione al volume, ha definito come i frequenti e assai variegati « innamoramenti ideologici »⁽¹⁾ del nostro autore. E del resto è lo stesso Breschi, nelle ultime pagine del volume, a cristallizzare « l'essenza della posizione politica spiritiana » nella formula, assai emblematica, « del fascio-comunismo »⁽²⁾. Perché Spirito fu un intelletto libero e, soprattutto, assai poco convenzionale. Anzi, fu proprio in una certa psicologia « tendente al tradizionalismo e al conformismo »⁽³⁾ che egli rinvenne, nel 1966, i mali della civiltà contemporanea. Affiora anche, qua e là nel volume di Breschi, un malcelato compiacimento, una certa civetteria del filosofo, intento a ritagliarsi un ruolo di Maestro isolato, di pensatore eretico. Ma se il gusto per l'eterodossia sembra costituire un tratto caratteriale del personaggio, questo non diviene mai fine a sé stesso. Breschi introduce infatti il lettore con grande perizia all'interno del percorso intellettuale spiritiano, avendo cura di metterne in evidenza le domande di fondo, le esigenze ricorrenti e, soprattutto, i suoi fondamenti teoretici. Così facendo, gli approdi ideologici del filosofo risultano, anche ad un lettore non necessariamente addentro i meandri più profondi della speculazione filosofica, perfettamente logici, persino naturali: la sua convinta adesione al fascismo prima, l'avvicinamento al comunismo poi, del quale egli apprezzerà soprattutto la

(1) D. BRESCHI, *Spirito del Novecento. Il secolo di Ugo Spirito dal fascismo alla contestazione*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2010, p. XIII.

(2) Ivi, p. 247.

(3) Ivi, p. 221.

versione cinese; la vicinanza alla contestazione studentesca e giovanile degli ultimi anni Sessanta; persino l'apologia del regime iraniano dello Scià, sostenuta in un suo scritto inedito del 1978 (analisi peraltro smentita in maniera clamorosa solo un anno più tardi, dalla rivoluzione khomeinista e dalla instaurazione della repubblica islamica), che Breschi definisce «l'ultimo grande abbaglio dell'utopista Spirito» (4). Tutte queste peregrinazioni politiche — all'apparenza, e solo all'apparenza, schizofreniche — si spiegano invece perfettamente alla luce delle premesse filosofiche dalle quali prese le mosse il filosofo aretino.

Convien quindi risalirvi e tornare per così dire alle fonti della sua formazione (5): dall'iniziale imprinting positivista, all'approdo all'idealismo gentiliano del quale fu, senza ombra di dubbio, uno degli allievi più importanti. Ancora una volta, persino nel suo percorso formativo, Spirito sembra così aver seguito un cammino eccentrico muovendosi tra poli certamente assai distanti, ma Breschi assai efficacemente svela che tra l'iniziale positivismo e il successivo abbraccio dell'idealismo gentiliano non v'è un radicale cambiamento di prospettiva, quanto piuttosto l'elaborazione di un proprio itinerario, di una via personale. Spirito incontra infatti il positivismo nella facoltà di giurisprudenza, nella versione di Enrico Ferri, debitore a sua volta della lezione di Roberto Ardigò. Da questa peculiare lettura del positivismo emergono alcune costanti di fondo che possiamo senz'altro rinvenire anche nel pensiero spiritiano più tardo e che certamente costituiscono interessantissimi punti di contatto tra la sua originaria matrice positivista e il successivo approdo gentiliano: per esempio, il rifiuto di qualsiasi ipotesi trascen-

(4) Ivi, p. 259. Lo scritto in questione, peraltro scritto su commissione e intitolato *Rivoluzione dell'Iran*, finora inedito, è pubblicato in appendice al volume.

(5) Di questo fondamentale passaggio, Breschi tratta nel secondo capitolo del volume: una sottolineatura, questa, che si spiega con la necessità di sollevare un piccolo appunto, forse l'unico vero neo del libro di Breschi. Il volume si snoda infatti in tre capitoli distinti: il primo dedicato alla parabola di Spirito durante il ventennio fascista, il secondo dedicato alla sua visione della «scienza come religione senza fede» (Ivi, p. 29) e il terzo, invece, incentrato sulla vicenda spiritiana nel secondo dopoguerra. L'appunto sta quindi nella non del tutto convincente articolazione logica dei capitoli medesimi. Tale problema sembra peraltro risalire all'origine di questi, di cui l'autore da conto nella sua nota introduttiva, spiegando che mentre i primi due sono il frutto della rielaborazione di due distinti saggi già editi, il terzo è invece realizzato interamente *ex novo*. Questo, se da un lato assicura assoluta compiutezza e coerenza interna ai singoli capitoli, dall'altro finisce però per sacrificare la logica espositiva del lavoro, giacché l'articolazione del volume interrompe, proprio con il secondo capitolo, una certa logica temporale che caratterizza invece il primo ed il terzo. In particolare, risulta penalizzante la scelta di approfondire solo nel secondo capitolo il tema della formazione spiritiana che, senza dubbio, sarebbe risultato uno strumento assai utile anche per potere meglio interpretare il pensiero del filosofo nel corso del ventennio fascista.

dente, o ancora la particolare attenzione per l'interazione tra la filosofia e le altre scienze (che Breschi puntualmente sottolinea come approdo originale e non appartenente, ad esempio, al *milieu* culturale gentiliano). È un positivismo, quello che permea il giovane Spirito, che non si costruisce come « ricerca analitica sui procedimenti delle scienze, ma denota quella pretesa diffusa tra i positivisti (Comte per primo) di affidare alla scienza la scoperta di *ipotetiche strutture ultime e definitive della realtà* » (6). Si tratta cioè, in altre parole, di riconoscere alla scienza una totale capacità interpretativa del reale, che però rimane strettamente circoscritta entro i confini dell'immanente, senza alcuna opzione trascendente. Ma non solo; v'è anche dell'altro. Ritroviamo infatti, in questa lettura del positivismo, anche « quella tentazione monistica la quale intende ricondurre la spiegazione di ogni fenomeno a un unico principio o causa », che — come è agevole intendere — è perfettamente in grado di accomunare « l'idealismo e un certo modo di intendere il positivismo » (7).

Ma Breschi non si ferma qui. Per giustificare l'approdo spiritiano all'idealismo in generale e all'attualismo in particolare, manca ancora un importante tassello. Nei suoi studi giuridici di impronta positivistica, pur appassionati, Spirito non aveva però trovato una soddisfacente risposta al problema della volontà del singolo, alla sua possibilità di esercitare il libero arbitrio. La risposta gli venne dalla filosofia gentiliana, promessa non già di contemplazione del reale (l'anti-intellettualismo è una costante nel pensiero di Spirito), ma di creazione e trasformazione del reale. Attualismo, dunque; che Spirito innesta su un processo dialettico che vede scienza e filosofia incarnare i due momenti necessari e insopprimibili del sapere, prodromo di un approccio che lo stesso filosofo aretino definirà nell'immediato dopoguerra con l'espressione *problematicismo*, quasi a voler incarnare il profondo e conflittuale dualismo « tra verità cercata e verità posseduta » (8), che pare peraltro sintetizzare al meglio l'intero percorso intellettuale di Spirito, la sua vita intesa come perenne ricerca. E sembra questo, in fin dei conti, l'orizzonte ultimo del suo pensiero: il dibattersi cioè tra « fede nel divenire e desiderio di stasi, di un equilibrio costante » (9).

Sono questi i tratti caratteristici anche della produzione spiritiana più familiare ai giuristi, quella cioè che lo vide in prima fila tra i teorici

(6) Ivi, p. 141. La parte che si è evidenziata attraverso il corsivo è in realtà una citazione che Breschi tra da R. TORZINI, *Empiriocriticismo* in *Enciclopedia Garzanti di Filosofia*, Milano, Garzanti, 1988, p. 246.

(7) BRESCHI, *Spirito del Novecento*, cit., p. 142.

(8) Ivi, p. 156.

(9) Ivi, p. 157.

dello Stato corporativo ⁽¹⁰⁾ e che Breschi descrive come una parabola articolata in cinque fasi.

Gli anni dal 1921 al 1926, sono descritti nel volume nei termini di una rivoluzione senza contenuti. Emerge in quegli anni l'ansia della palingenesi, l'apologia della giovinezza e del cambiamento, il quale — tuttavia — agli occhi del giovane Spirito non poteva che avvenire secondo la dialettica che informava di sé l'intero idealismo gentiliano: quella cioè che ammoniva l'unità essere un bene e la divisione un male. E l'unità di cui parla Spirito si muoveva per intero all'interno del paradigma statualistico, il quale però — si badi bene — aveva già subito la sua radicale trasformazione rispetto al medesimo riferimento ottocentesco. L'unità era ricercabile e perseguibile solo dallo Stato e nello Stato, nella misura però in cui questo incarnava — innanzi tutto — un progetto in atto di trasformazione della società. L'orizzonte statualistico di Spirito appare quindi immediatamente totalitario, improntato alla « assoluta identificazione di individuo e Stato e, dunque, di libertà e autorità » ⁽¹¹⁾.

Secondo Breschi è nel biennio 1927-1929 — scandito da due fondamentali eventi quali la Carta del Lavoro e i Patti Lateranensi — che Spirito mette a punto i contenuti fondamentali della rivoluzione fascista. In particolare, in quegli anni si intensificarono le sue ricerche nell'ambito delle scienze economiche, che lo portarono ad una critica integrale del liberismo classico, da lui contestato nelle sue stesse fondamenta, attraverso cioè il rifiuto della classica antitesi Stato-individuo (in tal senso correttamente Breschi sottolinea come Spirito non facesse distinzioni tra liberalismo e liberismo), alla quale egli sostituì la convinzione che individuo e Stato, lungi dall'essere termini antitetici, fossero in realtà « due momenti della stessa unicità dialettica » ⁽¹²⁾.

Ed è su queste basi che Spirito costruisce la sua teoria del corporativismo integrale, nel quinquennio 1930-1935, gli anni in cui il nostro filosofo insegna alla Scuola di perfezionamento in Scienze corporative dell'Università di Pisa. Il fondamentale presupposto di partenza rimane il duplice rifiuto di liberalismo e socialismo, rigettati entrambi nella misura in cui, pur da posizioni differenti, giungevano a considerare Stato e individuo come due realtà separate e quindi, potenzialmente, contrapposte. L'obiettivo spiritiano, come detto, era invece quello di coniugarle, per giungere ad una sintesi organica, ad una società all'interno della quale tutti potessero collaborare in vista del medesimo fine e, nell'ambito della quale, comincia ad emergere, negli

⁽¹⁰⁾ Sul tema il riferimento più appropriato è I. STOLZI, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milano, Giuffrè, 2007.

⁽¹¹⁾ BRESCHI, *Spirito del Novecento*, cit., p. 28.

⁽¹²⁾ Ivi, p. 43.

scritti del filosofo, la figura del buon cittadino il quale, « prima di essere un titolare di diritti, è un *socio* carico di doveri assolti con la serenità di colui che non può pensarsi altro che come membro indispensabile »⁽¹³⁾ di una comunità. Il corporativismo spiritiano perde così la propria connotazione schiettamente statualista, e si volge verso una più ampia declinazione 'comunitaria', che troverà di lì a breve il proprio coronamento nella teoria della corporazione proprietaria, ipotesi di corporativismo integrale fondata sull'idea di « *sprivatizzare* proprietà e iniziativa dei singoli, che [...] sono trasformate in *strumenti* dell'interesse collettivo »⁽¹⁴⁾. È questa azienda collettiva, della quale sono tutti, in proporzioni differenti e organizzate in scala gerarchica, proprietari e per ciò stesso produttori che, nell'ottica di Spirito dovrebbe diventare la cellula base della nuova società fascista.

Ma nel 1935 il fascismo è ancora molto lontano dall'orientarsi nella direzione indicata da Spirito; in altre parole, la politica del regime non coincide con le sue posizioni. Egli le sottopose allora ad un processo di revisione critica, sottolineandone anche alcuni importanti limiti, che potremmo sostanzialmente ascrivere alla natura dogmatica del suo attualismo. Ma, soprattutto, almeno secondo la ricostruzione che Spirito stesso offrì poi negli anni Settanta, questo lo portò a separare la sua strada da quella del regime, individuando proprio nel 1935 la fine del 'suo' fascismo⁽¹⁵⁾. L'affermazione va presa però con una certa cautela, perché se distanza vi fu dal punto di vista teoretico, questa evidentemente non impedì a Spirito di continuare ad appoggiare politicamente il regime, fino a sostenere la decisione mussoliniana di entrare in guerra a fianco della Germania.

E tale impronta animò le sue opere del biennio 1941-1943, le quali — sorte all'ombra di una collaborazione sempre più stretta con Bottai — videro Spirito tornare con forza a sostenere il suo modello corporativo integrale, le cui speranze di realizzazione effettiva egli affidava ora al ruolo arbitrale e *super partes* del duce, ora alla istruzione scolastica e alla formazione professionale, possibili volani della costruzione dal basso di una società organica improntata al primato della tecnica.

Ancora una volta (e come di nuovo accadrà negli anni a venire), Spirito si trovò a sostenere una causa che la storia smentirà di lì a poco,

(13) Ivi, p. 66. Il corsivo è dell'autore.

(14) Ivi, p. 73. I corsivi sono dell'autore.

(15) Lo fece nella sua biografia (cfr. U. SPIRITO, *Memorie di un incosciente*, Milano, Rusconi, 1977, p. 60) e la precisazione pare opportuna perché è difficile allontanare il dubbio — come lascia trasparire lo stesso Breschi — che egli abbia volutamente tentato, negli anni Settanta, di retrodatare il momento di separazione tra la sua versione attualistica e corporativa del fascismo e la realtà politica del regime mussoliniano.

ma questo non lo scoraggiò. Fedele alla sua impostazione di fondo che lo faceva oscillare tra la necessità di dare una interpretazione 'totale', unitaria e definitiva del reale e la consapevolezza di non poterlo mai afferrare completamente, Spirito si getta con coraggio nel dopoguerra. Orfano di Gentile e di Bottai, poco più che sfiorato dall'epurazione antifascista, egli riconquista in fretta una posizione di autorevolezza e potere all'interno dell'accademia. E, dall'alto della cattedra, egli accetta la sfida che l'alba del secondo Novecento gli offre, continuando però a rimanere legato ai suoi principi di fondo. «È così, a quasi cinquant'anni, inizia la seconda parte della sua vita, ritagliandosi il ruolo, che in fondo gli è congeniale, di grande saggio, un po' 'grillo parlante', profeta inascoltato ma anche venerato, perché si sa che dice cose vere e profonde» (16). Giovanilista e anticonformista, anti-individualista e anti-borghese, organicista e fautore del valore assoluto della tecnica: è così che Spirito si avvicina al comunismo, a quello sovietico prima e a quello cinese poi, viaggiando e conoscendo direttamente quelle realtà, incontrandone i leader, alla ricerca della società-macchina, dell'organismo perfetto in grado di trovare una sintesi tra le proprie parti, e di farle lavorare all'unisono per il raggiungimento di un superiore fine collettivo. L'idea di tutta una vita, insomma, quello che egli stesso definì come la «ricerca di un ideale di vita illuminato dal superamento dell'individualismo» (17).

In chiusura, pertanto non si può non sottolineare quanto appropriato sia il gioco di parole utilizzato da Breschi per il titolo di questo suo volume. *Spirito del Novecento* esprime infatti perfettamente la profonda adesione del pensiero del nostro filosofo al secolo che egli visse, cercò di interpretare ma, soprattutto, cercò di creare e di plasmare. Nei suoi folgoranti innamoramenti ideologici, così come nella tragicità dei suoi abbagli, si riflettono infatti i tratti di un secolo intero, che ha prodotto al tempo stesso l'emancipazione delle masse popolari e le più feroci dittature, che è stato un secolo di incredibile progresso e di tragedie inenarrabili. Ugo Spirito lo ha incarnato, per usare ancora le parole di Giuseppe Parlato, nella «ricerca continua di un assoluto, sapendo di non trovarlo, sperando di non trovarlo» (18) e questo solo basterebbe a dimostrare l'attualità del suo pensiero, figlio di un secolo che, in fin dei conti, è davvero difficile considerare concluso.

MASSIMILIANO GREGORIO

(16) BRESCHI, *Spirito del Novecento*, cit., p. 230.

(17) SPIRITO, *Memorie di un incosciente*, cit., p. 69.

(18) BRESCHI, *Spirito del Novecento*, cit., p. XVIII.

A proposito di...

FEDERIGO BAMBI

COSTITUZIONE, RAPPRESENTANZA E UNITÀ.
ALCUNE CONSIDERAZIONI TRA LINGUA E DIRITTO *

Le parole fanno paura, alle volte. Anche quelle della politica, e forse in certi momenti quelle soprattutto. E spesso si adottano, consapevolmente o meno, strategie di fuga perché la paura possa essere esorcizzata. Allora le parole si cambiano, senza però necessariamente mutarne il significato; oppure, percorrendo strade forse più sottili, si danno definizioni ironiche che ne facciano venir meno il valore dirompente, almeno per la parte politica che quelle parole, e le novità che esse rappresentano, avversa.

Prima ancora di *costituzione*, un fenomeno del genere ha riguardato *risorgimento*. Il quale è vocabolo che ha assunto il preciso significato che a tutti risuona nelle orecchie già nel Settecento, almeno verso la fine del secolo, lasciando sullo sfondo del proprio campo semantico quello originario di 'resurrezione'. Un esempio, tratto dalla pubblicistica del triennio rivoluzionario:

Or che sono disciolte, o vanno a disciorsi le macchine degli itali governi; or ch'esse debbono essere mosse da nuove molle politiche, or che gli artefici di queste non sono già gli abietti schiavi strumenti di qualche despota, ma sono i filosofi conoscitori dei diritti dell'uomo; or che l'invitto padre dei popoli [Bonaparte], circondato da un'armata d'eroi soffia il suo spirito avvivatore e scuote le italiche popolazioni, non è ora il tempo dell'*italo risorgimento*? Ah, risorga l'Italia, divenga la patria comune, e gli Italiani diventino una nazione (*Il difensore della libertà*, novembre-dicembre 1798) (1).

(*) A proposito delle voci *Costituzione* e *Unità* di Luca MANNORI, e *Rappresentanza* di Antonio CHIAVISTELLI dell'*Atlante culturale del Risorgimento. Lessico del linguaggio politico dal Settecento all'Unità*, a cura di A. M. BANTI, A. CHIAVISTELLI, L. MANNORI, M. MERIGGI, Roma-Bari, Laterza, 2011. Pubblico qui, con l'aggiunta di qualche nota, il testo dell'intervento letto il 10 marzo 2011 a Firenze presso il Gabinetto scientifico letterario G. P. Vieusseux in occasione del ciclo d'incontri *Parole e concetti del Risorgimento*.

(1) Traggo gli esempi relativi al lessico del triennio 1796-99 dagli ampi spogli che corredano il volume di Erasmo LESO, *Lingua e rivoluzione. Ricerche sul vocabolario politico italiano del triennio rivoluzionario*, Venezia, Istituto veneto di scienze, lettere ed arti, 1991.

Certo, la parola con quell'accezione era nata, ma molto più diffusa nel triennio giacobino fu *rigenerazione*. Ecco Giuseppe Compagnoni che ne fornisce un esempio:

[noi] non abbiamo avuto a comprare col nostro sangue la nostra *rigenerazione*, com'è convenuto fare agl'invitti nostri liberatori, e come i nostri fratelli bergamaschi e bresciani hanno fatto in questi ultimi giorni (*Elementi di diritto costituzionale democratico*, 1797).

Tanto diffusa da aver assunto un'« eccessiva caratterizzazione in senso democratico-repubblicano »⁽²⁾ da far sì che poi nella seconda metà dell'Ottocento ad essa sia stata preferita proprio *risorgimento*⁽³⁾ per indicare il fenomeno storico che, attraversando buona parte del secolo, avrebbe dovuto condurre all'unificazione d'Italia. Come — probabilmente a malincuore perché da repubblicano avrebbe forse preferito *ri-generazione* — nota e definisce il Tommaseo nel suo *Dizionario*:

Risorgimento. Atto del risorgere (...). In altri sensi di Risorgere, cade più pr. che Risurrezione. [T.] Risorgimento della nazione a vita civile migliore. Risorgimento di Grecia. L'ora del risorgimento (4).

Troppo diffusa quella parola da aver meritato (ecco l'altra strategia a cui si accennava) gli strali corrosivi del « famigerato », come lo definisce il Dardi⁽⁵⁾, *Nuovo vocabolario filosofico-democratico indispensabile per ognuno che brama intendere la nuova lingua rivoluzionaria*, scritto dal gesuita (mancato) Lorenzo Ignazio Thjulen, pubblicato la prima volta anonimo a Venezia nel 1799⁽⁶⁾, e poi diverse altre anche in

Su *risorgimento* vedi la voce di A. M. BANTI nell'*Atlante culturale del Risarcimento* cit., pp. 33-39, dove si legge anche il passo appena rammentato.

(2) E. LESO, *Lingua e rivoluzione* cit., p. 154.

(3) E anche prima; e si legge perfino negli atti di coloro contro i quali quel processo alla fine sarebbe stato destinato a operare: « Alle quali [nuove forme politiche] ora muove l'animo Nostro il desiderio di adempiere con ferma, costante e deliberata volontà quel proposito che fu da Noi precedentemente annunziato ai nostri sudditi amatissimi, e di procurare ad essi, ora che il tempo ne è giunto, quella maggiore ampiezza di vita civile e politica alla quale è chiamata l'Italia in questa solenne inaugurazione del nazionale *risorgimento* » (*Preambolo allo Statuto del Granducato di Toscana* concesso dal Granduca Leopoldo II il 15 febbraio 1848).

(4) N. TOMMASEO - B. BELLINI, *Dizionario della lingua italiana*, Torino, Società l'Unione Tipografico Editrice, 1865-1879, in 4 voll.; vol. IV, pt. I, 1872, s. v.; la sigla T. tra parentesi quadre indica che gli esempi sono dovuti direttamente al Tommaseo.

(5) A. DARDI, « *La forza delle parole* ». In *margine a un libro recente su lingua e rivoluzione*, Firenze, 1995, p. 13.

(6) [L. I. THJULEN], *Nuovo vocabolario filosofico-democratico indispensabile per ognuno che brama intendere la nuova lingua rivoluzionaria*, Gelopoli (cioè Venezia),

lingua straniera, e ancora di nuovo, in tempi che avrebbero dovuto essere radicalmente diversi, a Firenze nel 1849 (coi tipi di G. B. Campolmi) e a Napoli nel 1850 (A. Festa):

Rigenerazione. Non v'è vocabolo adoperato dai democratici in senso più giusto ed energico di questo. Senza una *rigenerazione* della natura umana e di tutti gli uomini sarà sempre impossibile che il mondo divenga democratico sul gusto moderno. Finché sarà essenziale alla natura umana l'essere ragionevole, socievole, umano, religioso, come potrà alcuno divenire affatto irragionevole, empio, ateo, crudele, scellerato e pazzo sino agli ultimi eccessi, senza essere affatto ed intieramente *rigenerato*? Non vi è dunque né vi può essere vera Democrazia, né alcun può riuscire vero patriota democratico senza essere *rigenerato* (7).

Sino ad arrivare a paragonare la *rigenerazione* alla possessione demoniaca:

Non sentiste mai parlare d'Energumeni ed Ossessi? Se il demonio entra in un corpo umano, non è subito fatta questa rigenerazione democratica? Qual meraviglia sarebbe che un uomo posseduto dal demonio dicesse empietà e pazzie, e facesse crudeltà e scelleratezze, alle quali non sarebbe capace di arrivare l'umana natura? Se governasse un energumeno, qual governo si potrebbe aspettare fuorché *demonocratico*? (8).

Ed ecco, con *demonocratico*, l'invenzione linguistica scoppietante, il neologismo audace, come ce ne sono tanti nel *Vocabolario*, ma destinato, come gli altri, a non avere seguito nell'uso linguistico (9). Ecco soprattutto la definizione irridente che serve al reazionario per depotenziare il valore politico innovativo di *rigenerazione*.

Ma si deve dire di *costituzione*, che è forse la parola più politicamente rivoluzionaria per il significato che incarna, ma che è anche quella che ha la più lunga storia prima della Rivoluzione. Ed è una storia che spesso ritorna e influisce sulle evoluzioni semantiche future. Lasciatemela raccontare brevemente, in poche frasi.

È una vicenda (10) che attraversa l'Europa, visto che nasce con il latino *constitutio* e riguarda in diciotto secoli almeno quattro lingue.

1799; poi in due volumi viene stampato ancora a Venezia, presso Francesco Andreola, sempre nel 1799. Cito dalla nuova recente edizione a cura di Chiara CONTINISIO con prefazione di Sergio ROMANO, Milano, Biblioteca di via Senato Edizioni, 2004.

(7) L. I. THJULEN, *Nuovo vocabolario filosofico-democratico* cit., p. 124.

(8) Ivi, p. 125.

(9) Vedi sul punto A. DARDI, « *La forza delle parole* » cit., p. 14.

(10) Sulla quale rimando a F. BAMBI, *Costituzione*, in *Io parlo da cittadino. Viaggio tra le parole della Costituzione italiana. I principi fondamentali*, a cura di M. BOSSI e N. MARASCHIO, Firenze, Regione Toscana, 2008, pp. 58-63.

Quella latina, prima di tutto, dove tra primo e secondo secolo dell'era volgare, nella sfera semantica della parola si stabilizza il significato di 'legge dell'imperatore'. Ma prima ancora *constitutio* aveva assunto un valore forse anche più importante ai fini degli sviluppi futuri: quello di 'struttura dello stato per l'esercizio della sovranità, forma di governo'. In un celebre passo del *De re publica*, Cicerone considera tra le forme di governo possibili la migliore quella che risulta dalla compenetrazione delle tre forme base (la monarchia, l'aristocrazia, la democrazia) perché, assicurando la compartecipazione alla gestione del potere, riesce a garantire maggiore eguaglianza e più forte stabilità: *haec constitutio* dice l'Arpinate. Nei secoli successivi poco cambia, e anche quando — per gradi — il volgare si sostituirà al latino come lingua del diritto e della scienza politica, *costituzione* conserverà gli antichi valori di 'legge' e di 'struttura dello stato'. Non solo nel volgare italiano, ma anche in Inghilterra e in Francia. E saranno proprio le vicende politiche inglesi, di qua e di là dall'oceano tra XVII e XVIII secolo, a far sorgere la novità. *Constitution* è 'legge' (dal 1380), *constitution* è 'struttura di governo di una comunità politica' (dal 1647), *constitution* diventa la 'legge che disciplina la struttura di governo di una comunità politica'. Nella prima metà del Settecento il vocabolo già si dice di quell'insieme di norme consuetudinarie che regolano l'assetto politico inglese; per avere una *costituzione* come 'atto scritto' occorrerà far maturare le vicende americane con le carte costituzionali delle colonie, e poi con la bandiera conclusiva del processo politico e linguistico: la *Constitution of United States* del 1787. Nel frattempo il nuovo significato era passato nel francese, e dal francese, già nel terz'ultimo decennio del secolo, in italiano, in concorrenza ancora con i valori tradizionali, soprattutto con quello di 'legge del sovrano'. E anche la nuova *costituzione*, quale vocabolo terrifico al pari di *rigenerazione*, non aveva potuto fare a meno di attirarsi la pungente ironia del *Nuovo Vocabolario* del Thjulen:

Costituzione. Si stima sempre un capo d'opera della Democrazia moderna. Una Costituzione qualunque democratica moderna fra le altre forme di governo si può assomigliare al porco nato solo al macello tra un anno o al più due. Appena è nata una Costituzione democratica, che si fa l'oroscopo. Ella è un capo d'opera di politica, una cosa divina, il *non plus ultra* della sapienza umana, il fonte di felicità per i popoli. Si accetta, si giura l'osservanza, si deve difendere a costo della vita e del sangue. Fortuna però che proteste, giuramenti e patriotismo di sangue e vita (a riserva quando si giura di spogliare e assassinare) democraticamente significano nulla ed ancora meno. Appena è passato un anno, che il porco è maturo per il macello. La cosa divina, il capo d'opera di politica ed umana felicità è divenuto una cosa cattiva, e la causa di mille malanni al popolo felice. Addio giuramenti! Si rovescia il capo d'opera senza il menomo danno del prezioso sangue democratico, s'infanta un'altra Costituzione, ugualmente felicitante, sotto gli stessi oroscopi. Ognuna Costituzione democratica è però sempre

immutabile, indivisibile, eterna ecc. Da ciò si rileva il significato di un altro vocabolo democratico, cioè

Eternità, e vuol dire circa un anno, e quando l'eternità è assai lunga dura due anni. È cosa assai rara che alcun regolamento democratico oltrepassi l'eternità ⁽¹¹⁾.

Anche questo sarcasmo dimostra che il nuovo significato aveva ormai profondamente attecchito nell'uso linguistico.

Cambia il valore lessicale di *costituzione* nel primo cinquantennio dell'Ottocento nei vari passaggi tra i diversi modelli di volta in volta auspicati dalle « élites capacitarie » secondo la felice terminologia di Luca Mannori? Si arricchisce la sfera semantica della parola, oppure s'impoverisce? O rimane la stessa?

Mi pare che ci si trovi di fronte ad una sorta di corsa in circolo, nella quale talora prende il sopravvento l'antico significato di 'struttura della stato', di 'forma di governo', talaltra quello di 'legge fondamentale' che realizza un ordine nuovo; in modo però non necessariamente legato al modello che si andava propugnando in quella specifica fase risorgimentale, fosse quello di una costituzione meramente ricognitiva oppure quello di una costituzione novativa; fermo restando che sempre in ogni caso rimaneva presente anche l'altro valore, che pur tirandosi indietro continuava comunque a stagliarsi sullo sfondo.

La riprova si ottiene andando a considerare l'esito finale della lotta per la costituzione del XIX secolo. Di quelle tentate o di quelle fatte, ne rimane in piedi una sola: lo *Statuto* albertino del '48. E le sue caratteristiche, e il suo nome, influenzano le definizioni della nascente lessicografia politica in uno scambio frequente, tra il valore di 'legge fondamentale' e quello di 'forma di governo', e che finisce per arricchire sia il primo che il secondo significato, attraverso forme — diciamo così — ibride.

A distanza di due anni vengono stampati a Torino due dizionari che hanno in comune l'obbiettivo di educare al nuovo linguaggio politico il popolo: il *Dizionario politico nuovamente compilato ad uso della gioventù italiana* nel 1849 ⁽¹²⁾, e il *Dizionario politico popolare* nel 1851 ⁽¹³⁾. Gli scopi ben risultano dalle rispettive introduzioni. Dalla prima:

⁽¹¹⁾ L. I. THJULEN, *Nuovo vocabolario filosofico-democratico* cit., pp. 60 s.

⁽¹²⁾ *Dizionario politico nuovamente compilato ad uso della gioventù italiana*, Torino, presso G. Pomba e C. editori, 1849. Più moderato rispetto al secondo, ma comunque feroce nei confronti dell'Antico Regime e dell'aristocrazia: « E con tutto ciò la Costituzione inglese s'appressa al suo termine, perché l'Aristocrazia di nascita, vinta ed abbattuta per ogni dove sul continente europeo, può resistere più a lungo in quell'isola, ma finalmente anche ivi debbe soccombere », secondo la penna di « un pubblicista straniero » le cui parole si raccolgono alla voce *Costituzione* (p. 223).

⁽¹³⁾ *Dizionario politico popolare appositamente compilato*, Torino, Tip. di L.

Nelle monarchie costituzionali e nelle repubbliche democratiche, le assemblee deliberanti, le elezioni e la libertà di stampa chiamano ogni individuo a prender parte od almeno interesse ed amore alle faccende dello Stato. Ora sieno quali si vogliano le sorti che per l'Italia anzi per la massima parte d'Europa si agitano nell'urna dei fati, manifesto apparisce che la monarchia costituzionale e la repubblica democratica (ma assai più quella che questa) sono le due forme destinate a reggere la nostra generazione, e forse per secoli le generazioni successive. Laonde la presente utilità ed opportunità di un *Dizionario politico* non richiede altre prove ⁽¹⁴⁾.

Dalla seconda:

Il popolo fu già chiamato da un brav'uomo un fanciullo-gigante. Benone! Gigante per la sua grandezza e per la sua forza, fanciullo per la sua bontà primitiva, per le sue illusioni, per la sua ignoranza (...). Dunque questo gigante-eternamente-fanciullo bisogna educarlo, cioè togli la sua ignoranza (...). Ma quante (...) parole e frasi le nuove istituzioni e questioni politiche hanno introdotto? Ebbene, povero fanciullo, conviene insegnargliele, come proprio si insegna ai fanciulli la lingua: con l'uso e col dizionario... Ci siamo. La *Propaganda* pone in mano al popolo un *Dizionario politico* (...) un libro dove sono raccolte per ordine alfabetico tutte le parole della politica, colla loro spiegazione chiara e lampante ⁽¹⁵⁾.

Il *Dizionario politico (...) ad uso della gioventù italiana* apre la voce *Costituzione* con una definizione generalissima: « In politica, *Costituzione* significa la legge fondamentale di uno Stato »: in questo senso tutti gli stati hanno una *costituzione*, e ce l'aveva anche la monarchia assoluta di Luigi XIV di Francia, per quanto non scritta e basata invece su costumi e tradizioni. Ma poi meglio si precisa e si distingue, arrivando a collegare il nome di *costituzione* solo a quelle leggi fondamentali che realizzino una particolare forma di governo:

ma più comune, *Costituzione* ora dicesi quella legge scritta, ossia quell'Atto costituzionale, che stabilisce una forma di governo la quale distingue il potere esecutivo dal potere legislativo, ed a quest'ultimo assume, in tutto o in parte, i cittadini a ciò eletti dal popolo ⁽¹⁶⁾.

Cioè, e forse con qualche forzatura: in senso più proprio non tutte le 'leggi fondamentali' sono *costituzioni*, ma solamente quelle che

Arnaldi, 1851. Traggio i passi dalla nuova edizione a cura di Pietro TRIFONE con introduzione di Luca SERIANNI, Roma, Salerno editrice, 1984.

⁽¹⁴⁾ *Dizionario politico (...) ad uso della gioventù italiana* cit., pp. [5] s.

⁽¹⁵⁾ *Dizionario politico popolare* cit., pp. 23 s. La *Libera Propaganda* è l'associazione politico-culturale torinese che promosse il *Dizionario* sostenendone le spese di stampa e la distribuzione.

⁽¹⁶⁾ *Dizionario politico (...) ad uso della gioventù italiana* cit., pp. 220 s.

introducono forme di governo rappresentativo: ecco un primo caso di “ibridazione” tra i due significati principali.

Un secondo, forse ancora più netto, si legge nel *Dizionario politico popolare* del 1851:

Costituzione. È quel sistema di *governo temperato* che sta tra l'assolutismo e la repubblica ed è formato da un re nelle cui mani sta il *potere esecutivo* e da un parlamento che ha il *potere legislativo* (...). Si chiama *costituzione* anche lo *statuto fondamentale* di uno stato retto sotto forme liberali (17).

Qui in prima battuta siamo tornati addirittura a Cicerone, cioè ad una *costituzione* mera ‘forma di governo’, ma sempre naturalmente — come qualità essenziale — dai contenuti rappresentativi. Il riferimento ad una ‘legge fondamentale’ giunge solo alla fine, con il rimando all’atto regolatore di quel sistema politico che per avventura in Piemonte aveva preso il nome di *Statuto*. Per avventura per modo di dire, perché — come si sa — la scelta del nome avvenne per iscarsare quell’odore di “democratico” che sarebbe trasudato da una parola come *costituzione* e che male s’attagliava ad una pietanza cucinata e servita in tavola per iniziativa di un sovrano (18). La scelta di *statuto* insomma era avvenuta ancora per quella paura della parola di cui si diceva all’inizio.

Queste contaminazioni (soprattutto la prima) non rimarranno isolate, ma saranno spesso riprese dalla lessicografia più nobile, cioè da quella non “politica”. La *V Crusca* nel 1878 riproporrà una definizione simile a quella del *Dizionario politico (...) ad uso della gioventù italiana*, intendendo *costituzione* usato assolutamente

per la Legge fondamentale d’uno Stato che si regga con ordini liberi. E in particolare parlandosi di uno Stato monarchico, la Legge per la quale la potestà regia è temperata, e partecipata col Parlamento; Statuto (19).

Lo stesso aveva fatto nel 1865 il Tommaseo, secondo il quale la *costituzione* è, tra l’altro, il

Patto tra il Principe e la Nazione, dal quale è temperata la potestà di lui, dal volere d’essa nazione manifestato legittimamente per via de’ suoi deputati (20).

(17) *Dizionario politico popolare* cit., p. 79.

(18) Cfr. F. BAMBI, *I nomi delle ‘leggi fondamentali’*, in « Studi di lessicografia italiana », XI (1991), pp. 197 ss.

(19) *Vocabolario degli Accademici della Crusca. Quinta impressione*, in Firenze, nella tipografia galileiana di M. Cellini e C., voll. I-XI, 1863-1923; vol. III, 1878, s. v.

(20) N. TOMMASEO - B. BELLINI, *Dizionario della lingua italiana* cit., vol. I, 1865, s. v.

Ancora, queste contaminazioni mi sembrano, come per altri versi sono sembrate a Luca Mannori — ma dal suo punto di vista di storico delle istituzioni e del pensiero politico, che non è il mio di semplice linguista giuridico — sintomo ed indice delle difficoltà in cui si è mosso il movimento italiano per la *costituzione* nel primo cinquantennio del XIX secolo.

Le ultime definizioni di *costituzione* hanno dunque mostrato l'intimo legame sentito nell'Ottocento tra la 'legge fondamentale' e una 'forma di governo rappresentativo': il concetto di *costituzione* pare cioè non potere prescindere dalla *rappresentanza politica*. I due vocaboli cominciano a compiere dunque un tratto di strada comune, ma le loro storie sono differenti.

L'astratto *rappresentanza* è parola di meno lunga tradizione giuridico-istituzionale. Con un valore riconducibile al concetto di 'vicarietà giuridica', per usare l'espressione di Hasso Hofmann ⁽²¹⁾, compare nella prima metà del XVII secolo ⁽²²⁾, ma comincerà poi a diffondersi solo nel successivo ⁽²³⁾.

Anche se nei secoli precedenti qualche significato interessante era maturato per il verbo *rappresentare*, che lasciava presagire sviluppi futuri anche per il sostantivo derivato. Così è già trecentesca l'accezione di 'compiere un'attività giuridica in nome e per conto di altri', riferita a degli ambasciatori nelle *Dicerie* di ser Filippo Ceffi: « Certo noi ambasciatori, che *rappresentiamo* nostra città Bibbona, non avemo mai novelle che tanto conturbassero nostra terra quanto queste, con ciò sia cosa che in aversitate » (prima metà del sec. XIV) ⁽²⁴⁾. Ma — naturalmente — le origini del significato che ci riguarda, per il verbo e per il sostantivo, vanno ricercate nell'evoluzione semantica che i corrispondenti latini *repraesentare* e *repraesentatio* subiscono nella letteratura giuridica, politica e teologica del medioevo e dei primi secoli dell'età moderna, posto che nel latino classico e in quello delle fonti giuridiche le loro accezioni sono diverse ('consegnare' / 'consegna'; 'raffigurare' / 'raffigurazione'; 'pagare subito' / 'pagamento immediato').

Per *rappresentanza* la connotazione propriamente e moderna-

⁽²¹⁾ H. HOFMANN, *Rappresentanza-rappresentazione. Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento*, traduzione di C. Tommasi, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 172 ss.

⁽²²⁾ *Relazioni dei rettori veneti in terraferma*, a cura dell'Istituto di storia economica dell'Università di Trieste, Milano, Giuffrè, 1973-1979, in 14 voll.; vol. I, 1973, *La Patria del Friuli*, p. 263: « et li deputati della Patria nelli negozi comuni, quali sono frequenti, attendono al beneficio della principal *rappresentanza* loro » (1643).

⁽²³⁾ Cfr. G. REZASCO, *Dizionario del linguaggio italiano storico ed amministrativo*, Firenze, Le Monnier, 1881, s. v.

⁽²⁴⁾ Ser Filippo CEFFI, *Dicerie*, in G. GIANNARDI, *Le « Dicerie » di Filippo Ceffi*, « Studi di filologia italiana », VI (1942), p. 50.

mente politica giungerà solo alla fine del Settecento, nel periodo giacobino, quando si porrà il problema dell'individuazione dello strumento necessario ai cittadini per autogovernarsi. E naturalmente, anche in questo caso, il vento che soffierà sarà quello francese. Un vento che gonfierà le vele di tutta la famiglia di parole: ad esempio, *rappresentante del popolo* comincerà ad essere il 'membro dell'assemblea legislativa', *rappresentativo* diverrà quel *governo* in cui i membri dell'assemblea legislativa sono eletti dal popolo, che può partecipare in questo modo alla gestione della sovranità (25).

Si discuterà poi nel primo cinquantennio dell'Ottocento su come realizzare concretamente, tra tentativi ed insuccessi, la *rappresentanza*; come bene ci mostra Antonio Chiavistelli, tra costruzioni piramidali di rappresentanze municipali, modelli regionali e modelli nazionali, modelli duali e modelli individuali; per arrivare infine alla « rappresentanza 'nazionale' a base individuale e censitaria » (p. 354) che sarà concretamente e stabilmente attuata, almeno in Piemonte. Ma il concetto politico ormai era acquisito. E direi che anche sul piano strettamente lessicale i giochi già si fossero chiusi sullo scorcio del secolo precedente.

Insomma, dovendo spiegare il verbale dell'Assemblea della Municipalità provvisoria di Venezia del 12 maggio 1797 dove « (...) si rendeva indispensabile l'istituire a Venezia un *governo rappresentativo* (...) », io troverei perfettamente omogenea e coerente la definizione offerta cinquant'anni dopo dal *Dizionario politico nuovamente compilato ad uso della gioventù italiana*:

Appellansi, a' di nostri, *Governi Rappresentativi* quelli che gli antichi chiamavano Governi misti, vale a dire i governi in cui l'esercizio della sovranità viene diviso tra vari poteri o corpi politici. Deriva questa denominazione dal fatto che ad uno di questi poteri è specialmente affidata la cura di rappresentare gl'interessi generali del popolo. In più brevi parole, *Governo Rappresentativo* è quello in cui il popolo interviene non in persona, ma per mezzo de' suoi Rappresentanti eletti da esso (26).

Per *rappresentanza* dunque il primo Risorgimento aggiunge poco, almeno sul versante strettamente lessicale.

Di più, il primo cinquantennio del XIX secolo, forse fece per *unità*, che è parola che ha un antico significato politico, ben distinto però da quello risorgimentale. Nel Trecento infatti il vocabolo, che nella legislazione statutaria bilingue ha come corrispondente latino solitamente *unio* e non *unitas* (27), ha il significato di 'concordia', da

(25) E. LESO, *Lingua e rivoluzione* cit., pp. 291 s.

(26) *Dizionario politico (...) ad uso della gioventù italiana* cit., p. 563.

(27) P. FIORELLI, *La lingua del diritto e dell'amministrazione*, in P. FIORELLI, *Intorno alle parole del diritto*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 28.

intendersi come quel particolare stato di armonia e assenza di divisioni tra cittadini, o tra i membri di una corporazione, che è condizione essenziale per il mantenersi e lo svilupparsi dell'istituzione. Come lui stesso ci racconta, per amore dell'*unità* 'concordia' Dino Compagni prese la parola all'adunanza generale di Parte guelfa del 1301:

Ritrovandomi in detto consiglio io Dino Compagni, desideroso di *unità* e pace fra' cittadini, avanti si partissono dissi: "Signori, perché volete voi confondere e disfare una così buona città? Contro a chi volete pugnare? contro a' vostri fratelli? Che vettoria arete? non altro che pianto" (28).

Non è proprio questo il valore politico che *unità* prende nel triennio rivoluzionario. Mi pare che la parola sia declinabile in due significati diversi. Da un lato indica staticamente la 'coesione interna istituzionale' di uno stato, e in questo senso è l'opposto di particolarismo e di *federalismo*:

se tali fondi rimanessero in mano delle rispettive amministrazioni municipali, queste cadrebbero totalmente in grave tentazione di *federalismo*, e l'*unità* della Repubblica potrebbe correre pericolo di non esistere che di nome (*Assemblee della Repubblica Cisalpina*, 12 gennaio 1797);

oppure (il passo che cita anche Mannori, p. 374):

Questo edificio [il nuovo edificio politico] dovrà esso pure fondarsi sui principi dell'attuale Costituzione, che sono quelli di ogni governo repubblicano, la sovranità del popolo, l'*unità* della repubblica, l'uguaglianza di dritto, la libertà, il sistema rappresentativo: non vi è da riformare che la sua organizzazione costituzionale (*Gazzetta nazionale della Liguria*, 14 dicembre 1799).

Dall'altro lato può assumere un senso più dinamico e non "interno" ad un ordinamento dato ma proiettato verso l'esterno, cioè la 'riunione di più patrie italiane':

(...) ascoltate [o direttori cisalpini] la loro [dei veneti] domanda, date a questa importante missione quel colpo d'occhio politico, che facendovi vedere i reali vantaggi annessi all'*unità* de' popoli liberi d'Italia, vi conduca a facilitare l'esito sospirato (*Assemblee della Repubblica Cisalpina*, 24 agosto 1797).

Sempre con il controcanto — per chi voglia ascoltarlo — del Thju-len, alla voce *indivisibile* del *Nuovo vocabolario filosofico-democratico*:

Indivisibile. Sinora Ciò che non si può dividere; in lingua moderna

(28) Dino COMPAGNI, *Cronica delle cose occorrenti ne' tempi suoi*, in *Dino Compagni e la sua Cronica*, a cura di I. DEL LUNGO, Firenze, Le Monnier, 1879-1887, in 3 voll.; vol. III, 1887, p. 152 (libro I, cap. XXIV).

Ciò che si può e si deve dividere. Così si divisero tanto in infinito, che si disfecero in nulla le indivisibili Cispadane, Traspadane, e lasciarono in eredità la loro indivisibilità alla figlia Cisalpina ⁽²⁹⁾.

Sarà proprio il secondo significato che prevarrà nella fase risorgimentale — dopo le incertezze iniziali sottolineate da Luca Mannori — come ancora una volta conferma il *Dizionario politico popolare* alla voce *Unità*:

L'unità politica di una nazione è la base più sicura per il suo perfezionamento. L'unità differisce dall'unione in questo, che le parti che costituiscono l'unione serbano tanta vitalità individuale da nuocere all'azione dell'insieme. Noi italiani aspiriamo all'*unità italiana*, cioè a quella nazionalità per cui quando ad un italiano si domanderà: "Di che paese siete voi?", egli risponderà: "Sono italiano" ⁽³⁰⁾.

E come è ancora testimoniato, secondo quanto giustamente sostiene Mannori, dal fatto che proprio in quegli anni entra in circolo un'altra parola dal significato analogo, ma morfologicamente composta da un suffisso che indica proprio l'azione: *unificazione*. Attestata dalla lessicografia per la prima volta nel 1855 ⁽³¹⁾, segnerà finalmente la svolta nell'ideologia risorgimentale perché dietro quella parola si comincerà a pensare a un 'processo' per giungere all'*unità*, un processo che necessariamente avrebbe dovuto essere guidato dalla monarchia piemontese.

Poi a *unità* raggiunta, *unificazione* si connoterà di un sapore tipicamente giuridico più che politico, come si sa, o s'impara, leggendo il *Vocabolario* del Tommaseo, ma siamo già nel 1879:

Unificazione. L'Atto e l'Effetto dell'unificare, specialmente nel senso politico o amministrativo. [T.] Unificazione legislativa. Unificazione amministratrice. Unificazione delle imposte. Leggi di unificazione. Unificazione italia. Unificazione germanica ⁽³²⁾.

Lunga dunque è stata la strada percorsa da *unità* 'concordia' del primo Trecento sino a *unità/unificazione* come 'processo di integrazione nazionale' del Risorgimento. E speriamo che non ci siano oggi troppi ripensamenti e inversioni di tendenza fuor di luogo.

⁽²⁹⁾ L. I. THJULEN, *Nuovo vocabolario filosofico-democratico* cit., p. 61.

⁽³⁰⁾ *Dizionario politico popolare* cit., pp. 238 s.

⁽³¹⁾ F. UGOLINI, *Vocabolario di parole e modi errati che sono comunemente in uso*, Firenze, Barbèra-Bianchi, 1855, s. v.

⁽³²⁾ N. TOMMASEO - B. BELLINI, *Dizionario della lingua italiana* cit., vol. IV, pt. II, 1879, s. v.

ITALO BIROCCHI, DIEGO QUAGLIONI, ALDO MAZZACANE
LA TRADIZIONE GIURIDICA OCCIDENTALE NELLA
PROSPETTIVA DELLA SUA CRISI PRESENTE ⁽¹⁾

(ITALO BIROCCHI)

Il libro di uno studioso americano che guarda alla storia giuridica europea invita immediatamente alla discussione, non solo come una qualsiasi opera nuova che viene proposta alla comunità scientifica, ma anche in quanto inevitabilmente riflette forme di accostamento alla materia diverse da quelle cui siamo abituati; tanto più se l'autore ha uno spirito originale e non teme di esporsi con interpretazioni nette. È il caso di Berman e del libro qui presentato, che ha una lunga storia essendo il secondo volume di un'opera pubblicata nel giro di un ventennio in edizione americana (1983-2003) e che ora si completa in edizione italiana (1998-2010).

Le riflessioni che seguono riguardano essenzialmente l'impatto di questo nuovo volume nella storiografia italiana, come parte, tuttavia, della storiografia continentale. E si può dire subito che, sebbene il lettore di professione fosse già preparato, l'impressione è quella di una scossa: complice anche una notevole unilateralità che rende particolarmente evidenti le tesi dell'autore, Berman affronta nodi irrisolti e temi talvolta trascurati o esorcizzati con una impostazione che ha il merito di considerare l'esperienza giuridica entro la sua naturale trama pratico-culturale.

Uno *shock*, ovviamente benefico. Berman propone una visione in cui l'esperienza giuridica europea si dipana in una continuità vivificata da alcuni momenti rivoluzionari, forieri di profonde trasformazioni. La tradizione non è dunque solo continuità, ma si alimenta e si rinnova attraverso le Rivoluzioni, che le conferiscono nuova forza propulsiva. In particolare, la visione storicista di Berman, ove il diritto è espressione del sociale e del politico come pure della morale, individua nell'espe-

⁽¹⁾ A proposito di HAROLD J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione, II. L'impatto delle Riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale* [2003]. Edizione italiana a cura di Diego Quaglioni, Bologna, Il Mulino, 2010.

rienza giuridica europea la matrice della modernità, che muove dalla riforma gregoriana (sec. XI) e poi prosegue con le due riforme protestanti: quella tedesca (1517-55) e quella inglese (1640-89). Si tratta dunque di una lunga età moderna comprendente anche il periodo che nelle convenzioni correnti abbraccia il Basso Medioevo. Tutto il secondo volume riguarda l'impatto di un rinnovato pensiero religioso sulla tradizione giuridica occidentale, attraverso il quale in fondo si propose una spiritualizzazione del diritto che si unì, senza contraddizione, ad un processo di secolarizzazione (2). È una spiritualizzazione che, nella riforma tedesca, avvenne mettendo al centro le tavole del Decalogo come complesso di principi ispiratori attorno ai quali doveva svilupparsi la legislazione dei sovrani e la riflessione della dottrina, in un intreccio che coinvolgeva anche le consuetudini, espressione di una tradizione insita nella vita del popolo, e che prevedeva altresì il requisito dell'utilità e della « conformità alle necessità politiche, economiche e sociali in un dato tempo e in un dato luogo » (3). Nella Gloriosa Rivoluzione la spiritualizzazione si affermò riconoscendo nel diritto, accanto al profilo politico e a quello storico, anche l'aspetto morale (4).

Ed ecco allora che le Rivoluzioni religiose messe al centro dell'opera si risolvono in un lievito del diritto degli Stati: la riflessione di Berman fatalmente evidenzia come, all'interno di una *koiné* fondata sui principi morali, ci sia una forte tendenza a enucleare ordinamenti legati alle tradizioni nazionali in via di costruzione. Si può parlare perciò di una civiltà giuridica occidentale, all'interno della quale il diritto andò prendendo la forma dei diritti nazionali, attraverso l'azione dei principi e della dottrina.

È un'interpretazione che presenta un forte impatto rispetto a visioni — un tempo dominanti e oggi ancora in qualche misura persistenti in Italia — dell'esperienza tra Cinque e Seicento come un'età rinnovata dall'umanesimo e caratterizzata dal processo di secolarizzazione del diritto; ma anche come un'età opaca e difficile da inquadrare, o perché espressione ambigua della dialettica tra *mos italicus* e *mos gallicus*, o perché teatro di quella lunga crisi del diritto comune che solo alla fine si sarebbe risolta nei nuovi ordinamenti a diritto codificato.

Che queste visioni radicate abbiano bisogno di un ripensamento generale non pare dubbio. Esse sono figlie di una impostazione storiografica italo-centrica, che fatalmente considerava quei tre secoli, successivi alla grande fioritura degli ordinamenti e della scienza giuridica tardomedievale e precedenti alla unificazione nazionale, come secoli di mezzo, con deboli esperienze statuali, legati a un presunto "sistema" del diritto comune che da un lato ebbe la forza per "diffondersi" in

(2) BERMAN, p. 115, 119.

(3) BERMAN, p. 148.

(4) BERMAN, p. 483.

Europa ⁽⁵⁾, e dall'altro però appare inesterilirsi e procedere verso il declino, come mostrerebbe l'irrisolta contesa sul metodo d'insegnamento.

L'esigenza di una visione europea che unanimemente oggi è espressa dalla storiografia giuridica non può accontentarsi solo di comparazioni e allargamenti degli oggetti di riflessione, aggiungendo magari una trattazione sul giusnaturalismo (in precedenza quasi del tutto trascurato dalla storiografia giuridica italiana) e sullo Stato e le grandi monarchie nazionali. In quest'ottica il libro di Berman ci propone una linea interpretativa che muove appunto dalla considerazione dei valori rifondati della civiltà giuridica europea in due secoli particolarmente significativi, il Cinque ed il Seicento. Il tema è questo: se il diritto è lettura normativa del sociale nella storia, per lo storico si tratta di andare alla ricerca dei principi morali che ne furono il fondamento e che complessivamente costituiscono i caratteri di quella civiltà.

Esaminiamo in dettaglio alcuni punti-chiave della proposta di Berman.

a) *Il problema delle periodizzazioni.* È un terreno notoriamente pericoloso, ove le scelte, arbitrarie per definizione, possono quasi sempre essere criticate; tanto più quando si staccano dalle convinzioni consolidate, perché allora abbisognano di specifici e robusti argomenti, sempre difficili da accettare di fronte all'idea che ogni partizione è artificiale e viola la ininterrotta continuità della storia e che comunque già si dispone di scansioni, pure nate da scelte arbitrarie ma col pregio della immediata comprensibilità assicurata dall'uso comune.

La questione, in effetti, non appassiona, perché almeno una parte delle discussioni su cesure e continuità dipende dal punto di vista da cui ci si pone e dallo sguardo più o meno ravvicinato che si rivolge all'oggetto di ricerca.

Ecco: se ci si misura in concreto con il punto di vista di Berman — teso, lo si ripete, a cercare i fondamenti morali comuni che innervano l'esperienza giuridica occidentale — appare ben plausibile parlare di una età moderna che comincia dalla riforma gregoriana ed è poi scandita da ulteriori Rivoluzioni/Riforme. In particolare, nessun dubbio sulla svolta da situare nei primi decenni del Cinquecento (per Berman coincidente con la Riforma luterana). Sono gli anni in cui gli Stati si sforzano di riorganizzare le proprie strutture all'interno (tipica la tendenza a regolamentare un settore vitale come l'amministrazione della giustizia in campo penale) e all'esterno (problemi della guerra, ma anche della creazione di regole stabili che favoriscano rapporti di dominio e condizioni di commercio); dagli Stati sorge in sostanza una

⁽⁵⁾ Anche il termine è sintomatico: il sistema "si diffonde" in Europa perché ha un centro ideale di costruzione che è la scienza giuridica italiana del tardo medioevo.

domanda nuova di organizzazione delle istituzioni di governo e di disciplinamento della vita civile.

Ma la domanda non muove solo dagli Stati, bensì riflette istanze anche della società civile; e non a caso gli anni di cui parliamo sono anche quelli in cui la teologia morale e la scienza giuridica, ovvero le due principali fonti di produzione intellettuale che danno forma alla vita civile, sono attraversate da profondi ripensamenti — crisi — che sono segni di rinnovamento.

La teologia abbandona i temi che nei libri penitenziali e nei trattati prevalentemente maneggiava in un'ottica di salvezza dei privati (i contratti e le usure, l'adulterio e i comportamenti contro la morale sessuale, ecc.) e si dedica a riformulare l'intero sistema etico, coinvolgendo questa volta anche la gestione del potere, gli Stati ed i rapporti *inter gentes*.

La scienza giuridica, che ha tempi di risposta più lenti perché il giurista, a differenza del teologo, non è tenuto a pronunciarsi necessariamente e urgentemente sulla liceità di qualunque comportamento, per la verità si mostra inizialmente pressoché muta di fronte ai grandi avvenimenti (la scoperta delle Indie, l'apertura globale dei traffici, la guerra nelle nuove forme); pensa a riflettere su se stessa attraverso bilanci complessivi e messe a punto storiografiche (è il caso di un Giasone) e ad accumulare risorse applicando, questa volta dal proprio interno, le armi critiche che dai tempi di un Petrarca o di un Valla si erano andate sperimentando. Ma si sforza a sua volta di passare a una fase propositiva e progettuale, rinnovando metodi e contenuti. La fioritura di opere utopistiche, che interessa congiuntamente il pensiero morale e quello giuridico, ne è una spia palese.

Insomma: la sottolineatura di una discontinuità da registrare nei primi decenni del XVI secolo sembra proficua. Ma si può tale discontinuità identificare con la Riforma luterana?

b) *Quale rifondazione dei valori?* Berman riconosce come momento saliente dell'esperienza giuridica dell'età moderna la rifondazione dei valori morali quale ossatura del tessuto giuridico e fa riferimento innanzi tutto alla Riforma protestante. È il punto forte della sua proposta ma, nel merito, anche il più discutibile per l'unilateralità della visione. Egli infatti considera essenzialmente solo due filoni del protestantesimo (quello luterano e poi quello anglicano nel Seicento e non invece quello calvinista sviluppatosi in Germania, Francia e nei Paesi Bassi nel Cinquecento ⁽⁶⁾), trascura il versante cattolico e inoltre svaluta e lascia ai margini gli apporti complessivi della rifondazione umanistica. Anzi, per rimarcare la propria interpretazione l'autore critica aperta-

(6) Del tutto estemporanea e poco comprensibile appare l'improvvisa comparsa, peraltro assai fuggevole, di Althusius (BERMAN, p. 231).

mente la storiografia che, rispetto alla filosofia di Melantone e Lutero, privilegia i segni di novità dell'umanesimo.

L'operazione compiuta da Berman è più o meno la seguente. Egli distingue tre momenti dell'umanesimo — quello scettico (mosso solo da finalità critiche), quello assiomatico (tendente alla ricerca dei principi tratti dal *corpus* giustiniano) e quello sistematico, tra loro parzialmente intrecciati — e dichiara che solo l'ultimo (sistematico) rappresenta la svolta; ma questa avverrebbe esclusivamente grazie all'impronta decisiva della riforma luterana (7), capace di proporre ed elaborare una metodologia e un insieme di principi che sarebbero stati tradotti nell'ambito del diritto dai giuristi legati al riformatore di Wittenberg (Apel, Lagus, Oldendorp, Kling, ecc.).

Si può obiettare che la ricerca del metodo e dei principi, con le relative soluzioni espresse nei compendi che escono dalle stamperie, non è esclusiva della riforma luterana, bensì appartiene anche al calvinismo — l'autore compie un ridimensionamento di Ramo, che appare alquanto preconcepito, anche se è probabile che talvolta si sovrastimi l'importanza dell'autore della *Dialectique* —, è presente tra i giuristi fedeli a Roma e caratterizza complessivamente le generazioni dell'umanesimo, spesso trasversali rispetto alle diverse confessioni (protestanti e cattolica) (8). Così, per fare un esempio rimarchevole, a causa del pregiudizio tedesco/luterano non viene minimamente presa in considerazione l'opera dei giuristi francesi attivi già nel periodo segnalato come di svolta da Berman (Duaren, Dumoulin, Baron, Bauduin, Lorioz): nemmeno quella di Connan, concepita e composta, come si sa, nei secondi anni Quaranta, e salutata con grande risalto dai circoli umanistici francesi, che provava a organizzare i materiali del diritto secondo principi tratti dalla filosofia classica (9).

Le pagine dedicate alle sistemazioni contrattuali cinquecentesche, pure importanti nel rilevare la spinta prodotta dalle esigenze del

(7) BERMAN, pp. 186, 201, 234 e *passim*.

(8) L'autore sostiene che la storiografia non mette in rilievo l'appartenenza di Apel, Lagus, Oldendorp, Kling, ecc. al luteranesimo e critica chi, come Maclean, collega la loro opera a quella di giuristi non luterani (Cantiuncula, Hotman, ecc.), sciogliendo le differenze all'interno dell'umanesimo (BERMAN, p. 124 nt. 2). Personalmente ho rilevato, in un libro del 2002, l'appartenenza di quel primo gruppo di giuristi alla cultura luterana e ne ho riscontrato il particolare debito verso Melantone; penso anche che i giuristi luterani abbiano spinte e motivazioni non coincidenti (l'opera di Kling, ad esempio, è parecchio diversa da quella di Lagus e ancora differente appare la variegata produzione di Oldendorp). Al pari di Maclean, resto dell'idea che si tratti comunque di contributi non solo collegati tra loro ma, in una visione d'insieme dell'esperienza giuridica occidentale, anche con altre prove sistematiche di quel periodo.

(9) Lo sforzo di rappresentazione del diritto era complessivo, anche se di fatto l'opera, lasciata del resto incompiuta, era ristretta al solo diritto privato.

commercio e dalla pratica degli affari, sono illuminanti nel rivelare lo svilimento delle riflessioni di impronta cattolica (espresse in modo composito non solo dalla Scuola di Salamanca, ma anche da una dottrina prettamente giuridica, pure spesso ancorata al metodo scolastico) o calvinista, con la preconcepita attribuzione delle novità — sinteticamente riassumibili come processo di formazione della categoria generale del contratto — a una dottrina di marca luterana.

La forzatura a favore del luteranesimo arriva al punto di attribuire alla *Bambergensis* di Schwarzenberg, che è del 1507 e che è del resto strettamente imparentata con la *Carolina* dell'imperatore antiluterano, una sorta di patente di luteranesimo *ante litteram* ⁽¹⁰⁾: in tal modo l'autore può forzosamente mantenere entro l'ambito della riforma protestante tedesca ciò che appare più propriamente attribuibile all'azione dei principi e alla riflessione umanistica nelle sue varie espressioni ⁽¹¹⁾.

La stessa unilateralità si riscontra nell'esame della seconda Rivoluzione, quella inglese del 1640-1689, con riguardo al suo impatto sul diritto. Anche qui l'unilateralità è duplice giacché, da un lato, Berman taglia fuori le interrelazioni tra il pensiero giuridico inglese e le coeve manifestazioni di pensiero (di un Pufendorf e di un Leibniz, ad esempio, ma anche quelle di parte cattolica), dall'altro esclude dalla propria considerazione ciò che reputa spurio rispetto alla linea interpretativa proposta (è il caso di Hobbes, messo da parte e citato solo di riflesso allorché tratta del prediletto Hale: sarebbe tutto da dimostrare che il pensatore inglese non abbia inciso sulla civiltà giuridica occidentale).

In parte questa unilateralità è spiegabile col fatto che l'autore non cerca programmaticamente gli snodi salienti della civiltà giuridica europea ⁽¹²⁾, bensì si pone una domanda più ristretta, ovvero quale fosse l'impatto delle Rivoluzioni protestanti sulla tradizione giuridica occidentale. Da qui il suo concentrarsi sugli aspetti direttamente ricondu-

⁽¹⁰⁾ All'interno di una lunga trattazione (v. spec. le pp. 271 ss.).

⁽¹¹⁾ E non è forse un caso che Berman citi qualche volta Donello, a differenza di Connan: qualificandolo genericamente come protestante (p. 311), ma senza accennare al suo calvinismo e all'insegnamento nella calvinista Università di Leyden. Anzi, Berman erroneamente segnala che Donello si recò nelle Università luterane tedesche per poter insegnare (p. 238) e vi si trattenne fino alla morte (p. 313 nt. 47).

⁽¹²⁾ Conosciuti forse un po' sommariamente, come lascia pensare la confusione che si riscontra allorché Berman si avventura fuori della sua scelta di campo: ad esempio, quando inserisce quasi alla rinfusa opere di diversa natura e dalla diversa finalità (anche con un errore di attribuzione e datazione errata) quali le *Variae resolutiones* di Covarrubias, la *Iurisprudentia romana* ascritta a Suárez (ma di Vultejus), i *Commentarii* di Donello (con data erronea), il *De usu* di Duck (peraltro ritenuto giurista cinquecentesco) (BERMAN, pp. 232-233 ntt. 78 e 80).

cibili al pensiero religioso. Resta comunque la non indifferente lacuna concernente il calvinismo cinquecentesco e il cattolicesimo nella versione che si coagulò nel concilio di Trento e che intellettualmente si irradiò attraverso la Seconda Scolastica ⁽¹³⁾. E c'è forse un'altra spiegazione, più specifica: si può ipotizzare che Berman guardi alla civiltà giuridica europea alla ricerca di quegli elementi di religiosità che sono stati poi assunti — attraverso l'ulteriore Rivoluzione svoltasi in Francia, nel secondo Settecento — nell'esperienza giuridica americana: il suo interesse precipuo, cioè, non consiste nel presentare un affresco dei valori religiosi innervati nella civiltà giuridica occidentale, bensì nell'individuare i filoni più direttamente influenti su quella nordamericana.

L'unilateralità di Berman attiene comunque alle scelte di partenza e non inficia la sua capacità di guardare penetrantemente ai filoni di pensiero che tratta ⁽¹⁴⁾. In definitiva, la domanda che lecitamente ci si può porre è: non potrebbero i valori giuridici fondanti della civiltà occidentale trovarsi espressi anche in altri ambienti, al di fuori delle Chiese?

c) *Rifondazioni protestanti e Stato moderno*. La proiezione delle due Riforme religiose sulla formazione dello Stato moderno è una questione costantemente presente, anzi centrale, nel libro di Berman ⁽¹⁵⁾ e basterebbero le suggestioni che se ne ricavano per salutarlo con plauso.

Berman ha sicuramente ragione nell'affermare che la Riforma protestante non si limita alle questioni religiose ⁽¹⁶⁾: forma coscienze civili, influisce sul modo di intendere l'esercizio del potere e la forma Stato. È un tema, quest'ultimo, relativamente poco familiare alla storiografia giuridica italiana, che vanta certo riflessioni didatticamente utili e sillogi importanti dedicate ad aspetti riconducibili alle "origini" dello Stato e a singoli aspetti, ma che ha per lo più lasciato agli storici delle istituzioni o della politica o agli storici *tout court* l'impegno volto

⁽¹³⁾ L'autore nota che « la Rivoluzione tedesca fu anche una Rivoluzione europea » (BERMAN, pp. 58 e 103) come pure quella inglese del 1640-89 (p. 365) e fa riferimento altresì alla riforma intrapresa dalla Chiesa di Roma e alla Seconda Scolastica (p. 107 ss., con vari errori, p. 182 nt. 144), ma si tratta di accenni marginali e in realtà non considera le interrelazioni tra le diverse confessioni cristiane che si affermarono nell'universo europeo. Egli del resto ammette la grave omissione, per quanto riguarda l'esperienza dei Paesi che rimasero aderenti al cattolicesimo, in particolare della Spagna (p. 122).

⁽¹⁴⁾ Più volte, ad esempio, sottolinea le complesse interazioni tra le diverse ideologie e tra i ceti, sicché il risultato di una Rivoluzione non riflette solo la volontà e il pensiero dei vincitori, ma anche quello dei vinti (BERMAN, pp. 96-97).

⁽¹⁵⁾ Il titolo del capitolo con cui comincia la trattazione della Rivoluzione luterana è il seguente: "La riforma della Chiesa e dello stato".

⁽¹⁶⁾ BERMAN, p. 125.

a ricostruzioni monografiche. Pesa l'esperienza italiana, frammentata in tanti Stati, che guardavano ad altri modelli europei (il Ducato sabauda), ovvero proponevano un ordinamento repubblicano quasi irripetibile in Europa (la Repubblica di Venezia), o ancora, privi di autonomia, erano inseriti nelle strutture di grandi monarchie europee (Regno di Sardegna, Ducato milanese, ecc.). Lo stesso Stato pontificio, che adottò quasi ovviamente una propria via di sviluppo, era però storicamente condizionato dalla complicata compresenza di finalità temporali e spirituali, espresse dalla pluralità di figure nella persona del suo sovrano⁽¹⁷⁾.

Forse anche per il riflesso di questa esperienza frastagliata, frequentemente la trattatistica italiana procede attraverso una settorializzazione delle questioni legate all'esperienza dello Stato moderno (le fonti, le strutture di governo, i rapporti con la Chiesa, ecc.), che nella storiografia meno recente erano viste nell'ottica positivista dello Stato ottocentesco, col risultato che si parlava della confusione dovuta al particolarismo, della reciproca ingerenza della Chiesa e dello Stato nelle rispettive materie, e così via.

In effetti c'è un problema di fondo che la storiografia giuridica si porta appresso perché è insito nel processo di affermazione degli Stati: come ricomprendere entro i canoni del diritto queste entità costituite fattualmente, spesso attraverso usurpazioni e violenze, comunque espressioni di forza. Entità autonome dalla Chiesa universale e come tali riottose a riconoscerne non solo la *potestas directa*, ma anche quella *indirecta*; corpi estranei, reggentisi sull'inafferrabile principio della ragion di Stato rispetto al quale la constatazione che il sovrano era un uomo di fede suonava consolatoria ma non concludente. Le opposte costruzioni della monarchia di diritto divino e del contrattualismo convergevano in fondo nel sottolineare il problema dei fondamenti morali sui quali l'ente Stato si reggeva, perché asserire la diretta investitura divina o, all'opposto, la totale derivazione umana dei valori su cui la società politica era costruita lasciava lo Stato stesso arbitro o almeno interprete delle direttrici morali.

Nell'ottica della Chiesa, anche la soluzione apparentemente migliore, ovvero la derivazione divina del potere, evocava lo spettro inquietante di quel principio — *reges non sunt mere laici* — che Marino da Caramanico aveva già enunciato in tema di sovranità⁽¹⁸⁾. Dal punto di vista dello Stato, la situazione di autonomia apriva un problema più che costituire la soluzione; infatti, se non intendeva operare sulla pura forza, l'entità statutale aveva bisogno di costruire un sistema di valori

(17) Notissima, in proposito, la riflessione espressa a più riprese da Giovanni Battista De Luca, sulla quale P. PRODI, *Il sovrano pontefice. Un corpo e due anime: la monarchia papale nella prima età moderna*, Bologna, Il Mulino, 2006, pp. 74 ss. e 138 ss.

(18) Cfr. E. CORTESE, *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medioevale*, Roma, Bulzoni, 1966, spec. p. 55.

condivisi (opera lunga e difficile, che è alla base del costituzionalismo moderno, nelle versioni razionalista/illuminista o storicista) o, altrimenti, di appoggiarsi a quelli consolidati e accolti sotto forma di religione, salva l'istituzione degli opportuni controlli (nomina alle dignità ecclesiastiche, *exequatur*, ecc.). Insomma: era latente un rapporto conflittuale o concorrenziale, per quanto schermato dall'interesse reciproco a una convivenza non traumatica ⁽¹⁹⁾.

Il libro di Berman offre un'interpretazione forte che, insistendo sulla prospettiva storica, connette nel loro insieme i problemi. Nella sua ottica, conviene muovere dalla rifondazione religiosa, che contemporaneamente era anche rifondazione dello Stato. Questo nasce, modernamente, insieme a tale rifondazione, ne assorbe i valori e vive grazie ad essi.

Lo Stato luterano, prima, e poi quello anglicano, così come escono dalle due Rivoluzioni del Seicento, aspirano a risolvere questa situazione problematica secondo una direttrice abbastanza semplice che, pur mantenendo la concezione della derivazione da Dio del potere, scontava una visione rinnovata di questo mondo: « il protestantesimo trasferì l'autorità spirituale e la responsabilità spirituale nel legislatore secolare dei vari principati e stati-nazione, le cui autorità sovrane da allora inglobarono tutte le giurisdizioni che prima erano state autonome. Si potrebbe perciò dire che il diritto secolare si sia spiritualizzato e nazionalizzato allo stesso tempo » ⁽²⁰⁾. Non più una Chiesa corporativa e gerarchica, politica e civile ⁽²¹⁾, bensì una comunità di persone private nel rapporto con Dio, guidate da un principe chiamato a governare secondo i dettami cristiani, al servizio dei soggetti ⁽²²⁾. E non stupisce che il più profondo dei giuristi della prima fase luterana,

⁽¹⁹⁾ Particolarmente istruttive le posizioni espresse da Francisco Suárez nel *De legibus* e poi nella *Defensio fidei* (1613) diretta a controbattere le pretese di Giacomo I. Il teologo dichiarava che « non era stata sollevata alcuna polemica sul potere assoluto o temporale del re, bensì solo sulla subordinazione, la dipendenza e la dovuta obbedienza del re al pontefice romano » (F. SUÁREZ, *Defensio fidei*, III, preludio, in ID., *Principatus politicus*, ed. critica bilingue a c. di E. Elorduy e L. Perea, Madrid, Csic, 1965, p. 2, trad. mia).

⁽²⁰⁾ BERMAN, p. 4. E ancora: « La chiesa invisibile, il sacerdozio di tutti i credenti, insegnavano [i luterani], appartiene al regno dei cieli, che è governato dall'Evangelo; il regno terreno, il regno "di questo mondo", inclusa la chiesa come istituzione visibile, è governato dalla legge, che è nella competenza esclusiva del principe cristiano e dei suoi consiglieri » (ivi, p. 18).

⁽²¹⁾ BERMAN, p. 74.

⁽²²⁾ Un ideale paternalistico, che infatti si proponeva come fondato sul quarto comandamento, esteso dall'ambito della famiglia a quello della comunità politica. Ma anche qui va detto che tale ideale del principe cristiano non è proprio solo del pensiero luterano.

Johann Oldendorp, profili già gli elementi della personalità giuridica dello Stato, dotato di diritti e di doveri ⁽²³⁾.

d) *Ius commune, common law, legge e dottrina: verso un diritto patrio pluralista*. Apparentemente niente muta nelle fonti e nelle categorie giuridiche. Ma Berman sottolinea i profondi mutamenti promossi dalle due Rivoluzioni. Diritto comune è quello che regola l'intera vita della comunità specifica, attraverso la legge, la consuetudine e la giurisprudenza. Ognuna di queste fonti viene ripensata nel suo ruolo.

In particolare, nell'esperienza della Rivoluzione tedesca, la legge passa per un vaglio filosofico, volto a distinguere gli usi; e si individua la funzione dissuasiva, svolta attraverso la minaccia di sanzioni, quella chiarificatrice del diritto naturale e infine quella educatrice ⁽²⁴⁾. Inoltre si assiste alla tendenza espansiva della legge del principe, in particolare perché rivolta a materie prima estranee alla competenza della politica (ad esempio, l'istruzione) o sottratte ad altri soggetti (cetuali o ecclesiastici) ⁽²⁵⁾.

Uno spazio importante è riservato da Berman alle riforme penali, per il legame che intercorre tra i caratteri della filosofia politica e gli assetti della giustizia criminale; e infatti quelle riforme sono opportunamente ricondotte all'emergere di una cultura dello Stato e della società civile: in proposito la trattazione riesce a raffigurare in una trama unitaria l'azione dei principi, la ripresa della tradizione precedente, la valorizzazione delle consuetudini e le riflessioni di una dottrina innovatrice (uso del metodo topico, tipizzazione delle fattispecie delittuose, ecc.) ⁽²⁶⁾. Ma proprio perché l'autore insiste nella raffigurazione unitaria dell'ordine giuridico nuovo che emerge dalle due Rivoluzioni, l'ambito penale è visto nella sua specificità, ma non isolato rispetto alle relazioni tra privati: nella trattazione sono costantemente presenti gli attori della società civile, interessati a (e partecipi essi stessi alla creazione di) quell'ordine che, come espressione di cultura, non si esaurisce in provvedimenti normativi e elaborazioni dottrinali.

Complessivamente emerge un processo di positivizzazione del diritto, come spinta verso un ordinamento ideale ⁽²⁷⁾, senza che ciò significhi un ruolo monopolista della legge, mai predicato. La positiviz-

⁽²³⁾ BERMAN, p. 172.

⁽²⁴⁾ BERMAN, p. 133 ss.

⁽²⁵⁾ BERMAN, pp. 114-115.

⁽²⁶⁾ In particolare, per quanto riguarda la *Carolina* si può concordare con l'autore sulla sua importante funzione, come espressione di un diritto germanico, nato nell'alveo di una tradizione continentale che si rinnovava; come tale si pose quale riferimento imprescindibile per la successiva storia del settore penale.

⁽²⁷⁾ BERMAN, pp. 118 e 134 e soprattutto 154 e 179 per l'articolata posizione di Melantone.

zazione era cioè un obiettivo ideale che riguardava l'intero ordinamento e, mentre comprendeva anche le consuetudini, presupponeva un apporto decisivo della dottrina deputata a ordinare unitariamente l'intero diritto, articolato in pubblico e privato, e considerato come pluralistico⁽²⁸⁾. Si parlava in proposito di "sistemare" il diritto, cioè di costruire corpi di principi e di norme, da cui trarre deduttivamente la regola da applicare. In sostanza l'introduzione del metodo tipico di esposizione del diritto consentiva di far convergere in un unico alveo il diritto romano e quello canonico, il diritto territoriale e quello cittadino nonché le consuetudini, la cui importanza come materiale di riflessione della dottrina a più riprese Berman sottolinea (in tema di proprietà e diritti reali, di obbligazioni, ecc.). Fiorì così una mole notevole di trattazioni che, per la filosofia che le animava e per i contenuti, operarono nel senso della individuazione e unificazione del diritto nazionale⁽²⁹⁾.

Nell'esperienza della Rivoluzione inglese il diritto comune faceva leva sulla ridefinizione della posizione e delle prerogative del Parlamento e sulla funzione della giurisprudenza, come interprete di ragione: una ragione storica e pratica insieme, espressione dell'esperienza "ragionata" di molte generazioni⁽³⁰⁾, che era l'adattamento dei principi naturali ai desideri e ai bisogni di un determinato popolo⁽³¹⁾. Una ragione artificiale, perciò, nel senso che «la sua logica interna, la coerenza della sua struttura e del suo funzionamento consiste in una esperienza ragionata degli avvocati, dei giudici e dei legislatori fatta nel corso di molti secoli»⁽³²⁾. In questa esperienza l'ordinamento era certo concepito come un sistema coerente: lo sottolinea tra l'altro l'enfasi sul valore del precedente; e tuttavia si trattava di un sistema non ridicibile «ad un esatto metodo logico», secondo le parole di Hale⁽³³⁾.

e) *Ancora sulla dottrina.* Come si è visto, nella ricostruzione di Berman diritto comune e *common law* significano diritto di un certo ordinamento; la dottrina e la giurisprudenza rivestono un importante ruolo nella costruzione del diritto patrio e questo dovrebbe premunire contro le interpretazioni frettolose che ricollegano l'emersione dei diritti nazionali alle tarde istituzioni di cattedre apposite. In realtà la dottrina che ci presenta l'autore americano svolge un compito complessivamente rinnovato e discontinuo rispetto al passato (ovviamente col solito gioco della utilizzazione della tradizione) e si vale di una strumentazione anch'essa nuova. Per quanto riguarda la giurisprudenza

(28) BERMAN, p. 19.

(29) BERMAN, pp. 119-120.

(30) Così Coke, in BERMAN, pp. 436-437.

(31) Selden, in BERMAN, p. 444.

(32) BERMAN, p. 463.

(33) In BERMAN, pp. 452-453.

inglese Berman mette in evidenza il parallelismo tra la metodologia empirica newtoniana applicata alle scienze naturali e il metodo casistico adoperato nel processo di affermazione della dottrina del precedente ⁽³⁴⁾. E nella esperienza tedesca il metodo topico tratto da una logica rinnovata — segnatamente di Melantone, ma forse in misura non così originale rispetto a quanto accredita Berman — costituiva la strumentazione per un ruolo inedito della dottrina: votata anche alla educazione e incardinata in una sorta di ruolo politico che l'autorizzava ad agire con libertà rispetto alla tradizione ⁽³⁵⁾, tanto da esserle ricollegato « l'obbligo di obbedire alla verità, maggiore di quello di obbedire al principe » ⁽³⁶⁾. Un principio, s'intende, che in sé non si ritrova solo nella Riforma protestante e che è testimoniato anche in ambito cattolico, ma che non era predicato con riferimento allo statuto individuale del giurista, bensì come prerogativa e dovere del ceto dei giuristi, quale appartenente alla *Obrigkeith*.

Anche su questo tema, comunque, gli spunti di Berman, che pure sono particolarmente importanti, possono essere visti più complessivamente, nelle interazioni tra i diversi filoni culturali. Provocatoriamente qui si potrebbe richiamare la fiera rivendicazione di Tommaso Briganti di poter criticare in nome della "verità" la legge del principe — lui che ne era un fedele sostenitore — in funzione della propria missione: dove è difficile individuare il preciso retaggio religioso nel cattolico Briganti, che pure non esitava ad appoggiarsi a tanti autori proibiti (da Bayle a Montesquieu, ai politici e giuristi luterani e calvinisti), essendo probabilmente quella rivendicazione un insegnamento classico filtrato dal suo neoumanesimo contiguo alla cultura dei lumi ⁽³⁷⁾.

La visione di Berman è una visione preilluministica, come esplicitamente lui stesso riconosce ⁽³⁸⁾. Ma ha ragione l'autore nel sostenere

⁽³⁴⁾ « [...] i giuristi inglesi guardavano alla dimostrazione empirica delle precedenti decisioni nei casi analoghi e cercavano di derivare da essi dei principi generali. Essi quindi elaboravano quegli stessi principi mediante procedimenti logici (benché, indubbiamente, non matematici), al fine di applicarli al caso che avevano di fronte. Quindi, infine, essi talvolta potevano compiere il terzo passo di dedurre dalla teoria generale, cioè dalla *ratio decidendi* (*holding*), la sua applicazione a casi diversi da quelli che avevano di fronte. La decisione nel caso a portata di mano doveva servire come precedente per i casi analoghi avvenire, benché tali nuovi casi potessero generare dubbi sulla validità dei principi precedentemente stabiliti, che dunque sarebbero stati soggetti a revisione. Poiché si trattava di un "diritto casistico", esso non poteva mai raggiungere la certezza. Era una scienza, pur essendo una scienza di probabilità » (BERMAN, p. 541).

⁽³⁵⁾ BERMAN, p. 236.

⁽³⁶⁾ BERMAN, p. 117.

⁽³⁷⁾ T. BRIGANTI, *Pratica criminale* (1755), Napoli, Marotta, 1842, II, tit. XIII, § 28, p. 32.

⁽³⁸⁾ BERMAN, p. 7.

che non è affatto un ritorno indietro: è il tentativo di recuperare il diritto nella sua dimensione storica, il che impone di considerarlo come proiezione normativa non solo dei valori politici ma anche di quelli morali.

Va da sé che il tema posto con forza da Berman è a sua volta storico: la sua ricerca è spinta dall'ansia di ritrovare i principi morali fondanti dello Stato contemporaneo: « oggi non è chiaro quali nuovi valori fondamentali abbiano preso il posto delle convinzioni dell'ortodossia religiosa come base sulla quale riposano i nostri istituti giuridici. Conseguentemente, il nostro discorso giuridico, il nostro sistema di valori giuridici manca della forza e della vitalità che una volta gli erano propri » (39).

Col che Berman dichiara la propria appartenenza a quel filone di pensiero che in tempi recenti ha messo in relazione la crisi dello Stato nell'epoca della globalizzazione con la carenza di quei presupposti morali senza dei quali esso non potrebbe sopravvivere: « su che cosa si appoggia questo Stato in tempi di crisi? » (40). Nessun dubbio che la prospettiva storica adottata da Berman corrisponda a una visione del presente.

Uno sguardo più aperto porterebbe ad ammettere che i valori fondanti non necessariamente furono ricavati dalle due esperienze politico-religiose al centro di questo libro. Quel Grozio rappresentato come un personaggio che trae i suoi lumi dai "giuristi" della Seconda Scolastica e che deriva dal vocabolario dei canonisti del dodicesimo secolo la dottrina dell'universalità del diritto internazionale appare per esempio una comparsa in uno scenario già perfettamente costruito al quale risulta, perciò estraneo (41). Col che la lezione storicista di Berman contraddice se stessa.

Vi furono altre esperienze religiose e vi furono costruzioni morali assunte quali impianti per l'edificio giuridico a prescindere dalla religione, come le sistemazioni giusnaturalistiche.

Ma tutti questi sono rilievi parziali, che non inficiano l'utilità della lezione di Berman; si apre un cantiere che prospetta orizzonti nuovi, al cui interno la personale visione proposta dall'autore appare tanto discutibile quanto fertile.

Non occorre insistere, a questo punto, sul grande merito che spetta a chi ha promosso e realizzato l'edizione italiana. Ed è un ulteriore merito del curatore di questa edizione aver preventivamente

(39) BERMAN, p. 5.

(40) È la notissima domanda posta da E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, a c. di G. Preterossi, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 54, periodicamente ripresa nell'ultimo quarto di secolo e rilanciata anche recentemente in Italia.

(41) BERMAN, p. 109 nt. 84. È l'alveo costituito dalle tre Rivoluzioni di cui parla l'autore, a cominciare da quella gregoriana, in un rapporto di continuità e innovazione.

avvertito il lettore delle pecche concernenti la letteratura utilizzata dall'autore: vecchia e ben lungi dal comprendere, magari per criticarla, la storiografia complessivamente disponibile, nonché carente quasi del tutto per quanto riguarda la storiografia italiana, francese e spagnola.

In parte, tali lacune si spiegano con l'asse della ricerca, programmaticamente incentrato, come si è visto, sulle due rivoluzioni protestanti susseguitesesi in Germania nel Cinquecento e in Inghilterra nel Seicento, sicché ci si attende che l'autore tenga conto prevalentemente della storiografia tedesca e anglossassone; non si tratta, del resto, di dilungarsi in un assurdo esercizio di riscontro di ciò che "manca" nel libro. Se qui si accenna a questi rilievi è per una riflessione più vasta che prescinde dal libro in esame. Talvolta, a leggere la storiografia anglossassone, sorge il sospetto che la trascurata utilizzazione della letteratura di lingua diversa da quella inglese non derivi da una mera selezione operata dall'autore (sempre opinabile, ma non catalogabile quale "lacuna"), bensì dalla mancanza di strumenti linguistici o di disponibilità delle opere; e allora, se il sospetto è fondato, sembra il caso di ribadire che una lunga e prestigiosa tradizione di studi, che tuttora continua e si rinnova, non può essere tralasciata da chi si avvicina ai suoi temi solo perché non possiede le risorse per conoscerla ⁽⁴²⁾.

⁽⁴²⁾ Con buona pace delle tendenze anglofile — peraltro ragionevoli in altri settori scientifici — si può pretendere che chiunque si applichi alla storia del diritto disponga degli strumenti atti ad acquisire il patrimonio di studi esistenti.

(DIEGO QUAGLIONI)

L'ultimo libro di Harold J. Berman, il sovietologo, storico del diritto e costituzionalista statunitense scomparso a 89 anni il 13 novembre del 2007 ⁽¹⁾, s'intitola ancora una volta, puntigliosamente, *Law and Revolution*, come il primo volume, apparso in America nel 1983 col sottotitolo *The Formation of the Western Legal Tradition*, e tradotto in Italia solo quindici anni più tardi, nel 1998, nella « Collezione di Testi e Studi » del Mulino ⁽²⁾. Il nuovo volume ne rivendica la continuità d'ispirazione e al tempo stesso ne rimarca le ragioni di profondo ripensamento mediante l'uso del sottotitolo, *The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition* ⁽³⁾, inteso a sottolineare, nell'unità della tradizione giuridica occidentale, ciò che in altra occasione l'Autore aveva chiamato « the radical jurisprudential break brought about by the Lutheran revolution against the Roman Catholic Church » ⁽⁴⁾.

Continuità e discontinuità: nessuno s'inganni sulla natura dell'ultima riflessione bermaniana, né sintesi intesa a ricalcare i moduli interpretativi precedenti, né semplice sviluppo nell'orizzonte della mo-

⁽¹⁾ Necrologio e *tributes* nel sito del Center for the Study of Law and Religion della Emory Law School ad Atlanta. Si veda anche D. MARTIN, *Harold J. Berman, 89, Who Altered Beliefs About Origins of Western Law, Dies*, « The New York Times », 18 novembre 2007 (Id., *Harold J. Berman, Authority on Origins of Western Law*, « The Boston Globe », 22 novembre 2007. Cfr. infine E. DUPRAZ, *In Memoriam. Harold J. Berman, 1918-2007. A Scholar of Great Social Account*, « Harvard Law Bulletin », 2008.

⁽²⁾ H.J. BERMAN, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1983; *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, trad. it. di E. Vianello, Bologna, Il Mulino, 1998.

⁽³⁾ H.J. BERMAN, *Law and Revolution, II. The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, Cambridge (Mass.)-London, Harvard University Press, 2003.

⁽⁴⁾ Così H.J. BERMAN e CH.J. REID, JR., a recensione di J.M. KELLY, *A Short History of Western Legal Theory* (New York, Oxford University Press, 1992), « The American Journal of Legal History », 37 (1993), pp. 497-499. Si può dire che per Berman il libro di Kelly, mancante della coscienza di tale *jurisprudential breack*, rappresenti una *summa* della « storiografia convenzionale ».

dernità di tesi già alla base dell'ampio affresco che muove dalla Rivoluzione papale dei secoli XI-XII per delineare i tratti della "struttura basilare" della tradizione giuridica occidentale, col suo dualismo tra spirituale e secolare, tra norma morale-religiosa e norma giuridica, tra coscienza e legge. Da questo punto di vista, come ho notato nella *Presentazione* dell'edizione italiana, il secondo volume interpreta il primo ⁽⁵⁾, e sempre da questo punto di vista anche quest'ultimo lavoro della storiografia bermaniana non ha, a dispetto delle sue forti tesi e della sua stessa costruzione schematicamente ordinata, alcun intento "persuasivo" e didascalico. Non è stato scritto per dare risposte specifiche a domande specifiche, né per sollecitare e catturare l'adesione del lettore. Si direbbe invece scritto per suscitare il dubbio e la riflessione, e per revocare in dubbio, spesso in modo radicale e volutamente unilaterale, intere categorie storiografiche e consolidate partizioni cronologiche, nonché l'uso di schemi, come quelli correnti nella comparatistica giuridica di tradizione anglo-americana, che misconoscono l'unità della tradizione giuridica occidentale separando i "grandi sistemi" di *civil law* da quelli di *common law*.

Non solo questa separazione, per Berman, deve in definitiva essere lasciata cadere (« Il peculiare uso dell'espressione "sistema di *civil law*" da parte degli studiosi di diritto anglo-americani del nostro tempo, è qui rigettato come del tutto antistorico ») ⁽⁶⁾, ma devono essere rivedute le linee convenzionali lungo le quali tanta parte della letteratura storico-giuridica del nostro tempo si è adagiata, compiacendosi di enfatizzare "tipicità" epocali ed epocali fratture e perdendo di vista il problema storico-attuale dell'unità della tradizione giuridica occidentale. Di tale unità Berman ha mostrato la natura internamente dialettica, articolata e intessuta di "grandi Rivoluzioni", cioè la continuità fatta, paradossalmente, di incessanti discontinuità, e dunque il carattere evolutivo, progressivo di una tradizione capace, almeno fino al dissolversi del comune patrimonio giuridico dell'Occidente nelle violenze dei nazionalismi del XX secolo, di una continua rielaborazione nella conservazione della sua struttura basilare: una concezione che risale a *Out of Revolution* di Eugen Rosenstock-Huessy (1938), e che in Berman assume il sembiante di un pensiero storico-giuridico (*historical jurisprudence*) in cui « la storia svolge un pari ruolo con la politica e la morale, fungendo da elemento risolutore delle tensioni tra di esse » ⁽⁷⁾,

⁽⁵⁾ D. QUAGLIONI, *Presentazione dell'edizione italiana*, in H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione, II. L'impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*. Edizione italiana a c. di D. Quaglioni, Bologna, Il Mulino, 2010, p. XII.

⁽⁶⁾ H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione, II. L'impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, ed. it. cit., p. 287, nota 1.

⁽⁷⁾ *Ibid.*, *Conclusioni*, p. 689.

capace di divenire una *integrative jurisprudence* ⁽⁸⁾, di superare l'unilateralità tanto del positivismo giuridico quanto delle istanze neo-giusnaturalistiche nel recupero del *sensu* della tradizione giuridica nel vincolo con i suoi *belief systems*, della storia produttrice di norme giuridiche.

Confermando nell'*Introduzione* di aver voluto « in definitiva » raccontare la storia delle origini della nove volte centenaria tradizione giuridica occidentale « nella prospettiva della crisi presente » ⁽⁹⁾, Berman ribadisce che la continuità intessuta di rotture rivoluzionarie, che è la tradizione giuridica occidentale, può essere osservata — e compresa nella sua autonoma dinamica entro la complessità dei processi sociali, politici ed economici che formano la storia dell'Occidente — solo dalla crisi del tempo che è il nostro, comunque la si voglia valutare e denominare. Essa però, per Berman, è soprattutto crisi dei *belief systems* dell'Occidente, nella quale una perdita della memoria collettiva deforma il volto del passato attribuendogli responsabilità che esso non ha negli approdi del presente. Ricordando in conclusione l'incomprensione di alcuni critici verso il particolare senso della *storicità* che nutre il primo *Diritto e rivoluzione*, Berman scrive: « All'inizio del ventunesimo secolo, la tradizione giuridica occidentale non gode più di ottima salute. Alcuni critici hanno affermato che nel fare questa affermazione, e nel guardare alla storia da questa prospettiva, il primo volume di *Diritto e Rivoluzione* abbandona la storia per andare verso la profezia. Ma c'è una parte di profezia in ogni storiografia. È stato detto bene, quando è stato detto che uno storico è un profeta alla rovescia! Ma anche se i riferimenti a quel che è accaduto durante il secolo passato possono sembrare, a prima vista, fuori luogo in un libro sui secoli precedenti, è certamente plausibile, pensandoci sopra, che il presente possa illuminare il passato — e che il declino della tradizione giuridica occidentale nel nostro secolo illumini la natura di quella tradizione nei secoli che l'hanno vista fiorire » ⁽¹⁰⁾.

⁽⁸⁾ Si veda a questo proposito il contributo della scuola bermaniana (William E. Butler, Richard H. Helmholz, Peter B. Maggs, Peter R. Teachout e John Witte, Jr.), in *The Integrative Jurisprudence of Harold J. Berman*. Ed. by H.O. Hunter, Boulder (Col.) — Oxford, Westview Press, 1996, con la recensione di T. VALLINDER, « Law & Politics Book Review », 7 (1997), n. 10, pp. 481-482.

⁽⁹⁾ H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione*, II. *L'impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, ed. it. cit., *Introduzione*, p. 10.

⁽¹⁰⁾ H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione*, II. *L'impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, ed. it. cit., *Conclusioni*, p. 690. Berman allude senz'altro a recensioni come quella di D. IBBETSON, *Law, Religion and Revolution in the Twelfth Century*, « Oxford Journal of Legal Studies », 6 (1986), pp. 137-144. Pur senza negare a *Diritto e rivoluzione* il merito scientifico di una sintesi della storia giuridica europea centrata sul secolo dodicesimo, Ibbetson criticava l'indole "ideologica" del libro, asserendo che nella sua accentuazione di un elemento (la religione) come fattore dell'evoluzione dei

I venti anni che corrono dal primo *Diritto e rivoluzione*, il libro che Reinhard Zimmermann ha giudicato come uno dei massimi contributi della storiografia giuridica del nostro tempo ⁽¹¹⁾, sono per Berman lo spazio dell'ulteriore declino dell'Occidente e del progressivo venir meno della coscienza della sua tradizione giuridica. *Diritto e rivoluzione, II* si rivolge alle conseguenze, sul piano della storia costituzionale d'Europa e guardando agli Stati Uniti d'America, delle trasformazioni di quella stessa tradizione e delle sue basi etico-religiose, nel grande sommovimento dei sistemi di valori della cristianità nelle Riforme luterana e calvinista dei secoli sedicesimo e diciassettesimo, come parte della tradizione giuridica occidentale e dei suoi istituti caratteristici, tanto nel diritto pubblico quanto in quello privato.

La prospettiva interpretativa nuovamente affermata da Berman riassume una linea di pensiero il cui significato non è limitato alla "scoperta" del carattere dirompente dell'istituzionalizzarsi, nel secolo undecimo, di un dualismo permanente e di una tensione concorrenziale tra due poli, lo spirituale e il temporale, ognuno dei quali tende ad assumere una posizione egemonica nella società occidentale. Essa riguarda invece la sua "crisi", lo snodo traumatico dal quale ha origine, agli inizi del secolo XVI, una nuova dimensione del potere e quindi una nuova stagione del diritto e del pensiero giuridico: la "prima modernità" e la "secolarizzazione" secondo la storiografia convenzionale; la "seconda modernità" e la "spiritualizzazione del secolare" secondo Berman ⁽¹²⁾.

sistemi giuridici in Occidente, Berman era andato molto vicino ai modelli "negativi" rappresentati da Marx e Weber. Il libro gli appariva « in a curious way... as much a book about the present as about the past » (p. 137) e molti degli assunti di Berman, come il carattere unitario della tradizione giuridica occidentale, la sua dimensione storica, la funzione resistenziale del diritto e il pluralismo giuridico gli apparivano superati. Lo stesso carattere della crisi presente appariva al recensore come il frutto di un'enfasi eccessiva: « 'Crisis' is too strong a word. Certainly there is no justification for his near-hysterical picture of contemporary Western society » (p. 139).

⁽¹¹⁾ R. ZIMMERMANN, *Harold Berman: Some Personal Reflections*, « Emory Law Journal », 57 (2008), pp. 1465-1469: « That book immediately fascinated me, and it has made a lasting impression. I would count it among the most important books that I read as a student and in the early part of my teaching career ».

⁽¹²⁾ Sul concetto di secolarizzazione e sul suo uso problematico si veda ora, con un puntuale richiamo all'opera di Berman, G. DILCHER, *Säkularisierung von Herrschaft durch Sakralisierung der Gerechtigkeit? Überlegungen zur Gerechtigkeitskonzeption bei Kaiser Friedrich II. und Ambrogio Lorenzetti*, in *Recht — Religion — Verfassung. Festschrift für Hans-Jürgen Becker zum 70. Geburtstag*, hrsg. von I. Kroppenberg, M. Löhnig, D. Schwab, Bielefeld, Gieseking Verlag, 2009, pp. 9-47 (a partire dai volumi *Gli inizi del diritto pubblico. L'età di Federico Barbarossa: legislazione e scienza del diritto — Die Anfänge des öffentlichen Rechts. Gesetzgebung im Zeitalter Friedrich Barbarossas und*

Nella lunga tradizione giuridica occidentale quel *radical break* non separa il “medievale” dal “moderno”, ma divide in due la modernità stessa, che scaturisce da un complesso di tematiche “medievali” portate alle estreme conseguenze. Nulla a vedere con il vecchio vizio anacronistico del “precorrimento” e della “anticipazione” di concetti e istituti giuridici, con l’antistorica proiezione all’indietro di categorie ed esperienze della “modernità”, ma con la lunga durata della tradizione giuridica occidentale, che ha i suoi snodi e le sue cesure — le sue “rivoluzioni” — proprio in quanto tradizione e continua rielaborazione. Il libro perciò « racconta la storia di due successive trasformazioni della tradizione giuridica occidentale sotto l’impatto di due Grandi Rivoluzioni — la Rivoluzione tedesca del sedicesimo secolo, della quale la Riforma luterana fu una parte decisiva, e la Rivoluzione inglese del secolo diciassettesimo, della quale la Riforma calvinista fu anch’essa una parte decisiva » (13).

La storia delle Riforme protestanti e del loro “impatto” sulla tradizione giuridica occidentale si intreccia ad ogni pagina con la trama interpretativa intessuta dalle grandi correnti di pensiero e dalla storiografia del secolo appena passato, sia che si tratti di fare i conti con la duplice prospettiva marxista e weberiana, che Berman respinge in nome di una concezione “integrale” del diritto come fatto spirituale e sociale, sia che si tratti di prendere le distanze da una sociologia della religione alla Troeltsch, con la sua tendenziale riduzione del protestantesimo a solo « pensiero e sentimento religioso » di “relativo” impulso nella evoluzione al moderno, sia che si tratti, più decisamente, di mostrare la vulnerabilità dell’interpretazione di un Wieacker nella distinzione tra una Recezione teorica e una Recezione “pratica”, sia che si tratti, infine e ancor più decisamente, di smentire i giudizi alla Skinner sul carattere “anti-romanistico” della tradizione del diritto inglese (che per Berman è storicamente e indissolubilmente parte della storia del *ius commune* e delle sue trasformazioni nella modernità, al di là di ogni mitologia giuridica ottocentesca) o di segnalare la debolezza di esercizi d’interpretazione della tradizione giusdottrinale compiuti dalla comparatistica americana, come nel caso di James Gordley e delle sue *Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine* (1991) (14).

das gelehrte Recht e *Gli inizi del diritto pubblico*, II, *Da Federico I a Federico II — Die Anfänge des öffentlichen Rechts*, II. *Von Friedrich Barbarossa zu Friedrich II.*, a cura di / hrsg. von G. Dilcher - D. Quagliani, Bologna, Il Mulino - Berlin, Duncker & Humblot, 2007 e 2008).

(13) H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione*, II. *L’impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, ed. it. cit., *Introduzione*, p. 9.

(14) *Ibid.*, p. 615, nota 17. Basti dare uno sguardo, per valutare la lontananza della letteratura corrente di tradizione anglo-americana dal rifiuto bermaniano di considerare il *common law* come un indistinto *continuum*, dall’Alto Medioevo alla

È più che possibile, direi anzi certo che questo panorama al lettore italiano riesca ancora, in larga misura, nuovo ed insolito, e che anche allo specialista della storia giuridica e politica europea della modernità “rivoluzionaria” offra un ventaglio di problemi diversi da quelli che la nostra letteratura ci ha presentato in un passato relativamente recente, sia sul piano storico-giuridico sia sul piano giusfilosofico (che Hobbes non si trovi, per Berman, al centro dell’esperienza teorica del diritto nell’Europa della modernità, e che sia citato solo di riflesso allorché l’Autore tratta del prediletto Hale, non significa negare che il matematico inglese abbia inciso sulla tradizione giuridica occidentale; ma in Berman Hobbes è solo il segno della sconfitta dell’assolutismo nella tradizione inglese, e certamente manca ogni interesse a seguire le tracce della “giuridizzazione” ed erezione a scientificità del suo pensiero da parte del giusnaturalismo tedesco alla Pufendorf, fino a Barbeyrac e agli esiti della letteratura dei *philosophes* continentali del secolo di un’altra grande Rivoluzione (la Rivoluzione “deista”). Né dovrebbe sorprendere che il libro di Berman si presenti, coerentemente con le tesi già note ed esposte nel primo *Diritto e rivoluzione*, esattamente come il rovesciamento dell’ormai vulgata *fabula* dell’origine dei principali concetti del diritto pubblico europeo dalla “secolarizzazione” di concetti teologici.

Ritengo che proprio a causa di ciò sia tanto più urgente acquisire questo volume alla biblioteca storico-giuridica nella nostra lingua, esattamente a causa della distanza che esso segna rispetto ad una tradizione di studi che oggi sembra perdere molto rapidamente la sua capacità di abbracciare criticamente un’esperienza di lunga durata e di singolare complessità. E naturalmente, per converso, questa è anche un’occasione per tornare a riflettere sulle tendenze e sulle svolte della storiografia giuridica americana a cavaliere del nuovo millennio. Penso ad una tempestiva e densa riflessione di Paolo Prodi, che veramente ha introdotto in Italia il primo *Diritto e rivoluzione* e che nelle sue opere maggiori ha in seguito costantemente e criticamente dialogato con Berman e con la sua visione della crisi del diritto in Occidente) ⁽¹⁵⁾, ma

contemporaneità, alla ‘voce’ *Common Law* di J.V. ORTH, in *The Oxford Guide to American Law*. Ed. by K.L. Hall, Oxford. Oxford University Press, 2002, pp. 125-130.

⁽¹⁵⁾ Cfr. il penetrante giudizio, di più di un decennio precedente l’uscita dell’edizione italiana, di P. PRODI, *Suggerimenti (da H.J. Berman) per lo studio del ruolo del diritto papale tra medio evo ed età moderna*, in *Nuovi moti per la formazione del diritto*. Atti del Convegno Internazionale (Roma, Consiglio Nazionale delle Ricerche, 2-3 giugno 1987), Padova, 1988, pp. 93-103, sfociato poi in un ampio confronto in ID., *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell’Occidente*, Bologna, Il Mulino, 1992, e più ancora in ID., *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2000. Si può dire che solo dopo la traduzione italiana del primo volume di *Diritto e rivoluzione* (1998), e forse più

che nell'ambito della storiografia giuridica italiana non ha avuto che pochi riscontri, sia pure autorevolissimi (ne ha fatto cenno Aldo Mazzacane nel suo intervento).

I pregi del libro sono innegabili nel suo forte richiamo all'esigenza di più di un ripensamento; e altrettanto innegabili sono i suoi limiti, riconoscibili soprattutto nella dipendenza da una letteratura scientifica quasi totalmente anglofona, e in misura minore germanofona (ma assai invecchiata), nonché nella pressoché totale assenza della letteratura storico-giuridica di ambito francese e soprattutto italiano (fatte salve le pochissime traduzioni inglesi circolanti di qualche opera di taglio generale), così da indebolire fortemente alcuni passaggi cruciali del libro, com'è, ad esempio, quello sulle riforme penali del primo Cinquecento tedesco in relazione all'esperienza statutaria di diritto comune e alla fioritura di una scienza processualistica, nella sua relazione con l'interpretazione dello statuto (è il caso della *Bambergensis* di Schwarzenberg, sottolineato molto giustamente da Italo Birocchi nel suo intervento). Lo sappiamo: *Italicum est, non legitur*. Il curatore ha potuto solo indicare, ad integrazione delle note dell'Autore, la disponibilità in traduzione italiana delle fonti e della letteratura citata in apparato. Una più vasta aggiunta di "aggiornamento bibliografico" si è rivelata invece non proponibile, e non solo per ragioni strettamente editoriali, ma perché avrebbe fatto del volume qualcosa di diverso da ciò che esso è e deve restare, anche per il lettore italiano: un documento tra i più interessanti della storiografia giuridica americana del nostro tempo, un orizzonte "altro" col quale è urgente misurarsi e dialogare, pena l'esclusione dal dibattito scientifico internazionale (che in Europa, e in particolare in Italia, langue: perché se è vero che la letteratura specialistica in italiano soffre dell'oggettiva difficoltà di diffusione a causa dell'impoverimento del bagaglio linguistico degli *scholars* anglosassoni e di quella sorta di "colonizzazione culturale" di cui altre volte ha parlato Paolo Grossi, è anche vero che troppo spesso il *non legitur*, nel nostro Paese, riguarda la letteratura degli "altri", con la quale, fatti salvi importanti e noti momenti di confronto, non mi pare che si sia tuttavia ancora stabilita quella "circolarità" capace di far entrare stabilmente l'importantissimo patrimonio scientifico italianistico di ambito storico-giuridico nel flusso costante della storiografia mondiale).

Ho sottolineato io stesso per primo tutto ciò, quando ho scritto nella *Presentazione dell'edizione italiana*: « Lo specialista apprezzerà, si spera, lo sforzo qui compiuto per rendere più accessibile un'opera dai

ancora dopo l'apparizione di *Una storia della giustizia* di Prodi, si sia presa coscienza della radicale novità interpretativa del dibattito suscitato da Berman. Cfr. D. QUAGLIONI, *À une déesse inconnue. La conception pré-moderne de la justice*. Préface et traduction de l'italien par M.-D. Couzinet, Paris, Publications de la Sorbonne, 2003 (poi in trad. it. *La giustizia nel Medioevo e nella prima età moderna*, Bologna, Il Mulino, 2004).

molti meriti, che, com'è inevitabile in ogni grande opera, mostra anche alcuni aspetti di relativa insoddisfazione. Resta naturalmente in ombra l'*impatto* della scissione della cristianità sui sistemi giuridici dell'Europa "cattolica romana", cui Berman sembra attribuire una continuità che storicamente non si dà, oltre le Riforme protestanti: giusto nella prospettiva interpretativa bermaniana si presenta anzi più acuto il problema dell'*impatto* della riforma cattolica e del cattolicesimo, nella sua dimensione confessionale post-tridentina, sui sistemi giuridici europei. Inoltre la costruzione del discorso, che alla lontana ricorda l'indole "tabulare" della trattatistica dei giuristi-umanisti riformati, può apparire talvolta schematica, a tal punto da sacrificare l'intero moto riformatore del calvinismo tedesco e olandese; talaltra invece può apparire troppo attenta al tecnicismo giuridico in materie tra le più difficili, come ad esempio quella dello *strict settlement*, il complicatissimo modello successorio inglese che vincola la gestione del patrimonio al controllo dei *trustees*). Ma se si eccettua qualche rara concessione a giudizi di carattere tratlatizio nella delineazione dei fatti e dei tratti generali del discorso, e se si può lamentare, ma non più di tanto, per troppo ovvie ragioni, una bibliografia alquanto "sbilanciata" e bisognosa di un aggiornamento, almeno per il lettore non anglosassone, l'opera di Berman è semplicemente insostituibile come espressione al massimo livello di un moto di affermazione della storicità del diritto e dell'esigenza di riscoprire la relazione storico-attuale tra il diritto e i suoi *belief systems*, le sue basi etico-politiche e religiose, o, che è lo stesso, tra le leggi e la coscienza » (16).

Infine, ancora una parola sola sulle ragioni profonde di un libro « scritto principalmente per il lettore comune », come avverte Berman nell'esordio della sua *Prefazione* (17). Ha ragione Birocchi, quando nel suo intervento scrive che l'interesse precipuo di Berman non consiste nel presentare un affresco dei valori religiosi innervati nella civiltà

(16) D. QUAGLIONI, *Presentazione dell'edizione italiana*, cit., pp. XXI-XXII. Testimonianze recenti di una ripresa dell'interesse, anche in Europa, per la relazione fra esperienza politico-giuridica e religione sono i volumi *Politeia biblica*, a cura di L. Campos Boralevi e D. Quaglioni, Firenze, Olschki, 2003 (fascicolo speciale de « Il pensiero politico », XXXV [2002], n. 3, pp. 365-521), e *Konfessionalität und Jurisprudenz in der frühen Neuzeit*. Hrsg. von Ch. Strohm — H. de Wall, Berlin, Duncker & Humblot, 2009 (« Historische Forschungen », Bd 89). Quest'opera segue di poco alla monografia dello stesso CH. STROHM, *Calvinismus und Recht. Weltanschaulich-konfessionelle Aspekte im Werk reformierter Juristen in der Frühen Neuzeit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008 (« Spätmittelalter, Humanismus, Reformation », 42), sul quale si vedano le recensioni di M. STOLLEIS, *Genf, Heidelberg, Emden*, « Rechtsgeschichte », 14 (2009), pp. 196-199, e di L. BIANCHINI, « Sehepunkte », 9 (2009).

(17) H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione*, II. *L'impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, ed. it. cit., *Prefazione*, p. 3.

giuridica occidentale, bensì nell'individuare i filoni più direttamente influenti su quella nordamericana (ciò che spiega bene perché grandi e capitali motivi d'indagine e di riflessione come la tradizione giuspolitica dell'ebraismo, l'apporto della giuspubblicistica calvinista tedesca, il neo-tomismo cinquecentesco ed altro ancora, siano relegati in poco più di due pagine poste in fondo al primo capitolo, in un paragrafo intitolato, con ostentata unilateralità, *Questioni omesse*) (18).

È il destino della tradizione giuridica occidentale in America, che preoccupa Berman, e che lo preoccupa soprattutto dal punto di vista dell'educazione giuridica (questione che, non solo di riflesso, dovrebbe preoccupare non poco anche il lettore e lo studioso italiani). In un'intervista, rilasciata poco prima della sua scomparsa, alla domanda sul perché della centralità del nesso religione-diritto (*Why Law and Religion?*), Harold Berman rispondeva: « Every Legal System rests on a belief system and what has been called civil religions. We believe in democracy or freedom with the same passion that in religious circles people believe in God [...]. Religion is what comes from the heart as well as in the mind. It's the belief system, what you're committed to, what you're willing to fight for, even to die for. We have deep in our tradition and deep in our constitutional law this concept of belief underlying legal rules. But most of the courses teach legal rules which are then viewed from a political policy orientation. What does the legislature want to accomplish by this rule and not where did this rule come from historically and morally » (19).

E ad una domanda successiva, a proposito dei modelli di educazione giuridica nelle *Law Schools* americane (*What should law schools be doing differently?*), Berman dava una risposta che costituisce un monito non solo per la cultura giuridica d'oltre Atlantico e che al tempo stesso rende ragione dei più profondi convincimenti dell'autore: « Two defects which I attribute to American legal education, the lack of historical perspective and the lack of let's call it a universal or a comparative perspective, are very detrimental in preparing people to practice [...]. In my experience, I'm amazed at the consequences of a lack of a historical perspective ».

(18) *Ibid.*, pp. 120-122.

(19) Il testo dell'intervista è reperibile sul sito del Center for the Study of Law and Religion della Emory Law School ad Atlanta (Georgia): <http://cslr.law.emory.edu/>.

(ALDO MAZZACANE)

Harold J. Berman si è spento nel novembre 2007. Quando pubblicò il secondo volume di *Law and Revolution*, nel 2003, dedicato a *The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, aveva ottantacinque anni, ma l'opera non è affatto stanca: al contrario, ha nerbo e energia. Essa seguiva dopo vent'anni il primo (1983), recante come sottotitolo *The Formation of the Western Legal Tradition*. Il tema di entrambi è dunque la tradizione giuridica occidentale (ossia europea, con l'inclusione di Stati Uniti e Russia), da riguardare in una « prospettiva millenaria », come più volte ripete egli stesso. Tornerò tra un momento sul punto. Mi preme però dire intanto qualcosa della edizione italiana del secondo volume.

Non esito a definire straordinaria la traduzione eseguita da Diego Quagliani: è precisa, fedele, accurata nelle scelte stilistiche ed offre un testo scorrevole, senza le asprezze delle discipline giuridiche, superando brillantemente le difficoltà a tutti note nel rendere adeguatamente nelle lingue continentali le espressioni tecniche del diritto inglese (Diego stesso vi accenna con elegante sobrietà nella *Presentazione*). Un merito va riconosciuto anche alla Casa editrice Il Mulino, che si è accollata l'impresa in un periodo di difficoltà economiche serie per l'editoria italiana, stretta fra i costi e la dittatura dei supermarket del libro, banditori di opere 'di battaglia'. Non sono molti gli editori che si assumono l'onere, per ragioni culturali e non già di mercato, di stampare un libro di oltre 670 pagine, cui difficilmente arriderà l'ingresso nelle classifiche dei best-seller di massa.

Berman considera l'esperienza giuridica occidentale come un fatto profondamente unitario, una tradizione di lunga durata, che abbraccia circa un millennio, a partire dal secolo XI, sino alla crisi con l'avvento degli stati-nazione, al declino e all'oblio con il loro trionfo e poi con la 'globalizzazione'. La lunga durata di una lunga « modernità ». La sua invenzione, origine e persistenza nell'unità e nella continuità. Siamo perciò avvertiti: l'Autore intende staccarsi perentoriamente dai comparatisti che trascurano a suo avviso la storia e suddividono il diritto europeo in distinte 'famiglie'. (Una suddivisione che in verità tra i comparatisti, per quanto ne so, da vario tempo non è più tanto maggioritaria, e che, a leggere l'italiano, si poteva riconoscere come già indebolita molti anni addietro da Gino Gorla, il quale

riconduceva il *common law* al robusto tronco del *ius commune* e alle sue tarde declinazioni). Ma Berman intende staccarsi ancor più dalla storiografia (non soltanto giuridica) « convenzionale », con le sue partizioni geografiche e cronologiche, con le sue periodizzazioni usuali e la sua inclinazione a distinguere puntigliosamente tempi, ambienti e culture.

Nella drasticità delle affermazioni, non di rado volutamente forzate, risuonano accenti non certo armoniosi per le orecchie degli storici continentali, avvezze ai deliziosi accordi della filologia ed alle *suites* con variazioni della microstoria e del recupero del 'quotidiano'. Ma il pregio forse maggiore della storiografia di Berman sta proprio in questo: nel moltiplicare le dissonanze con scosse elettriche ad alto voltaggio. Fuor di metafora: nel contrastare senza mezzi termini interpretazioni consolidate, costringendo tutti a ripensare il passato alla luce delle incertezze dell'oggi, a ritornare sui vasti scenari, sulle interpretazioni complessive, sui temi di largo respiro. Vi è anche un timbro non isolato fra gli *opinion-makers* degli Stati Uniti in una simile impostazione, che par quasi subire il fascino delle antiche « storie universali » della civiltà, cristiane e eurocentriche. Impostazione che tende a classificare le culture per grandi tipologie, sentendosi parte di quella europea, ma con il privilegio di poterla guardare di là dal mare, per insieme che (semplificandoli) ne colgano « l'essenziale ». Questa sorta di riduzionismo, se così posso dire, è presente anche in Berman: il caratteristico, il peculiare, l'essenziale, sono termini che ricorrono spesso sotto la sua penna in funzione decisamente ordinatoria. Ricordo fra l'altro che nel 1998, quando con Paolo Prodi presentai l'edizione italiana del primo volume apparsa per i tipi del Mulino, ad un rilievo che probabilmente gli mossi, egli replicò, con la secchezza dettata dalla brevità di parole a braccio, rivendicando il vantaggio della sua doppia, simultanea visione di americano sulla storia europea, contemporaneamente partecipe e 'interno' ad essa da un lato, 'esterno' e sintetizzante dall'altro.

Una ulteriore tonalità dell'opera, anch'essa frequente tra i giuristi statunitensi, è la venatura religiosa che la percorre. Non credo sia da sottovalutare in proposito il nome di Teilhard de Chardin, che compare una volta, peraltro in una citazione piuttosto scialba. Il fatto è che lo studioso affermato della Costituzione degli *States* — una costituzione nella quale un celebre passo di Tocqueville, opportunamente riportato da Diego Quagliani, avvertiva « un'aura di antico e quasi un sentore biblico » — individua nel cristianesimo le radici e la « vitalità » della tradizione giuridica occidentale. Ritornare al passato vuol dire allora ripensare i valori morali, che il cristianesimo stesso ha riassunto e promosso, per « farli rivivere », contro la decadenza e la perdita. Berman non respinge l'accusa che gli fu rivolta all'uscita del primo volume di *Law and Revolution*, di essersi orientato sotto l'ossessione,

addirittura *near-hysterical* secondo Ibbetson, della « crisi » attuale. Se ne fa merito anzi, perché dalla crisi occorre muovere per acquisire consapevolezza della dimensione religiosa della « nostra » tradizione giuridica, nutrita dalle diverse forme della fede cristiana, « al fine di rispondere in modo creativo alla nuova epoca della storia mondiale », per dare « un reale contributo allo sviluppo di un diritto mondiale multiculturale ». La storia infatti è anche « profezia ». E l'espressione — a mio parere — non va intesa nel significato banale di capacità predittiva, né in quello di una virtuosa circolarità tra le ère, che ne permetta la reciproca illuminazione, bensì nel senso testamentario di predicazione di valori antichi e perenni, per proiettarli vivi dentro il presente e il futuro.

Per Berman la tradizione giuridica occidentale conserva una continuità durante tutto il millennio moderno. Una continuità che però non è statica, è intessuta al contrario di rotture periodiche, che non la frantumano, ma la rigenerano, restando sempre nel suo perimetro. Le Rivoluzioni (sono *sei* le meritevoli della *R* maiuscola) costituiscono il modo specificamente europeo di rinnovare la tradizione rielaborandola e confermando « una fede che è unicamente occidentale », quella in un concetto di diritto come corpo coerente e ordinato di norme, capace di crescere ininterrottamente per logica interna con mutamenti e sviluppi che sono parte di un più vasto ordine di cambiamenti. Hanno di regola uno svolgimento triadico: una fase di attacco acceso e « apocalittico » al traddito; una di riflusso conservatore con tentativi di ritorno all'indietro; una di sintesi e di assestamento mediante compromessi che però garantiscono l'innovazione.

Le grandi rivoluzioni denominate e datate dall'Autore, con un centro motore localizzato, ma di portata europea e che hanno plasmato nell'alveo comune la nostra coscienza giuridica, sono quella papale (la riforma gregoriana, 1075-1122), le due protestanti (la riforma luterana: Germania 1517-1555, e la calvinista: Inghilterra 1640-1689), la francese, l'americana (la cronologia è qui significativamente invertita) e la bolscevica. Alla prima è dedicato il primo volume. Da essa scaturì « il primo moderno sistema giuridico occidentale, il diritto canonico cattolico romano ». Alla seconda e alla terza è dedicato il secondo. Alle ultime si riferiscono numerosi cenni nei due libri, e più particolarmente tre paragrafi appositi nel secondo. Tutte ebbero origine sul terreno della religione, nel senso che anche le meno risalenti ne furono profondamente marcate: la francese dal razionalismo deistico, l'americana dal puritanesimo e dal comunitarismo calvinisti, la bolscevica dalla « eresia cristiana » dell'ateismo millenaristico. Si trattò di rivoluzioni « totali », di cambiamenti violenti, rapidi, duraturi, nell'ordine politico e sociale e nel « sistema di valori » degli individui stessi. Il nesso tra diritto e politica, comunemente privilegiato dagli storici giuristi è insufficiente a cogliere e a descrivere lo spessore delle trasformazioni. Occorre perciò

servirsi di una concezione « preilluministica » del diritto. E inoltre scegliere il punto di vista delle rivoluzioni religiose, che può permettere di « integrare » in una sintesi più complessa e esauriente una pluralità di fenomeni: valori etici, dottrine giuridiche (le esperienze storiche del diritto), conflitti politici ed economici.

Indubbiamente sorprende che in un'opera così sensibile e attenta alla religione si mostri un sostanziale disinteresse per le questioni teologiche. Intendiamoci: le parti del libro dedicate alle innovazioni tecniche nel diritto civile, penale, processuale, e così via, riconducibili al mutare della fede religiosa, sono estese e tracciate con la mano maestra di un giurista di razza: sono tutte da meditare. Ma la teologia spesse volte aveva parte non piccola nel configurare le nuove definizioni. E se è vero che l'indicazione di Carl Schmitt (non credo che Berman lo conoscesse, e se lo conosceva, lo ha accantonato intenzionalmente) circa la genealogia teologica di fondamentali concetti giuridici è divenuta ormai quasi una vulgata, resta il fatto che senza i teologi mai i giuristi avrebbero avuto la forza di distinguere e selezionare comportamenti economici, o nell'amministrazione della cosa pubblica e della famiglia, o istruire processi e far correre sangue ed accendere roghi. C'è poi da osservare che in un così vasto affresco, di un diritto moderno europeo intimamente innervato dalle fedi confessionali, la Controriforma e la sistemazione giuridico-teologica del Tridentino sono praticamente assenti, se non per un paio di accenni *en passant*. Tutta protestante la rivoluzione dei secoli XVI e XVII?

Peraltro si sa: un'opera va considerata per quello che essa contiene, non già per quello che manca. Seguiamone allora le scelte, avventurandoci in tagli schematici, senza ripetere ciò che Birocchi e Quaglioni hanno osservato in maniera analitica. 'Tagli' autorizzati comunque dal metodo dell'Autore, che ama i vasti spaccati (è un sicuro elemento delle suggestioni che ispira) e che preferisce *affermare* piuttosto che *argomentare* con distinzioni e articolazioni. Si intuisce facilmente il prezzo da lui pagato: parzialità, forzature, accostamenti ed esclusioni non sempre condivisibili.

Cominciamo dalla Germania. Luterana interamente la sua riforma sotto le insegne del buon Martino e di Melantone (due teorici per nulla omogenei)? E luterana perciò la rivoluzione europea del diritto nel Cinquecento? Il luteranesimo fu variegato e progressivamente sempre più discorde al suo interno sul piano politico ed ideologico. Si andava dagli ortodossi (gli *streng-lutherisch*), a chi si tenne in bilico a lungo rispetto ai « papisti », per convinzione, per opportunismo o per irenismo (il vecchio Zasius ed altri dopo di lui), ai « filippisti » di Melantone, ai « criptocalvinisti », come si dissero allora, influenzati dall'uno o dall'altro astro della numerosa costellazione di teologi riformati. Anche il rapporto dei giuristi protestanti con i principi territoriali, di cui rafforzavano con convinzione le tendenze accentratrici, ne risenti

abbondantemente. Per esempio Vigelius, che Berman cita, luterano di stretta osservanza, militava ormai, a fine Cinquecento, con gli altri del suo partito confessionale, tra i filo-imperiali ed era alquanto sgradito ai principi luterani moderati dell'Assia, dove insegnava. Almeno nell'ambito del diritto, il luteranesimo si restrinse via via nei confini tedeschi. Contribuì a recintarlo anche la mirabile rivoluzione linguistica del loro predicatore e maestro. Oldendorp, il principale protagonista di Berman per questa sezione del libro, scrisse non poco in tedesco, e ne soffrì la circolazione internazionale dei suoi lavori. Lo stesso vale per Melchior Kling, dedito principalmente agli *iura propria* in lingua germanica, che non molti dovettero leggere, nonostante il suo acume, al di fuori delle sue terre. Di Johannes Apel seppero in pochi, e meno ancora ne sapremo oggi se Franz Wieacker non ne avesse riscoperto il *Dialogo*, che rimanda ad un genere letterario prediletto dagli umanisti. E da un impulso perfettamente umanistico derivò il compendio di Lagus, giustamente considerato da Berman una delle opere di maggior rilievo del secolo, che riproduceva le lezioni tenute in un *collegium privatum*, ossia in una sede alternativa rispetto all'università, interpretando le spinte fortissime della cultura umanistica in favore delle riforme dell'assetto scolastico e della *methodus* nell'insegnamento e nell'apprendimento, al fine di riordinare l'intera enciclopedia del sapere. Che poi i *Topica* di Melantone fossero il pilastro teorico dominante nel cambiamento perseguito dai giuristi, è discutibile. Non mancavano in Germania le *Dialettiche* filosofiche (Sturm, Agricola, ecc.), utilizzate da Melantone e talvolta di maggior successo che non la sua, indirizzate a cercare una saldatura tra la dialettica e la retorica per costruire un piano organizzato che fornisse l'«astrolabio» adatto per navigare nell'«oceano» delle discipline. Anche le *dialettiche* e le *methodus* specificamente giuridiche avevano una tradizione risalente e si moltiplicarono nel Cinquecento. E se è vero forse che è sovrastimata l'influenza sui giuristi dell'antiaristotelico Pierre de la Ramée (Petrus Ramus), l'ugonotto ucciso nella notte di san Bartolomeo, è certo comunque che la sua fortuna fu grande non solo in Francia, ma soprattutto in Germania e in parte in Inghilterra, favorita proprio dalla sua collocazione confessionale.

La 'internazionale' che determinò la «rivoluzione» cinquecentesca del diritto europeo non fu composta di luterani, ma di calvinisti (nello loro varie segmentazioni), e fu avviata e guidata dagli ugonotti francesi e dalla loro diaspora, tutti intrisi di cultura umanistica. Non per caso fu la matrice umanistica a consentire la diffusione ingente dei loro scritti anche nei paesi cattolici, ovvie censure a parte, e a moltiplicarne stampe e ristampe nella breve stagione neoumanistica tra Sei e Settecento, per esempio a Napoli ed in Toscana. Berman invece cancella i giuristi umanisti ed il cosiddetto (forse infelicitemente) umanesimo giuridico. Ne bersaglia, quando gli capita, gli ammiratori adoperando frecce acuminate. Con una partigianeria evidentissima, si spinge fino a

considerare Schwarzenberg e la sua *Bambergensis* (la « codificazione » penale del 1507), poi rifluita nella *Carolina* del cattolicissimo Carlo V, come un testo luterano *ante litteram*, oscurando gli interventi sul penale della dottrina e dei comuni italiani e rilanciati per esempio in Francia a partire dalla fine del Quattrocento.

La parte migliore del libro a me sembra la sezione amplissima dedicata alla rivoluzione inglese. Accanto alle ricostruzioni ricche ed originali, si manifesta però anche una evidente partigianeria, a cominciare dalle inclusioni e dalle esclusioni. Spicca fra tutte quella di Hobbes, citato solo in quanto tenuto presente da Hale. Berman poi insiste sul comunitarismo dell'Inghilterra, di stampo nettamente calvinista. Eleva anzi la Rivoluzione inglese e l'ordinamento che ne scaturì a paradigma e modello di ordine calvinista — quasi un *Idealtypus*, starei per dire con Weber, che l'Autore non ama e difatti critica duramente. Ma la Chiesa anglicana, con tutto il suo spirito comunitario, non conservò i vescovi e la gerarchia? Non perseguì a più riprese, sanguinosamente, i calvinisti inglesi, peraltro variegati e divisi e niente affatto ortodossi? Non li costrinse a emigrare in America quando non riuscì ad assorbirli e addomesticarli?

Un volume così corposo merita certo di più delle mie rapide rilevazioni d'insieme. Ma forse Berman chiedeva proprio questo, e lo ottiene con efficacia: indurre a considerare le tesi di fondo, a ripensare i fondamenti cristiani della tradizione giuridica occidentale per rifondarla nell'età del suo appannamento. Contrastare punto per punto le singole analisi vorrebbe dire scrivere un libro diverso.

BARTOLOMÉ CLAVERO

CLÁUSULA COLONIAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL
Y ALGUNA OTRA CONTRARIEDAD
PARA LA HISTORIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

I. A propósito de *Decolonization and the Evolution of International Human Rights*: 1. Descolonización y derechos humanos; 2. Derechos universalistas y colonialismo relativista; 3. Cláusula colonial y descolonización. II. Más allá de *Decolonization and the Evolution of International Human Rights*: 4. Postdescolonización y diversidad cultural; 5. Reto de doctrina y de historiografía; 6. Historia profesional y derecho internacional de los derechos humanos.

I. A propósito de *Decolonization and the Evolution of International Human Rights*.

Para una reflexión acerca del derecho internacional de los derechos humanos y su historiografía tomo como base de partida una publicación sobre *Descolonización y Evolución de los Derechos Humanos Internacionales* que no sólo interesa a la relación entre los dos elementos que anuncia, sino también a su respectiva naturaleza y, muy en particular, a la entidad de los derechos humanos en un mundo que aparentemente les es inhóspito por la diversidad de culturas con valores dispares que alberga ⁽¹⁾. Procedamos.

1. *Descolonización y derechos humanos*.

Descolonización y Evolución de los Derechos Humanos Internacionales (*Descolonización y Derechos Humanos* en adelante) es un título cuyo orden de factores importa al producto. No se trata de la incidencia de los derechos humanos proclamados por Naciones Unidas en 1948 sobre el subsiguiente proceso de descolonización sólo parcialmente conducido por la misma organización internacional desde 1960, sino que se trata de la misma relación en sentido inverso, del impacto en los

⁽¹⁾ Roland BURKE, *Decolonization and the Evolution of International Human Rights*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2010, *Decolonization and Human Rights* en adelante.

derechos humanos de esa descolonización no controlada en principio por Naciones Unidas. Hubiera sido interesante tratar del par de factores en términos de interactividad incluso para analizar y evaluar el impacto unilateral de la descolonización sobre los derechos humanos en el escenario de la relación entre la proclamación de los segundos, unos derechos presuntamente universales, y la primera, una descolonización tampoco exactamente universal. No haberlo hecho así permite el abordaje del proceso descolonizador como un elemento extraño al imperativo de los derechos humanos, lo que las conclusiones del estudio vendrán precisamente a recalcar, dándolo por demostrado. En todo caso, la aportación que se ofrece entre premisas quizás unilaterales y resultas tal vez preconcebidas — quizás y tal vez pues habrá de comprobarse — es realmente sustanciosa. Merece tomarse en consideración y contrastarse. *Descolonización y Derechos Humanos* es la mejor investigación académica existente sobre dicho orden de factores entre los años cincuenta y setenta del siglo pasado, con este cierre que también puede ocurrir que resulte prematuro para la entidad del asunto. A las comprobaciones vamos ⁽²⁾.

Descolonización y Derechos Humanos sustancialmente se ocupa con detalle y agudeza de Bandung y de Teherán, de las dos grandes conferencias internacionales que tuvieron como sede dichas ciudades en los años 1955 y 1968 respectivamente y de su diverso y hasta contrapuesto signo en relación a los derechos humanos, el de Bandung halagüeño y el de Teherán deplorable. Con solo esto y con bastante fundamento, ya se cambia la perspectiva historiográfica imperante sobre ambos acontecimientos. La Conferencia de Bandung, que impulsó un movimiento de Estados asiáticos y africanos no alineados ni con los Estados Unidos ni con la Unión Soviética, se tiene usualmente por esencial para la historia de la descolonización, pero no en cambio para la evolución de los derechos humanos, mientras que la Conferencia de Teherán, pues fue la primera oficial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos con la descolonización ya asumida por las mismas y en franco progreso, se tiene como un hito relevante para la universalización efectiva de los derechos humanos. Según *Descolonización y Derechos Humanos*, a Bandung, más incluso que a la Declaración de 1948, se debe la posibilidad misma de universalización de los derechos humanos, mientras que Teherán sencillamente la bloqueó. Lo hizo fundamentalmente con el recurso a la idea de diversidad irreductible de las culturas humanas que, según siempre *Descolonización y Derechos Humanos*, dejara lastrado prácticamente hasta hoy el derecho interna-

(2) En plural ya de entrada porque, aparte la compañía y la inteligencia eventualmente añadidas por la lectura, he contado con la revisión y el comentario de Luís Rodríguez-Piñero y Sebastián Martín. Los posibles errores son exclusivamente míos por supuesto.

cional, sólo con todo potencialmente universal, de los derechos humanos, así como a las propias instituciones de Naciones Unidas que se ocupan de los mismos.

Descolonización y Derechos Humanos en último término se resuelve en una requisitoria contra la multiculturalidad tanto de elaboración académica como de empleo político. La primera apenas la discute porque entiende que su dimensión práctica se reduce a lo segundo, a un aprovechamiento político por parte en concreto de dictaduras que han encontrado un buen blindaje en el argumento de que los derechos humanos no son universalizables porque las culturas humanas son irreductibles. Frente a la ilusión académica, que suele hoy vincular el multiculturalismo con la defensa de comunidades postergadas, el mismo, según *Descolonización y Derechos Humanos*, sólo serviría en la práctica como coartada de la tiranía. El multiculturalismo sería responsable de todos los intentos de reclusión de los derechos humanos en una sola de las culturas, la entonces tachada como *occidentalista* y demonizada como imperialista, para dejar las manos libres a todo tipo de iniquidades y atrocidades por otras latitudes. Tal signo siniestro de la multiculturalidad sería, frente al de Bandung, el de Teherán, el de la primera Conferencia de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos que los dejaría lastrados de forma aparentemente irremisible hasta hoy. Tal es la narrativa y las conclusiones de *Descolonización y Derechos Humanos*.

Bandung se convoca en unos tiempos en los que, de una parte, la descolonización, no asumida todavía por las Naciones Unidas, es aventurada e incierta, y en los que, de otra parte, los derechos humanos distan de tomarse como base de un nuevo orden internacional. La convocatoria miraba a lo primero, no a lo segundo, y es respecto a lo primero, a la descolonización, que se le viene valorando de una forma o de otra. En la conferencia se dio una firme oposición a plantear la descolonización en términos de derechos humanos mediante la inclusión entre los mismos del derecho a la libre determinación. La encabezaba un Estado que no había participado en la elaboración de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que no pertenecía ni tenía por entonces perspectivas de acceder a las Naciones Unidas y que defendía la descolonización frente tanto a los Estados coloniales como a la misma organización internacional, la cual todavía, antes de 1960, reiteremos, no había adoptado una política descolonizadora. Se trata obviamente de la China continental, la República Popular. Había habido una destacada participación de dicha procedencia en la confección de la Declaración, pero por representación de la China finalmente reclusa en la isla de Taiwán⁽³⁾. A lo que ahora nos interesa, existía un

(3) Para cuanto interesa a la elaboración de la Declaración, lo que *Descolonización y Derechos Humanos* descuida para su objeto titular con resultados que veremos,

fuerte movimiento a favor de la contraposición entre la descolonización de los pueblos de una parte y, de otra, los derechos humanos, entendidos éstos como un mecanismo más del dominio global de los Estados coloniales, pero la conferencia concluyó en el sentido contrario de formulación de la libre determinación de los pueblos como un derecho entre los derechos humanos (4).

Para *Descolonización y Derechos Humanos*, Bandung finalmente supuso un respaldo al universalismo de la Declaración de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el universalismo que podía anteriormente cuestionarse por haber sido realizada en los tiempos iniciales de representatividad limitada de la organización internacional. Gracias a Bandung, a los Estados asiáticos y africanos allí reunidos en 1955, la Declaración ya sería reconocidamente universal. Por aquel tiempo, a mediados de los años cincuenta del siglo pasado, los Estados europeos secundados por los americanos estaban principalmente defendiendo una visión relativista de los derechos humanos como aspiraciones a las que todavía, esto es para ellos hasta que la labor colonizadora no extendiese la propia civilización, no podía hacerse partícipes a los pueblos colonizados. Sus culturas, unas culturas que el colonialismo debía erradicar o al menos moldear, lo impedirían. Por entonces, relativistas culturales serían los Estados *occidentales* y universalistas en derechos, *los otros*. ¿Tal es el escenario de Bandung, 1955? (5). La contraposición entre *The West and the Rest*, el *Occidente* y los *Otros*, representando el primero la universalidad de la que hizo dejación táctica y transitoria durante dichos años, atraviesa la narrativa de *Descolonización y Derechos Humanos* (6).

Tras el impulso a la descolonización que supuso su asunción

Johannes MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting and Intent*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 1999.

(4) Para el contraste de la historiografía que no lo destaca, R. BURKE, *Decolonization and Human Rights*, p. 14. Paul Gordon LAUREN, *The Evolution of International Human Rights: Visions Seen*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2003, p. 241, se había referido al logro del impulso a los derechos humanos en Bandung, pero sin identificación de posiciones encontradas ni mayor elaboración.

(5) R. BURKE, *Decolonization and Human Rights*, pp. 33-34, concluyendo el capítulo que le dedica a Bandung, el primero (pp. 13-34): *Human Rights and the Birth of the Third World: The Bandung Conference*. Del mismo hubo un anticipo de título dispar: R. BURKE, 'The Compelling Dialogue of Freedom': *Human Rights at the 1955 Bandung Conference*, en "Human Rights Quarterly", 28, 2006, pp. 947-965.

(6) Es binomio de cierta difusión desde su acuñación en forma menos polarizada por CHINWEIZU, *The West and the Rest of Us: White Predators, Black Slavers, and the African Elite*, New York, Random House, 1975. *Decolonization and Human Rights* nunca asume netamente la contraposición, pero la misma, en su modo polarizado, sostiene la narración imprimiéndole sentido.

desde 1960 por parte de las Naciones Unidas en términos de derechos humanos, conforme a Bandung, Teherán fue en 1968, en el vigésimo aniversario de la Declaración, la primera Conferencia Internacional sobre los Derechos Humanos con una concurrencia de Estados imprimiendo un grado de representatividad del que habían carecido en sus tiempos fundacionales las propias Naciones Unidas (7). Sin embargo, para *Descolonización y Derechos Humanos*, fue el momento de la involución por renuncia generalizada a la universalidad de los derechos con argumentos de relativismo cultural encubridores de regímenes dictatoriales. Tras la descolonización habida, el derecho de libre determinación se identifica con soberanía del Estado así blindado frente a escrutinio internacional de los derechos humanos entendiéndose que cualquier otra cosa ofrece cauces de intromisión y reproducción del dominio de los antiguos Estados coloniales. No hay articulación de la libre determinación con las libertades individuales. Y no hay con todo principio de libertad individual siquiera. Esto habría ido ya al debe de la concepción *occidental* de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Los derechos se siguen invocando, pero sobre el presupuesto bien sentido de que cada cultura humana puede tener su propio y distinto paradigma al respecto. En Teherán desaparece el horizonte de la universalidad o queda con todo seriamente hipotecado. Para *Descolonización y Derechos Humanos*, no parece buena idea declarar la libre determinación como derecho humano en 1960 y entronizarla luego, en 1967, como primer artículo de ambos Pactos Internacionales de derechos humanos, el de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Todos éstos serían pasos en el camino hacia la debacle precipitada en Teherán (8).

Según *Descolonización y Derechos Humanos*, ahora, tras la Con-

(7) Para Michael G. SCHECHTER, *United Nations Global Conferences*, Abingdon, Routledge, 2005, pp. 19-27, Teherán, aunque no fuera la primera conferencia de Naciones Unidas y aunque hoy suela relegarse a nota a pie de página o a letra pequeña, fue la inaugural de las que tiene por globales.

(8) R. BURKE, *Decolonization and Human Rights*, pp. 109-111, concluyendo el capítulo que le dedica a Teherán, el cuarto (pp. 92-111: "It is very fitting": *Celebrating Freedom in the Shab's Iran, the First World Conference on Human Rights, Tebran 1968*), y abundándose en tales conclusiones en el capítulo quinto y último (pp. 112-144) elocuentemente titulado "According to Their Own Norms of Civilization": *The Rise of Cultural Relativism and the Decline of Human Rights*. El capítulo de Teherán también tuvo anticipo de título no menos dispar: R. BURKE, *From Individual Rights to National Development: The First UN International Conference on Human Rights, Tebran, 1968*, en "Journal of World History", 19, *New Histories of the United Nations*, 2008, pp. 275-296. Con base que luego se verá, hago explícitas conclusiones que, como en los cambios de títulos entre artículos y libro, *Descolonización y Derechos Humanos* a veces deja caer en forma un tanto elusiva, pero que entiendo claves para su entera narrativa.

ferencia de Teherán, los Estados *occidentales* habrían recuperado la buena posición de la universalidad de los derechos, lo que para *los otros* no sería sino la confirmación de que la Declaración era un arma de agresión imperialista para los tiempos postcoloniales. El debate de décadas, desde finales de los años sesenta, sobre el establecimiento de un Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que sólo se acordaría, con facultades disminuidas por las fuertes resistencias, en 1993, reflejaría ese alineamiento final entre un sector, el *occidental*, pugnando por promover y garantizar derechos humanos de una parte y, de otra, el de *los otros*, negándose entre éstos, por la diversidad cultural de la humanidad, la misma premisa de que hubiera derechos humanos que promover y garantizar y ofreciéndose así cobertura a todo tipo de regímenes flagrantemente atentatorios contra los derechos humanos. *Descolonización y Derechos Humanos* ofrece la impresión de que, liberados por fin del colonialismo, los antiguos Estados coloniales recuperan sus esencias universales. El multiculturalismo académico, si tuvo alguna vez algún merito para campos como el de la antropología, se reduciría finalmente al triste papel de amable máscara encubridora de los regímenes lesivos para con los derechos humanos universales. Como ya se ha dicho, dicha tendencia académica merece aquí, en *Descolonización y Derechos Humanos*, descalificación genérica, pero no debate específico o ni siquiera mayor identificación. Se entiende que son las propias evidencias expuestas las que descalifican ⁽⁹⁾.

2. *Derechos universalistas y colonialismo relativista.*

La impresión más general o conclusiva que con todo se ofrece es la de que, aparte episodios pasajeros y afinidades intermitentes, fue fundamentalmente el *Occidente* en términos prosopopéyicos y en sentido cultural, no necesariamente geográfico, quien concibió un derecho universal de los derechos humanos y se hizo finalmente cargo del mismo tras superarse el largo episodio colonial, dilatado pero episódico. *Occidente* no sería en exclusiva Occidente desde el propio arranque de

⁽⁹⁾ R. BURKE, *Decolonization and Human Rights*, pp. 145-149, que es el capítulo de *Conclusion* general. El proceso de desapoderamiento creciente del ACNUDH a lo largo del dilatado debate, Andrew CLAPHAM, *Creating the High Commissioner for Human Rights: The Outside Story*, en "European Journal of International Law", 5, 1994, pp. 556-568, lo sintetizó bien: "De Fiscal General a Gran Coordinador". Respecto a la descalificación del multiculturalismo, aparte de que registre otras referencias, el comodín de contraste para *Decolonization and Human Rights* es Adamantia POLLIS, *Human Rights: A Western Construct with Limited Applicability*, en A. Pollis y Peter Schwab (eds.), *Human Rights: Cultural and Ideological Perspectives*, New York, Praeger, 1979, pp. 1-18.

la elaboración de la Declaración Universal y la impronta occidental no lastraría, todo sumado, su vocación universalista. También ocurriría que, en momentos, *Occidente* habría ido contra Occidente, como en una primera fase del derecho internacional de los derechos humanos en la que aún pesaba severamente el colonialismo. La manifestación eminente de una tal hipoteca *occidental* habría sido el intento de introducción de la *cláusula colonial* en el mismísimo derecho internacional de los derechos humanos. He aquí, en la cláusula colonial, una clave para todo el asunto en la que convendrá detenerse ⁽¹⁰⁾. En la composición de *Descolonización y Derechos Humanos* se identifica bien este elemento, un elemento cuya significación y alcance, si se reintegra su contexto, puede ser muy superior a lo ahí expuesto.

Descolonización y Derechos Humanos advierte que, desde un primer momento de la entrada en discusión de una convención o tratado que viniera a asegurar las obligaciones internacionales asumidas por los Estados con los derechos humanos mediante la Declaración, lo que vino a ser al cabo de dos décadas el par de Pactos Internacionales, hubo Estados *occidentales*, encabezados en esto por Gran Bretaña, que propusieron la cláusula colonial, esto es, la dejación en manos de los Estados coloniales de la decisión sobre la exclusión, la modulación o la extensión de las correspondientes obligaciones respecto a las colonias. Para *Descolonización y Derechos Humanos*, esto supondría un paso atrás en relación al universalismo de la Declaración, universalismo que da por hecho y que nunca se detiene en fundamentar. El hecho es que la propuesta de cláusula colonial no conseguía prosperar, pero que los Estados coloniales no cejaban por entonces. Entendían explícitamente que la humanidad de las colonias no estaba preparada para los derechos humanos y que necesitaban la acción que ellos presumían benéfica del colonialismo para conseguir estarlo. A esto venía el relativismo cultural que entonces se predicaba desde *Occidente*. La consideración de culturas ajenas servía para no participar derechos que se entendían como patrimonio de la cultura propia. La Declaración de los Derechos Humanos, universal y todo, no había servido ni siquiera para cuestionar esta visión supremacista entre los Estados *occidentales*, pero ése es un punto que, como ya he dicho, *Descolonización y Derechos Humanos* no

(10) Afectando igualmente a derechos, existe también la práctica de la cláusula colonial en el derecho constitucional (por ejemplo, tempranamente, Constitución francesa de 1791, en art. 8 del tít. VII: “Les colonies et possessions françaises dans l’Asie, l’Afrique et l’Amérique, quoiqu’elles fassent partie de l’Empire français, ne sont pas comprises dans la présente Constitution”), pero éste es un capítulo del que no se ocupan *Decolonization and Human Rights* ni estas páginas. En el caso británico no se da al efecto distinción neta entre derecho constitucional y derecho internacional: P.G. McHUGH, *Aboriginal Societies and the Common Law: A History of Sovereignty, Status, and Self-determination*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 62.

afronta, dando siempre por hecho el universalismo de la Declaración tenida ya entonces por universal ⁽¹¹⁾.

La presunción universalista de la Declaración se pone en evidencia por la forma como *Descolonización y Derechos Humanos* trata la constancia de que René Cassin, uno de los padres putativos de la Declaración Universal, estuviera entre quienes defendieron la inclusión de la cláusula colonial en la convención que habría de desarrollarla y asegurarla. Se nos dice que habría sido un paso atrás desde sus posiciones universalistas de cuando contribuyó a la Declaración hacia una postura relativista obligado por sus obligaciones como representante de la potencia colonial que seguía siendo Francia. Mas el caso es que René Cassin había echado una mano en el mantenimiento del colonialismo bajo la Declaración, tanto da si por convicción personal, por deber diplomático o por ambos factores, aceptando que la prohibición de la esclavitud no se extendiera a la del trabajo forzoso tan usual en las colonias y además como método que se pretendía de disciplina civilizatoria ⁽¹²⁾. El relativismo ya podía agazaparse en el universalismo trucado de la Declaración. Como está advertido, *Descolonización y Derechos Humanos* parte de ella sin entrar en su consideración y dando por acreditado un universalismo para cuyo cuestionamiento habría de bastarle un dato tan a la vista como el de la posibilidad de cláusula colonial bajo la propia Declaración, en su desarrollo, como si la misma la permitiese.

Tal dato tiene ese alcance de cuestionar por sí solo el universalismo de la Declaración Universal. No cabe decir que la cláusula colonial podía proponerse no porque la misma lo permitiera, sino

(11) R. BURKE, *Decolonization and Human Rights*, pp. 114-121; para encuadramiento de las posiciones británicas sobre la cláusula colonial, A.W. BRIAN SIMPSON, *Human Rights and the End of Empire; Britain and the Genesis of the European Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 288-291, 476-477 y 830-844; sobre el juego ulterior a favor sustancialmente de la diáspora británica junto a sectores cooptados de población aborigen, Charles O.H. PARKINSON, *Bill of Rights and Decolonization: The Emergence of Domestic Human Rights Instruments in Britain's Overseas Territories*, Oxford, Oxford University Press, 2007. La misma diáspora secunda en Naciones Unidas: Annemarie DEVEREUX, *Australia and the Birth of the International Bill of Human Rights, 1946-1966*, Annandale, The Federation Press, 2005, pp. 143-174, aun en términos complacientes.

(12) R. BURKE, *Decolonization and Human Rights*, pp. 114 y 117; para la corrección, B. CLAVERO, *No distinction shall be made: Sujeto sin derechos y enemigo sin garantías en la Declaración Universal de Naciones Unidas, 1945-1966*, pp. 1564-1565, en estos "Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno", 38, 2009, pp. 1547-1620; Glenda SLUGA, *René Cassin: Les droits de l'homme and the Universality of Human Rights, 1945-1966*, en Stefan-Ludwig Hoffmann (ed.), *Human Rights in the Twentieth Century*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 107-124.

porque carecía de un carácter vinculante, porque no obligaba lo mismo que un tratado o convención de derechos humanos. De cualquier modo que se entendiese su grado de vinculación, la Declaración era una norma de derecho internacional y, como tal, había de presidir la propia concepción de dicha convención, lo que luego serían los dos Pactos Internacionales, y de todo otro instrumento internacional sobre derechos humanos. Si, tras la Declaración, se propone la cláusula colonial es porque se entiende que bajo la misma cabe o que no se encuentra proscrita por ella, como hubiera evidentemente ocurrido si hubiese registrado entre los derechos humanos el derecho a la libre determinación de los pueblos. Inmediatamente tras la Declaración y para su puesta en práctica mediante una convención, el caso es que se pudo proponer la cláusula colonial, tal como si ésta estuviera todavía permitida, incluso respecto a derechos humanos, o no chocase así con aquella, con la Declaración.

El intento está dicho que no prosperó en los estrictos términos de exención de las colonias, pero el solo dato de que pudiera proponerse resulta significativo de que no se le otorgaba realmente un alcance universalista a la Declaración. Hubo también el intento igualmente fallido, éste por parte de los Estados Unidos, por introducir en los tratados o convenios de derechos humanos una cláusula federal que eximiese a los Estados federados, como por ejemplo los racistas de los mismos Estados Unidos, lo cual hubiera podido ciertamente cubrir la cláusula colonial ⁽¹³⁾. Empero, cláusulas de exención no figurarán en los tratados de derechos humanos, aunque también es el caso que las mismas pudieran quedar de hecho cubiertas, durante aquellos primeros años al menos, por una práctica de reservas sin necesidad de andarse especificando el propósito de la exclusión de las colonias ⁽¹⁴⁾.

El asunto aquí es la cláusula colonial. Respondió a una práctica a menudo innominada en virtud de la cual los tratados que, por las obligaciones que se contraían, pudieran implicar derechos, éstos, los derechos, no eran extensibles a las colonias ⁽¹⁵⁾. Había llegado así a

⁽¹³⁾ Carol ANDERSON, *Eyes off the Prize: The United Nations and the African American Struggle for Human Rights, 1944-1955*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 132-137, 200-201 y 227-230; A. DEVEREUX, *Australia and the Birth of the International Bill of Human Rights*, pp. 152-166.

⁽¹⁴⁾ Liesbeth LIJNZAAD, *Reservations to UN-Human Rights Treaties: Ratify and Ruin?*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995.

⁽¹⁵⁾ Peter MALANCZUK, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, New York, Routledge, 2004, p. 137, con la inverosímil, pero usual, explicación de que "permitía tomar en cuenta las aspiraciones de los habitantes de la colonia antes de que el tratado se les extendiese", sin que la referencia a población colonial aclare si lo es a colonos o, lo definitivamente inverosímil, a colonizados; de hecho, se pensaba en los primeros, con lo que los segundos no se tenían ni como *habitantes* de su propio

sobrentenderse en los tratados internacionales y se encontraba incluso ya introducida en las Naciones Unidas a través particularmente de la Organización Internacional del Trabajo, que se integró en las mismas tras corroborarla. Los derechos laborales de los convenios de la OIT ratificados por un Estado colonial no se extendían a las colonias sino mediante la decisión discrecional del propio Estado y con las modalidades establecidas por el mismo ⁽¹⁶⁾. Tan sólo el día antes de la Declaración Universal, la misma Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio conteniendo, para una materia de esta gravedad, la cláusula colonial. La propusieron Estados europeos con respaldo de Estados americanos donde existían pueblos indígenas cuyos derechos humanos se entendían igualmente en suspenso hasta que no recibieran el presunto beneficio de la civilización en singular. Caso similar había sido el de la Convención de la Liga de Naciones para la abolición de la esclavitud cuya cláusula colonial no se suprimiría completamente, aunque quedara bastante mitigada, tras la Declaración ⁽¹⁷⁾.

El primer tratado de derechos humanos relevante tras la Declaración fue en 1952 la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, a propósito del cual no dejaron de proponerse, sin éxito, tanto la cláusula colonial como la cláusula federal. Aunque hubiera Estados, como Gran Bretaña, que se negase a ratificarlo con el argumento explícito de que no contuviera cláusula colonial, el hecho es que se articulaba otro modo de dejar la aplicabilidad del tratado en manos de los Estados. Entre ellos exclusivamente se dirimían los contenciosos que se presentasen. Y presentarlos sólo podían los Estados mismos, los miembros de Naciones Unidas que ratificasen, de unas Naciones Unidas donde todavía dominaban los Estados europeos coloniales junto a los americanos con pueblos indígenas en su interior. El sujeto de los derechos del caso, la mujer, no tenía legitimación alguna para reclamar ante instancia ninguna internacional. Por entonces las Naciones Unidas no reconocía ni el derecho de petición, un derecho que, aún muy restringido, se había admitido por la anterior Liga de Naciones. Las

territorio, por lo que, en rigor, no había ni necesidad de excluirlos. Por otra parte, en tiempos de colonialismo pleno, por *cláusula colonial* a secas parece que se entendía una variante de tráfico financiero al menos en el *common law*: Albert C. WHITAKER, *Foreign Exchange*, New York, Appleton, 1919, pp. 310-318.

⁽¹⁶⁾ LUÍS RODRÍGUEZ-PIÑERO, *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law: The International Labour Organisation Regime, 1919-1989*, New York, Oxford University Press, 2005.

⁽¹⁷⁾ HIRAD ABTAHI y PHILIPPA WEBB, *The Genocide Convention: The Travaux Préparatoires*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008; JEAN ALLEIN, *The Slavery Conventions: The Travaux Préparatoires of the 1926 League of Nations Convention and the 1956 United Nation Convention*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008.

numerosas peticiones que llegaban sobre asuntos de derechos humanos a su Comisión de Derechos Humanos o a la Subcomisión para Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías servían tan sólo para sacarse el provecho de la subasta de los sellos por parte del funcionariado de Naciones Unidas para disponerse de numerario sin control burocrático (18). Por lo demás, a aquellas alturas inmediatas a la Declaración, en el seno de la propia burocracia de la organización internacional se tomaba sumamente en serio la pretensión británica de retener la capacidad de interposición de la cláusula colonial, no entendiéndose que la posibilidad hubiera quedado automáticamente cancelada por su incomparecencia en los tratados de derechos humanos (19).

3. *Cláusula colonial y descolonización.*

¿Qué más lógico entonces para los Estados coloniales, con Gran Bretaña a la cabeza, que entender de lo más natural la compatibilidad entre derechos humanos y cláusulas coloniales bajo la Declaración Universal? La misma Declaración dio pie. No acogió la cláusula colonial. El debate sobre las colonias no había conducido a acuerdo alguno, optándose por el silencio (20), pero el asunto resurge en la recta final por la propuesta de incluir el derecho a la libre determinación de los pueblos, lo que hubiera ciertamente posibilitado la extensión de los derechos humanos a una humanidad ya no sometida a las presunciones supremacistas y las pretensiones civilizatorias de los Estados coloniales, presunciones y pretensiones que por sí mismas se bastaban para producir la exención de las colonias. Éste es el contexto en el que se propuso a última hora, por iniciativa británica, una cláusula de inclu-

(18) R. BURKE, *Decolonization and Human Rights*, pp. 121-125 y, para el derecho de petición, al que dedica un capítulo, el tercero, pp. 59-91; B. CLAVERO, *No distinction shall be made*, pp. 1589-1593.

(19) Ian SINCLAIR, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester, Manchester University Press, 1984, p. 88-90, recordándose el detalle cuando, en 1969, ya está procediéndose a la liquidación de secuelas de la cláusula colonial en la letra de los tratados. El uso ulterior de cláusulas aparentemente coloniales por las propias Naciones Unidas responde al objetivo no excluyente, sino incluyente en derechos humanos; así, en 1970, por la Declaración relativa a los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de Naciones Unidas: "El territorio de una colonia u otro territorio no autónomo tiene, en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, una condición jurídica distinta y separada de la del territorio del Estado que lo administra, y esa condición jurídica distinta y separada conforme a la Carta existirá hasta que el pueblo de la colonia o territorio no autónomo haya ejercido su derecho de libre determinación..."

(20) J. MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights*, pp. 96-101.

sión colonial que pudiera encubrir la exclusión de los derechos humanos mediante el bloqueo de la libre determinación ⁽²¹⁾.

“[N]o se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”, así reza la cláusula aparentemente incluyente (Declaración, art. 2.2). La clave se encuentra en la admisión indiscriminada de territorios dependientes, lo que realmente incluye, pero a las colonias como tales. Es la forma de excluir el derecho de los pueblos colonizados a la libre determinación y con ello la misma posibilidad de que las personas afectadas accedan a los derechos humanos mientras que se interponga el Estado colonial. Entonces estaba en pleno vigor la previsión fundacional de las Naciones Unidas de salvaguardia de la jurisdicción de los Estados cubriendo de hecho a las respectivas colonias: “Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados...” (Carta, art. 2.7). Era previsión perfectamente aplicable al escrutinio de los derechos humanos mientras que no hubiera tratados, unos tratados a cuyo respecto los Estados coloniales podían entonces tener la expectativa de que iba a especificarse la cláusula colonial con todo ello todavía posible. ¿No se basaba la exclusión del derecho a la libre determinación en la presunción supremacista y en la pretensión civilizatoria? Para los Estados coloniales la cláusula colonial serviría ahora para promocionar los derechos humanos a través del propio colonialismo, lo mismo que pretendían venir haciendo con anterioridad ⁽²²⁾.

Ante este panorama, Bandung cobra importancia, una importancia aún superior todavía a la que *Descolonización y Derechos Humanos* le concede. Bandung es históricamente importante no sólo por haberse finalmente ubicado en el paradigma de los derechos humanos, sino ante todo y sobre todo por haber afirmado como tal, como derecho humano, la libre determinación de los pueblos, con todo el desconcierto que esto

(21) B. CLAVERO, *No distinction shall be made*, pp. 1547-1567.

(22) Bonny IBHAWOH, *Imperialism and Human Rights: Colonial Discourses of Rights and Liberties in African History*, Albany, State University of New York Press, 2007. Acumula información y aporta reflexión, pero identifica peor el lastre del factor colonial para los derechos humanos dándolos por presentes desde tiempos de pleno colonialismo, P.G. LAUREN, *Power and Prejudice: The Politics and Diplomacy of Racial Discrimination*, Boulder, Westview, 1996; tampoco centra el extremo de la hipoteca colonial de los derechos humanos mismos el volumen igualmente sustancioso de Marilyn LAKE y Henry REYNOLDS, *Drawing the Global Colour Line: White Men's Countries and the International Challenge of Racial Equality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

produjo en los Estados coloniales y afines todavía dominantes en el seno de las Naciones Unidas (23). Fue para éstas, pero no para toda la humanidad aún excluida de las mismas, para la que vino bien la aceptación de la Declaración como marco de la libre determinación, lo que las propias Naciones Unidas acogerían un lustro más tarde. El problema no era que la descolonización hubiera arrancado a espaldas de los derechos humanos declarados por las Naciones Unidas, sino que la Declaración de Derechos de las Naciones Unidas hubiera vuelto a la descolonización la espalda. Por incorporar la libre determinación como derecho humano y por la concurrencia de Estados, Bandung pudo imprimir a la Declaración la legitimidad de la que realmente carecía. Y la salvó, con nuevo espíritu, para el futuro. Con esto se confirma que, en rigor, el origen del derecho internacional de derechos humanos no reside en las Naciones Unidas. Sus orígenes no sólo inmediatos son anticoloniales, como viene ya justamente advirtiéndose (24).

En todo este contexto, se entiende algo que *Descolonización y Derechos Humanos* se niega a entender: la razón por la que, tras la Declaración, los derechos humanos se cifrasen en el derecho a la libre determinación y a la diversidad cultural, a ambas cosas, así como también cabe entonces entender la denuncia de los derechos humanos de las Naciones Unidas como un nuevo mecanismo de dominio colonial, todo esto para desesperación de los promotores originales de la misma Declaración que pasan por progenitores de los derechos humanos (25). En su contexto colonial, la misma ni siquiera contemplaba el

(23) Kweku AMPIAH, *The Political and Moral Imperatives of the Bandung Conference: The Reactions of US, UK and Japan*, Folkestone, Global Oriental, 2007, que *Descolonización y Derechos Humanos* no utiliza; Christopher J. Lee (eds.), *Making a World after Empire: The Bandung Moment and its Political Afterlives*, Athens, Ohio University Press, 2010, contiene piezas anteriores que tampoco se atienden por *Descolonización y Derechos Humanos*, como especialmente su primer capítulo (pp. 45-68); Dipesh CHAKRABARTY, *The Legacies of Bandung: Decolonization and the Politics of Culture*, antes en *Economic and Political Weekly*, 46, 2005, pp. 4812-4818.

(24) C. ANDERSON, *Eyes off the Prize*; B. IBHAWOH, *Imperialism and Human Rights*, pp. 173-180; la misma, *A "Hollow Mockery": Africans Americans, White Supremacy, and the Development of Human Rights in the United States*, en Cynthia Soohoo, Catherine Albisa y Martha F. Davis (eds.), *Bringing Human Rights Home: A History of Human Rights in the United States*, vol I, Westport, Prager, 2008, pp. 75-101 (ed. abreviada, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2007, pp. 68-99); Balakrishnan RAJAGOPAL, *International Law from Below: Development, Social Movements and Third World Resistance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

(25) Es famoso el episodio del empeño frustrado de John Humphrey, el principal factor de la Declaración, jefe de la División de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, por sacar adelante a continuación una convención sobre libertad de prensa. "¡Es la ruina de mi declaración!", exclamó ante el fracaso. Sobre el fiasco,

derecho a la cultura propia o nativa, reconociendo en cambio un derecho de acceso a la que se sobrentendía como de procedencia estatal o de alcance universal que casaba bien con las pretensiones civilizatorias del colonialismo todavía dominante. El mismo contexto colonial bloqueaba el reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos que pudiera ofrecer a las personas garantía al goce de la cultura propia. Lo uno no es consecuencia necesaria de lo otro, la libertad individual de la libertad colectiva, pero esto segundo resulta requisito. Dicho de otra manera, no hay posibilidad humana de goce personal de derechos sino en el seno del pueblo de la propia cultura con derecho a la libre determinación. El colonialismo no ofrecía ni siquiera la posibilidad (26).

Así también se entiende algo que *Descolonización y Derechos Humanos* tampoco parece entender: la declaración por Naciones Unidas del derecho a la libre determinación de los pueblos y la entronización de este derecho como primer derecho humano, compareciendo en sendos artículos primeros, por parte de ambos Pactos Internacionales de derechos humanos, el de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (27). Tal y como quedan estos tratados, el derecho a la libre determinación de los pueblos resulta reconocido como premisa de la posibilidad de acceso de las personas al pleno goce de los derechos humanos, algo que el colonialismo en cambio bloqueaba. Una cosa es desde luego la posibilidad que se abre

Kenneth CMIEL, *Human Rights, Freedom of Information, and the Origins of Third World Solidarity*, en Mark Philip Bradley y Patrice Petro (eds.), *Truth Claims: Representation and Human Rights*, Piscataway, Rutgers University Press, 2002, pp. 107-130, añadiendo otro episodio (p. 123): ante el fracaso, Eleanor Roosevelt se lamentó con Humphrey de que la gente “de piel oscura” estaba rebelándose contra Occidente; la reacción de René Cassin no parece que fuera mucho mejor (p. 125).

(26) B. CLAVERO, *Multiculturalismo constitucional, con perdón, de veras y en frío*, en “Revista Internacional de Estudios Vascos”, 47, 2002, pp. 35-62; versión focalizada y resumida, *Why are only indigenous peoples internationally entitled to a specific right to their own culture?* (2009), disponible en internet: <http://hrcolumbia.org/indigenous/lecture-columbia-1-21-09.pdf>.

(27) R. BURKE, *Decolonization and Human Rights*, recurre en este punto sintomáticamente a la ironía: “Dos pactos de derechos humanos con artículos sobre la autodeterminación eran desde luego algo mejor que ninguno. Que la Comisión de Derechos Humanos dedicase demasiado tiempo a discutir sobre el *apartheid* era algo mejor que si no discutiera nada” (p. 147). No hay que decir que la discusión recurrente del régimen racista sudafricano, también en la Asamblea General, fue históricamente clave para la progresiva toma en serio de los derechos humanos en las Naciones Unidas: Mark MAZOWER, *No Enchanted Palace: The End of Empire and the Ideological Origins of the United Nations*, Princeton, Princeton University Press, 2009, capítulo cuarto (pp. 149-189): *Jawabarlal Nebru and the Emergence of the Global United Nations*.

y otra la frustración que se produce, ésta en parte debida a la forma restrictiva como las Naciones Unidas pasan a liderar la política descolonizadora, con mantenimiento de fronteras coloniales y con postergación de los pueblos indígenas comprendidos dentro de los confines redondos de los Estados ⁽²⁸⁾. La descolonización conducida por Naciones Unidas con sus criterios conservadores de fronteras tanto estatales como coloniales no sólo ignora pueblos, sino que también los crea sin base propia ⁽²⁹⁾. Abundan luego quienes convierten la frustración histórica en paradigma ineluctable con tal de no reconocer responsabilidades de la organización internacional. No sólo *Descolonización y Derechos Humanos* lo hace. Justamente a la contra, ha de salirse al paso incluso de la inclinación neocolonial a imputar a la descolonización los estragos del colonialismo ⁽³⁰⁾.

Si hay un motivo constante contra el derecho a la libre determinación en *Descolonización y Derechos Humanos*, es el de la falta de articulación con los derechos humanos que tiene por genuinamente universales, los individuales, con lo que éstos son los que se han sacrificado por el impacto de la descolonización. Ciertamente es que la inclusión de la libre determinación entre los derechos humanos no comportó su articulación con las libertades individuales ni en la Conferencia de Bandung ni, lo que es peor, en los Pactos Internacionales. El derecho de libre determinación se entroniza en primera posición con referencia a todos los pueblos, pero no le sigue en ningún momento, por ejemplo, un derecho de todas las personas a la cultura propia del pueblo o los pueblos con los que se identifican, sino que este concreto derecho, que no figura en la Declaración Universal, se les reconoce tan sólo, y con alcance restringido a las dimensiones inmateriales de la cultura, a las llamadas minorías étnicas, religiosas o lingüísticas. El resto sigue sustancialmente las pautas de la Declaración ⁽³¹⁾. Mas con ser

⁽²⁸⁾ Los panoramas más amplios se extienden a las secuelas, pero no a la existencia postcolonial de pueblos indígenas: Dietmar ROTHERMUND, *The Routledge Companion to Decolonization*, New York, Routledge, 2006.

⁽²⁹⁾ Vrushali PATIL, *Negotiating Decolonization in the United Nations: Politics of Space, Identity, and International Community*, New York, Routledge, 2008. Para panorama regional revelador, Ishtiaq AHMED, *State, Nation and Ethnicity in Contemporary South Asia*, ed. ampliada, Londres, Pinter, 1998.

⁽³⁰⁾ A. Adu BOAHEN, *African Perspectives on Colonialism*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 1987; Rhoda E. HOWARD-HASSMANN y Anthony P. LOMBARDO, *Reparations to Africa*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2008; Olúfémi TÁÍFÒ, *How Colonialism Preempted Modernity in Africa*, Bloomington, Indiana University Press, 2010.

⁽³¹⁾ Patrick THORBERRY, *International Law and the Rights of Minorities*, Oxford, Oxford University Press, 1991; el mismo, *Indigenous Peoples and Human Rights*, Manchester, Manchester University Press, 2002.

cierta la falta de articulación, no con ello es cierto el corolario implícito en *Descolonización y Derechos Humanos* de que la desarticulación demuestre la imposibilidad. Una cosa es que no fuese factible y otra que no sea posible o incluso necesario. Había con ello un reto pendiente, no una lección aprendida.

II. *Más allá de* Decolonization and the Evolution of International Human Rights.

Entre los derechos humanos iguales y las culturas humanas diversas se le plantea un reto de profundo calado no sólo al derecho internacional de los derechos humanos, sino también a la respectiva historiografía. El problema jurídico es el problema historiográfico y viceversa. El empeño ha de ser uno y el mismo ⁽³²⁾. *Descolonización y evolución de los derechos humanos internacionales* no acusa conciencia de esa entidad del problema de fondo de un carácter jurídico e historiográfico, de derecho y de historia a un tiempo. Conviene avanzar por ende más allá para las mismas cuestiones que esta publicación nos ha planteado. Prosigamos.

4. *Postdescolonización y diversidad cultural.*

La historia no acaba cuando *Descolonización y Derechos Humanos* la concluye, entre las décadas de los sesenta y los setenta del siglo pasado. No lo hace, por efecto de la descolonización, la historia colonial ⁽³³⁾, pero tampoco esta historia termina para las Naciones Unidas, lo que aquí más interesa. En concreto, ante las evidencias del reto subsistente tras los Pactos Internacionales pese a la misma descolonización, la Subcomisión sobre Prevención de Discriminaciones y Protección a las minorías resuelve que se emprenda un estudio acerca

⁽³²⁾ B. CLAVERO, *Razón de Estado, Razón de Individuo, Razón de Historia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, para la historiografía constitucional que puede por ello resultar constituyente; también, Renáta UITZ, *Constitutions, Courts and History: Historical Narratives in Constitutional Adjudication*, Budapest, Central European University Press, 2005.

⁽³³⁾ Mabel Moraña, Enrique Dussel y Carlos A. Jáuregui (eds.), *Coloniality at Large: Latin American and the Postcolonial Debate*, Durham, Duke University Press, 2008; Christian ERNI, *The Concept of Indigenous Peoples in Asia: A Resource Book*, Copenhagen, IWGIA, 2008; Federico Lenzerini (ed.), *Reparations for Indigenous Peoples: International and Comparative Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2008; Albert Kwokwo BARUME, *Lands Rights of Indigenous Peoples in Africa*, Copenhagen, IWGIA, 2010. Para ulterior noticia de éstos y otros continentes y archipiélagos, Caecilie Mikkelsen (ed.), *The Indigenous World 2010*, Copenhagen, IWGIA, 2010.

de los población indígena, esto era, aunque esta forma de identificación y sus implicaciones se eludían, de pueblos indígenas que no tenían acceso al derecho de libre determinación por efecto de los criterios restrictivos aplicados al respecto por las propias Naciones Unidas, unos pueblos que los Pactos Internacionales habían entendido que se ubicaban entre las llamadas minorías. El estudio se efectuó trayendo a la vista la existencia de algunos centenares de millones de personas que, por identificarse con pueblos de culturas distintas a unos Estados a menudo herederos del colonialismo, en el interior de cuyas fronteras habían quedado comprendidos, no tenían fácil lograr el respeto de sus derechos humanos por los poderes del Estado en suerte (34). Desde la primera mitad de los años ochenta en Naciones Unidas se ha venido debatiendo el asunto a través de diversos organismos con participación creciente de representantes indígenas hasta llegarse en 2007 a la adopción de una Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (35).

Esta nueva Declaración de derechos humanos reconoce un derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas a ejercerse por medio de la autonomía política, económica, social y cultural dentro de los Estados donde radican. La de carácter cultural es ante todo derecho a la cultura propia en todas sus manifestaciones, tanto en las materiales como en las inmateriales. Hay quienes entienden ahora que haber diferenciado con la Declaración a los pueblos indígenas de las llamadas minorías desprotege a las segundas y no beneficia a los primeros (36), como hay quienes diagnostican que el acento puesto en las culturas indígenas, por hacerse en términos tradicionalistas, perjudica su propia capacidad de autonomía (37). Hay quienes reducen los derechos de tales pueblos a un caso más de “*derechos humanos de grupos especiales*”, junto a mujeres, niños y minorías, con la degradación correspondiente del impacto de la descolonización (38). En esta última línea, en el seno de las propias Naciones Unidas, entre sus principales agencias comen-

(34) José MARTÍNEZ COBO, *Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations*, edición de trabajo de Naciones Unidas, 1981-1983, que hoy se tiene disponible en internet: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/en/spdaip.html>.

(35) Claire Charters y Rodolfo Stavenhagen (eds.), *Making the Declaration Work: The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Copenhague, IWGIA, 2009.

(36) Will KYMLICKA, *Multicultural Odysseys: Navigating the New International Politics of Diversity*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

(37) Karen ENGLE, *The Elusive Promise of Indigenous Development: Rights, Culture, Strategy*, Durham, Duke University Press, 2010.

(38) Roger NORMAND y Sarah ZAIDI, *Human Rights at the UN: The Political History of Universal Justice*, Bloomington, Indiana University Press, 2008, perteneciente a una serie, *United Nations Intellectual History Project*, tan trabajada como oficialista.

zándose por la Organización Internacional del Trabajo, se pretende ahora que la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no trae nada sustancial nuevo pues se reduciría a aplicar a pueblos y personas indígenas derechos que ya existían ⁽³⁹⁾. Siempre que no se enroque así en la cerrazón, bienvenido sea el debate sobre este verdadero giro histórico del derecho internacional, pero la cuestión primaria para los derechos humanos en general tanto como para los pueblos indígenas en particular es otra.

Nos importa aquí lo primero, el alcance de la nueva Declaración para el cuerpo completo de los derechos humanos y no en particular los derechos de los pueblos indígenas. Puede decirse que la Declaración supone la cancelación definitiva de la cláusula colonial más innominada y persistente, la que afecta a dichos pueblos, abriendo con ello la posibilidad de la descolonización, por fin, del derecho internacional de los derechos humanos, no todavía del derecho internacional por entero que sigue pivotando sobre los Estados. Así y todo, no va a despreciarse la transcendencia de la descolonización de los derechos humanos no sólo para los pueblos indígenas, sino para la humanidad en general. *Descolonización y Derechos Humanos* es tan ciega ante todo esto, en compañía desde luego con la historiografía y la doctrina iusinternacionalistas todavía imperantes, porque aún mantiene al cabo el paradigma cultural supremacista del viejo colonialismo. Cuando *Descolonización y Derechos Humanos* concluye, el colonialismo todavía estaba ahí. Y sigue estándolo. Esa historiografía y esa doctrina prestan a su modo, con la complicidad, testimonio.

La descolonización pendiente ya puede vislumbrarse por la posibilidad de articulación entre derecho de pueblos con derechos del individuo como derechos ambos humanos y derechos además interdependientes, sin relación alguna entre ellos. Difícilmente se podían articular unos y otros derechos sobre la base de una descolonización limitada a creación de nuevos Estados con respeto de fronteras incluso coloniales. Gracias en cambio a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ¿no se está ahora comenzando, sólo desde luego comenzando, a articular la libre determinación de los pueblos con los derechos humanos de los individuos? Ya se cuenta incluso con laboratorios constitucionales que están experimentando la articulación. Acúdase a la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, de 2009, y se encontrará el intento a tal nivel de norma fundamental tras haberse incorporado al ordenamiento boliviano, en 2007, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. No es cuestión ahora de entrar en pormenores, sino

⁽³⁹⁾ *United Nations Development Group Guidelines on Indigenous Peoples' Issues*, manual de agencias suyas disponible en internet: <http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/docs/guidelines.pdf>.

tan sólo de dejar debida constancia de que la historia prosigue. Lo hace incluso en el detalle de que no es *the West*, no es precisamente el Occidente dominante, sino *the Rest*, por la presencia y el peso de los pueblos indígenas en Bolivia, donde se progresa en el campo de los derechos humanos hacia su efectiva universalización ⁽⁴⁰⁾.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas registra, como está dicho, el derecho a la cultura propia: “Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado” (art. 5); “Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a no sufrir la asimilación forzada o la destrucción de su cultura” (art. 8.1), entre otros pasajes. Lo propio hace la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia: “Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley” (art. 2), “En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos: A su identidad cultural...” (art. 30.II.2), entre otros pasajes. Si esto es importante por sí mismo, no lo es menos o lo es realmente más, por la historia habida, que dicho reconocimiento del derecho a la cultura propia se efectúe en el contexto del cuerpo incólume y crecido de los derechos humanos y constitucionales. ¿Dónde queda la incompatibilidad presumida por los medios dominantes, no sólo desde luego por *Descolonización y Derechos Humanos*?

Tras un debate acerca del relativismo cultural en una de las revistas más sensibles para cuanto estamos apreciando, la palabra final no la dijo nadie, pero la reflexión conclusiva fue de lo más oportuna, la de cuestionar la presunción común de que “la universalidad necesariamente *fortalece* los derechos humanos mientras que la relatividad necesariamente los *debilita*” ⁽⁴¹⁾. Justamente, la universalidad, como

⁽⁴⁰⁾ B. CLAVERO, *Apunte para la ubicación de la Constitución de Bolivia*, en “Revista Española de Derecho Constitucional”, 89, 2010, pp. 195-217; una primera versión se tituló *Bolivia entre constitucionalismo colonial y constitucionalismo emancipatorio*, en el colectivo *Bolivia: Nueva Constitución Política del Estado. Conceptos elementales para su desarrollo normativo*, La Paz, Vicepresidencia del Estado Plurinacional, 2010, pp. 97-108.

⁽⁴¹⁾ Jack DONNELLY, *Human Rights: Both Universal and Relative*, en “Human Rights Quarterly”, p. 203, 30, 2008, pp. 194-204; para su propia recapacitación desde

atentado que es a culturas humanas, produce reacciones no raramente incluso sangrientas mientras que la consideración de la diversidad cultural favorece la intercomunicación sobre base de derechos compartidos, los humanos. La presunción por la universalidad responde todavía a un fondo colonial, al que estaba presente en la Declaración Universal y ha venido desafiándose desde la Conferencia de Bandung. Es una presunción sin respaldo ni prueba de la historia habida desde entonces. Esto creo que me excusa de adentrarme en la ya abundante literatura sobre el multiculturalismo que comienza por cegarse ante la entidad y el arraigo de la multiculturalidad existente. Cuando las culturas son integrales, materiales tanto como inmateriales, como en el caso de pueblos con territorio y sin Estado propios, ni siquiera se suscita entre ellos la cuestión de que el derecho a la cultura propia pueda discutirse. Lo discuten todavía o hacen mediante subvenciones que se discutan quienes codician los recursos naturales de tales pueblos sin contar con los mismos, con la sola licencia del Estado, igual que en tiempos coloniales. La academia y la política son hoy tanto o más serviciales que entonces.

Si en los siglos XIX y XX una palabra del legislador podía arrojar bibliotecas enteras al basurero o, mejor, trasladarlas de las estanterías del derecho a los anaqueles de la historia, en el siglo XXI un paso adelante de los derechos humanos puede producir mayor efecto todavía. Escuelas de pensamiento enteras se quedan sin objeto. ¿Cuántos currículos académicos no se han construido y pretenderán todavía seguir sosteniéndose sobre la contraposición tanto entre derechos individuales y derechos colectivos como entre universalismo moral y relativismo cultural, sobre la ignorancia empecinada en suma de toda la riqueza de la diversidad humana y del imperativo de la relación y no agresión entre culturas bajo el reconocimiento mutuo de derechos, los fundamentales, tanto para las personas como para los pueblos, compartidos? ¿Cuánta historia del derecho internacional en general y de los derechos humanos en particular aún pretenderá tener una consistencia intelectual por seguir impertérritamente moviéndose entre los prejuicios de contraposiciones con raíces al fin y al cabo coloniales?

5. *Reto de doctrina y de historiografía.*

La historia del derecho internacional ha sido y es historia del *West*, del *West* sin el *Rest* o del *West* con algún *Rest*, pero del *West* en primer término siempre, incluso en los abordajes de procedencia

posiciones más universalistas, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, edición revisada y actualizada, Ithaca, Cornell University Press, 2003, pp. 57-106. Significativamente, la misma revista, que es un buen medio para seguir estos asuntos, había cambiado su nombre en 1981, pues antes se titulaba *Universal Human Rights*.

occidental más valiosos a la contra. La historia es la que es y no hay otra, podrá decirse, pero no es historia precisamente lo que ahí tenemos, sino historiografía y aquella historiografía que prescinde de gran parte de la humanidad no dándole entrada de una forma o de otra hasta cuando, si acaso, el *Occidente* invade o contacta. La contraposición entre *West* y *Rest* es siempre sesgada o mantiene siempre algo de sesgo en la medida en que, tras asumir conciencia de sus graves hipotecas y ponerlas en evidencia ⁽⁴²⁾, no da el paso de incorporar en su propia reflexión a la humanidad excluida. Las criaturas del *Rest* pueden al menos matizar y paliar la contraposición: *The West and the Rest of Us All*, el *Occidente* y el resto de entre nosotros todos, mientras que las criaturas del *West*, aunque intentemos afinar, seguimos contraponiendo: *The West and the Rest of Them All*, el *Occidente* y el resto de todos ellos. El divisionismo colonial no ha transcurrido en vano ⁽⁴³⁾.

Una cosa es la historia de los derechos humanos como constructo europeo de raíz colonial y otra la historia de los derechos humanos de alcance universal. El problema es que suelen confundirse pasando la primera por la segunda, lo que asiste a la subsistencia solapada de la mentalidad colonial. Se predicen como universales unos derechos humanos sin asumirse la necesidad consiguiente de una historia igualmente universal de derechos o, por evitarse de entrada conceptos que ya pueden sesgar, de las concepciones y formas de aseguramiento de la dignidad humana en todas sus dimensiones y manifestaciones, no sólo bajo términos propios de algunas culturas por mucho que se hallen extendidas. *Derechos* en concepto y práctica que ha servido para la expansión colonial de matriz europea. También ha de comprenderse

⁽⁴²⁾ Edward KEENE, *Beyond the Anarchical Society: Grotius, Colonialism, and Order in World Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002; Martti KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law, 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002; Paul KEAL, *European Conquest and the Rights of Indigenous Peoples: The Moral Backwardness of International Society*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003; Antony ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

⁽⁴³⁾ Margery FEE, *Who Can Write as Other?*, en Bill Ashcroft, Gareth Griffiths y Helen Tiffin (eds.), *The post-colonial studies reader*, Londres, Routledge, 1995, pp. 242-245, versión íntegra en *Australian and New Zealand Studies in Canada*, 1, 1989, pp. 11-32; Stuart HALL, *The West and the Rest: Discourse and Power*, en Tania Das Gupta, Carl E. James, Roger C.A. Maaka, Grace-Edward Galabuzi y Chris Andersen (eds.), *Race and Racialization: Essential Readings*, Toronto, Canadian Scholars' Press, 2007, pp. 54-60, versión íntegra en S. Hall, David Held, Don Hubert y Keneth Thompson (eds.), *Modernity: An Introduction to Modern Society*, Oxford, The Open University, 1996, pp. 184-226. Y está citada la expresión acuñada por el poeta nigeriano CHINWEIZU, *The West and the Rest of Us*, con una primera persona en plural incluyente por parte de quienes padecen el intento de exclusión.

que la sola palabra, por significados que arrastra, pueda todavía provocar reacción no precisamente positiva. Hay sectores reticentes al encuadramiento de las aspiraciones de los pueblos indígenas a la reparación y la reconstitución en unos términos de derechos incluso aunque ahora se identifiquen con los declarados por las Naciones Unidas por cuanto que el marco mismo constituido por las normas internacionales estaría defraudando⁽⁴⁴⁾. En el contexto actual tanto internacional como constitucional, el concepto y la práctica de los derechos siguen realmente arrastrando hipotecas de la historia no sólo colonial, sino también postcolonial o que por tal se tiene⁽⁴⁵⁾.

¿Puede, pese a todo, la historiografía de procedencia *occidental* contribuir y contrarrestar? Si se lo plantea, la primera tarea ha de ser siempre la de asunción de plena conciencia sobre su propia entidad, lo que quiere decir sobre su sesgo constitutivo. Sesgada es constitutivamente, sin salvedad de modalidades, la historia del derecho internacional, una historia nacida y crecida, como tanta historiografía jurídica, con fines de legitimación. En el caso de la historia del derecho internacional de los derechos humanos, con toda su impronta *occidentalista* y toda su pretensión de universalidad como elementos que no se entienden en contradicción, la funcionalidad legitimadora se potencia al máximo. La historiografía del derecho internacional de los derechos humanos que se pretende universal opera conjurando en falso unos orígenes coloniales. El propio derecho internacional ha sido consustancialmente colonialista y no consigue acabar de soltar el peso no del todo muerto ni la tara de sus secuelas⁽⁴⁶⁾. *Descolonización y Derechos Humanos*, una buena investigación que, si resulta inconsistente, es por sustentarse en pésimas presuposiciones, ha podido conducirnos a la constatación más palmaria. Es el momento de ir a la observación de unos fondos del lastre y del

(44) Timo KOIVUROVA, *From High Hopes to Disillusionment: Indigenous Peoples' Struggle to (re)Gain Their Right to Self-determination*, en "International Journal of Minorities and Group Rights", 15, 2008, pp. 1-26.

(45) B. CLAVERO, *El Orden de los Poderes: Historia Constituyente de la Trinidad Constitucional*, Madrid, Trotta, 2007; *No distinction shall be made*, especialmente pp. 1567-1582 para la raíz colonial de los derechos en expansión. En todo lo que ahora sigue adapto y actualizo una parte final de este último trabajo que tenía en el debe con estos "Quaderni Fiorentini" pues, por su excesiva extensión para un número monográfico (30, 2009, "*I diritti dei nemici*"), convino prescindirse de secciones menos específicas como ésta.

(46) Para una muestra significada de historia de dicho tipo todavía hoy usual, Imre SOFZABO, *Fondements historiques et développement des droits de l'homme*, en Karel Vasak (ed.), *Les dimensions internationales des droits de l'homme. Manuel destiné à l'enseignement des droits de l'homme dans les universités*, París, UNESCO, 1978, pp. 11-42; en inglés, UNESCO, 1979; edición revisada por Philip Alston, Greenwood-UNESCO, 1982; en castellano, Serbal-UNESCO, 1984.

reto de toda una historiografía ⁽⁴⁷⁾. La historia de los derechos humanos es capítulo de la historia del derecho internacional, la rama más descuidada por la historiografía jurídica profesional. El lastre es su mentalidad colonial y el reto, su descolonización mental ⁽⁴⁸⁾.

Ahí gravita la hipoteca. A la Declaración Universal, ya apreciativa, ya críticamente, tanto por una tendencia como por la otra, a su favor o a la contra, se le atribuye comúnmente la apuesta universalista de los derechos individuales, con lo que la defensa realista de la pluralidad de culturas obligaría al asalto por ambos flancos. La verdad es que igual se le podría endosar a la Declaración Universal la posición de defensa de los derechos colectivos de la dominación colonial como el relativismo de la discriminación profunda que así se alimenta y sostiene ⁽⁴⁹⁾. Ni lo uno ni lo otro, en forma excluyente, hace justicia. Desde tales dicotomías, desde cualquiera de las alternativas cuando se plantean y debaten de modo maniqueo, mal se accede a la historia ⁽⁵⁰⁾. Lo que como tal se presenta desde la perspectiva apreciativa de los derechos humanos suele reducirse a trasunto de filosofía ensimismada o de doctrina exegética. La visión historiográfica de la Declaración Universal sigue en todo caso lastrada por su universalidad en falso. Y la historia anterior de los derechos humanos se hace arrancar de los derechos inhumanos blan-

⁽⁴⁷⁾ Para útil información e incisiva reflexión de historiografía, Samuel MOYN, *The Last Utopia: Human Rights in History*, Cambridge, Harvard University Press, 2010, pp. 311-321. Para Comparación del estado del arte poco antes, K. CMIEL, *The Recent History of Human Rights*, en "American Historical Review", 109, 2004, pp. 117-135, con evidencias de que los derechos humanos mismos progresaban más que su historiografía. Ya advirtió sobre el carácter mítico de la historia traslaticia de los derechos humanos Susan WALTZ, *Reclaiming and rebuilding the history of the Universal Declaration of Human Rights*, en "Third World Quarterly", 23, 2002, pp. 437-448.

⁽⁴⁸⁾ Entre las líneas actuales de investigación del Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte, como puede verse en su sitio web (visita de finales de 2010), figura la historia del derecho internacional extrañamente, a estas alturas, concebida como expansión universalista del *ius publicum europeum* sin más relación con el colonialismo que el de haber contribuido a su superación, tal y como si la humanidad no europea fuese un recipiente pasivo del generoso obsequio de un derecho no constitutivamente colonial.

⁽⁴⁹⁾ Respecto a la fundación de las Naciones Unidas bajo aspiraciones todavía imperiales de dominio colonial y particularmente del británico, M. MAZOWER, *No Enchanted Palace: The End of Empire and the Ideological Origins of the United Nations*.

⁽⁵⁰⁾ La preocupación por el relativismo, inclusive el del sesgo eurocéntrico del universalismo predominante, preside el estudio citado de J. MORSINK, *The Universal Declaration of Human*, lo cual, por el intento de contrarrestar y equilibrar, le mueve a una lectura más optimista de la Declaración Universal, especialmente reduciendo el alcance de su silencio final, con todo el debate habido, sobre derechos de los pueblos y de las llamadas minorías.

didados por el colonialismo, travistiéndose así la expansión colonial en el inicio de la universalidad ⁽⁵¹⁾. ¿Es un detalle de historia que sólo interesa a la historiografía? No lo parece si atendemos a lo que suele placer esa narrativa entre juristas *occidentales*. Las mismas dificultades actuales del reto de la universalidad de los derechos tienen bastante que ver con el ilusionismo encubridor del propio discurso historiográfico ⁽⁵²⁾.

En el ámbito de la filosofía de los derechos humanos se figura una historia que sublima los penosos avatares de su desarrollo internacional. Desde que se barrunta el desgajamiento de la convención de derechos humanos en un par de instrumentos, los que serán los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, comienza a forjarse la ocurrencia de una sucesión de estadios de derechos que expresaría tanto un fenómeno histórico como una jerarquía ideal. En primer lugar irían las libertades personales; luego otros derechos civiles y los políticos; más tarde, a cierta distancia, los económicos y sociales; enseguida los culturales; a continuación, los derechos de sujetos colectivos de una y otra índole, como los de minorías, mujeres, niños y, con reparos todavía coloniales, pueblos indígenas. Las tendencias críticas en la filosofía de los derechos humanos no cambia la imagen de ese sucedáneo de historia por generaciones, sino el sentido de la secuencia, retocando la jerarquía o incluso invirtiéndola. Entre los últimos en el tiempo estarían los primeros en valía. En todo caso, esta historia usual no es más que sublimación tanto de logros como frustraciones. Si las Naciones Unidas no hubieran excluido de la Declaración Universal el derecho individual y colectivo a la propia cultura o el derecho igualmente doble, del individuo y del grupo, a la

⁽⁵¹⁾ Para un sexteto heterogéneo de muestras elocuentes entre tantas como abundan, Micheline R. ISHAY, *The History of Human Rights: From Ancient Times to the Globalization Era*, Berkeley, University of California Press, 2004; S. Nail MACFARLANE y Yuen Foong KHONG, *Human Security and the UN: A Critical History*, Bloomington, Indiana University Press, 2006; John M. HEADY, *The Europeanization of the World: On the Origins of Human Rights and Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2007; Lynn HUNT, *Inventing Human Rights: A History*, New York, W.W. Norton, 2007; Jack MAHONEY, *The Challenge of Human Rights: Origin, Development, and Significance*, Oxford, Blackwell, 2007; Stephen JAMES, *Universal Human Rights: Origins and Development*, New York, LFB, 2007. En la misma línea, comenzando por revoluciones occidentales, Jeffrey N. Wasserstrom, Greg Grandin, L. Hunt y Marilyn B. Young (eds.), *Human Rights and Revolutions*, Plymouth, Rowman and Littlefield, 2000.

⁽⁵²⁾ B. CLAVERO, *De los dudosos orígenes de los derechos humanos (a propósito de un fallido encuentro entre los Droits de l'Homme y los Natural Rights)*, en estos "Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno", 17, 1988, pp. 499-505. Hoy extendiendo bastante más hacia el presente no sólo esos *dudosos orígenes*, sino también una dudosa entidad en su origen cierto, el de las Naciones Unidas.

libre determinación, aunque ambos realmente en rigor inescindibles, se estaría hoy figurando una historia y una filosofía muy distintas. Y no tendría en suma sentido andar hablando de ocurrencias como la dicha de generaciones de derechos que debiera hacerse por integrar. Tal historia secuencial de los derechos humanos convierte deficiencias de nacimiento en conquistas de madurez ignorando así lastres y retos ⁽⁵³⁾.

La integración y articulación de los derechos humanos ha de ser por supuesto entre sí y también con el derecho sin más. La misma historia ha de mirar, no a las aspiraciones interesadas e impositivas de una humanidad sobre otra, del *West* sobre el *Rest*, pues ahí lo que radica es la negación solapada de los derechos, sino a los derechos sin más, sin necesidad de calificación, así como a reglas efectivas de reconocimiento y respeto de la dignidad compartida entre todos los seres humanos aunque se expresen en lenguaje distinto al de los derechos. La historia usual comienza por idealizar mediante el desarraigo de un objeto tan jurídico como los derechos humanos respecto a la realidad de la convivencia reglada por el derecho o de otra forma. Se comprende mejor en su momento histórico la Declaración Universal de los Derechos Humanos si, en vez de acudirse en busca de precedentes más o menos literales del doble sintagma, el formado por el sustantivo derecho y por el adjetivo humano, sin relación operativa alguna con el derecho establecido, se emprendiese la tarea más modesta y laboriosa de averiguar ante todo el sentido del término principal, el de derecho en plural que indica capacidad reconocida y garantizada por el ordenamiento. Propugnando en su momento derechos sin garantías, la misma Declaración Universal generó la ilusión de que tal era el objeto que le interesaba. El espejismo de una historia en falso lo crea el derecho establecido igualmente, por aquel tiempo, en vano. Bien demostrados sus buenos oficios a doctrina y a política defraudadoras, la idealización histórica ha permanecido. Es el universalismo el que por sí, consustancialmente, defrauda, mientras que la utilización del relativismo por tiranías y despotismos resulta circunstancial ⁽⁵⁴⁾. Aun no bastando por

⁽⁵³⁾ Karel Vasak, el director del citado *Manuel destiné à l'enseignement des droits de l'homme dans les universités* de la UNESCO, ha venido abanderando la teoría de las generaciones en tres estadios: K. VASAK, *Pour une troisième génération des droits de l'homme*, en Christophe Swinarski (ed.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1984, pp. 837-850; Kofi KUMADO, *Africa and human rights since Karel Vasak's three generations*, en Karel Vasak *Amicorum Liber. Les droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle — Los derechos humanos ante el siglo XXI — Human rights at the dawn of the twentieth-first century*, Bruselas, Bruylant, 1999, pp. 273-288.

⁽⁵⁴⁾ Entre la primera y la segunda versión (1988 y 2003) de J. DONNELLY, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, la caída del Muro de Berlín con todo lo que arrastró consigo le ayudó a tomar conciencia de que el imperativo de universalismo

supuesto con la constatación, ya está poniéndolo de relieve una historiografía más atenta a políticas no tan encubiertas bajo la predicación de derechos ⁽⁵⁵⁾.

La historia de los derechos humanos ha de ser una historia desde luego universal, lo que no quiere decir ni mucho menos una historia que haya de concentrarse en Naciones Unidas y su derecho internacional ⁽⁵⁶⁾. Bien al contrario, la misma impronta de universalidad no se la ha impreso originalmente a los derechos una organización de Estados, como las Naciones Unidas, por mucho que ellos lo presuman y que en la presunción les respalde la consiguiente figuración de historia. Uno de sus fraudes mayores es el producido por la pretensión de universalidad al ofrecer una visión que no se enclaustra en Estados por separado, sino que se sitúa a la escala de su conjunción de Naciones Unidas. La historia se pretende que habría de ser universal ya sólo por esto. Pero una suma de Estados, incluso de todos, no produce el universo, tanto pueblo, tanta gente, queda fuera. Tantos grupos e individuos no tienen en la práctica cabida. La misma concepción universal de los derechos humanos, los proclamados por Naciones Unidas, viene originalmente de Estados, los fundadores de las mismas, que abrigan, la mayor parte de entre ellos, otras intenciones. Y se encuentran primero con el rechazo más pertinaz y luego con la reticencia más empeñada de buena parte de la humanidad. La concepción de la igualdad y el respeto universales entre seres humanos, se expresara o no en términos de derechos, en los

por motivos políticos, concretamente antisoviéticos, impide que se haga justicia al requerimiento de relativismo por razones culturales, del relativismo que, como ya sabemos por la cita anterior, no le condujera a la cancelación sin más del universalismo.

⁽⁵⁵⁾ Katherine O'Donovan y Gerry R. Rubin (eds.), *Human Rights and Legal History: Essays in Honour of Brian Simpson*, Oxford, Oxford University Press, 2000, y la obra citada del propio homenajeado por supuesto, *Human Rights and the End of Empire*; también, como se ha visto, B. IBHAWOH, *Imperialism and Human Rights*, que es el volumen inaugural de la *State University of New York Series in Human Rights* dirigida por Zehra F. Kabasakal Arat, la autora de *Human Rights Worldwide: A Reference Handbook*, Santa Barbara, ABC-CLIO, 2006.

⁽⁵⁶⁾ Centrándose en cambio en la aportación de Naciones Unidas a la necesaria documentación para una tal historiografía, Emma ROTHSCILD, *The Archives of Universal History*, en "Journal of World History", 19, 2008, pp. 375-401, en el número monográfico citado sobre *New Histories of the United Nations*. Con más amplia perspectiva, S.L. HOFFMANN, *Introduction: Genealogies of Human Rights*, en S.L. Hoffmann (ed.), *Human Rights in the Twentieth Century*, pp. 1-26, concluyendo la presentación: "Writing the history of human rights has only just begun", y agregando justamente respecto a dicha historia en pañales: "By gaining an insight into the historical contingency of our normative concepts, their emergence from concrete experiences of violence and conflict, we may comprehend better why the history of human rights continues to fail in our time".

de dignidad o en los que fueren, puede encontrarse en muchas latitudes distintas y lejanas de las Naciones Unidas. Es una historia toda ella aún por reconstruir, pues la disponible no parece acabar ni siquiera de situarse en el escenario universal que la Declaración calificada como tal precisa y no ofrece ⁽⁵⁷⁾.

El propio cuerpo internacional de los derechos humanos ayuda a todos estos efectos con las formas de desenvolverse que le caracterizan. Crean un espejismo de origen en 1948 que puede perjudicar tanto a la reconstrucción de la historia como a la construcción del derecho, a ambas dimensiones a la par e interactivamente. Considerándose la Declaración Universal tanto principio del derecho humano como fin de la historia inhumana, la Declaración misma nunca se corrige ni recompone, aunque salten a la vista sus deficiencias, y los instrumentos posteriores se presentan como su necesario desarrollo orgánico, aunque no puedan ocultarse las contradicciones. Es el mismo procedimiento de los Estados Unidos de América con una Constitución intocada y unas enmiendas que en teoría la desarrollan y en casos la contradicen, pero enmiendas al menos se llaman ⁽⁵⁸⁾. En Naciones Unidas la operación resulta incluso más opaca. A efectos jurídicos, pudiera parecer que algo tiene de bueno, por el compromiso de presente que implica, su tendencia a entenderse a sí mismas, desde su propio nacimiento, como progenitora de los derechos humanos e incluso, desde que lo adopta en 1960, del derecho a la libre determinación ⁽⁵⁹⁾, pero el escenario de tamaña presunción no ofrece una buena guía para la historiografía ni

⁽⁵⁷⁾ Reza AFSHARI, *On Historiography of Human Rights: Reflections on Paul Gordon Lauren's The Evolution of International Human Rights: Visions Seen*, en "Human Rights Quarterly", 29, 2007, pp. 1-67, bajo supuestos en comparación menos universales, por más precisos, comenta críticamente la potente historia de perspectivas forzosamente globales, por la fuerza de valorar primordialmente, en cuanto a la gestación de la noción de los derechos humanos, visiones individuales e idealizadas, ofrecida por el referido volumen de P.G. LAUREN, *The Evolution of International Human Rights*.

⁽⁵⁸⁾ B. CLAVERO, *Why American Constitutional History is not Written*, en estos "Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno", 36, 2007, pp. 1445-1547. *Why the history of human rights international law is not written* fue epígrafe de este apartado en la referida primera versión.

⁽⁵⁹⁾ Puede ilustrar el estilo usual de los planteamientos más favorables a derechos el caso de Alexandra XANTHAKI, *Indigenous Rights and United Nations Standards: Self-Determination, Culture and Land*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 49-67, contemplando un instrumento internacional de los tiempos de posición colonial de las Naciones Unidas como primero que reconoce derechos de pueblos, lo cual se debe al deseo evidente, no exclusivo de la autora desde luego, de que, como dicho instrumento sigue guardando alguna vigencia y por muy problemático que esto resulte, así sea en la actualidad. El problema que nunca se afronta es el del tracto que lastra el

unas buenas bases para el derecho. Desfigura retrospectivamente tanto lo uno como lo otro, el material entero del empeño tanto historiográfico como jurídico. La dudosa bondad práctica de la operación no tiene por qué hipotecar a la historiografía responsable. El problema es del derecho existente si queda en evidencia por su historia.

La indagación histórica que saca a la luz y somete a análisis las condiciones, posiciones y funciones históricas de los derechos humanos de las Naciones Unidas puede no sólo aportar conocimiento desinteresado, sino también ayudar decisivamente a la efectividad de dicho mismo compromiso creciente de la organización internacional con los derechos humanos. La complacencia ofrece en cambio cobertura a la presunción inefectiva que retrotrae derecho problemático a pasado dudoso. La historia complaciente es la mejor pareja de la doctrina servil. Ambas se han acomodado en una inconsciencia que las propias Naciones Unidas siguen alimentando ⁽⁶⁰⁾.

6. *Historia profesional y derecho internacional de los derechos humanos.*

“¿Quiénes pueden hablar pestes de los derechos humanos?” ¿Quiénes pueden no deshacerse en parabienes y alabanzas para con la doctrina internacionalista que los hace profesionalmente cosa suya y así los predica y promociona? ¿Quiénes? Depende, cabe responderse. Tampoco tiene por qué ser la maledicencia una perversidad si está fundada y es relevante. Historia mediante, los derechos humanos pueden beneficiarse de la puesta en evidencia de los lastres de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como de su desenvolvimiento en todo un cuerpo normativo de derecho internacional. La historiografía, no digo ahora que crítica pues otra no merece finalmente la denominación, puede prestar asistencia a los derechos proclamados por Naciones Unidas a fin de que se identifiquen con los derechos humanos con capacidad de universalidad, o se esmeren en ello y huelgue así por fin la distinción entre estos derechos virtualmente universales de una parte y, de otra, los postulados históricamente por la Declaración y su desenvolvimiento de derecho internacional ⁽⁶¹⁾.

mismo derecho que de ese modo se postula. Las limitaciones que se acusan se atribuyen al espíritu de la época, como si fuera universal, inclusive de los pueblos colonizados.

⁽⁶⁰⁾ La edición de la *Universal Declaration of Human Rights* impresa en Irak en 2008 por las Naciones Unidas con dibujos del ilustrador de libros infantiles Éric Puybaret, a veinticinco dólares de precio de catálogo, incluye tras el párrafo segundo del artículo segundo, el de la continuidad del colonialismo, una imagen promisoría de felicidad multirracial tipo Benetton. Entre parte del personal, por amor o por estipendio, de las mismas Naciones Unidas, es visión que predomina y condiciona.

⁽⁶¹⁾ *Who can bad-mouth human rights?* es la pregunta nada retórica que toma y

Todo lo bienintencionada que se quiera, la práctica del derecho internacional y de la doctrina internacionalista, al desentenderse de la historia efectiva, lo que produce por lo pronto es confusión que engendra señuelos y arrastra secuelas. La Declaración Universal de los Derechos Humanos es originalmente autorreferencial pues se dirige a los mismos que la emiten, los Estados, sin compromisos reales ni mecanismos institucionales para llevarla a efecto por el momento. Su destinataria no es la humanidad o lo es mediante la interposición de los Estados que la representan sólo en parte y la dominan en parte mayor. En los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la medida de referencia sigue sin ser de humanidad, sino igualmente de Estado, aun introduciéndose ya mecanismos de escrutinio. Las cosas van dificultosamente replanteándose y desenvolviéndose. Comenzándose por la misma Declaración Universal de los Derechos Humanos, las normas internacionales pueden desde luego no ser lo que han sido. Media historia siempre, incluso para productos normativos con tendencia a entenderse intemporales como si esto reforzase su autoridad ⁽⁶²⁾.

La doctrina usual, pues sólo entiende de historia especular, igual que proyecta el presente en el pasado, confunde los diagnósticos respecto al pasado con las posturas de presente en liza. Se entra así en debates vanos al convertirse las constataciones sobre tiempo pretérito en tomas de posición respecto al valor actual de los instrumentos en cuestión, como si esto, por estar relacionado, no hubiera de ser asunto independiente ni cupiera que lo fuese. Hoy, el mismo cuerpo interna-

hace suya, como arranque, M. MAZOWER, *The Strange Triumph of Human Rights, 1933-1950*, en "The Historical Journal", 47, 2004, pp. 379-398, con referencia ulterior al cinismo interesado de los Estados, sobre lo que puede añadirse Kirsten SELLARS, *The Rise and Rise of Human Rights*, Stroud, Sutton, 2002.

⁽⁶²⁾ La Declaración Universal de los Derechos Humanos tiene ahora, al cabo de más de los sesenta años, un reconocimiento explícito como norma que vincula a los Estados por delante de las propias convenciones o tratados, lo cual se establece mediante las reglas del nuevo procedimiento de Examen Periódico Universal a que se somete a los propios Estados por parte del Consejo de Derechos Humanos compuesto por ellos mismos (Resolución de este Consejo 5/1, de 2007, *Institution-building, Universal Periodic Review Mechanism, Basis of the Review*, con una especie de prelación de normas "a) *The Charter of the United Nations*; b) *The Universal Declaration of Human Rights*; c) *Human rights instruments to which a State is party...*"). En cuanto a este valor actual de la Declaración, la explicación usual presume que lo ha adquirido por convertirse en derecho internacional consuetudinario, lo cual, además de constituir una petición de principio y de endosarles siempre, de modo implícito en el caso, el mérito a los Estados, por adoptar presuntamente como norma tal costumbre de derechos, y a la doctrina iusinternacionalista, por consagrarla, vela el problema crucial de cómo es que no ha tenido semejante valor reconocidamente vinculante durante un largo periodo de tiempo.

cional de derechos humanos, si viene por fin a considerársele desde la óptica de derechos del individuo frente a todos, antes y mucho más allá que conforme a su reducción a obligaciones del Estado respecto a su población o, mejor dicho, a su ciudadanía, debe asumir que sus destinatarios son tan universales como sus beneficiarios, obligando no sólo a los propios Estados, sino a cualesquier agentes de cualquier género, dígame corporaciones empresariales, instituciones religiosas, organizaciones no gubernamentales y todo el largo etcétera hasta llegar a cualquier particular. Esto mismo de la vinculación general, no sólo de los Estados, con respecto a los derechos humanos sitúa hoy ante un reto de problemático planteamiento y más difícil satisfacción por la falta misma de condiciones para la superación de una historia cuando no hay conciencia de su real desenvolvimiento a partir de unos pesados lastres, el colonial y el estatal, vinculado éste al propio colonialismo incluso cuando predica derechos humanos ⁽⁶³⁾.

Lo que está con todo en juego es la resolución del desafío que se rehuye desde un arranque de la historia del derecho internacional de los derechos humanos, el de que se logre un ordenamiento a escala humana y de alcance humano, para toda la humanidad, no sesgado por el peso de un pasado que no pasa, el de una larga y dura historia no sólo colonial, sino también estatal, la historia de unos Estados acomodados en el orden colonialista, si no coloniales ellos mismos ⁽⁶⁴⁾. Entre colonialismo y derechos humanos, se sitúa históricamente una historia de derechos de libertad constitucionales en latitudes metropolitanas

⁽⁶³⁾ A. CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006; Matt Noortmann y Cedric Ryngaert (eds.), *Non-State Actors Dynamics in International Law: From Law-Takers to Law-Makers*, Farnham, Ashgate, 2010, para esta problemática de la vinculación a derechos humanos de agentes no estatales que también producen derecho internacional. Una lectura profana, quiero decir no especializada, se sorprendería de que se susciten tales y tantos problemas respecto a cuestiones aparentemente tan elementales como que las propias agencias de Naciones Unidas y las corporaciones o empresas transnacionales han de encontrarse, en la práctica y para la doctrina, sujetas a los derechos humanos. Para el contexto de la evolución habida, Dinah Shelton (ed.), *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 2000; Anne F. BAYESKY, *The UN Human Rights Treaty System: Universality at the Crossroads*, La Haya, Martinus Nijhoff, 2001; Wouter VANDENHOLE, *Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies*, Amberes, Intersentia, 2005, además del citado *Making the Declaration Work*, la de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

⁽⁶⁴⁾ A. ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law*, p. 317, afrontando la cuestión y dejándola prudentemente abierta; Richard Falk, B. Rajagopal y Jacqueline Stevens (ed.), *International Law and the Third World: Reshaping Justice*, New York, Routledge-Cavendish, 2008.

que, aunque se presentasen ya como *natural rights* o similares no dependientes de religión, ya también como *droits de l'homme*, no guardan relación genética con los *human rights* o derechos humanos pues no trascendían en caso alguno al objetivo de fundación de un Estado que amparase a una ciudadanía, todo ello limitado. Los derechos en rigor humanos no son anteriores a los tiempos de las Naciones Unidas, aparte de la medida efectiva en la que las mismas hayan contribuido a su gestación. Hacer historia de derechos humanos por espacios metropolitanos desde tiempos coloniales incide en la confusión sobre la propia entidad de tales derechos ⁽⁶⁵⁾.

Entre historia y derecho, la confusión no ayuda para nada a la historiografía, pero tampoco, a la postre, al derecho mismo. Genera unas condiciones entre las que difícilmente pueden caber conciencia jurídica ni ciencia histórica al propósito. ¿Qué derecho universal ni qué doctrina universalista van a poder en rigor darse? Hay interdependencia evidente en cuanto al peso de la hipoteca ⁽⁶⁶⁾. De tal proceso normativo, tal pensamiento jurídico. Y también tal narrativa histórica, en la que la doctrina reluce cuando de hecho ha sido subsidiaria, cuando no servil ⁽⁶⁷⁾. Hay también retroalimentación. La historiografía usual del derecho internacional excluye hoy más que el derecho internacional, lo que repercute sobre su propia doctrina y sobre su misma

⁽⁶⁵⁾ S. MOYN, *The Last Utopia: Human Rights in History*, insiste ahora justamente en la diferencia histórica y jurídica entre derechos constitucionales y derechos humanos. Para una síntesis de su planteamiento, S. MOYN, *Human Rights in History*, en el semanario *The Nation*, 30-VIII/6-IX, 2010. Desde esta afinada perspectiva, el título de *Decolonization and the Evolution of International Human Rights* comete con su doble adjetivación de los derechos una redundancia, bastante usual por lo demás en inglés, pues no hay nada en rigor que responda al apelativo de *national human rights*, pese a C.O.H. PARKINSON, *Bills of Rights and Decolonization: The Emergence of Domestic Human Rights Instruments in Britain's Overseas Territories*. Hay, por supuesto, *human rights* al margen y por encima de los *international rights*, de los derechos reconocidos por las Naciones Unidas, pero tal cosa no es lo que se presupone cuando se habla de *international human rights*. Luego hablaremos del *absolutismo* que esto denota.

⁽⁶⁶⁾ Rosalyn HIGGINS, *Problems and Process: International Law and How We Use it*, Oxford, Oxford University Press, 1995, pp. 49-50; Susan MARKS, *The Riddle of All Constitutions: International Law, Democracy, and the Critique of Ideology*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 4-6; A. CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, pp. 59-63.

⁽⁶⁷⁾ S. MOYN, *The Last Utopia*, pp. 5-7, comparando expresivamente la usual historiografía celebratoria de los derechos humanos a las historias religiosas de otros tiempos, con sus profetas, apóstoles y santos inclusive y con las Naciones Unidas como nueva iglesia, y ello para introducirse en la necesaria historia laica de los derechos humanos; en esta línea justamente desencantada, ahora, S.L. Hoffmann (ed.), *Human Rights in the Twentieth Century*.

práctica ⁽⁶⁸⁾. Con todo, para el acercamiento a una comprensión del complejo historiográfico y doctrinal que pesa sobre el derecho internacional de los derechos humanos, sobre su origen y su trayectoria, sobre sus dificultades y sus dilemas, interesa ante todo la identificación de la antropología colonial subyacente, esto es la constancia de la serie de presupuestos operativos, ya deliberados, ya inconscientes, de un supremacismo cultural tan miope y pertinaz, tan interesado y ventajista también, todo sea dicho ⁽⁶⁹⁾.

Tengo para mí que hasta el día cuando el derecho internacional de los derechos humanos y su doctrina servicial no suelten franca, completa y definitivamente el lastre colonial de la antropología supremacista no se producirá un arranque sostenido de una narrativa histórica solvente acerca de los derechos humanos. Seguirán pasando sin más por tales los derechos humanos de las Naciones Unidas pese a sus hipotecas no sólo históricas, pues son gravosas aún en el presente. ¿Quién iba a pensar que algo tan elemental, tan vital para todas y todos, como el derecho a la propia cultura o a la cultura que, sucesiva o acumulativamente, nos apropiemos no está reconocido como derecho humano en términos generales? Quienes lo tenemos asegurado por nacimiento en el seno de un Estado que ha hecho suya nuestra cultura ni siquiera lo echamos de menos. Las Naciones Unidas no lo han reconocido en dichos términos generales porque una parte de la humanidad no lo necesita y a la otra se le quería privar. Aún sabido esto, *¿quiénes pueden hablar pestes de los derechos humanos?*

Poder, pueden quienes piensan en serio que los derechos de los seres humanos deben preceder, sentando las premisas, al derecho producido por los Estados, ya por separado, ya como miembros de Naciones Unidas, al tiempo que constatan cómo semejante planteamiento se predica al tiempo que se defrauda. Se hace esto desde unos

⁽⁶⁸⁾ B. RAJAGOPAL, *International Law from Below: Development, Social Movements and Third World Resistance*, pp. 174-189; Michelle L. BURGIS, *Boundaries of Discourse in the International Court of Justice: Mapping Arguments in Arab Territorial Disputes*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009.

⁽⁶⁹⁾ Para testimonio de un estado crítico de conciencia, mas teniéndose a la vista embarazos de crecimiento y no hándicaps de nacimiento, el intercambio entre P. ALSTON, *The Myopia of the Handmaidens: International Lawyers and Globalization*, y Shirley V. SCOTT, *International Lawyers: Handmaidens, Chefs, or Birth Attendants?*, en "European Journal of International Law", 8, 1997, pp. 435-448, y 9, 1998, pp. 750-756. Análogamente, Frédéric MÉGRET y Florian HOFFMANN, *The UN as Human Rights Violator? Some Reflections on the United Nations Changing Human Rights Responsibilities*, en "Human Rights Quarterly", 25, 2003, pp. 314-342, no se ocupan de si el derecho internacional de los derechos humanos pueda ser lesivo de los derechos humanos, sino de acciones que los conculquen acometidas de una u otra forma, no siempre tan sólo por omisión, bajo la autoridad de Naciones Unidas.

orígenes. La misma Declaración Universal de los Derechos Humanos se concibió y sirvió para ocultarse la cancelación del derecho a la libre determinación de los pueblos proclamado por los Estados aliados en la guerra mundial que se autodenominaron Naciones Unidas antes de la fundación de las Naciones Unidas sin solución de continuidad, así como para ponerse término al tímido reconocimiento internacional de algunos derechos de minorías por parte de la organización internacional precedente, la Liga de Naciones ⁽⁷⁰⁾. La ignorancia de estas particularidades históricas hace un flaco favor a la propia Declaración Universal que se cree estar promocionando con su recalcitrante mitificación. La historiografía jurídica profesional sigue contribuyendo tanto mediante la defección como, cuando acude, con la complacencia y el servilismo.

A los efectos prácticos que son al cabo, aunque a menudo se olvide, los esenciales, Naciones Unidas no tenía en 1948 posibilidad alguna de garantizar derechos del individuo mientras que habría podido perfectamente comenzar por hacerse cargo del derecho a la libre determinación de los pueblos, de todos ellos. Optando por no hacerlo, la Declaración Universal nació defraudando. La historiografía transatlántica narra que sus principales impulsores (John Humphrey, Eleanor Roosevelt, René Cassin...) se sintieron profundamente frustrados ante el empantanamiento de su obra durante años. Nunca quisieron comprender que, sin libre determinación de pueblos, esto es con la continuidad del colonialismo, la Declaración misma resultaba una burla y un fraude o, aún peor, un dispositivo belicoso del mismo dominio colonial ⁽⁷¹⁾. Jamás comprendieron que en las latitudes coloniales se enten-

⁽⁷⁰⁾ En lo primero ahora insiste S. MOYN, *Human Rights in History*; en lo segundo, M. MAZOWER, *The Strange Triumph of Human Rights*. Respecto al derecho precedente de minorías reflejando condicionamientos y limitaciones, Carole FINK, *Defending the Rights of Others: The Great Powers, the Jews, and International Minority Protection, 1878-1938*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004; sobre la frustración entonces de las expectativas suscitadas, como más tarde con los primeros anuncios de lo que serían las Naciones Unidas, por una falsa apertura anticolonialista, Erez MANELA, *The Wilsonian Moment: Self-Determination and the International Origins of Anticolonial Nationalism*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

⁽⁷¹⁾ Sobre el personaje clave a este efecto, el sudafricano Jan Smuts, Saul DUBOW, *Smuts, the United Nations, and the Rhetoric of Race and Rights*, en "Journal of Contemporary History", 43, 2008, pp. 45-74. Aun no siendo un estudio sistemático, M. MAZOWER, *No Enchanted Palace*, resulta ahora esencial para tal ubicación originaria de los derechos humanos en el proyecto de continuismo colonial que, bajo la invocación de los mismos, inspirara la fundación de las Naciones Unidas; su primer capítulo (pp. 28-65) está dedicado al susodicho Smuts. Ante la refundación de la organización internacional, podría replicarse la incisiva pregunta que E. MANELA, *The Wilsonian Moment*, se hace respecto al objetivo fundacional de la Liga de Naciones como epígrafe de su último capítulo, el décimo (pp. 197-213): *A World Safe for Empire?*

diera, por experiencia en carne propia, que no hay derechos del individuo sin la libre determinación del pueblo⁽⁷²⁾. Aquellos presuntos progenitores de los derechos humanos fueron los primeros en ignorar olímpicamente la necesidad de articulación entre derechos humanos complementarios, los del individuo y los del pueblo con cuya cultura el individuo se identifica y en la que vive. Su problema fue con la libre determinación, no por ejemplo con el *apartheid* netamente racista que, salvo por lo tocante a la minoría hindú, Naciones Unidas por entonces avalaba⁽⁷³⁾.

La historiografía habitual de los derechos humanos, que suele darse por sabida sin especiales requerimientos de investigación, está de raíz dañada y daña de gravedad al derecho por el propio mito que impenitentemente alimenta. Está hoy suficientemente desvelado el lastre, aunque todavía desde luego pese, de la mitología de los Estados transmutados en naciones que ha presidido el nacimiento mismo de la historiografía jurídica profesional⁽⁷⁴⁾. El desvelamiento se está llevando al extremo de negar la propia existencia de naciones o de pueblos, denunciándolos como entes genéticamente imaginarios incluso en los casos de los que nunca han accedido a constituirse como Estados, a fin de reducir los derechos, unos derechos genéricamente humanos, a títulos de los individuos en exclusiva, lo que va significativamente unido a la mitificación de Naciones Unidas como sujeto de la historia a unos

(72) Nunca lo entenderán tampoco quienes les celebran: Marc AGI, *René Cassin, 1887-1976. Prix Nobel de la Paix. Père de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*, Paris, Perrin, 1998; Mary Ann GLENDON, *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, New York, Random House, 2001; Clinton Timothy CURLE, *Humanité: John Humphrey's Alternative Account of Human Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 2007.

(73) C. ANDERSON, la autora de *Eyes off the Prize: The United Nations and the African American Struggle for Human Rights*, tiene anunciado un nuevo título: *Apartheid: The Making and Unmaking of International Approval of White Supremacy in South Africa, 1945-1994*. El título *Eyes off the Prize* procede, por contraste mediatizado, de una canción tradicional afroamericana: ("... *But the only thing we did right / Was the day we started to fight. / Keep your eyes on the prize, / Hold on, hold on*"); la mediatización fue la de una serie de television y de publicaciones de carácter en cambio celebratorio y complaciente que habían abusado del título *Eyes on the Prize*.

(74) La bibliografía que interesa al desvelamiento ya es poco menos que inabarcable. Me contraigo a alguna reciente de un solo caso desvelador a su vez de las simplificaciones a las que ha conducido Benedict ANDERSON, *Imagined Communities* (1983), el caso de una *nación* latinoamericana: Alfonso MÚNERA, *Fronteras Imaginadas, La construcción de las razas y de la geografía en el siglo XIX colombiano*, Bogotá, Planeta, 2005, conviniendo añadir pues interesa neurálgicamente al asunto, con referencia igualmente al caso de Colombia, Elena Rey (ed.), *Indígenas sin derechos. Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas*, Bogotá, CECOIN, 2007.

niveles equivalentes o superiores a los tradicionales de las entidades estatales o similares sin necesidad de un gran desarrollo historiográfico (75). Para ellas, para su derecho, su doctrina y su historiografía, *la humanidad* es una comunidad imaginada a la que la propia organización internacional, esto es entre Estados, representa (76). Por esto, y no por otra razón más sustantiva, son *humanos* los derechos que proclama y es *universal* la Declaración.

En un contexto tal, aunque se sublimen y no identifiquen estrictamente con el cuerpo normativo de Naciones Unidas, puede producirse la exaltación de los derechos humanos por encima de su propia historia. Y puede la cláusula colonial estar de vuelta en la forma no tan nueva de exención respecto a los derechos humanos en beneficio de los Estados que se proclaman sus promotores y defensores en el desarrollo de su presunta labor de defensa y promoción (77). Donde la cláusula

(75) Ante el escaso desarrollo de la correspondiente historiografía y la llegada ahora de una de empuje crítico, se impulsan investigaciones como las de la serie ya mencionada del *United Nations Intellectual History Project*, cuya conclusión estaba programada para 2010, sobre el que puede encontrarse información en línea: <http://www.unhistory.org>. A una presentación de preconclusiones del proyecto se ofrece libre acceso en el mismo sitio: Richard JOLLY, Louis EMMERIJ y Thomas G. WEISS, *The Power of UN Ideas: Lessons from the First 60 Years. A Summary of the Books and Findings from the United Nations Intellectual History Project*, New York, UNIHP, 2005. La serie se publica por la Indiana University Press. En la misma vena de historia para casa, Craig N. MURPHY, *The United Nations Development Program: A Better Way?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

(76) Como se ha visto, C.T. CURLE titula *Humanité* su reciente acercamiento hagiográfico a la figura de John Humphrey desde posiciones, más que de universalidad, de *catolicidad* o al menos de cristianismo; escribiendo en inglés, titula en un francés que no sólo homenajea el origen *québécois* del personaje, sino que también apunta a la entronización de la categoría por delante de una tríada igualmente imaginaria y fraudulenta en la historia de los derechos, la de *liberté, égalité, fraternité*. Lo que subraya (p. X) es lo primero y que el doble sentido intraducible al inglés de la palabra *humanité*, la humanidad y el talante humanitario, reflejaría el espíritu de quienes sacaron adelante la Declaración Universal, todo así de presuntivo; nada sorpresivamente, a continuación (p. 3) se evoca por esta publicación académicamente seria la referida imagen multirracial tipo Benetton, ahora identificada, como si fuera la actual expresión de dicho espíritu, nada menos que con un anuncio de Coca-Cola (*"I'd like to teach the world to sing..."*). Sobre la otra cara, la no ficticia, de la invocación de la humanidad en vano, Danilo ZOLO, *Chi dice umanità. Guerra, diritto e ordine globale*, Turín, Einaudi, 2000 (trad. *Invoking humanity: war, law and global order*, Londres, Continuum, 2002).

(77) Para una exacerbación de la mitología histórica en significativa connivencia, aun entre escrúpulos y reservas, con la recuperación de los derechos humanos como arma agresiva de militancia imperialista, Michael IGNATIEFF, *The Rights Revolution*, Toronto, House of Anansi, 2000; el mismo, *The Lesser Evil: Political Ethics in an Age of*

colonial sigue en todo caso plenamente operativa es en la misma historiografía convencional de los derechos humanos con su punto de partida en el *West* y con todas las incorporaciones que se quieran del *Rest* a constelación y a órbitas trazadas por el primero. Es una historiografía todavía mimética de la narrativa propia del derecho internacional con su ceguera hacia cualquier orden a tal escala de humanidad entera que no sea el de la expansión *occidental*. La imposición colonial se conserva como patrón de la historiografía incluso cuando ya no impera en el derecho.

En el actual discurso historiográfico, la cláusula colonial, ya siempre naturalmente sobrentendida, no excluye, sino que sateliza. La misma imagen de dominio resulta más patente por supuesto con la supeditación que con la exclusión, pero ahora se impone bajo apariencias no impositivas a las que asiste la propia inercia de la historiografía. Ésta se mueve con retraso con respecto al derecho internacional de los derechos humanos, los cuales ciertamente se encuentran más *occidentalizados* en el escenario historiográfico que en el jurídico. Mas por esto no habrá de deducirse la historiografía se desconecta de la realidad y pierde importancia. Ni siquiera ha de descartarse que la misma opere de alguna forma sobre el derecho a los propios efectos jurídicos precisamente por condicionarlo y limitarlo con la imagen más atávica que guarda, alimenta y transmite. La performatividad a veces puede más que la normatividad. Y hay siempre interactividad. La mitología histórica de los derechos humanos está embebida en su doctrina y en su política, una doctrina y una política que siguen con ello a su vez tanto presidiendo sobre la historiografía como eludiéndola y ninguneándola en los contados casos cuando deja de estar a su servicio (78).

El derecho internacional y la doctrina internacionalista, con la historiografía por lo general inclusive, siguen en lo esencial sintonizando no sólo por una dependencia que nunca es en exclusiva unidireccional, sino también porque ambos responden a un mismo signo de fondo *absolutista*. Ambos a la hora de la verdad, al margen de lo que prediquen, lo que presumen y propugnan es la derivación de los derechos respecto al derecho; de los derechos humanos en relación a la Declaración Universal y a su ulterior desenvolvimiento conforme al

Terror, Princeton, Princeton University Press, 2004. Mitología y connivencia no van por supuesto necesariamente unidas: Bill BOWRING, *The Degradation of the International Legal Order? The Rehabilitation of Law and the Possibility of Politics*, Abingdon, Routledge, 2008. Hay un *Forum Ignatieff* para debate en *Iura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, revista en línea: <http://www.juragentium.unifi.it>.

(78) Recuérdense especialmente los casos ahora de M. MAZOWER, *No Enchanted Palace: The End of Empire and the Ideological Origins of the United Nations* y de S. MOYN, *The Last Utopia: Human Rights in History*.

orden debido de la secuencia de generaciones por parte de las Naciones Unidas. Para despejarse el terreno y disolverse dependencias, una historiografía no servil del derecho internacional debería comenzar por poner en evidencia el *absolutismo* normativo dominante, esto es la posición persistentemente entreguista de todo derecho, comprendido el de los derechos humanos, a los Estados y a las Naciones Unidas, para lo que habría muy especialmente de interesarse por desvelar disidencias, esto es en concreto posiciones que realmente situasen a los derechos humanos por encima y como premisa de todo ordenamiento, internacional, de Estado, de pueblo u otro, sea de iglesia, corporación o agregación con poder de cualquier tipo ⁽⁷⁹⁾. A partir de tales constancias en el terreno internacional, no estaría desde luego franqueada la historia de los derechos humanos, pero, puesto así en evidencia el *absolutismo* internacionalista, el de las Naciones Unidas que es reflejo al cabo del propio de los Estados, se aclararía al menos su objeto ⁽⁸⁰⁾.

⁽⁷⁹⁾ Como piedra de toque para ambos elementos, el de la regla imperante y el de las desviaciones excepcionales, respecto a derecho y doctrina de Estado en los casos de Francia e Italia, Paolo GROSSI, *Absolutismo giuridico e diritto privato*, Milán, Giuffrè, 1998; para un debate de la categoría en relación a los derechos, B. CLAVERO, *La Paix et la Loi ¿Absolutismo constitucional?*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 69, 1999, pp. 603-645. Por lo que respecta al derecho internacional de los derechos humanos en su momento fundacional de Naciones Unidas, suele marcarse la disidencia, por tomárselos precisamente en serio, de Hersch LAUTERPACHT, *International Law and Human Rights* (1950), New York, Garland, 1973 (Elihu LAUTERPACHT, *The Life of Hersch Lauterpacht*, Cambridge, Cambridge University Press, capítulo 8, *Human rights*), pero no existe el estudio que interesaría sobre las disidencias en plural no sólo además del ámbito *occidental*.

⁽⁸⁰⁾ Signo elocuente del *absolutismo* de base del derecho internacional de los derechos humanos se da incluso cuando menos se debiera. En 1998, la Declaración de Naciones Unidas sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Universalmente Reconocidos asume tal obligación de defender unos derechos que así como se definen es en unos términos concesivos, como si se necesitase permiso de Naciones Unidas para que el derecho exista y pueda ejercerse, lo que es la clave del absolutismo normativo. No hay que decir que para la doctrina prevalente esta Declaración constituye un avance histórico y esto en particular por el espacio que abre a las organizaciones no gubernamentales e incluso a las personas defensoras de los derechos humanos sin más problema que el de su contención a dicho determinado efecto, como si no se tratase de manifestación de libertad sin más: Stephen F. MARKS, *The United Nations and Human Rights*, en Richard Pierre Claude y Burns H. Wenston (eds.), *Human Rights in the World Community: Issues and Actions*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2006, pp. 341-355, procedente, mediante adaptación por el autor, de B.H. Wenston y S.F. Marks (eds.), *The Future of International Human Rights*, Ardsley, Transnational, 1999, pp. 291-350; Clifford Bob (ed.), *The International Struggle for New*

El paso primerísimo para hacer historia, doctrina e historia de la doctrina ya lo conocemos, el de no *absolutizar* el derecho internacional de los derechos humanos reconocidos por los Estados en Naciones Unidas y entendidos como justiciables o al menos como reclamables frente a ellos por compromisos contraídos mediante tratados o, respecto a los mismos y en esto también a otros agentes, por la vía más dudosamente efectiva de un derecho consuetudinario ⁽⁸¹⁾. Del registro de la Declaración Universal digamos que ni histórica ni actualmente, presuma cuanto quiera la doctrina y la política, ni agotó ni agota los derechos humanos; ni los creó ni los crea; ni los determinó ni los determina, por fortuna para las posibilidades de derechos universales y sujetos iguales.

Visto así, no sólo estamos ante unas historias por hacer ver, sino también ante unos derechos por hacer valer. La interdependencia de ambos compromisos y la compenetración entre ambas tareas ya nos consta más que de sobra. Para lo bueno como para lo malo, sin cláusula colonial o todavía con ella, haciéndose historiografía puede hacerse derecho. La buena historiografía puede hacer buen derecho igual que el mal derecho viene haciendo mala historiografía.

Human Rights, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2009. Otra cosa es desde luego que Naciones Unidas con todos sus organismos se comprometa en la defensa de quienes defienden derechos humanos comenzando por quienes defiendan sus derechos propios y, como suele, no al contrario.

⁽⁸¹⁾ La pauta más común de la doctrina internacionalista es la que exponen los *Commentary and Conclusions* de D. SHELTON en *Commitment and Compliance*, en el sentido de entender que en rigor, como orden vinculante, el derecho internacional sólo se compone del derivado de tratados entre Estados y del convertido por la práctica de éstos mismos en costumbre normativa, lugar éste donde la Declaración Universal quedaría finalmente comprendida. El fundamento de autoridad de una posición tan generalizada es anterior al derecho internacional de los derechos humanos, el que se ofrece el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia con referencia final en la determinación del orden normativo entre Estados, pues entonces todavía no alcanzaba a individuos ni a pueblos, tanto a determinados Estados, “los civilizados”, como a determinada doctrina, “la más altamente cualificada” (*civilized nations and most highly qualified publicists*), evidenciándose el trasfondo colonial con tales expresiones supremacistas que tanto gusta sintomáticamente repetir al iusinternacionalismo establecido.

GIOVANNANGELO DE FRANCESCO

GIUSTIZIA PENALE E DIRITTI FONDAMENTALI
NEL PENSIERO DI GIULIANO VASSALLI ⁽¹⁾

1. I tratti salienti della figura e dell'opera di Giuliano Vassalli. — 2. Le garanzie del processo ed i rapporti con le categorie del diritto sostanziale. — 3. I principi di personalità e di irretroattività penale, anche alla luce dell'evoluzione della giustizia internazionale. — 4. Il significato della 'punibilità' nell'elaborazione di Vassalli. — 5. Guardando al futuro: tra riforma dei codici ed impegno civile per la giustizia.

1. *I tratti salienti della figura e dell'opera di Giuliano Vassalli.*

La riflessione sul pensiero di Giuliano Vassalli, suscitata da numerose e meritorie iniziative commemorative, può avvalersi oggi e domani di un bel volume antologico curato da Francesco Palazzo per la nuova collana "Maestri del diritto" diretta da Paolo Cappellini e Giuseppe Conte. Fin dal pregevole ed ampio studio introduttivo del curatore del volume, si profila l'esistenza di una profonda simbiosi tra i due nuclei tematici che, a nostra volta, abbiamo voluto mettere in evidenza nel titolo di questo breve scritto.

La giustizia penale non si identifica, né con il profilo sostanziale, né con quello processuale del sistema punitivo. Essa esprime un 'valore' superiore che è lo stesso terreno di coltura in cui ricevono garanzia e riconoscimento i diritti fondamentali dell'uomo. Tutta l'opera di Vassalli è impregnata di questo valore, così come, allo stesso tempo, del rispetto di questi fondamentali diritti. Egli giunge talora ad affermare che tali diritti, in quanto inviolabili, si sottraggono addirittura ad un bilanciamento, ad un compromesso che possa comunque limitarne la portata. È all'insegna di questi diritti, declinati secondo il paradigma della giustizia, che può e deve cogliersi, non solo l'impegno a tutto campo di Giuliano Vassalli — dall'insegnamento alla professione di avvocato, dall'attività scientifica a quella politico-legislativa, a quella di giudice supremo delle leggi — ma anche la sua visione globale delle

⁽¹⁾ A proposito di F. Palazzo (a cura di), *Giuliano Vassalli*, Roma-Bari, Laterza, 2010.

scienze criminali, ivi compresa la sua costante riflessione sui principi e sulle dinamiche del processo penale.

Una visione, beninteso, che non implica commistione e sovrapposizione sul piano metodico e sistematico-ricostruttivo. Basti pensare al suo impegno nel tracciare i confini tra criminologia, politica criminale, indagine sulle funzioni della pena e sui coefficienti della responsabilità penale. Piuttosto, il momento di congiunzione e di convergenza tra le diverse discipline viene da lui ravvisato proprio nel rispetto di quei diritti: ai quali, in definitiva, risulta asservita e condizionata la decifrazione del ruolo e della teleologia immanente di quelle diverse discipline, nel segno di uno scenario deontologico costantemente proteso verso l'innalzamento delle prerogative essenziali della persona umana. Egli avverte ripetutamente la necessità di ricondurre alla dimensione dell'analisi e della proposta riformatrice tutte le pur diverse condizioni e caratteristiche del soggetto deviante, ponendo in guardia contro le tendenze a polarizzare l'attenzione soltanto sui soggetti imputabili, e trascurando invece la sorte di coloro ai quali non si addica un giudizio di rimproverabilità, e che dovranno, pur tuttavia, ricevere un trattamento adeguato a favorirne il recupero.

A fronte della tendenza imperante alla specializzazione dei saperi, Vassalli ci appare come il più grande, forse l'ultimo cultore della *gesamte Strafrechtswissenschaft*: con l'avvertenza, tuttavia — come mostra eloquentemente il suo saggio su “Il fatto negli elementi del reato” — che anche all'interno della singola disciplina riconducibile a quella caratterizzazione d'insieme, egli si preoccupa, ancora una volta, di sviluppare alcune fondamentali distinzioni e delimitazioni concettuali. Mirabile ci appare al riguardo la sua contrapposizione tra i ‘caratteri’ e gli ‘elementi’ del reato. Mentre i primi additano i connotati di fondo che il reato possiede — e deve possedere — in un ordinamento ispirato ai principi di civiltà giuridica e alle ragioni di una politica criminale aperta e lungimirante, i secondi obbediscono, e devono continuare ad obbedire, ad una ricerca di tipo analitico, l'unica in grado di assicurare quelle scansioni sistematiche nella costruzione del reato e nelle valutazioni all'interno del processo dalle quali un'adeguata definizione dei presupposti della responsabilità penale non potrà mai prescindere od allontanarsi senza il rischio di cadere nell'arbitrio.

Vassalli è al contempo un innovatore e un illuminato difensore delle categorie giuridico-penali; egli mostra di avere in uggia, sia l'immobilismo del tecnicismo giuridico, sia la rinuncia all'analisi dogmatica in nome di slanci creativi tesi a ribaltare o ridimensionare i capisaldi delle nostre discipline. L'umiltà, la profonda umiltà del suo approccio alle tematiche affrontate risiede nella consapevolezza che l'innovazione deve pur sempre essere coltivata all'interno della ‘storia’, di quegli insegnamenti tuttora validi ed euristicamente efficaci, che appaiano in grado di fronteggiare le derive verso scelte di campo non

sufficientemente meditate, e potenzialmente addirittura controproducenti. In quanto Maestro, vero e sommo Maestro di tutti noi, egli ci insegna che la trasmissione del sapere deve seguire i binari dell'equilibrio e della misura, nei contenuti e nella forma; quest'ultima caratterizzata da un linguaggio ispirato alla chiarezza ed al rigore, come tale alieno dalle facili suggestioni di quello stile allusivo, di quel lessico ricercato e narcisistico, che inquina sovente le indagini dei moderni giuspenalisti, e che rende talora ardua — complice l'abusato ricorso ad espressioni di lingua straniera — la comprensione dei passaggi argomentativi e delle soluzioni proposte.

La sua esaltazione della 'tipicità' — carattere del reato, che deve riguardare tutti i suoi requisiti — rappresenta lo specchio, si potrebbe dire, del suo modo di porsi nei confronti delle nostre materie. Al di fuori di tale parametro, si delinea il pericolo di un 'salto nel buio', di una sostituzione degli auspici e delle aspirazioni dell'interprete a quanto appaia riconducibile alle valutazioni normative, sia pur declinate secondo un metodo ermeneutico sensibile alla teleologia dei principi. E non è un caso — riguardo a questi ultimi — che nella continua evoluzione del proprio pensiero, una volta avvertita l'esistenza di principi ispiratori tuttora in attesa di tradursi in diritto positivo, il Nostro si sia progressivamente accostato all'idea di avvicinare i principi positivi inespressi a quelli espressi, ed abbia altresì riconosciuto la tendenziale conversione dei principi ispiratori in principi positivi, non di rado espressi. Né va dimenticata l'insistenza di Vassalli nel segnalare la netta predominanza, in ambito processuale — ad es., in materia di misure cautelari — di principi saldamente ancorati al diritto positivo: le garanzie del processo dovendo essere puntualmente definite, allo scopo di evitare incertezze, tanto più intollerabili in mancanza di una definitiva constatazione della colpevolezza dell'imputato.

2. *Le garanzie del processo ed i rapporti con le categorie del diritto sostanziale.*

Nell'approfondire quest'ultimo profilo, deve ulteriormente osservarsi come Vassalli abbia dedicato, in effetti, il massimo impegno in direzione della dimostrazione della vigenza di diritti fondamentali di libertà in capo alla parte 'debole' del processo penale: diritti, ora deducibili *omisso medio* dal tessuto costituzionale, ora invece bisognosi di ulteriori concretizzazioni ad opera del legislatore ordinario.

Emblematici ci appaiono in proposito gli scritti di Vassalli su "La libertà personale nel sistema delle libertà costituzionali", su "La riforma della custodia preventiva", su "Diritti dell'uomo e durata della custodia cautelare", su "La protezione della sfera della personalità nell'era della tecnica", su "Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività", ed altresì, e soprattutto, su "Il diritto alla prova nel processo penale". In

essi egli dedica, per l'appunto, le proprie riflessioni all'esigenza di conformare il nostro sistema alle prerogative della persona nel momento dinamico del percorso giudiziale; senza cedere alle lusinghe di visioni ipergarantistiche volte a far giocare i principi costituzionali come una sconfessione delle pur necessarie restrizioni di libertà in corso di processo o come sottrazione al giudice di poteri di apprezzamento sulla necessità di integrazioni probatorie, egli tende piuttosto ad esaltare, anche sulla scia degli Atti internazionali sui diritti umani, un criterio di effettiva necessità nell'uso di strumenti coercitivi, ovvero, quanto alla prova, un criterio di eguaglianza tra le parti nel rappresentare al giudice lo scenario dal quale dovrà attingere le proprie valutazioni.

E, nel ricordare il ruolo primario di Vassalli nella genesi e nella concreta messa in opera del nuovo codice di procedura penale, non possono nemmeno dimenticarsi gli autorevoli rilievi di Giovanni Conso, quando, all'indomani della riforma, non si stancava di trasmettere il seguente messaggio: non preoccupatevi della scelta del codice a favore di riti alternativi, non temiate questa eredità apparente di logiche di carattere inquisitorio; l'importante è che col nuovo rito le parti si vengano sempre a trovare su di un piano di parità, che non sussistano sbilanciamenti incompatibili con il confronto dialettico tra gli attori del processo; uno sbilanciamento — diamo infine la parola a Vassalli, in uno scritto memorabile sul nuovo codice di procedura penale, che venne ospitato sulla rivista 'La legislazione penale' — cui non poneva adeguato rimedio neanche il modello del c.d. 'garantismo inquisitorio', a causa della sua inidoneità a soddisfare le esigenze della difesa, rimasta "poco più che una presenza, non sempre gradita".

Dal contesto complessivo delle meditazioni di Giuliano Vassalli, credo emerga, in definitiva, il significato preminente da lui stesso riconosciuto ad un diritto davvero fondamentale nel quadro dell'assetto complessivo del sistema: il diritto di difesa. Esso rappresenta la chiave di lettura, non soltanto della vicenda processuale, ma anche dei rapporti tra diritto e processo, o, più esattamente, delle prospettive offerte dal diritto penale sostanziale per arricchire di contenuti le possibilità di difesa nel corso del procedimento.

Si deve qui ricordare per logica connessione il suo poderoso scritto sulla colpevolezza, redatto nella forma di una voce enciclopedica. Un aspetto saliente di tale studio fondamentale è invero rappresentato, non soltanto dall'esordio, teso a far interagire la nozione sostanziale di colpevolezza con le dinamiche del processo, ma anche dall'importanza attribuita al profilo dell' 'inesigibilità' di un comportamento conforme al precetto. La latitudine attribuita dall' Autore al criterio in questione bene esprime una correlativa ampiezza delle 'difese' concretamente esperibili per legittimare la scusa; da tale angolo visuale, insomma, i diritti dell'imputato vengono a coniugarsi allo stesso 'oggetto', per così dire, delle risorse disponibili per fronteggiare l'accusa, allo stesso diritto di difesa

visto nell'ottica della sua implementazione grazie alla fisionomia delle cause, oggettive e soggettive, di esenzione dalla responsabilità.

3. *I principi di personalità e di irretroattività penale, anche alla luce dell'evoluzione della giustizia internazionale.*

D'altro canto — vale la pena sottolinearlo — il metro della colpevolezza, una volta proiettato nella dimensione 'personalistica' evocata dalla Costituzione, tende ad assumere una ricchezza di contenuti che le formule normative difficilmente riescono a definire una volta per tutte.

Il personalismo della colpevolezza si apre ad una riflessione volta a misurare alla sua stregua quel difficile rapporto tra individuo ed imperativo legale, la cui portata ed estensione risulta debitrice delle mutevoli capacità dei destinatari di adeguarsi ai precetti, e degli stessi progressi via via compiuti nel decifrare nella vicenda umana e sociale esperita dai singoli gli elementi per poter predicare la rimproverabilità o meno della scelta operata; la colpevolezza è terreno, insomma, dove l'esito delle valutazioni, l'alternativa tra il giudizio positivo o negativo sull'operato individuale, non paiono declinabili secondo paradigmi rigidamente formalizzati.

Non è un caso che Vassalli, mentre non nasconde alcune riserve sul parametro dell'offensività — sempre in bilico tra un incremento delle garanzie ed un'erosione della stessa garanzia fondamentale della legalità — si sia andato sempre più avvicinando al momento personalistico dell'illecito come chiave di lettura del profondo 'umanismo' che permea i rapporti tra il soggetto e l'ordinamento, e che sollecita ad una continua e sofferta ridefinizione del 'merito' del rimprovero e del senso stesso della coercizione penale: quell'umanismo che del resto pervade tutta la riflessione vassalliana sugli effetti concreti della disapprovazione rivolta verso il singolo, e che è premessa per una ponderata valutazione dei risultati attingibili mediante il percorso rieducativo, al quale lo stesso autore si mostra particolarmente sensibile, in numerosi e illuminanti contributi, in vista dell'esigenza di adeguare la misura della pena, così come le vicende esecutive, alla persona del responsabile.

Ma v'è di più. L'idea della colpevolezza giunge a partecipare delle stesse logiche di un principio ad essa sovente affiancato, ma più nell'ottica di una motivazione *lato sensu* politica, che non in quella di un presupposto giuridicamente rilevante.

Vogliamo alludere al principio di irretroattività delle norme sfavorevoli. Siamo adesso nell'ambito dei crimini più gravi e disumani, quali trovano la loro massima espressione nei crimini contro l'umanità o ad essi fondamentalmente assimilabili. In questo campo, il pensiero di Vassalli è caratterizzato da una continua rielaborazione sul piano concettuale e sistematico dei modelli di soluzione maggiormente consentanei con i principi di fondo della responsabilità penale. Dopo aver

segnalato l'esigenza di ridimensionare la portata del principio di irretroattività — non senza, tuttavia, riconoscere il carattere limitato e, per alcuni versi, soltanto apparente, di pretese deroghe od eccezioni — egli si impegna, in quell'opera straordinaria avente per titolo “Formula di Radbruch e diritto penale”, nella dimostrazione di come possa e debba essere seguita una linea di soluzione volta a legittimare l'introduzione in forma programmatica di norme penali retroattive, allo scopo di evitare, da un lato, l'arbitrio dei giudici, ma, dall'altro lato — e soprattutto — degli esiti di ingiustificata impunità.

Già chiaramente emerge, in quel mirabile affresco, una suggestione di fondo, che merita in questa sede un'attenzione particolare: la materia in esame non può essere valutata secondo il metro ordinario di una legge in linea di principio irretroattiva, dovendo invece richiedere, per ragioni di 'giustizia', una risposta all'altezza della particolare gravità sul piano qualitativo dell'offesa criminale. La 'giustizia' tenderà dunque a far premio sulla legge, sia pure mediante un atto, pur esso legislativo, ma ispirato ad una visione alternativa rispetto al limite della 'legalità' in senso comune e tradizionale. E tuttavia, in un lavoro di poco successivo, Vassalli si spinge oltre: invece di 'legalizzare', per così dire, le esigenze di giustizia, a discapito della legalità-irretroattività, egli si interroga in maniera più penetrante sul senso, sulla portata, sui contenuti più profondi dello stesso canone dell'irretroattività penale.

Diamogli ancora la parola: “il divieto di retroattività delle leggi punitive non va visto asetticamente, come divieto freddo e assoluto, ma va riportato alla sua radice, che è poi quella di un rapporto di fiducia tra la società organizzata ed il cittadino: il principio di affidamento”; da tale angolo visuale, “l'eventuale pratica statale di non punire non è sufficiente, occorre invece che il singolo sappia guardare al di là di” essa e “sappia riconoscere l'esistenza di divieti insuperabili, soprattutto quando si tratti” di imperativi coerenti con la “la protezione accordata ai diritti fondamentali dell'uomo”; l'irretroattività si coniuga insomma all'idea di una 'libertà consapevole', come tale incentrata sulla 'prevedibilità' del giudizio in ordine alle conseguenze ricollegabili alle proprie scelte: è un *principio di responsabilità* — si potrebbe dire — che, se potrà essere invocato a proprio favore da quanti non fossero in grado di cogliere appieno il disvalore della propria condotta, non potrà, viceversa, costituire un passaporto d'impunità per coloro che fossero consapevoli — od anche potessero esserlo — di commettere un gesto inumano, in quanto tale destinato a far premio su eventuali forzature in senso scriminante perseguite ed incentivate sotto l'ombrello protettivo della politica di regime.

Ecco dunque delinearsi quella relazione profonda tra colpevolezza ed irretroattività di cui poc'anzi si diceva. Sarebbe fuori luogo supporre che tale relazione si esprima, nel pensiero di Vassalli, nei termini di una sorta di 'bilanciamento' del principio di irretroattività

con altri principi o valori. Il canone costituzionale dell'art. 25, 2° comma non tollera l'idea di una sua possibile soccombenza rispetto a valutazioni esterne al suo contenuto deontologico; così come non sarebbe possibile — lo ebbe a sottolineare la dottrina più sensibile di fronte ad un'ambigua affermazione dello stesso giudice delle leggi — un ridimensionamento del canone della determinatezza a cospetto di esigenze di volta in volta suscettibili di limitarne la portata.

Il problema è un altro. Vassalli individua nella colpevolezza un criterio di misura, per così dire, capace di *operare all'interno* della garanzia dell'irretroattività. Ogni principio — anche inderogabile — cela una misura, un sostrato teleologico che lo permea e ne condiziona i contenuti. È il 'segreto della misura' — per dirla con le parole di un letterato di rango a proposito dei romanzi di un grande autore del passato — che Vassalli 'indaga con inquieta maestria': ed è un segreto che Vassalli giunge a decifrare e a svelare con la sua consueta lucidità ed ampiezza di orizzonti. Esso si coglie nel momento in cui lo sguardo si allarghi fino ad investire i caratteri essenziali dell'ordinamento nella sua impronta globale, ossia nel suo stesso atteggiarsi come sistema politico, o se si vuole, come 'forma di Stato', al cui interno il principio dovrà ricevere la sua base di legittimazione e la propria specifica ragion d'essere. E da questo punto di vista, sembra congruo affermare, allora, come l'irretroattività venga ad iscriversi, a ben guardare, nella logica di un assetto politico-istituzionale ispirato ad un fondamentale principio di libertà: quella libertà che si pone, del resto, come uno spazio solo eccezionalmente limitato dalle stesse norme penali, nel senso che risulta possibile esercitarla al di là dei confini da queste tassativamente delineati; il che è cosa ben diversa — ed anzi radicalmente difforme — dall'ammettere l'esistenza di una 'libertà' di operare a detrimento dei più elementari diritti e prerogative dell'essere umano, essendo chiaro che siffatta libertà verrebbe allora a perdere qualsiasi valore e significato, dato che l' 'affidamento' in essa riposto — pur se con la 'complicità' e la connivenza dello Stato medesimo — si rivelerebbe, questo sì, del tutto arbitrario e, si può ben dirlo, assolutamente pretestuoso e *ingiustificato*.

4. *Il significato della 'punibilità' nell'elaborazione di Vassalli.*

Il profondo senso di umanità e di giustizia, come pure la vigile sensibilità sul piano giuridico e politico del nostro Autore si fanno sentire, d'altronde, anche nel settore problematico della c.d. 'non punibilità'.

Anche qui, al formalismo di una necessaria sequenza tra reato e pena dovrà subentrare una più approfondita riflessione in ordine alla *ratio*, al sostrato assiologico idoneo a far apparire realmente indefettibile quel postulato collegamento. La raffigurazione dommatica di un 'ente' — il reato, appunto — che o c'è o non c'è, e quando esiste deve condurre alla pena, appare infatti a Vassalli come il frutto di una visione

astratta ed aprioristica, la quale, lungi dallo spiegare il perché di quella rigida correlazione, dovrebbe invece, ancor prima, trovare essa stessa un valido fondamento giustificante. Un fondamento, peraltro, ben difficile da cogliere a confronto con le stesse tendenze che si sono andate manifestando all'interno degli ordinamenti penali. Non può dimenticarsi, a tale riguardo, come la scelta di 'ascrivere' o meno determinate cause d'impunità all'area di quelle incidenti sul reato in senso stretto si riveli sovente problematica, come dimostrano le incertezze, non soltanto in Italia, circa il significato e l'ampiezza da riconoscere alle c.d. 'scusanti', in quanto fenomeni distinti dalle tradizionali figure associate all'ambito dell'elemento psicologico del reato.

Ne consegue che il preteso rigore di quel collegamento finisce inevitabilmente col mostrare la corda di fronte all'intrinseca difficoltà di fornire una sicura definizione dello stesso ambito dei presupposti ai quali ancorare la predetta valutazione; dovendo osservarsi, per giunta, come tale difficoltà si presterebbe ad incrementare le più irriducibili controversie — e perfino le più ardite strumentalizzazioni — laddove fosse appunto in gioco l'alternativa tra l'esistenza o meno del reato, dato che nel primo caso si dovrebbe comunque punire, senza alcuna possibile deroga o limitazione.

Di fronte ad un simile scenario, appare davvero prezioso ed illuminante il monito del nostro grande criminalista: "una ragione politica sta in ultima analisi alla base dell'intero edificio del diritto penale e non solo delle cause di non punibilità: alla base delle incriminazioni come alla base delle cause di esclusione del reato"; ed ancora: pure le cause di non punibilità, od almeno le più significative ed emblematiche, "presentano un fondamento razionale ed umano altrettanto valido quanto quello delle più tipiche cause di esclusione dell'antigiuridicità e della colpevolezza". Semmai, egli conclude, le cause in questione risentono in misura maggiore di criteri di opportunità sotto il profilo politico-criminale. Onde, il compito da svolgere — ed ecco nuovamente il Vassalli severo custode della tipicità, quale momento di sutura tra il retroterra sociale e politico e l'interpretazione del sistema — dovrà essere quello di identificarle con la dovuta attenzione, precisandone i lineamenti e le regole che presiedono alla loro applicazione.

5. *Guardando al futuro: tra riforma dei codici ed impegno civile per la giustizia.*

Molto vi sarebbe ancora da dire sull'opera di Giuliano Vassalli e sugli insegnamenti ch'egli ci ha trasmesso in vista di una piena ed integrale attuazione delle esigenze di giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo. Vorremmo soltanto aggiungere che il suo contributo alla riforma del sistema penale non si è limitato a singoli campi di materie, per quanto vastissimi e sempre di significato centrale

per il rinnovamento profondo delle nostre discipline. Egli è stato invero il più grande artefice e promotore dell'elaborazione di interi nuovi codici — lui che pur aveva intrapreso la propria attività scientifica nel pieno vigore di quelli del passato —; non soltanto del nuovo codice di procedura penale, di cui si è detto in precedenza, ma anche di un nuovo codice penale, nonostante che l'opera sia poi rimasta incompiuta.

Riguardo a quest'ultimo, d'altronde, la sua aspirazione alla riforma, oltre ad essere motivata da ragioni ideali non dissimili da quelle di numerosi altri cultori di materie penalistiche, affondava, ancora una volta, le sue radici in quella particolare sensibilità ed esperienza che soltanto il giurista attento alle vicende della prassi e capace di indagarne gli sviluppi e le prospettive è in grado di attingere compiutamente. Così, in una famosa *Lectio magistralis* del 2002 sulla riforma del codice penale, con l'apparente naturalezza di chi molto ha in realtà meditato sulla vita concreta del diritto, egli offre lo spunto decisivo: "sembra superfluo dire che alla mancanza di una adeguata codificazione penale non possono supplire né la giurisprudenza costituzionale né la giurisprudenza ordinaria". E questo egli osserva, dopo avere, altresì, sottolineato l'inadeguatezza di 'ritocchi' legislativi operati in maniera contingente, come tali destinati ad accentuare l'incoerenza e l'irrazionalità dell'apparato normativo.

Non soltanto, dunque, motivazioni puramente ideologiche pro o contro la codificazione penale; insieme a queste, e più pragmaticamente, anche esigenze imposte dalla constatazione delle insufficienze e dei limiti intrinseci (connaturati agli stessi interventi della Corte costituzionale) di soluzioni diverse dall'unica realmente idonea ad assicurare un riordinamento organico delle regole di parte generale e della fisionomia delle singole fattispecie di reato.

Qui occorre fermarsi. Non senza, tuttavia, ribadire, *last but not least*, che la comprensione profonda del pensiero vassalliano non è oggi possibile senza affiancarvi l'illuminante contributo di Francesco Palazzo. Palazzo è un *partner* ideale di Vassalli: non soltanto per la vicinanza umana e professionale che lo ha sempre legato al più anziano maestro, ma perché egli ne condivide dei profili salienti nel modo di porsi verso il nostro ramo del diritto. Entrambi sono alieni da semplicismi e da aprioristiche scelte di campo. In entrambi, il dato positivo si coniuga ad un'innata sensibilità verso la dimensione storico-razionale, politico-criminale, costituzionalistica e comparativo-internazionalistica della scienza del diritto penale.

Dopo una sapiente Introduzione alla figura ed all'opera di Giuliano Vassalli, Palazzo ci guida lungo un percorso che, muovendo dalle opzioni di fondo del diritto penale in rapporto alla Costituzione, si volge quindi alle esigenze politico-criminali e allo stesso paradigma della giustizia come valore immanente al sistema, per poi orientarsi verso i problemi generali del reato e della pena, ed, ancora, verso le tematiche della libertà in relazione al processo penale: per giungere,

infine, a toccare i delicati interrogativi che attraversano il campo dei rapporti tra diritti umani e giustizia penale internazionale. Né va trascurato lo straordinario Colloquio finale con Giuliano Vassalli, vera e propria sintesi, sotto forma di una testimonianza personale, della complessa e poliedrica figura del Nostro, delle sue aspirazioni, delle sue delusioni, delle sue speranze, del suo modo di porsi verso l'insegnamento universitario e verso la vita del diritto e delle esperienze sul piano politico-legislativo.

Grazie alla lettura di quelle pagine, acquista nuova forza l'auspicio che questo ed altri volumi dedicati ai Maestri del diritto possano attingere il pubblico più vasto, rendendolo partecipe di quel ricco patrimonio di civiltà e di umana comprensione dei valori essenziali della convivenza di cui si alimentano le coscienze degli uomini liberi ed educati alla giustizia!

STEFANO DE LUCA

IL DIFFICILE APPRENDISTATO.
LA CHARTE, LE DUE FRANCE E I PARTITI
ALLA SECONDA PROVA (1815-1816) ⁽¹⁾

« Un écrivain aussi méconnu qu' inconnu »: così Etienne Harpaz, circa quarant'anni fa, definiva Benjamin Constant ⁽²⁾. L'endiadi, con la sua significativa assonanza, rendeva bene il rapporto di stretta implicazione tra sottovalutazione e scarsa conoscenza. La *méconnaissance* di Constant era senza dubbio legata ad una serie di antichi pregiudizi sull'uomo, ai quali, nel corso del Novecento, si erano sommati pregiudizi ideologici e storiografici; ma essa era anche il frutto (e al tempo stesso la sempre rinascente causa, come in ogni circolo vizioso che si rispetti) di una singolare *inconnnaissance* dell'opera, dovuta anche a ragioni editoriali. Il *corpus* delle opere di Constant, ancora negli anni Settanta del Novecento, versava infatti in una singolare condizione di trascuratezza e incompletezza: molti dei suoi scritti erano disponibili soltanto in edizioni ormai 'storiche' (come quella curata da Laboulaye nel 1861), mentre per altri si doveva ricorrere alle edizioni originali; gli articoli giornalistici e i discorsi parlamentari non erano stati raccolti in modo unitario; la corrispondenza era stata pubblicata solo in piccola parte e in sedi disparate; infine, i grandi trattati inediti — venuti alla luce negli anni Sessanta del Novecento — giacevano ancora nelle biblioteche di Losanna e di Parigi.

Solo tenendo conto di questa situazione si può apprezzare, nella giusta misura, il cammino compiuto in questi ultimi quarant'anni: da una parte si è prodotta una fioritura critica senza precedenti per quantità e qualità ⁽³⁾, che ha dimostrato l'infondatezza dei molti

⁽¹⁾ A proposito di *Œuvres complètes de Benjamin Constant*, Série Œuvres, tome X, *Textes politiques de 1815 à 1817*, 2 volumes dirigés par K. Kloocke, De Gruyter, Berlin/New York 2010.

⁽²⁾ E. HARPAZ, *Introduction*, in B. CONSTANT, *Recueil d'articles. Le Mercure, la Minerve et la Renommée*, Droz, Genève 1972, t. I, p. IX.

⁽³⁾ Per una rassegna dell'ampia letteratura critica sviluppatasi a partire dal *turning-point* del 1980 si vedano S. DE LUCA, *La riscoperta di Benjamin Constant (1980-1993): tra liberalismo e democrazia*, in « La Cultura », n. 1, aprile 1997, pp.

pregiudizi che gravavano su Constant e ha restituito al pensatore politico e allo studioso delle religioni il ruolo che gli spetta nella storia intellettuale europea; dall'altra parte, il *corpus* delle opere si è significativamente ampliato e rinnovato, con la pubblicazione dei grandi trattati inediti e le nuove edizioni di scritti che erano ormai divenuti introvabili.

Nel quadro di questa *Constant-Renaissance* un posto di particolare rilievo spetta, per gli effetti di lungo periodo che è destinata ad esercitare, all'edizione critica di tutte le opere di Constant (edizione comprendente anche, in una serie a parte, la vasta corrispondenza: uno strumento indispensabile per mettere a fuoco la figura di Constant nelle sue molteplici dimensioni, nonché una testimonianza di straordinario interesse sulla vita letteraria, intellettuale e politica tra la fine dell'*Ancien régime* e la Rivoluzione di Luglio). Vagheggiato sin dagli anni Venti del Novecento ⁽⁴⁾, il progetto di un'edizione completa delle opere è diventato realtà nel 1980, grazie all'iniziativa di un gruppo di studiosi gravitanti attorno all'Institut Benjamin Constant, fondato a Losanna l'anno precedente. I volumi, realizzati con grande cura filologica ⁽⁵⁾, hanno iniziato ad uscire nel 1993: da allora ne sono apparsi ben 19, di cui 7 di corrispondenza (che coprono il periodo dal 1774 al 1809) e 12 di opere (contenenti tutti gli scritti composti tra il 1774 e il 1817) ⁽⁶⁾.

Nel 2010 è apparso il X tomo delle *Œuvres complètes*, che raccoglie gli scritti politici composti da Constant tra l'estate del 1815 e

145-174, e n. 2, agosto 1997, pp. 295-324; M. GRIFFO, *Recenti studi su Constant*, in «L'Acropoli», n. 1, gennaio 2005, pp. 75-85; G. SCIARA, *Recenti studi sul pensiero politico di Benjamin Constant*, in «Storia e politica. Rivista quadrimestrale», n.s., a. 2, n. 3/2010, pp. 630-652. Per il periodo che va dal 1967 al 1979 si può invece vedere P. DEGUISE, *Nouvel état présent des études sur Benjamin Constant*, in «Annales Benjamin Constant», n. 1/1980, numero ospitato nei «Cahiers Vilfredo Pareto. Revue européenne des sciences sociales», n. 50, 1980, pp. 9-25.

⁽⁴⁾ Cfr. in proposito, F. FORNEROD, *Guy de Portalès et la première société des amis de Benjamin Constant*, in «Annales Benjamin Constant», n. 1/1980, numero ospitato nei «Cahiers Vilfredo Pareto. Revue européenne des sciences sociales», n. 50, 1980, pp. 201-207.

⁽⁵⁾ Ogni volume comprende una serie di preziosi strumenti di lavoro: la cronologia della vita e dell'opera, che dettaglia in modo analitico il periodo cui si riferisce il volume stesso; l'indicazione delle fonti manoscritte e a stampa dei testi; la bibliografia; la lista di tutte le opere citate da Constant; l'indice dei nomi. Ogni testo, inoltre, è preceduto da una specifica introduzione e dall'indicazione delle fonti, delle edizioni, di eventuali recensioni o risposte.

⁽⁶⁾ Per un quadro sempre aggiornato dello stato di pubblicazione dei volumi delle *Oeuvres* si può consultare il sito web dell'Institut Benjamin Constant (www.unil.ch/ibc).

l'inverno del 1817 (7), ossia in un periodo — per la Francia — di difficile e delicata transizione. L'esperienza napoleonica si era ormai definitivamente conclusa, ma il suo ultimo e impreveduto sussulto — il 'volo dell'aquila' durato cento giorni — aveva reso ancora più difficile il tentativo di compromesso avviato nel 1814 tra la 'vecchia' e la 'nuova' Francia. Dopo l'ennesimo 'cambio di regime' Constant riprende la sua battaglia per la stabilizzazione in senso liberale del sistema politico francese, ossia per la traduzione dei principi dell'89 in uno stabile regime costituzional-rappresentativo: battaglia iniziata sotto il Direttorio con i *pamphlets* degli anni 1796-1797, proseguita durante il Consolato con i discorsi tenuti al Tribunato tra il 1801 e il 1802, continuata negli anni del dispotismo napoleonico con la stesura dei grandi trattati (destinati a rimanere inediti), ripresa sotto la prima Restaurazione con le *Réflexions sur les constitutions et les garanties* del 1814 e tentata persino durante i Cento Giorni, con la clamorosa collaborazione alla stesura dell'Atto addizionale e la conseguente pubblicazione, nel 1815, dei *Principes de politique*.

Questo tardivo e breve *ralliement* a Bonaparte — l'uomo che lo aveva estromesso dal Tribunato nel 1802 e contro il quale aveva combattuto sino al suo ritorno dall'Elba — avrebbe messo Constant in grave difficoltà al momento della seconda Restaurazione: inserito in una lista di proscrizione, Constant si affretta a scrivere un *Mémoire apologétique* (8), ma già contempla l'ipotesi di un lungo esilio. Il *Mémoire*, tuttavia, troverà buona accoglienza presso Luigi XVIII (grazie a Decazes, allora prefetto di Parigi) e il nome di Constant scomparirà dalle liste di proscrizione: di qui la decisione di rimanere a Parigi e di riprendere l'attività politica come pubblicista, mirando — in prospettiva — alla carriera parlamentare. Ma il clima politico determinatosi dopo le elezioni dell'autunno 1815 — con la Camera dei deputati dominata dagli *ultraroyalistes* e con l'adozione della legge sulla sicurezza generale (legge che permetteva di detenere un individuo sospetto senza portarlo davanti al giudice) — spingono Constant a prendere la via dell'esilio volontario. Egli si reca dapprima in Belgio e poi in Inghilterra, dove scrive pochi e brevi testi, occupato com'è a redigere i *Mémoires sur les Cent-Jours*. Lo scioglimento della *Chambre introuvable* da parte di Luigi XVIII — avvenuto circa un anno dopo, il 5 settembre 1816 — è il segnale che Constant attendeva: rientrato a Parigi nello stesso mese, tornerà ben presto ad essere uno dei protagonisti del dibattito pubblico, dapprima rispondendo al *De la Monarchie selon la Charte* di Chateaubriand, poi attraverso un'intensa attività giornalistica, condotta preva-

(7) *Œuvres complètes de Benjamin Constant*, Série Œuvres, tome X, *Textes politiques de 1815 à 1817*, 2 volumes dirigés par K. Kloocke, De Gruyter, Berlin/New York 2010. D'ora in avanti verrà citato come OCBC, X-1 o X-2.

(8) OCBC, X-1, pp. 45-64.

lentamente sul “*Mercur de France*” (di cui si fa anche editore) e infine, nel 1817, attraverso alcune *brochures* che riprendono e ampliano gli articoli giornalistici relativi ai grandi dibattiti parlamentari.

È questo, infatti, l’obiettivo principale che anima la produzione constantiana del periodo 1816-1817: offrire a coloro che seguono la vita politica — in particolare ai cittadini/elettori — una storia parlamentare di Francia *en abregé* ⁽⁹⁾, il cui scopo è al tempo stesso informativo e formativo. Si tratta di ‘educare’ la Francia e i suoi attori politici alla logica del sistema rappresentativo, strumento principe per la difesa delle libertà civili e per la realizzazione della libertà politica ⁽¹⁰⁾. Il grande interesse degli scritti contenuti nel X tomo delle *Œuvres* sta proprio in questa declinazione pratica del discorso teorico sviluppato in opere precedenti, in questo tentativo di acclimatare principi e istituzioni liberali in una nazione attraversata da un conflitto di sistema, le cui origini risalivano alla grande lacerazione del 1789. Ancora oggi, scrive Constant nel 1815, si tratta « de la contre-révolution & de la révolution » e tutti i partiti che esistono in Francia « sont de fait groupés, même quand ils le nient, autour de l’un de ces deux étendarts » ⁽¹¹⁾. Constant è ovviamente consapevole dei conflitti tattici e strategici che dividono i due schieramenti al loro interno; ma è convinto che la linea di frattura più profonda passi ancora tra fautori e nemici dell’89. Ed in questa perdurante frattura si radica il problema politico della Francia della Restaurazione: riuscire a far funzionare il regime costituzional-rappresentativo all’interno di una nazione nella quale, a differenza di quanto accade nella vicina Inghilterra, il conflitto tra i ‘partiti’ è ancora in larga parte un conflitto sulla natura delle istituzioni e sul loro principio di legittimazione. E poiché i ‘partiti anti-sistema’ — quelli che avversano il regime costituzionale o la vecchia dinastia — non vogliono o non possono mettere in discussione l’assetto esistente, allora il conflitto *di sistema* si sviluppa *all’interno del sistema*: di qui l’uso e l’interpretazione strumentale dei principi e degli istituti della *Charte*,

⁽⁹⁾ « En rendant un compte exact des séances des chambres — troviamo annunciato nel *Prospectus* del « *Mercur de France* » (dic. 1816) — nous analyserons les projets de loi qui seront proposés. Nous nous efforcerons de saisir l’esprit des discussions; nous le comparerons avec ce qui nous paraîtra être l’opinion publique [...]. En un mot, nous ferons en sorte que cette partie du *Mercur* devienne en abrégé l’histoire parlementaire de France » (OCBC, X-1, p. 370).

⁽¹⁰⁾ In tutti i momenti cruciali della vicenda politica francese Constant ribadirà la funzione indispensabile dei ‘corpi rappresentativi’ al fine di evitare *dérèpages* dispotici. Emblematica, in questo senso, la lettera indirizzata a Sieyès subito dopo il 18 Brumaio, in cui individua nelle assemblee legislative l’unica forza collettiva in grado di opporsi efficacemente alle ambizioni di Bonaparte.

⁽¹¹⁾ OCBC, X-1, *Fragments d’un texte sur la contre-révolution*, p. 257.

che diviene, come osserverà Guizot, il campo di battaglia dei partiti, determinando un singolare scambio delle parti in commedia.

Ad avviare lo 'scambio delle parti' è la destra *ultraroyaliste* del 1815, la quale si scopre improvvisamente 'parlamentarista', reclamando per la camera elettiva (dove dispone di un'ampia maggioranza) una funzione di indirizzo sul ministero che va ben oltre le previsioni della *Charte* ⁽¹²⁾ e che può diventare il cavallo di Troia per modificare i connotati del sistema politico. Uno dei testi in cui viene argomentata più lucidamente questa posizione è il *Du ministère dans le gouvernement représentatif*, pubblicato nel 1815 dal barone Vitrolles, uomo di fiducia del conte d'Artois. In questa *brochure* si sostiene che la scelta del governo rappresentativo, modellato sulle istituzioni inglesi, porta con sé non soltanto la condivisione del potere legislativo tra il re e le camere, ma anche la responsabilità del ministero di fronte alla Camera dei deputati. La prerogativa reale viene interpretata da Vitrolles come una condizione di inviolabilità il cui scopo è sottrarre il re al conflitto politico: di qui la relativa indipendenza del ministero dal sovrano e, per converso, la sua responsabilità di fronte alle Camere. I ministri, scrive Vitrolles, sono « comme des intermédiaires entre le Trône, d'où émane leur pouvoir, et la Chambre des communes, devant laquelle ils sont responsables de l'exercice de ce pouvoir. Le Roi les nomme en vertu des prerogatives de la couronne; mais il leur laisse le soin de se concilier la majorité des Chambres » ⁽¹³⁾. Vitrolles riprende così quella distinzione tra potere reale e potere esecutivo che proprio Constant ha teorizzato negli scritti pubblicati tra il 1814 e il 1815 ⁽¹⁴⁾. A differenza di Constant, però, Vitrolles rende il ministero *politicalmente* responsabile di fronte alle Camere; egli inoltre sostiene che nella Camera si devono formare due partiti 'fissi', nettamente opposti tra di loro e fortemente coesi al loro interno, l'uno ministeriale, l'altro di opposizione. Insomma, il barone *ultraroyaliste* si fa sostenitore del più avanzato e conseguente

⁽¹²⁾ Com'è noto, la *Charte* del 1814 delinea una monarchia costituzionale. Essa prevede, all'art. 13, che la *puissance exécutive* appartenga esclusivamente al re, il quale la esercita per mezzo di ministri responsabili (i « suoi ministri », come precisa l'art. 13). Quanto alla *puissance législative*, essa è esercitata collettivamente dalle due camere e dal re (art. 15), il quale dispone però in via esclusiva del diritto di iniziativa (art. 16) e del potere di sanzione e promulgazione (art. 22). Infine la *Charte* stabilisce che la giustizia emana dal re e viene amministrata in suo nome da giudici di sua nomina (art. 57).

⁽¹³⁾ E. DE VITROLLES, *Du ministère dans le gouvernement représentatif*, Dentu, Paris 1815, p. 44.

⁽¹⁴⁾ Si tratta delle *Réflexions sur les constitutions et les garanties* (1814), del *De la responsabilité des ministres* (1815) e dei *Principes de politique* (1815). Ma la dottrina del potere neutro (sia pure in versione repubblicana) era stata messa a punto nei *Fragments sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, risalente agli anni del Consolato.

parlamentarismo. Secondo questa lettura del sistema di governo introdotto dalla *Charte* al re resta il ruolo di supremo garante, sacro e inviolabile, ma privo di poteri attivi: in sostanza, egli regna, ma non governa. Nella conclusione della *brochure* si può cogliere il 'veleno' della tesi, celato dietro ampie professioni di devozione e rispetto per il sovrano legittimo: quando, scrive Vitrolles, si vogliono stabilire istituzioni nuove — istituzioni che non sono in armonia con gli usi, la legislazione e le antiche idee di un popolo — allora bisogna affrettarsi a comprenderne bene la logica e ad adottarne tutte le conseguenze, se non si vuole che queste istituzioni crollino. In altre parole, Vitrolles manda a dire ai sostenitori della *Charte* (e, col dovuto rispetto, a Luigi XVIII): avete voluto un sistema politico estraneo alla tradizione francese? Ebbene, ora dovete accettarne tutte le conseguenze, *in primis* quella per cui il ministero deve allinearsi alla maggioranza parlamentare.

Paragonato alla *brochure* di Vitrolles, il *De la Monarchie selon la Charte* di Chateaubriand, pur essendo espressione della stessa area politica, presenta ben altra complessità: non solo perché sviluppa un'analisi più articolata della *Charte*, ma anche perché contiene spunti autenticamente (e non strumentalmente) liberali e una serie di argomenti tendenti alla 'pacificazione nazionale'. Per un verso, Chateaubriand lavora al *ralliement* della destra realista ai principi e alla logica del sistema costituzional-rappresentativo⁽¹⁵⁾: egli insiste sulla necessità di coniugare la causa della monarchia legittima con quella della costituzione, mostrando come le nostalgie per l'*Ancien régime* siano al tempo stesso irrealizzabili e indesiderabili; rivendica con forza, e con sincerità di accenti, la libertà di stampa e la libertà individuale; respinge ogni forma di violenza reazionaria; propone di unire gli interessi politici e materiali usciti della Rivoluzione (il regime costituzionale e le nuove proprietà) con i valori e le istituzioni della tradizione francese (la religione cristiana e la monarchia legittima). « Je veux — scrive Chateaubriand riassumendo la sua proposta — toute la Charte, toutes les libertés, toutes les institutions amenées par le temps, le changement des mœurs et les progrès des lumières, mais avec tout ce qui n'a pas péri

(15) Anche se Chateaubriand dice di usare il termine *royaliste* in un senso molto ampio, molteplici passi del *De la monarchie selon la Charte* rendono evidente che gli interlocutori del Visconte sono quelli che si autodefiniscono *royalistes purs* (e che ormai cominciano ad essere definiti *ultraroyalistes*), cioè i più recalcitranti ad adattarsi alla logica del sistema costituzionale. Mi limito a citare il seguente passo: « Le roi, dans cette monarchie [quella delineata dalla *Charte*] est plus absolu que ces ancêtres ne l'ont jamais été, plus puissant que le sultan à Constantinople, plus maître que Luis XIV à Versailles » (F.-R. de Chateaubriand, *De la Monarchie selon la Charte*, Imprimerie Le Normant, Paris 1816, p. 23). È chiaro che un simile passo è indirizzato alle orecchie dei nostalgici, anche perché Chateaubriand non pensa (né desidera) che il sovrano disponga di un potere realmente assoluto.

de l'ancienne monarchie, avec la religion, avec les principes éternels de la justice et de la morale, et surtout *sans* les hommes trop connus qui ont causé nos malheurs » (16). Si tratta — a parte l'ultima frase, sulla quale torneremo tra breve — di una linea politica promettente, considerando quali fossero le pulsioni profonde di quella destra *ultra* alla quale Chateaubriand si rivolge: e se è vero che l'interpretazione 'parlamentarista' che il Visconte, al pari di Vitrolles, dà della *Charte* è strumentale agli obiettivi politici degli *ultras*, è altrettanto vero che la sua proposta, complessivamente considerata, è ispirata ad un conservatorismo di stampo liberale ben diverso dalle dottrine reazionarie di Bonald.

Ma non vi è soltanto questo nel *De la monarchie selon la Charte*, come già si poteva intuire da quella volontà di escludere gli uomini della rivoluzione dal compromesso tra vecchio e nuovo. Anzitutto, Chateaubriand distingue tra interessi materiali e interessi morali della rivoluzione: e mentre chiede di rispettare i primi, condanna con forza i secondi, identificandoli con un insieme di dottrine anti-religiose, anti-sociali e immorali. Una identificazione che non solo incrina la coerenza logica del ragionamento di Chateaubriand (da un lato si accetta il regime politico uscito dall'89, dall'altro si rifiutano i principi dell'89) (17), ma che è particolarmente urticante per l'ampio schieramento che, in vario modo e con diverse sensibilità, si riconosce in quei principi. Inoltre, Chateaubriand attribuisce al *parti révolutionnaire* — definito sprezzantemente 'la fazione' o 'il partito' — una sostanziale infedeltà al regime della *Charte* (infedeltà dimostrata al momento del ritorno di Napoleone dall'Elba) e un'attitudine eversiva verso la dinastia legittima (e, in alcuni casi, verso l'istituto monarchico). Di qui la richiesta di una vera e propria epurazione: bisogna escludere, secondo Chateaubriand, tutti gli uomini di estrazione rivoluzionaria e bonapartista dai posti-chiave delle istituzioni e dell'amministrazione e sostituirli con personale monarchico di provata fede. In sostanza, il *De la Monarchie selon la Charte* è una sorta di Giano bifronte: sul piano delle istituzioni politiche e degli interessi materiali propone un compromesso tra la vecchia e la nuova Francia, che potrebbe contribuire a stabilizzare il nuovo regime; ma sul piano dei principi e degli uomini ripropone ed esaspera le divisioni, facendo riaffiorare l'invincibile diffidenza (per non

(16) F.-R. DE CHATEAUBRIAND, *De la Monarchie selon la Charte*, cit., p. 168.

(17) Di una « incrinatura » nel programma di Chateaubriand parla OMODEO in *Studi sull'età della Restaurazione* (Einaudi, Torino 1970², n. 1, pp. 62-63). Sulla posizione di Chateaubriand si veda anche M.S. CORCIULO, *La polemica politica tra Chateaubriand e Constant dopo lo scioglimento della Chambre introuvable* (sett.-ott. 1816), in E. HOFMANN (sous la direction de), *Benjamin Constant, Madame de Staël et le groupe de Coppet*, The Voltaire Foundation/Institut Benjamin Constant, Oxfore/Lausanne, 1982, pp. 33-44.

dire l'odio) che la Francia monarchica e aristocratica nutre per la Francia nata nel 1789.

Va detto che quella dell'epurazione era una soluzione che Constant conosceva bene, per averla caldeggiata e sperimentata personalmente durante il 'secondo Direttorio'. Dopo il colpo di Stato di Fruttidoro (sett. 1797), Constant aveva teorizzato un vero e proprio monopolio delle cariche politico-amministrative da parte del personale repubblicano più 'ardente'. Due erano i fattori che, secondo il Constant dell'epoca, avevano impedito alla Repubblica direttoriale di stabilizzarsi, esponendola a continui pericoli di rovesciamento e quindi 'costringendo' i governanti a ricorrere a mezzi arbitrari. Il primo risiedeva nell'assenza di uno spirito pubblico all'altezza delle istituzioni repubblicane: tale assenza dipendeva dal radicamento degli antichi pregiudizi, frutto della plurisecolare educazione monarchica, e dalla perniciosa influenza che gli scrittori filo-monarchici, usufruendo della libertà di stampa, esercitavano sulla pubblica opinione. Il secondo fattore stava nella tolleranza accordata, dopo il 1795, agli uomini del 'partito aristocratico', ai quali erano stati affidati incarichi di rilievo, nella speranza che questo li portasse a riconciliarsi con la Repubblica. Si era così giunti al risultato che i sostenitori della Repubblica si trovavano spesso sotto attacco, mentre i monarchici godevano di un ampio spazio politico e culturale. Di qui la fragilità delle istituzioni repubblicane e la necessità di difenderle con la forza, come aveva fatto l'esercito con il colpo di Stato di Fruttidoro. Per evitare tutto ciò — e per scongiurare il profilarsi di un regime militare — Constant sosteneva che bisognava affidare le cariche pubbliche soltanto a repubblicani 'ardenti': « Il ne faut pas que sur toute l'étendue de la République, il se trouve, dans une fonction quelconque, depuis l'administrateur municipal de la plus petite commune jusqu'aux dépositaires suprêmes de l'autorité exécutive, depuis le commis le plus subalterne du bureau le plus obscur, jusq'au ministre chargé de la gestion la plus importante, un seul homme qui ne soit solidaire de la liberté républicaine, qui n'ait contracté envers elle d'indissolubles engagements, qui ne porte en son âme la confiance de sa force, la certitude de sa durée, et l'abandon du plus entier dévouement pour elle » (18). Non solo. Bisognava restringere anche le libertà di riunione e di stampa. Era necessario chiudere tutti i luoghi pubblici attraverso i quali si diffondeva la 'moda monarchica', mentre si doveva fare in modo che tutte le manifestazioni pubbliche, incluse quelle di intrattenimento (le 'feste'), ricevessero una chiara impronta repubblicana. Quanto alla libertà di stampa, essa doveva consentire l'espressione

(18) B. CONSTANT, *Discours prononcé au Cercle constitutionnel pour la plantation de l'arbre de la liberté, le 30 fructidor an V (1797)*, in *Ceuvres complètes de Benjamin Constant*, Série Œuvres, tome I, *Ecrits de jeunesse (1774-1779)*, volume dirigés par L. Omacini et J.-D. Candaux, Max Niemeyer Verlag, Tübingen 1998, p. 555.

di un largo ventaglio di opinioni, con l'esclusione però di quelle volte a ricostruire i pregiudizi dell'*Ancien régime*. Per altro verso, Constant si rivolgeva ai militari, ricordando loro che le insegne della costituzione erano sì state abbassate, ma soltanto per un momento e al fine di rialzarle: fuor di metafora, i militari, che avevano difeso la libertà in circostanze eccezionali, dovevano rientrare nelle caserme. Era l'estremo tentativo, da parte di Constant, di salvare le istituzioni repubblicane, nella convinzione che la *salus rei publicae* — coincidente con la *salus libertatis* — esigesse qualche sacrificio sul piano dei principi. Ma l'esperienza dei due anni successivi avrebbe dimostrato che, una volta intrapresa la strada delle violazioni costituzionali, era impossibile tornare indietro. Il potere senza limiti accordato al Direttorio, nel nome dell'eccezionalità delle circostanze e dell'interesse pubblico, era stato mantenuto e accresciuto nell'esclusivo interesse dei governanti, ossia per quell'amore del potere che — come avrebbe scritto lo stesso Constant nel 1799 — è « la passion la plus inhérente au caractère de l'homme »⁽¹⁹⁾. Ed era questo potere, questa vera e propria « dictature accordée au Directoire »⁽²⁰⁾ a provocare nell'opinione pubblica un sentimento di impotenza e stanchezza, che dava luogo all'apatia politica. La diagnosi del malessere che attanagliava la società francese, rendendo fragili gli assetti costituzionali, veniva così rovesciata: l'assenza di spirito pubblico non derivava dalle tendenze reazionarie che gli scrittori filo-monarchici avevano contribuito a rafforzare, bensì dalla condotta del governo. L'assenza di spirito pubblico nei governati, affermava Constant, dipende sempre dall'incapacità dei governanti o dall'imperfezione delle istituzioni. Dalla diversità dell'analisi discendeva la diversità della strategia: poiché il problema era nelle istituzioni, non si trattava di realizzare l'egemonia del personale politico repubblicano, ma di riformare la costituzione. Pur mantenendo la sua fede repubblicana, Constant tendeva ad affrontare il problema politico in termini sempre più impersonali: principi politici e procedure costituzionali prendevano nel suo pensiero una centralità che non avrebbero più perso, come avrebbe dimostrato nella breve esperienza come 'rappresentante della nazione' al Tribunato. Era il militante repubblicano, come ha scritto felicemente Etienne Hofmann⁽²¹⁾, che si mutava in oppositore liberale e si avviava, nei grandi trattati inediti, a sviluppare un'articolata dottrina liberale (rispetto alla quale l'alternativa repubbli-

(19) B. CONSTANT, *Des suites de la contre-révolution en Angleterre* (1799), in *Œuvres complètes de Benjamin Constant*, Série Œuvres, tome I, *Ecrits de jeunesse* (1774-1779), cit., p. 675.

(20) *Ibid.*

(21) E. HOFMANN, *Les « Principes de politique » de Benjamin Constant. La genèse d'une œuvre et l'évolution de la pensée de leur auteur* (1789-1806), Droz, Genève 1980, t. I, p. 191.

ca/monarchia, da questione di sostanza, si tramutava in questione di forma e di opportunità storica).

È con questa esperienza alle spalle — un'esperienza certo diversa da quella dei *doctrinaires* — che Constant legge la proposta di Chateaubriand. Si potrebbe sostenere che, tenute nel debito conto le evidenti differenze politiche, il monarchico Chateaubriand cerchi di realizzare nel 1815 un'operazione per certi aspetti assimilabile a quella tentata dal repubblicano Constant nel 1797-98: se quest'ultimo, proponendo alcune misure di 'emergenza repubblicana' che entravano in contraddizione con i principi liberali, mirava in realtà a contenere lo schieramento repubblicano all'interno degli argini costituzionali, dal canto suo Chateaubriand, difendendo la *Chambre introuvable* e fornendole alcune armi per la sua battaglia politica, cercava al tempo stesso di vincolarla (ed istruirla, nel senso letterale del termine) ⁽²²⁾ all'uso del regime costituzionale.

Che Constant fosse consapevole di questa componente positiva — di questa componente 'conciliatoria' — emerge da quel che scrive nel suo *Journal intime* alla data del 24 settembre (cioè nel giorno in cui riceve il *De la monarchie selon la Charte*): « Livre de Chateaubriand. Il y a d'excellentes choses ». Ma in realtà l'attitudine di Constant verso la *brochure* del Visconte è assai più complessa e per certi aspetti ambivalente, come testimonia l'evoluzione della progettata *Réponse à Chateaubriand*, evoluzione che oggi possiamo ricostruire grazie alla pubblicazione, in questo tomo delle *Oeuvres*, delle due stesure che precedono la terza e definitiva.

Della prima stesura ci è rimasto un frammento di poche pagine, essenzialmente polemico, di cui non rimarrà traccia nella stesura definitiva, se non nella tendenza a presentare Chateaubriand come il capofila del *parti aristocratique* piuttosto che del *parti royaliste* e nel fermo richiamo al principio dell'eguaglianza formale ⁽²³⁾. Della seconda stesura ci sono invece rimasti ampi stralci: si tratta di un testo articolato

⁽²²⁾ « Je désirerois que cet écrit devînt une espèce de *Vade mecum*, pour tout homme appelé aux affaires » (*De la monarchie*, p. 9).

⁽²³⁾ La prima versione della *Réponse à Chateaubriand* si trova alle pp. 291-294 del vol. X-1 delle OCBC. Quanto alle tendenze più aristocratiche che monarchiche di Chateaubriand, Constant scriverà nella terza versione che il titolo più adatto, per la *brochure* del Visconte, sarebbe stato non del *De la Monarchie selon la Charte*, ma *De la Charte selon l'Aristocratie*. Quanto al richiamo al principio di eguaglianza, la sua natura è chiaramente definita da Constant: « l'égalité ne consiste pas à ce qu' il n'y eût différentes sphères, mais à ce qu' aucune de ces sphères n'agisse sur les autres d'une manière oppressive: l'égalité consiste, dans les garanties, non dans les fonctions: or le cultivateur, le manufacturier, le débitant, possèdent les mêmes garanties que le Ministre ou le Pair de France. [...]. Personne en France n'est l'inférieur d'un autre. Chacun remplit sa fonction, exerce son industrie, son talent son metier, indépendamment des

in otto capitoli, nel quale Constant risponde non solo al *De la monarchie*, ma anche al discorso tenuto da Chateaubriand alla Camera dei Pari il 23 novembre 1816, dopo lo sconfitta patita dagli *ultras* nelle elezioni. Questa versione arriverà sino alle bozze, ma Constant deciderà improvvisamente di non pubblicarla. Ne utilizzerà però alcune parti — secondo un metodo di lavoro che gli è consueto e che qui è reso trasparente dall'esistenza di una *suite d'idées* (24) — per buttare giù, in tempi rapidissimi, una terza e definitiva stesura, che, con il titolo di *De la doctrine qui peut réunir les partis en France*, vedrà la luce il 26 dicembre 1816.

Ed è proprio grazie a quel che è rimasto della seconda stesura che possiamo ricostruire l'evoluzione di Constant verso Chateaubriand e formulare qualche ipotesi sul cambiamento di 'registro' che separa le prime versioni da quella definitiva. È lo stesso Constant a fare la storia delle sue reazioni e delle sue intenzioni. Egli afferma anzitutto che, una volta letto il *De la monarchie*, nel settembre del 1816, aveva sentito il bisogno di confutarne l'ultima parte. Cosa si debba intendere per ultima parte non è chiaro. Certamente Constant condivide i principi costituzionali esposti nei primi capitoli del libro di Chateaubriand, anche perché alcuni di essi — in particolare, la distinzione tra potere reale e potere ministeriale — sono stati 'ripresi' dagli scritti che Constant ha pubblicato tra il 1814 e il 1815. « Il m'appartient moins qu' à personnes d'examiner — scrive Constant — si ces principes sont le fruit des méditations de l'auteur, ou si, les empruntant d'ailleurs, il n'en a pas exagéré quelques uns. Les défenseur de ces principes seront heureux de lui en céder la gloire, si cette gloire peut accroître leur utilité » (25). L'esagerazione cui fa riferimento Constant è la teorizzazione della *responsabilità politica* del ministero di fronte alla camera elettiva; Constant, com'è noto, aveva teorizzato una responsabilità di tipo 'politico-giudiziario' (per abusi o cattivi usi del potere legale, per atti illegali o pregiudizievole dell'interesse pubblico, per attentati ai diritti individuali), chiaramente distinta da una responsabilità politica in senso proprio (26). Ma la distinzione tra potere reale e potere esecutivo

fonctions, des métiers, des talents, des industries voisines (...). Ils sont distincts, mais égaux: nul n'est inférieur » (OCBC, X-1, p. 291-292).

(24) OCBC, X-1, p. 309.

(25) OCBC, X-1, p. 295.

(26) Su tutta la problematica della responsabilità in Constant, si vedano le lucide osservazioni di Mauro BARBERIS (*Benjamin Constant. Rivoluzione, costituzione, progresso*, Il Mulino, Bologna 1988, pp. 219-230). In particolare, lo studioso italiano mette in luce come il principio constantiano della responsabilità si realizzi nelle « forme giuridiche del processo » e sia ancora ispirato al modello dell'impeachment britannico: esso ha quindi ha « poco a che fare con la nozione moderna di responsabilità politica, come rapporto di fiducia tra il governo e la maggioranza parlamentare » (ivi, p. 228).

era un'innovazione dottrinale di cui Constant rivendicava, sia pure velatamente, la paternità e alla quale annetteva la massima importanza ai fini del funzionamento dei moderni Stati costituzionali. È certamente degno di nota che tale distinzione venisse invece duramente attaccata (e non solo per ragioni circostanziali, ma anche sulle base di acute considerazioni teoriche) da Guizot nel *Du gouvernement représentatif et de l'état de la France*, apparso nel novembre del 1816. Nella sua *brochure* l'esponente dei *royalistes constitutionnels* svolge una serrata analisi dei principi del governo rappresentativo e delle circostanze politiche in cui versa la Francia. Vale dunque la pena di soffermarci, sia pure brevemente, su questo testo.

Anzitutto, Guizot sostiene che la lettura *ultraroyaliste* della *Charte* porta con sé l'accettazione della teoria della sovranità popolare. Vitrolles e Chateaubriand sostengono infatti che il ministero governa nel nome del re, ma che è subordinato alla maggioranza delle camere, la quale a sua volta governa nel nome dell'opinione⁽²⁷⁾. Ora, è vero — afferma Guizot — che l'elemento caratterizzante del governo rappresentativo è la presenza al suo interno di un potere elettivo; ma dare a questo potere elettivo l'ultima parola sul governo significa farne l'unico sovrano legittimo. Tale conclusione non solo entra in contraddizione con le idee degli *ultraroyalistes* (i quali sono ben lungi dal professare la teoria della sovranità popolare), ma è anche incompatibile con la vera natura del governo rappresentativo, che agli occhi di Guizot è un governo misto, nel quale il re e le camere governano insieme. La sua essenza non risiede quindi — come si sostiene da più parti, fraintendendo anche la natura del sistema inglese — nella divisione dei poteri, ma nella loro fusione. Poiché la società è una, afferma Guizot, il suo governo non può che essere unitario: tale unità è una necessità così imperiosa che tutte le costituzioni possibili tendono verso di essa. La divisione e la contrapposizione dei poteri è all'origine, come insegna la storia, di tutti i disordini politici, che si rivelano fatali per lo Stato. Prima del 1688, in Inghilterra, il re e le camere erano divisi e cospiravano ciascuno alla rovina dell'altro; dopo il 1688 invece, grazie all'intelligente politica della nuova dinastia, il potere reale e quello delle camere si sono compenetrati reciprocamente sino a formare un unico potere che ha in sé stesso i suoi limiti: da allora il governo è forte e la nazione è libera. È questa, secondo Guizot, la vera teoria del governo rappresentativo: l'autorità reale non è affatto invasa e rimpiazzata da quella delle Camere; non sono le Camere che governano, così come non sono le Camere che fanno e disfanno i ministeri; è il governo, illuminato dall'esperienza, che ha saggiamente deciso di stabilire nelle Camere la sua dimora abituale, governando in esse e per mezzo di esse, con l'aiuto

(27) F. GUIZOT, *Du gouvernement représentatif et de l'état actuel de la France*, Librairie Maradan, Paris 1816, p. 21.

dei loro lumi e nei limiti fissati dalle leggi. In tal modo « la puissance législative est devenue *une* de même que le pouvoir executive est *un* » (28). Questa nuova organizzazione ha imposto al governo la necessità imperiosa di avere una maggioranza, ma gli ha conferito al tempo stesso i mezzi per ottenerla (associando costantemente la maggioranza ai suoi disegni e alle sue decisioni). Questa felice collaborazione — questa sorta di co-sovranià — implica però il mantenimento della distinzione dei ruoli: « si la nécessité imposé au gouvernement d'obtenir, en dernière analyse, la majorité, est la garantie la plus efficace des droits de la nation, l'invasion du gouvernement par la majorité est une des plus dangereuses secousses que puissent éprouver les Etats et les Trônes » (29). La nazione elegge i suoi rappresentanti non per autogovernarsi, conclude Guizot, ma per essere ben governata. Venendo allo 'stato attuale della Francia', l'ostacolo più grande allo stabilirsi di questa felice fusione dei poteri è la presenza di partiti animati da scopi 'rivoluzionari' (giacché anche la controrivoluzione, afferma Guizot riprendendo una tesi del Constant dell'epoca repubblicana, altro non sarebbe che una nuova rivoluzione). Qui sta l'immensa differenza con il caso inglese, che Vitrolles e Chateaubriand sembrano dimenticare: « En Angleterre, les députés arrivent au parlement, n'ayant d'engagement que pour ou contre le ministère; il ne s'agit point là de changer les institutions, de faire prévaloir des intérêts contraire à l'intérêt national; personne ne craint, personne ne désire de tels résultats. En France, la querelle est bien autrement profonde; ce n'est pas seulement entre des ambitions rivales ou des opinions différentes que s'agite le débat; c'est entre les intérêts les plus ennemis, les passions les plus acharnées, les projets les plus contraires. Les députés arrivent, ceux-ci voulant, ceux-là redoutant, non le triomphe de telle ou telle idée politique, non le soutien ou le changement du ministère, mais une révolution véritable » (30). Di fronte a questo stato di cose presentare il governo rappresentativo come quel sistema in cui governano le maggioranze che si formano nelle camere elettive è operazione pericolosissima (che copre interessi inconfessabili). È vero, riconosce Guizot, che la teoria del governo rappresentativo permette una certa latitudine interpretativa (nel sottolineare, a seconda delle circostanze, l'autorità del re o quella delle camere): ma nelle circostanze in cui versa la lotta politica in Francia far pesare il piatto della bilancia soltanto dal lato della camera elettiva porterebbe alla distruzione del sistema costituzionale. In Francia, conclude Guizot, le lunghe vicende rivoluzionarie

(28) F. GUIZOT, *Du gouvernement représentatif et de l'état actuel de la France*, cit., pp. 46-47.

(29) *Ivi*, p. 47-48.

(30) F. GUIZOT, *Du gouvernement représentatif et de l'état actuel de la France*, cit., pp. 59-60.

hanno screditato qualsiasi principio ed eliminato qualsiasi valore condiviso: vi è un'unica autorità che tutti rispettano, ed è l'autorità reale. Proprio per questo « nous désirons que le Roi parle, ordonne, propose »⁽³¹⁾ e che non rimanga in quello sfondo lontano, inattingibile e inattivo nel quale interpreti molto interessati vogliono confinarlo. La distinzione tra potere reale e potere esecutivo non solo è sbagliata in linea di principio, perché stravolge la natura del governo rappresentativo come governo misto (aprendo la strada al governo delle maggioranze e quindi al governo democratico), ma anche perché, nelle condizioni attuali della Francia, porterebbe alla distruzione del sistema costituzionale. Con l'intervento di Guizot il quadro del dibattito sviluppatosi agli inizi della seconda Restaurazione è sostanzialmente completo: al suo interno si delineano tre interpretazioni della *Charte* (monarchia parlamentare in Chateaubriand e Vitrolles; monarchia costituzionale in Guizot e Villemain; monarchia con governo di gabinetto in Constant), che avrebbero costituito storicamente i tre principali modelli di governo rappresentativo monarchico; e nel sostegno a queste tre diverse interpretazioni prendono forma i tre 'partiti' che si sarebbero confrontati durante la Restaurazione (la destra ultrarealista, il centro dei realisti costituzionali, la sinistra degli indipendenti o liberali).

Ma torniamo a Constant e alla sua intenzione di confutare l'ultima parte del *De la monarchie*. In realtà, al di là dei principi costituzionali enunciati nei primi capitoli, Constant non condivide pressoché nulla del resto: non la ricostruzione delle vicende della Restaurazione (con l'attacco al 'sistema degli interessi rivoluzionari' e agli uomini che lo incarnano), non la proposta di epurazione del personale rivoluzionario-bonapartista, non la lettura complessiva che Chateaubriand dà del processo storico apertosi con il 1789 e tantomeno la sua definizione degli interessi morali della Rivoluzione. Non è chiaro, in conclusione, quale fosse l'obiettivo polemico che Constant intendeva perseguire nella sua seconda *Réponse à Chateaubriand*; ma certamente ve n'era più d'uno a disposizione. A questo punto, stando al resoconto di Constant, entra in gioco un fattore esterno e inatteso: il sequestro, voluto da Decazes, della *brochure* di Chateaubriand a causa del *post scriptum*, nel quale il Visconte attaccava duramente il ministero — e, indirettamente, Luigi XVIII — per lo scioglimento della *Chambre introuvable*⁽³²⁾. Di fronte a questo provvedimento Constant ha un tipico riflesso liberale. Egli considera suo dovere rinunciare ad attaccare un libro del quale viene impedita la circolazione: « Je m'affligeai de cette mesure, mal-entendue, selon moi, comme toutes celles qui, en étouffant la discussion, donne à l'erreur le mérite du courage, & à la vérité l'odieux de la

⁽³¹⁾ Ivi, p. 62.

⁽³²⁾ Il sequestro avrebbe dato luogo ad un famoso episodio, che vide Chateaubriand opporsi fisicamente, col sostegno dei tipografi, al sequestro del suo libro.

force, & je gardai le silence » (33). Ma il 23 novembre Chateaubriand presenta una *proposition* alla Camera dei Pari in cui tocca nuovamente tutti quei temi che risvegliano il risentimento della Francia dell'89. Allora Constant riprende il progetto originario della *réponse* al Visconte; e nel farlo ricostruisce la dinamica altalenante dei sentimenti politici che la *brochure* di Chateaubriand — e il partito di cui doveva essere espressione — avevano suscitato in lui (34).

Anzitutto, osserva Constant, quest'opera — con il suo attacco ai principi e agli uomini della rivoluzione — avrebbe potuto fare molto male, acuendo quella frattura che era all'origine di tutti i mali della Francia; ma lo scioglimento della *Chambre introuvable* ne aveva disinnescato in partenza la carica lacerante. Da questo scampato pericolo deriva l'atteggiamento aperto nei confronti del *De la monarchie* da parte degli « esprits éclairés », i quali ne avevano ammirato l'eloquenza e soprattutto avevano dato « leur assentiment à beaucoup d'excellentes principes » (35) (espressione che riprende quasi alla lettera, come si vede, la notazione sul diario del 24 settembre). E tuttavia, prosegue Constant, la *brochure* conservava comunque un aspetto nocivo, perché non era stata accompagnata da un cambiamento nella condotta: il *De la monarchie* si apriva con nuove dottrine, di sapore liberale, ma si chiudeva con richieste assai vecchie, di sapore persecutorio e dispotico. Di qui il timore che la conversione degli *ultraroyalistes* alle idee liberali fosse solo una maschera dietro la quale si celava il programma di sempre. Anche questo timore, però, si sarebbe attenuato grazie all'esito delle elezioni. Ora che gli *ultras* non rappresentavano più un pericolo politico, le loro considerazioni teoriche venivano lette con un altro stato d'animo: « Leur langage modéré, leurs nomes honorables, la vérité des maximes qu' ils professoient, produisoient graduellement une impression qui eut pu devenir profonde » (36). E questo avrebbe potuto, col tempo, far scomparire la diffidenza nei loro confronti. Ma ancora una volta la situazione muta: appare un altro scritto — la famosa *proposition* di Chateaubriand alla Camera dei Pari — che fa rinascere tutte le diffidenze e Constant decide di riprendere la penna.

La *réponse* che ne scaturisce appare divisa in due parti diseguali, che riflettono l'oscillazione appena descritta. Nella parte più ampia domina un sentimento di diffidenza e un tono polemico aperto e diretto. All'inizio troviamo una breve riflessione sulle colpe imputabili ai governi che si sono succeduti in Francia dal 1814 in avanti: tutte queste colpe, afferma Constant, « ont eu la même cause, l'influence

(33) OCBC, X-1, p. 296.

(34) La seconda versione della *Réponse à Chateaubriand* è alle pp. 295-306 delle OCBC, X-1.

(35) OCBC, X-1, p. 300.

(36) OCBC, X-1, p. 301.

d'un parti qui en profite aujourd'hui pour accuser ceux qu' il força de les commettre. Tous ces Ministères, par un faux calcul, ont cru désarmer ce parti, en le satisfaisant à moitié: & comme il arrive toujours, se sentant plus fort, il est devenu plus insatiable » (37). Si tratta, come si può vedere, di un'interpretazione delle vicende della Restaurazione eguale e contraria rispetto a quella di Chateaubriand, con il *parti ultraroyaliste* che prende il posto del *parti des interesses révolutionnaires*; la critica di acquiescenza rivolta ai ministeri verso il 'partito' è la stessa, la funzione negativa attribuita a questo 'partito' è la medesima, così come la connotazione negativa del termine (Chateaubriand parla anche di fazione, cosa che Constant non fa; ma è pur vero che al partito degli *ultras* contrappone non un altro partito, bensì « les amis de la France », la « France », la « Nation ») (38). Tale connotazione negativa sparirà nella versione definitiva, che non solo ospita il termine 'partito' nel titolo, ma che si apre con la seguente precisazione: « je ne donne ici à ce mot [parti] une acception défavorable, je m'en sers pour désigner une réunion d'hommes qui professent la même doctrine politique » (39). Precisazione che non può certo essere confinata nell'ambito terminologico, ma che ha una chiara valenza politica.

Quanto alle principali argomentazioni usate in questa seconda versione, sono le stesse che torneranno in quella definitiva: dalla contraddizione tra principi (liberali) e condotta (persecutoria) alle ripetute accuse di non possedere una vera cultura delle garanzie e delle libertà (accuse fondate, in questo caso, su una circostanziata analisi del discorso di Chateaubriand alla Camera dei Pari). Quello che cambierà, nella versione definitiva, sarà il tono, che da polemico e diretto si farà critico e allusivo (le note polemiche dirette saranno collocate nel *post scriptum*); cambierà altresì anche l'interlocutore, che non sarà più Chateaubriand, ma il 'partito' recentemente convertitosi alla libertà. Questo mutamento non è un espediente puramente retorico: esso nasce da un cambiamento di prospettiva, da un diverso 'sentimento' che si fa strada in Constant già nell'ultimo capitolo della seconda stesura, che non a caso si intitola « Des véritables moyens de conciliation ». Quando Constant rileggerà le bozze della seconda versione deciderà, come abbiamo già ricordato, di non pubblicarla più. Non conosciamo le ragioni di questa decisione, ma possiamo osservare che la terza versione riprende là dove terminava la seconda. La ricerca dei veri mezzi di conciliazione (nazionale) prende il sopravvento sull'esigenza di rispondere all'interprete degli *ultraroyalistes*: Constant è consapevole che il problema posto da Chateaubriand, quello di una conciliazione tra nuova e vecchia Francia, è reale e urgente, anche se ritiene che la

(37) OCBC, X-1, p. 295.

(38) OCBC, X-1, pp. 296, 300 e 301.

(39) OCBC, X-1, p. 313.

soluzione proposta dal Visconte sia profondamente sbagliata. Si tratta quindi di affrontare tale problema, elaborando una autentica dottrina della riconciliazione nazionale: la *Réponse à Chateaubriand* si trasforma così nel *De la doctrine qui peut réunir les partis en France* ⁽⁴⁰⁾.

Constant si rivolge ormai direttamente al 'partito' che si è recentemente convertito ai principi costituzionali: una conversione « importante et heureuse », egli sottolinea, ma che ha ispirato « una grande défiance au reste de la nation » ⁽⁴¹⁾. Anche se afferma di non provare alcun piacere a supporre che gli uomini di questo partito non siano in buona fede, Constant riconosce che le ragioni della diffidenza sono molteplici e naturali. Prima ancora che la Rivoluzione conoscesse il suo *déravage* violento, gli uomini di questo partito « s'étaient, pour la plupart, déclarés contre toute innovation. Ils n'ont, durant vint-cinq ans, pas fait un mouvement, pas prononcé une parole, pas écrit une ligne, sans exprimer leur haine contre la division des pouvoirs, contre la participation du peuple à la puissance législative, contre l'abolition des privilèges et l'égalité des citoyens », ossia contro tutti quei principi che « servent de base à notre gouvernement actuel » ⁽⁴²⁾. Quando Napoleone giunse al potere, molti di loro applaudirono al suo potere illimitato; dopo il 1814, quando i Francesi hanno riacquisito la libertà politica, questi uomini hanno pubblicato scritti contro la libertà di stampa e affinché il governo disponesse del diritto di esilio; e nel 1815, dopo il secondo ritorno dei Borboni, hanno sostenuto la necessità di colpi di Stato, nonché l'opportunità di arresti a tempo indeterminato e di provvedimenti di esilio senza motivi legali. Queste affermazioni risuonavano ancora intorno a loro, osserva Constant, quando hanno cominciato a sostenere principi di segno opposto. Ma su tutto ciò si potrebbe transigere: in fondo, dalle sconfitte si può imparare molto. L'esperienza, la riflessione, l'influenza delle idee del secolo, la conoscenza più esatta dello stato e delle disposizioni attuali dei Francesi possono aver illuminato questi uomini: probabilmente hanno compreso che era impossibile distruggere ciò che due generazioni avevano costruito e che ormai faceva parte non solo delle loro convinzioni, ma anche delle loro abitudini. Così, sono infine entrati « avec franchise dans la carrière constitutionnelle » ⁽⁴³⁾.

Ma sfortunatamente questo partito ha avuto sino ad oggi dei cattivi interpreti: qui Constant, senza mai nominare Chateaubriand, critica punto per punto l'analisi storico-politica contenuta nel *De la monarchie selon la Charte*. Se Chateaubriand aveva parlato, per la sua opera, di un 'catechismo', qui Constant infligge al neo-convertito una

⁽⁴⁰⁾ OCBC, X-1, pp. 313-332.

⁽⁴¹⁾ OCBC, X-1, p. 313.

⁽⁴²⁾ OCBC, X-1, p. 314.

⁽⁴³⁾ OCBC, X-1, p. 315.

vera e propria lezione di 'catechismo liberale', spiegando cosa non bisognava fare (al fine di attenuare il conflitto tra i partiti) e cosa era necessario fare (al fine di ispirare fiducia nel partito della destra realista). Non bisognava elaborare una dottrina degli interessi rivoluzionari il cui unico effetto era quello di umiliare tutti i possessori di beni nazionali; non bisognava disonorare ventisette anni di storia francese, « durant lesquelles quelques misérables ont commis des crimes, mais durant lesquelles aussi, au milieu des troubles et des calamités qui bouleversaient toutes les existences, on a vu des hommes de tous les partis donner de sublimes exemples de courage, de désintéressement, de fidélité à leurs opinions, de dévouement à leurs amis, et de sacrifice à leur patrie » (44); non bisognava presentare la nazione francese (specie mentre subiva un'occupazione militare) come una razza servile e spregiura, né parlare male della gloriosa armata; non bisognava scomunicare politicamente tutti quelli che avevano servito sotto Bonaparte o sotto la repubblica, giacché questi uomini erano la Francia intera e spesso l'avevano servita in modo utile e onorevole; non bisognava pensare di colmare il vuoto creato da questa epurazione rivolgendosi esclusivamente alla nobiltà e mostrandole che poteva impadronirsi della *Charte*; non bisognava, infine, teorizzare la rigenerazione dell'opinione pubblica attraverso i comandanti della gendarmeria, i capi delle forze armate, i procuratori del re e le corti prevotali. Era necessario, invece, comprendere che quando si entra nella carriera della libertà, essa deve esistere per tutti e che il carattere e il merito di coloro che la servono è di rispettare il suo culto nella persona dei loro nemici. Ma gli « *ecrivains* qu' on a crus les organes du parti converti si nouvellement à la liberté » (45) non hanno fatto nulla di tutto ciò. Vedendo che il cambiamento di principi non portava con sé un cambiamento nella condotta, « la France s'est crue autorisée à penser que les hommes, au nom desquels on prétendait lui parler, ne saisissaient les maximes de la liberté que pour en imposer à ses amis véritables; qu' ils auraient anéanti cette liberté, si elle n'avait trouvé protection plus haut; et qu' ils invoquaient la Constitution, c'est qu' ils n'étaient pas dans le pouvoir » (46). Il partito in questione, osserva Constant, era già sospettato di aver cambiato solo tattica; e gli scrittori che se ne sono fatti interpreti hanno rafforzato tale sospetto.

In sostanza, Chateaubriand, al di là del suo innegabile talento letterario, è stato un cattivo negoziatore politico. Egli non ha affatto aiutato la vecchia Francia a riconciliarsi con la nuova. Ma l'esigenza di una riconciliazione — di un vero e proprio trattato di pace tra i partiti — rimane indispensabile. E forse, aggiunge Constant, ci troviamo nel

(44) OCBC, X-1, p. 316.

(45) OCBC, X-1, p. 320.

(46) OCBC, X-1, p. 320.

momento migliore per realizzarla: « Il est urgent [...] de trouver des moyens de paix, entre des armées prêtres, peut-être, à s'entendre. L'instant est favorable; le gouvernement, les députés, l'opposition, la France entière, tiennent aujourd'hui le même langage. Il est impossible que ce langage n'influe sur les hommes qui le parlent. Ils se pénétreront des principes de la liberté en les répétant »⁽⁴⁷⁾. Il teorico della *puissance des idées* rivela qui di essere anche il teorico della *puissance du langage*: è probabile che il partito della destra realista non sia del tutto sincero, che parli la lingua della libertà e della costituzione mentre continua a pensare con i concetti del dispotismo; ma a lungo andare questo partito, parlando la lingua della libertà, finirà per pensare in modo liberale.

Questo momento di unificazione, almeno nel linguaggio, è il momento propizio per stendere una professione di fede che possa riunire veramente tutta la nazione (si noti il costante ritorno di nozioni di tipo religioso, dalle conversioni alle professioni di fede). La professione di fede proposta da Constant per pacificare la Francia ruota intorno a pochi principi. Anzitutto, è necessario definire in modo appropriato gli 'interessi morali' della Rivoluzione, che non coincidono affatto con un insieme di dottrine anti-sociali, anti-religiose e immorali, bensì con i principi di eguaglianza di fronte alla legge, di libertà di coscienza, di sicurezza personale, di indipendenza e responsabilità per la stampa. Quanto agli interessi materiali creati dalla Rivoluzione, essi vanno senz'altro rispettati, come sostiene Chateaubriand, ma senza infliggere ai nuovi proprietari alcuna umiliazione (sarebbe il modo più sicuro, osserva Constant, per provocare un terremoto). Su questa base gli amici della libertà dovranno accogliere il partito dei neo-convertiti, ma questi ultimi non dovranno pretendere di occupare subito dei posti di rilievo: dovranno prima conquistarsi la fiducia della nazione⁽⁴⁸⁾. Infine, non dovrà esservi alcun pregiudizio, e tantomeno alcuna scomunica, verso chi ha servito la Francia sotto Bonaparte o sotto la Repubblica, a meno che non abbia commesso dei crimini. « Nous échappons à un grand naufrage. La mer est couverte de nos débris.

⁽⁴⁷⁾ OCBC, X-1, p. 321.

⁽⁴⁸⁾ « Je crois que les amis de la liberté doivent accueillir les conversions; mais je pense que les convertis ne doivent point partir d'un changement tardif et soudain pour exiger incontinent le pouvoir. La nation trouverait leur dialectique étrange. Ils se sont trompés vingt-sept ans, ils le confessent, et c'est en vertu de cette longue erreur qu'ils lui proposent de s'en remettre à leurs lumières! Elle leur répondrait qu'ils ont attendu long-temps pour se convertir, et qu'ils peuvent bien attendre un peu pour la gouverner. En passant tellement vite de la théorie à l'application, et de leurs principes à leurs intérêts, ils se nuisent. Si un musulman embrassait le christianisme, je me réjouirai de l'acquisition d'un nouveau fidèle; mais, si ce jour-là même ce musulman voulait être pape; je ne laisserai pas que d'avoir des doutes sur la ferveur de sa foi » (OCBC, X-1, pp. 322-323).

Recueillons dans ces débris ce qu' il y a de précieux, le souvenir des services rendus, des actions généreuses, des dangers partagés, des douleurs secourues. Au lieu de briser le peu de liens qui nous unissent encore, créons de nouveaux liens entre nous par ces traditions honorables » (49). Si tratta di un vero appello alla riconciliazione nazionale, da realizzarsi però sotto l'egida dei principi che dal 1789 in avanti guidano, in modo a volte impercettibile ma inarrestabile, la storia della Francia. Non servono gli uomini di un'altra epoca, come aveva detto Chateaubriand, ma quelli di oggi, che formano l'immensa maggioranza della nazione. È utile e desiderabile che la nobiltà entri nella *Charte*, ma non per impadronirsene: dopo aver rivendicato di aver scritto, in tempi non sospetti, contro ogni persecuzione contro i nobili, Constant ricorda che « l'esprit du siècle, et plus encore celui de la France, est tout entière à l'égalité » (50). Bisogna quindi riconoscere lo 'spirito della nazione': « Ce que la nation craint, ce qu' elle déteste, c'est l'arbitraire. On ne l'établirait pas plus avec les acquéreurs de biens nationaux, que contre les acquéreurs de biens nationaux, pas plus avec les hommes de la révolution, que contre les hommes de la révolution. Aux mots de liberté, de garantie, de responsabilité, d'indépendance légale de la presse, de jugements par jurés, avec des questions ben posées, de respect pour le consciences, cette nation se réveille. C'est là son atmosphère, ces idées sont dans l'air qu' elle respire. Ving-sept ans de malheurs, d'artifice, et de violence, n'ont pas changé sa nature » (51). Il trattato di pace proposto da Constant, come si vede, salva ben poco della 'vecchia Francia': è piuttosto la richiesta di una 'presa d'atto' della irreversibilità dei cambiamenti avvenuti a partire dal 1789 e la richiesta di entrare, con franchezza, nella 'carriera della libertà'.

(49) OCBC, X-1, pp. 324-325.

(50) OCBC, X-1, p. 326.

(51) OCBC, X-1, p. 327.

SANDRO MEZZADRA

(RI)PENSARE IL FEDERALISMO NELLA CRISI
DELLA FORMA POLITICA MODERNA ⁽¹⁾

1. A caccia d'aporie. — 2. Doppio movimento. — 3. Nella rete: “gruppolosità” e patate.
— 4. Del comando.

1. *A caccia d'aporie.*

Sarà bene precisare fin dall'inizio che queste pagine non sono da leggersi come una classica recensione del volume curato da Duso e Scalone. Non renderanno giustizia, soprattutto, alla varietà e alla ricchezza delle prospettive di indagine sul federalismo che in esso sono documentate. Si concentreranno piuttosto sull'ampio saggio scritto da Duso per questo libro, *Pensare il federalismo: tra categorie e costituzione*. E lo considereranno come (provvisorio) approdo di un lungo percorso di ricerca, giunto da qualche anno a iscrivere nel segno del federalismo una critica, che si è voluta fin dal principio tanto rigorosa quanto radicale, della moderna forma Stato. Due importanti volumi collettanei usciti nella seconda metà degli anni Settanta, dedicati alla storia dei moderni concetti di politica e rivoluzione ⁽²⁾, inaugurarono questo percorso, che ha sempre mantenuto caratteri collettivi per quanto la riflessione di Duso vi si sia collocata con una forte originalità “auto-riale”. Una serie di ricerche, talmente conosciute da non richiedere neppure note bibliografiche, sulle teorie del contratto, sul potere e sulla democrazia ha consentito di far emergere i quadri concettuali e le logiche di funzionamento che hanno governato l'esperienza storica dello Stato moderno in Europa — a partire dal nesso strettissimo tra sovranità e rappresentanza. L'istanza critica era fin da principio nitidis-

⁽¹⁾ A proposito di Giuseppe DUSO e Antonino SCALONE (a cura di), *Come pensare il federalismo? Nuove categorie e trasformazioni costituzionali*, Monza, Polimetrica, 2010, pp. 310 (citato nel testo con la sigla PF, seguita dall'indicazione del numero di pagina).

⁽²⁾ Cfr. AA.VV., *Per una storia del moderno concetto di politica*, prefazione di M. Tronti, Padova, CLEUP, 1977 e AA.VV., *Il concetto di rivoluzione nel pensiero politico moderno: dalla sovranità del monarca allo Stato sovrano*, Bari, De Donato, 1979.

sima nella ricerca di Duso: si vedeva bene, cioè, che quello Stato non gli piaceva. Da esperto cacciatore, ne braccava le « aporie », alla ricerca di varchi che conducessero oltre la geometrica potenza, ma anche oltre la claustrofobica rigidità, della « scienza politica moderna »: di qui sono derivati il confronto con autori come Eric Voegelin, un dialogo costante con il pensiero greco classico e soprattutto una originale riflessione sul rapporto tra storia concettuale e filosofia politica ⁽³⁾. Affinate le armi della critica, si potrebbe dire celiando, il federalismo ha offerto negli ultimi anni a Duso l'occasione per esercitare la critica delle armi, ovvero per saggiare la possibilità di far precipitare attorno a un tema politicamente « caldo » la sua critica della moderna forma Stato — nonché una complessiva rilettura di due categorie politiche fondamentali: quella di costituzione e quella di governo.

È dunque con *questo* percorso che vorrei confrontarmi in questo breve intervento (e i riferimenti che farò ad altri saggi contenuti nel volume *Come pensare il federalismo?* saranno funzionali a questo confronto). Il lavoro di Duso e del suo gruppo ha per me rappresentato da molti anni, del resto, un punto di riferimento essenziale ⁽⁴⁾. Leggendo il contributo al volume sul federalismo di Corrado Malandrino (*Sviluppo di un nuovo paradigma federalista-comunicativo nella prospettiva di un'Europa federale*), ho pensato di avere anch'io di tanto in tanto, sia pure per ragioni diverse dalle sue, ritenuto « dogmatica » la ricostruzione dell'esperienza della moderna forma Stato proposta da Duso: di avere cioè avvertito con il passare degli anni qualche disagio di fronte a una certa rigidità « teoretica » (aggettivo molto caro al nostro autore) che rischiava di presentare la moderna storia costituzionale in una chiave esclusivamente filosofica, ponendo in secondo piano le tensioni introdotte fin dentro la concettualità filosofica dalle sue dimensioni

⁽³⁾ Si vedano ad esempio G. DUSO (a cura di), *Filosofia politica e pratica del pensiero. Eric Voegelin, Leo Strass, Hannah Arendt*, Milano, Angeli, 1988; S. CHIGNOLA-G. DUSO, *Storia dei concetti e filosofia politica*, Milano, Angeli, 2008. Sulla filosofia greca, così come su molti altri punti, fondamentale per la riflessione di Duso è stato il lavoro di A. BIRAL, *Storia e critica della filosofia politica moderna*, a cura di G. Duso, Milano, Angeli, 1999. Metto tra virgolette, qui e *infra*, scienza politica moderna per indicare che la formula viene intesa nello specifico senso proposto da Duso, che la identifica con la filosofia politica emersa dalla dissoluzione « dell'antica *praktiké epistémé* » e dalla pretesa della ragione geometrica (hobbesiana, in primo luogo) di « fornire, mediante l'università e il rigore del suo ragionamento, la base sicura per la realizzazione dell'ordine e l'eliminazione del conflitto tra gli uomini »: si veda l'introduzione di DUSO a ID., (a cura di), *Il potere. Per la storia della filosofia politica moderna*, Roma, Carocci, 1999, pp. 15-28, in specie p. 20.

⁽⁴⁾ Mi piace ricordare che dedici al volume curato da DUSO su *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna* (Bologna, Il Mulino, 1987) la mia prima recensione « accademica » di una certa ampiezza (in « Filosofia politica », II [1988], 1, pp. 219-223).

materiali (ovvero economiche, sociali, culturali e chi più ne ha più ne metta). Da molti anni, poi, ha acquisito un decisivo rilievo nella mia ricerca — essenzialmente sulla traccia di un confronto con la cosiddetta critica postcoloniale — la questione delle « coordinate spaziali » della stessa vicenda dello Stato moderno, che mi ha condotto a tentare (in modo ancora molto frammentario) di ricostruirla in una chiave fin dall'origine globale (molto diversa dunque da quella assunta da Duso) ⁽⁵⁾. Ma questi appunti critici non possono oscurare né la grande attrazione e la grande influenza esercitate su di me (chissà, forse proprio per certi suoi tratti « dogmatici ») dalle analisi e dal pensiero di Duso né la grande vicinanza che avverto quantomeno rispetto agli obiettivi della sua ricerca attuale: non solo rispetto al progetto di pensare il federalismo oltre, se non contro, lo Stato (*PF*, pp. 73-75), ma anche rispetto al tentativo di pensare la *potenza* costituente oltre la « funzione » che il potere costituente ha storicamente svolto nelle costituzioni moderne e di immaginare nuove modalità di “sogettivazione” politica (*PF*, p. 109).

Mi sembrano temi e obiettivi tra i più importanti oggi per la teoria politica (e giuridica). Personalmente, li affronto e li perseguo (anche) seguendo il filo delle sfide portate dalle migrazioni globali contemporanee alla figura classica assunta dalla forma Stato (e dalla cittadinanza) moderna ⁽⁶⁾. Nel suo contributo al volume (*Dallo Stato federale allo Stato multiculturale? Come “accomodare” la diversità nelle società contemporanee*), Ilenia Ruggiu mostra del resto efficacemente come queste sfide investano direttamente la stessa teoria del federalismo, ponendola di fronte a una « diversità sempre più deterritorializzata e mobile » (*PF*, p. 232). Il mio lavoro di ricerca sulle migrazioni mi ha condotto ancora una volta a dialogare fittamente con studiosi molto vicini a Duso, che si sono soffermati in particolare sull'analisi dei processi contemporanei di « decostituzionalizzazione » nonché degli emergenti paradigmi di *governance* ⁽⁷⁾. Più in generale, tuttavia, l'insieme delle questioni che Duso

⁽⁵⁾ Cfr. S. MEZZADRA, *La condizione postcoloniale. Storia e politica nel presente globale*, Verona, ombre corte, 2008. Per gli esiti più recenti del mio lavoro su temi postcoloniali, si vedano ID., *Bringing Capital Back In: A Materialist Turn in Postcolonial Studies?*, in « Inter-Asia Cultural Studies », XII (2011), 1, pp. 154-164 e *How Many Histories of Labour? Towards a Theory of Postcolonial Capitalism*, in « Postcolonial Studies », XIV (2011), 2, pp. 151-170. È comunque opportuno ricordare il debito da me contratto su questo tema con il libro di C. GALLI, *Spazi politici. L'età moderna e l'età globale*, Bologna, Il Mulino, 2001.

⁽⁶⁾ Cfr. S. MEZZADRA, *Diritto di fuga. Migrazioni, cittadinanza, globalizzazione*, Verona, ombre corte, 2006 nonché da ultimo ID., *The Gaze of Autonomy. Capitalism, Migration, and Social Struggles*, in V. SQUIRE (ed.), *The Contested Politics of Mobility: Borderzones and Irregularity*, London, Routledge, 2011, pp. 121-142.

⁽⁷⁾ Cfr. A. BRANDALISE, *Democrazia e decostituzionalizzazione*, in « Filosofia

affronta sotto la rubrica del federalismo mi sembra posto con forza dalla complessiva ridefinizione della spazialità politica che contraddistingue la specifica fase dei processi di globalizzazione che stiamo vivendo: se l'integrazione europea (riferimento essenziale nel dibattito contemporaneo sul federalismo, su cui anche Duso si focalizza ⁽⁸⁾) segna il passo, altri spazi (sub)continentali sono attraversati da potenti (ancorché tutt'altro che lineari) dinamiche di aggregazione, che stanno dando tra l'altro un nuovo significato a un concetto come quello di *regionalismo* ⁽⁹⁾. Quel che mi pare più rilevante, tuttavia, è il fatto che questi sviluppi, soprattutto là dove è stato ed è forte il segno impresso sulla stessa costituzione da pratiche di insorgenza e di lotta dei soggetti costruiti come "subalterni", propongono insistentemente — qualificandolo in modo affatto materiale — il tema dell'*autonomia*. Questo tema, scrivono ad esempio introducendo una ricca raccolta di testi e documenti relativi al caso indiano Sabyasachi Basu Ray Chaundhury, Samir Kumar Das e Ranabir Samaddar, « ci consegna una storia di aspirazioni, lotte, embrionali rivendicazioni di giustizia nonché di emergenti nuove configurazioni di potere, che rifiutano di essere confinate e limitate dalle

politica », XX (2006), 3, pp. 403-414, S. CHIGNOLA, *In the Shadow of the State. Governance, governamentalità, governo*, in G. FIASCHI (a cura di), *Governance: oltre lo Stato?*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2008, pp. 117-141 e S. CHIGNOLA-S. MEZZADRA, *Gli spazi d'Europa. Aporie del processo di costituzionalizzazione e pratiche di libertà*, « Rassegna di diritto pubblico europeo », VII (2008), 1, pp. 129-148.

⁽⁸⁾ Cfr. in particolare S. CHIGNOLA-G. DUSO (a cura di), *Sui concetti politici e giuridici della costituzione dell'Europa*, Milano, Angeli, 2005, G. DUSO, *Tra Unione europea e forma-Stato: pensare il federalismo*, in A. CARRINO (a cura di), *L'Europa e il futuro della politica*, Milano, Società libera, 2002, pp. 199-233 e Id., *L'Europa e la fine della sovranità*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 31 (2002), pp. 109-139.

⁽⁹⁾ Sul concetto di regionalismo il dibattito è molto vivo in particolare in Asia: si vedano ad esempio, tra i molti testi che si potrebbero citare, G.Ch. SPIVAK, *Other Asias*, Malden, MA-Oxford, Blackwell, 2008, K.-H. CHEN, *Asia As Method. Toward Deimperialization*, Durham-London, Duke University Press, 2010 e WANG HUI, *Trans-systemic Society and Regional Perspectives in Chinese Studies*, in « boundary 2 », XXXIX (2011), 1, pp. 166-201. Un riferimento classico da tenere presente sul tema è la voce *Regionalism* scritta da Hedwig HINTZE per la *Encyclopaedia of the Social Sciences*, vol. 13, New York, Macmillan, 1934, pp. 208-218. La rilevanza del regionalismo dal punto di vista della teoria federale non era sfuggita, ovviamente, a Daniel J. ELAZAR: cfr. in particolare il suo *Constitutionalizing Globalization. The Postmodern Revival of Confederal Agreements*, Lanham-Oxford, Rowman & Littlefield, 1998. Su questo ordine di problemi si sofferma nel suo contributo al volume curato da DUSO e SCALONE (*Dalla sovranità statale alla sovranità dell'individuo attraverso il federalismo funzionale e l'individuo simbiotico*) Sergio Ortino: cfr. PF, pp. 50 ss.

regole governamentali di una forma politica stabile»⁽¹⁰⁾. È appena il caso di menzionare, a questo stesso proposito, l'esperienza latinoamericana, dove il linguaggio e le rivendicazioni dell'autonomia hanno unificato negli ultimi vent'anni i movimenti indigeni e molti movimenti sociali urbani, fino a irrompere nei processi di costituzionalizzazione avviati da diversi governi "progressisti", con particolare intensità in Bolivia. E la potenza costituente (nei termini di Duso) di queste rivendicazioni di autonomia è arrivata in molti Paesi a fissarsi in uno stabile conflitto (costituzionale? Costituzionalizzabile?) con i partiti della "sinistra" al potere, che fanno dello sviluppo economico il proprio principale obiettivo⁽¹¹⁾. Si vede bene che non siamo distanti dall'ordine di problemi su cui insiste la riflessione di Duso sul federalismo.

(10) S.B.R. CHAUNDHURY-S.K. DAS-R. SAMADDAR (a cura di), *Indian Autonomies. Keywords and Key Texts*, Calcutta-New Delhi-London, Sampark, 2005, p. IX. Ma si veda anche R. SAMADDAR (a cura di), *The Politics of Autonomy. Indian Experiences*, New Delhi-Thousand Oaks-London, Sage, 2005. Arjun Appadurai, discutendo le lotte e i movimenti dei poveri all'interno degli slum indiani (in particolare a partire dalla storia della « National Slum Dwellers' Federation », una *community-based organization* [CBO] fondata a Mumbai nel 1974), ha sostenuto che la « federazione » (« il sostantivo così come le forme verbali "federare" e "federato" ») è divenuta, in queste lotte e in questi movimenti, un vero e proprio modello politico: da una parte nel senso che costituisce un essenziale criterio di organizzazione, dall'altra nel senso che — coniugandosi con la rivendicazione di autonomia — consente di enfatizzare l'azione politica e il protagonismo degli abitanti degli slum come risorsa essenziale. La « National Slum Dwellers' Federation », scrive Appadurai, « ricorda continuamente ai suoi membri, e in particolare ai tecnici e ai professionisti che lavorano al suo interno, che la potenza dell'organizzazione non deriva dai donatori internazionali, dalle competenze tecniche di cui dispone o dalle sue strutture amministrative ma dalla determinazione di federare le comunità e le famiglie povere. L'immagine della federazione afferma così il primato dei poveri come forza capace di organizzare e dirigere la propria azione politica, indipendentemente dai contributi pur importanti che possono venire da altri » (A. APPADURAI, *Deep Democracy: Urban Governmentality and the Horizon of Politics*, in « Public Culture », XIV [2002], 1, pp. 21-47, pp. 32 s.).

(11) Lo ha notato a suo modo, in un articolo tanto breve quanto influente, Imanuel WALLERSTEIN, *America latina e popoli nativi, contraddizioni di sinistra* (uscito in italiano il « il Manifesto », 7 settembre 2010, e scaricabile on line all'indirizzo <http://www.ariannaeditrice.it/articolo.php?id-articolo=34383>). Una fonte essenziale di informazione e analisi in particolare sui temi dei diritti degli indigeni è ovviamente il sito curato da Bartolomé CLAVERO: <http://clavero.derechosindigenas.org/>. Sulla Bolivia si vedano almeno la raccolta di saggi dell'attuale vice-Presidente Álvaro García LINERA, *La potencia plebeya. Acción colectiva e identidades indígenas, obreras y populares en Bolivia*, Buenos Aires, Prometeo, 2008, R. Gutiérrez AGUILAR, *Los ritmos Pachakuti. Movilización y levantamiento indígena-popular en Bolivia*, Buenos Aires, Tinta Limón, 2008 e S. Rivera CUSICANQUI, *Ch'ixinakax Utxiwa. Una reflexión sobre prácticas y discursos descolonizado-*

2. Doppio movimento.

Tanto nel suo contributo al volume curato da Duso e Scalone (*La Fédération comme forme politico-giuridique*) quanto nella sua *Théorie de la Fédération* (2007), Olivier Beaud ha sottolineato come un essenziale dualismo di poteri sia elemento costitutivo della federazione. D'altro canto si potrebbe notare che il modo in cui il giurista francese qualifica questo dualismo (« le pouvoir fédérale et le pouvoir fédéré, celui de la fédération, d'un côté, et celui des Etats-membres, de l'autre », *QF*, p. 19) pare indebolire — e sia detto senza in alcun modo sminuire l'importanza di un'opera tra le più innovative degli ultimi anni in materia — la sua pretesa di fondare una teoria della federazione intesa come « forma politica », o più esattamente come una « forma politico-giuridica », autonoma e « di pari dignità » rispetto alla forma Stato. La ragione è in fondo banale: se uno dei due poteri che insistono su un medesimo territorio è definito come potere degli « Stati membri », la forma Stato entra a determinare la costituzione della forma federale. E quest'ultima potrà semmai essere definita come una forma “superiore” rispetto allo Stato, ma ne interiorizzerà, anche solo per superarle “dialettamente”, logiche, istituzioni e categorie. Sarà eventualmente di « superiore », ma non di « pari » dignità rispetto allo Stato.

Per quanto segua su molti punti il lavoro di Beaud, Duso ha un diverso modo di immaginare e costruire i membri della federazione. Non appare casuale, a questo proposito, che i due autori divergano a proposito della primogenitura moderna della teoria della federazione, che cioè il primo opponga ad Althusius, prediletto dal secondo, il nome di Pufendorf (*PF*, pp. 37-39) ⁽¹²⁾. Tornerò in conclusione, sulle consi-

res, Buenos Aires, Tinta Limón, 2010. Tra i tanti testi che si potrebbero citare a proposito di altri Paesi latinoamericani, si veda anche G. COCCO, *MundoBraz. O devir-mundo do Brasil e o devir-Brasil do mundo*, Rio de Janeiro-São Paulo, Editora Record, 2009. Un rilievo essenziale è assegnato al concetto di autonomia (nella sua coniugazione con quello di solidarietà) da Pierangelo Schiera nel suo contributo al volume curato da Duso e Scalone: cfr. *PF*, pp. 178-180.

⁽¹²⁾ Cfr. a questo proposito G. Duso, *Come pensare il federalismo? Un dialogo con Olivier Beaud* in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », pp. 1881-1898, dove proprio il riferimento a Pufendorf (e a Schmitt) è indicato come sintomatico del fatto che la teoria della federazione di Beaud rimane all'interno della tradizione dello *jus publicum europaeum* e della forma politica moderna. L'interpretazione di Althusius riassunta da Duso in *PF*, pp. 82-90, è come noto stata elaborata in anni di ricerche, a partire da *Althusius. Pensatore per una società postmoderna?*, in « Filosofia politica », IV (1990), 1, pp. 163-175, e aveva trovato proprio nella contrapposizione a Pufendorf un importante momento di definizione: cfr. G. Duso, *Sulla genesi del moderno concetto di società: la “consociatio” di Althusius e la “socialitas” di Pufendorf*, in « Filosofia politica », X (1996), 1, pp. 5-31. In *PF* Duso dà i riferimenti essenziali ai suoi lavori

derazioni di Beaud, per esplicitare un limite che mi pare derivi nella teoria di Duso dalla sua interpretazione di Althusius. Per intanto, va tuttavia sottolineato che proprio questa interpretazione ha affinato e consolidato la sua sensibilità per la dimensione che chiamerei « societaria » (traducendo con questo brutto termine l'inglese *societal* e il tedesco *gesellschaftlich*) del federalismo. « Pensare la pluralità e la differenza » contro la logica sovrana dell'unità è da tempo il problema politico fondamentale a cui si dedica Duso ⁽¹³⁾: nel suo contributo al volume di cui qui mi occupo, questa esigenza si traduce in un tentativo davvero encomiabile di immaginare un'articolazione della forma politica federale che — combinando autonomie territoriali (a partire dai comuni) e “funzionali” (nomite in modo non necessariamente felice prima di tutto attraverso gli « interessi ») — garantisca l'espressione della pluralità « sopra l'istanza di governo, in quanto riguarda l'organo che deve istituire e controllare il governo, ma anche sotto, in quanto il governo deve confrontarsi continuamente con le innumerevoli istanze e aggregazioni presenti nella società » (PF, p. 106). Non è, si badi, un problema relativo soltanto allo statuto della « pluralità »: il doppio movimento così immaginato investe direttamente la questione della produzione di un'unità diversamente intesa rispetto a quella sovrana, rappresentativa e statale. Quando Duso scrive che « non sarà una *fondazione del potere dal basso* a superare la sovranità e le sue aporie » (PF, p. 80), enuncia un principio di metodo a mio giudizio prezioso, valido criticamente sia rispetto a molte teorie della democrazia diretta o « deliberativa » sia rispetto a costruzioni giuridiche anche molto sofisticate del federalismo ⁽¹⁴⁾. Ma più in generale, in positivo per dir così,

althusiani. Qui si ricorda soltanto che la tesi di una sostanziale estraneità di Althusius al pensiero dello Stato e della sovranità era già argomentata (contro Gierke) nella sua introduzione (*Patto sociale e forma politica*) al libro da lui curato *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*, cit., pp. 7-49 (pp. 13-21).

⁽¹³⁾ Cfr. ad esempio, tra i molti testi che si potrebbero citare, G. DUSO, *Oltre il nesso sovranità-rappresentanza. Un federalismo senza Stato?*, in M. BERTOLISSI-G. DUSO-A. SCALONE (a cura di), *Ripensare la Costituzione. La questione della pluralità*, Monza, Polimetrica, 2008, pp. 183-210, in specie pp. 184 s.

⁽¹⁴⁾ Non posso evitare qui di riferirmi alla critica della sovranità proposta da Hugo PREUSS nel 1889, nel solco della teoria gierkeana della « consociazione » e seguendo il metodo della « considerazione storico-evolutiva » del diritto: « secondo questo metodo la ricerca dovrà prendere le mosse non dall'alto, dal concetto di sovranità, bensì dal basso, dal concetto più semplice e ristretto dell'intera catena, *dal confine del diritto individuale* » (*Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften. Versuch einer deutschen Staatskonstruktion auf Grundlage der Genossenschaftstheorie*, Berlin, Verlag von Julius Springer, 1889, pp. 96 s.). Per una critica di questa impostazione, cfr. S. MEZZADRA, *La costituzione del sociale. Il pensiero politico e giuridico di Hugo Preuss*, Bologna, Il Mulino, 1999, cap. I.

il doppio movimento di cui si è detto apre lo spazio in cui diventa quantomeno teoricamente possibile pensare la potenza costituente in un quadro diverso da quello in cui il potere costituente è stato relegato dalle moderne dottrine costituzionali ⁽¹⁵⁾.

C'è d'altro canto un'acuta consapevolezza, nella riflessione di Duso, del fatto che il federalismo moderno (nelle esperienze storiche più significative in cui si è tradotto in concrete forme istituzionali, da quella statunitense a quella tedesca) ha finito per essere ineluttabilmente attratto nel campo di gravitazione delle logiche dello Stato e della sovranità. E ha dunque smarrito quegli elementi che pure, alla sua origine e nei suoi paradigmi, erano parsi eccederle, quantomeno alludendo ad altre modalità di organizzazione e articolazione della convivenza e della cooperazione politica ⁽¹⁶⁾. Il riscatto di queste virtualità "post-statali" del federalismo passa per Duso, come già si è accennato, attraverso una radicale ridefinizione del significato di due concetti politici fondamentali: quelli di *costituzione* e *governo*. Si tratta di un'operazione a suo giudizio preliminare per valorizzare a pieno (e per dislocare all'interno di un orizzonte alternativo a quello disegnato dalla forma Stato) termini chiave del lessico federale, tutti per altro al centro — sia detto per inciso — di una lunga tradizione di pensiero cattolico: solidarietà, responsabilità, sussidiarietà (*PF*, pp. 94 ss.).

La stessa tensione tra *Konstitution* e *Verfassung*, tra costituzione formale e materiale, che Duso ha a lungo indagato sulla traccia della grande teoria giuspubblicistica (da Carl Schmitt a Hasso Hofmann) e della storiografia costituzionale tedesca (anche attraverso la mediazione del suo costante dialogo con Pierangelo Schiera), sembra qui colta in dissolvenza, consegnata a una storia del costituzionalismo moderno ormai in via di esaurimento. A venire in primo piano, parrebbe di

⁽¹⁵⁾ Nella letteratura recente sul tema del potere costituente, va segnalata in questo senso la ricerca, davvero di notevole interesse, di F.G. MENGA, *Potere costituente e rappresentanza democratica. Per una fenomenologia dello spazio istituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2010. Utilizzando categorie fenomenologiche come « espressione creatrice » e « articolazione responsiva », Menga interviene con grande originalità nel dibattito contemporaneo sulla « democrazia radicale » e propone una rilettura molto efficace di autori classici della modernità politica e giuridica (da Rousseau a Hegel, da Schmitt a Leibholz). Il potere costituente, scrive Menga, « muovendosi fin dall'inizio da una richiesta di identità collettiva, che si incunea nello spazio plurale, risulta essere l'incessante tentativo di una risposta che, non possedendo anticipatamente ciò a cui risponde, si presenta come l'impresa inevitabilmente incompleta e revisionabile in cui ne va proprio della costituzione stessa della ipseità della compagine collettiva » (ivi, p. 21).

⁽¹⁶⁾ Per una interpretazione analoga del rapporto tra federalismo e moderna forma Stato, cfr. S. MEZZADRA, *Istituzioni e politica tra accentramento e decentramento. Il federalismo*, in *Grande Dizionario Enciclopedico Utet. Scenari del XXI secolo*, Torino, Utet, 2005, pp. 483-488.

potersi dire, è una costituzione intesa come realtà plurale e intessuta dalla materialità delle relazioni tra le diverse parti che — lungi dall'essere *rappresentate* nel processo di formazione della volontà generale del popolo — fanno valere attraverso la loro diretta e continua *presenza* una pluralità di istanze di *partecipazione* sconosciute al moderno ordine della sovranità.

È opportuno ripetere che siamo qui lontani dal concetto (schmittiano come anche mortatiano) di costituzione in senso materiale, che proprio dalla tensione con il piano della costituzione formale derivava il proprio significato pienamente giuridico. Non è un caso, dunque, che per definire il concetto nuovo di costituzione che da anni sta cercando di immaginare e costruire Duso richiami — accanto all'amato Althusius — il concetto greco di *koinonia*, di « comunanza »⁽¹⁷⁾. Riferimenti all'antichità e alla prima modernità abbondano del resto (e sia detto a scanso di equivoci: con piena consapevolezza metodologica del significato di mobilitare lemmi e categorie risalenti nella crisi della forma politica moderna) anche nel tentativo da parte di Duso di riqualificare il significato del *governo*, che della nuova nozione di costituzione costituisce un elemento essenziale (ma sarebbe interessante approfondire anche le trasformazioni che in questa cornice necessariamente investono il concetto di *istituzione*). Da ormai diversi anni, e ancora seguendo una traccia althusiana, Duso è impegnato in una riflessione sul governo come concetto alternativo alla moderna teoria del *potere* e della sua *legittimazione* attraverso un processo (rappresentativo) di *autorizzazione* con cui gli individui trasferiscono (*alienano*) la loro politicità nell'unità sovrana del popolo e dello Stato⁽¹⁸⁾. Dall'interno di questa teoria, come ha mostrato in modo particolarmente convincente Lucien Jaume (un altro importante interlocutore di Duso), il governo appare sì subordinato alla volontà generale e alla sovranità (dello Stato, del popolo): e tuttavia, almeno a partire da Rousseau, opera su un diverso registro temporale (quello della *durata*, contrapposto all'« assoluto presente » della volontà generale), acquisisce una progressiva autonomia e iscrive nella macchina costituzionale moderna la minaccia permanente di un'usurpazione della sovranità. Quando l'assoluto presente della volontà generale si presenterà nelle forme dell'assolutezza

(17) Cfr. in particolare G. DUSO, *Per una trasformazione della costituzione in senso federalistico*, in « Filosofia politica », XXII (2008), 3, pp. 361-368, p. 365.

(18) Si veda in particolare, a questo proposito, G. DUSO, *Il governo e l'ordine delle consociazioni: la Politica di Althusius*, in Id. (a cura di), *Il potere*, cit., pp. 77-94. Particolarmente importante, nella focalizzazione del nesso tra rappresentanza e sovranità come criterio fondamentale della politica moderna, è stato per Duso il confronto — anche all'interno della rivista « Filosofia politica » — con il lavoro di Carlo GALLI, da *Modernità. Categorie e profili critici*, Bologna, Il Mulino, 1988 a *Contingenza e necessità nella ragione politica moderna*, Roma-Bari, Laterza, 2009.

rivoluzionaria del potere costituente, il problema sarà immediatamente quello di « terminare la rivoluzione » riassorbendo il potere costituente nei dispositivi della rappresentanza e della divisione (costituzionale e sociale) del lavoro, diluendone la portata eversiva nelle procedure della « riforma costituzionale » — riducendo appunto il potere costituente a una « funzione costituzionale » (19). Il costituzionalismo ottocentesco appare in questa luce un maestoso tentativo di regolare e organizzare in un complesso sistema di equilibrio la sconnessione temporale tra volontà generale e governo, senza tuttavia potersi sottrarre al primato delle logiche del governo: dalle teorie della « classe politica » ai dibattiti sulla « burocratizzazione » e sulla « crisi del parlamentarismo », il Novecento si aprirà in fondo proprio con la registrazione di questo scacco.

Come dunque pensare il governo fuori da questo scenario e dalle sue aporie (che sono, con ogni evidenza, anche le aporie della moderna democrazia)? Come immaginare un governo la cui necessità deriva proprio dalla radicale e insopprimibile « pluralità » dell'« entità politica »? La risposta di Duso è netta, e non teme di iscriversi in un orizzonte di *critica radicale della democrazia*: occorre in primo luogo abbandonare, a suo giudizio, il presupposto che si debba assumere come idea regolativa nell'organizzazione costituzionale della funzione di governo *l'identità di governanti e governati*. Solo se questa differenza è marcata (e solo se è contemporaneamente riconosciuta l'ineliminabilità del *comando* politico) diventa possibile per Duso fondare la persistenza della pluralità come fattore politico e costituzionale *di fronte* al governo e garantire la continuità dell'*azione politica* dei governati. Conviene a questo proposito lasciare parlare il testo: « mentre nella concezione del potere legittimo i cittadini sono totalmente sottomessi, perché il potere a cui ubbidire è inteso come il potere di tutti, mediante la categoria di governo i governati acquisiscono uno *status* politico. Insomma, paradossalmente, solo in quanto si riconosce di essere sottoposti a un comando che è imputabile ad altri, si è dotati di azione politica. Pensare il governo comporta l'impossibilità di ridurlo alla relazione tra l'attività del governante e la passività del governato » (PF, pp. 98 s.).

3. Nella rete: «grupposità» e patate.

Non mancano a mio giudizio punti problematici in questa proposta teorica, e tenterò di porne conclusivamente in rilievo alcuni. Ma intanto mi interessa sottolineare che questa enfasi sull'autonomia del

(19) Si veda L. JAUME, *Rousseau e la questione della sovranità*, ivi, pp. 177-195. Ma si tengano presenti anche le belle pagine introduttive di S. CHIGNOLA alla terza parte di questo medesimo volume (« Costituzione e limitazione del potere »), ivi, pp. 197-202.

governo, intesa nel quadro sopra illustrato del doppio movimento (« dall'alto » e « dal basso ») della potenza costituente, risulta necessaria per potere pensare l'ancoraggio "costituzionale" di un rapporto antagonistico (di un dualismo di poteri) che deve pervadere l'organizzazione politica nella sua interezza. Tra resistenza e partecipazione, conflitto e cooperazione, l'*azione politica* dei membri della federazione trova su ognuno dei molti livelli dell'articolazione costituzionale di quest'ultima una funzione di governo rispetto a cui *esprimersi* (in una dinamica costituente che può tuttavia assumere, anche se Duso non lo dice qui esplicitamente, caratteri *destituenti* ⁽²⁰⁾).

È questo un punto particolarmente importante per il rilievo generale dei problemi a cui la stessa espressione « potenza costituente » fa riferimento, ma lo è soprattutto per chi sia interessato, come si è visto essere il caso di Duso, a sottrarre la teoria del federalismo al campo di gravitazione della forma Stato (e a distinguerla in particolare da ogni proposta di « decentramento » territoriale del potere statale). In uno dei suoi ultimi scritti, una ricostruzione tanto breve quanto magistrale dei profili storici e dottrinali del federalismo, Luciano Ferrari Bravo poneva con grande lucidità il problema di pensare il federalismo oltre lo Stato, e annotava: essenziale in questo senso è « il fatto che l'intera fenomenologia [federale] sia letta non in termini meramente strutturali ma privilegiandone la dimensione processuale: si tratta prima di ogni altra cosa di processi di apprendimento collettivo non predeterminabili dalla "lettera" dei patti istitutivi ma aperti all'esperienza e alla sperimentazione » ⁽²¹⁾. Ecco, mi pare che il lavoro di Duso sia in grande sintonia con l'esigenza di privilegiare questa « dimensione processuale », fatta come si è detto di resistenza e partecipazione, conflitto e cooperazione, autonomia del comando e sua necessaria negoziazione e/o contestazione. È un'osservazione che vale del resto anche per altri contributi raccolti nel volume, a partire da quello di Pierangelo Schiera (cfr. *PF*, in specie p. 184).

Giuseppe Gangemi, dal canto suo, ricorda opportunamente che

⁽²⁰⁾ Mi pare che proprio in questo senso sarebbe da svolgere il suggestivo ragionamento di Pierangelo Schiera a proposito dell'utilizzo del concetto di « misura » per definire l'eccezione (dove mi pare implicito il riferimento al doppio significato della « misura », metro che consente appunto di misurare « un'eccedenza rispetto alla norma » e provvedimento per "trattarla", *Maßnahme* per riprendere un titolo brechtiano). « La "misura dell'eccezione" », scrive Schiera, « dovrebbe sempre essere nelle mani di chi il potere non ce l'ha: possibilmente l'opposizione, oppure un organo neutrale (se è mai possibile immaginarne uno) » (P. SCHIERA, *La misura del bene comune*, Macerata, eum, 2010, p. 55).

⁽²¹⁾ L. FERRARI BRAVO, *Federalismo*, in Id., *Dal fordismo alla globalizzazione. Cristalli di tempo politico*, a cura di S. Bologna, Roma, Manifestolibri, 2001, pp. 347-351, p. 350.

Daniel Elazar concepiva lo stesso *convenant* federale « come un processo e non come un fatto formale » (PF, p. 258), cosa che lo rende agli occhi di Gangemi assai prossimo alla tradizione di quello che definisce il « federalismo antropologico » italiano, da Fedele Lampertico a Silvio Trentin. Il riferimento a Elazar, tuttavia, consente di introdurre — ancora sulla traccia del citato articolo di Ferrari Bravo — un problema ulteriore. Il contributo concettuale forse più importante di Elazar consiste notoriamente nell'enfasi da lui posta sul fatto che il federalismo organizza il proprio spazio politico come struttura *matriciale*, distinguendosi così radicalmente dal criterio piramidale su cui si è retta la vicenda storica (e si è articolata la comprensione teorica) della moderna forma Stato: indipendentemente dal fatto che si sia d'accordo o meno con la convinzione di Elazar che questa struttura matriciale sia effettivamente realizzata nelle principali esperienze di “federalismo reale”, resta il fatto che essa disegna un'opposizione molto netta con lo stesso concetto di decentramento, che « implica una gerarchia, una piramide dei governi con gradazioni di potere che fluiscono dal vertice verso il basso, oppure un centro con una periferia » (22). Ma quel che più conta, e che Ferrari Bravo sottolineava con forza, è che la struttura matriciale dello spazio politico allude quantomeno a una sua affinità elettiva con quell'immagine (e quella realtà) della *rete*, che nella grande trasformazione degli ultimi decenni si è imposta come dominante, per fare solo qualche esempio, tanto nel campo delle nuove tecnologie di comunicazione quanto in quello dell'organizzazione del lavoro e dell'impresa, tanto nell'analisi dei nuovi processi di *governance* quanto in quella dei poteri che organizzano le vecchie e le nuove “città globali”.

Ora, a me pare (è un tema di cui nel volume mostrano un'acuta consapevolezza Sergio Ortino e Pierangelo Schiera: cfr. PF, in specie pp. 69 e 184-186) che l'emergere della rete (*in primis* del *web*, naturalmente) segnali una rottura, uno scarto davvero “epocale”, al cui interno il federalismo può certo essere *pensato* oltre lo Stato, ma deve soprattutto essere *ripensato* rispetto al suo immaginario politico, giuridico, sociologico — *antropologico* per riprendere il termine di Gangemi. Ed è bene introdurre qualche cautela rispetto alla tentazione di tradurre l'affinità elettiva di cui si è parlato poc'anzi in un matrimonio (combinato o d'amore) tra la struttura matriciale del federalismo e il criterio organizzativo della rete che sembra oggi affermarsi ben al di là di internet. « Fortissimo », avvertiva Ferrari Bravo, « è qui il rischio di una lettura ideologica del problema » (23). La rete, ci avvertono da tempo i teorici dei media e del *web*, ha la spiccata tendenza del resto a funzionare come un dispositivo in senso proprio ideologico: a occultare

(22) D.J. ELAZAR, *Idee e forme del federalismo* (1987), trad. it. Milano, Mondadori, 1998, pp. 29 s.

(23) L. FERRARI BRAVO, *Federalismo*, cit., p. 350.

cioè, di fronte all'apparenza dell'orizzontalità e dell'equivalenza dei nodi che la compongono, le improvvise increspature apicali, le gerarchie che tanto dal punto di vista tecnico quanto dal punto di vista sociale la percorrono e la organizzano — il momento politico, per dirla con Ned Rossiter, del comando e dell'antagonismo⁽²⁴⁾. Ma più in generale mi pare che qui si apra un problema di prima grandezza, che è quello di approfondire (e raccordare con il ripensamento del federalismo) l'analisi critica delle trasformazioni materiali di cui l'emergere della rete è a un tempo con-causa e sintomo. Lo dirò nei termini più semplici possibili, a rischio di apparire "volgare": la critica della politica, come possiamo definire l'intenzione di fondo che muove la riflessione di Duso sul federalismo, deve qui tornare a coniugarsi con la *critica dell'economia politica*.

Non è certo un tema nuovo, d'altro canto, per il federalismo, e in particolare per quello italiano. Il dialogo costante con il marxismo è stato un elemento costitutivo del pensiero federalista italiano — da Trentin a Spinelli ad Albertini⁽²⁵⁾. In dense pagine autobiografiche, Toni Negri ha ricordato come negli anni immediatamente successivi alla seconda guerra mondiale il federalismo europeo sia stato per un'intera generazione di intellettuali il terreno su cui si sono incrociati molteplici tentativi di « tenere insieme comunismo e libertà »⁽²⁶⁾. Ma così come un'acuta consapevolezza della tendenza del « modo di produzione » capitalistico a debordare dalla sua configurazione nazionale aveva consentito a Rossi e Spinelli di *anticipare* la crisi dello Stato nazionale, cogliendone il primo manifestarsi in quella Grande guerra che era sembrata segnarne il catastrofico apogeo e riqualificando materialisticamente la prospettiva federalista, si tratta oggi di incardinare la riflessione sulle virtualità "post-statali" del federalismo in un'analisi delle trasformazioni gigantesche che hanno investito il capitalismo nelle sue dimensioni tanto "globali" quanto "locali". È all'interno di queste

(24) Cfr. N. ROSSITER, *Organized Networks. Media Theory, Creative Labour, New Institutions*, Rotterdam NAI Publishers, 2006, p. 36. Un libro particolarmente importante nella sconfinata letteratura sulle reti è quello di T. TERRANOVA, *Cultura network. Per una micropolitica dell'informazione* (2004), trad. it. Roma, Manifestolibri, 2006.

(25) Per una recente rassegna critica, cfr. R. CASTALDI, *Federalism and Material Interdependence*, Milano, Giuffrè, 2008. Certamente meno nota, e tuttavia non priva di interesse, è un'esperienza nata dall'incontro tra federalismo europeo e operaismo rivoluzionario negli anni Settanta, la rivista « Lotta di classe e integrazione europea » (di cui uscirono sette numeri a partire dal 1974). Si può vedere in rete un testo prodotto dal collettivo redazionale della rivista (« collettivo sciopero europeo »), *Tesi per un'analisi di classe dell'integrazione europea del capitale* (1974), <http://www.lomb.cgil.it/rsuibm/740200lcie.htm>.

(26) T. NEGRI, *L'Europa e l'Impero. Riflessioni su un processo costituente*, Roma, Manifestolibri, 2003, p. 11.

trasformazioni, del resto, che si sono manifestati quei processi di decostituzionalizzazione (intesi come « tendenziale irriducibilità » della dinamica dei poteri « al quadro costituzionale come luogo di una loro coerente interpretabilità » (27)) che costituiscono per così dire l'antefatto del ragionamento di Duso: e che gli consentono di criticare (altro punto su cui concordo pienamente con lui) il continuo « richiamo alla lettera della carta costituzionale » nei dibattiti contemporanei: « lungi dal riuscire a guidare i processi », questa sorta di feticismo costituzionale dà spesso « luogo a realtà che sono in contraddizione con le intenzioni » (PF, pp. 101 s.).

Introducendo insieme a Mario Bertolissi un precedente volume dedicato a una riflessione collettiva sulla costituzione e sul tema della « pluralità », Duso aveva insistito sul fatto che, per quanto la sovranità dello Stato continui a giocare un ruolo rilevante nel rendere vincolanti le norme giuridiche, è oggi « lo stesso presentarsi dello Stato come unica fonte del diritto ad apparire in crisi » (28). Si tratta di un punto su cui, come noto, esiste ormai una letteratura sconfinata, che ha posto in evidenza come nell'attuale transizione globale stiano emergendo, per dirla con Saskia Sassen, nuovi e complessi « assemblaggi » di potere, diritti e territorio, e come abbia ormai preso forma un diritto globale « centrato su una molteplicità di regimi globali ma parziali che rispondono ai bisogni di settori specializzati » (29). È all'interno di questa congiuntura che negli ultimi anni abbiamo assistito a una spettacolare rinascita del pluralismo giuridico: basti qui richiamare la proposta di un « costituzionalismo societario » avanzata da Gunther Teubner, sulla traccia di una ripresa di Eugen Ehrlich, con cui sarebbe molto interessante fare dialogare la riflessione di Duso (30). Si tratta di sviluppi teorici di grande rilievo e di straordinaria portata conoscitiva. E tuttavia anche

(27) A. BRANDALISE, *Democrazia e decostituzionalizzazione*, cit., p. 404. Al saggio di Brandalise si rimanda anche per l'indicazione di alcuni riferimenti essenziali del dibattito sulla decostituzionalizzazione, a partire dagli ultimi lavori di Hasso Hofmann (ma si ricordi almeno anche D. GRIMM, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1991).

(28) M. BERTOLISSI-G. DUSO, *Introduzione*, in *Ripensare la Costituzione*, cit., pp. 9-21, p. 9.

(29) S. SASSEN, *Territory, Authority, Rights. From Medieval to Global Assemblages*, Princeton-Oxford, Princeton University Press, p. 242. Sul concetto di « assemblaggi globali » è da vedere almeno il volume curato da A. ONG e S.J. COLLIER, *Global Assemblages. Technology, Politics, and Ethics as Anthropological Problems*, Malden, MA-Oxford, Blackwell, 2005.

(30) Cfr. in particolare G. TEUBNER, *Global Bukowina: Legal Pluralism in a World Society*, in Id. (a cura di), *Global Law Without a State*, Aldershot, Dartmouth, 1997, pp. 3-28. Di TEUBNER si vedano almeno i saggi raccolti in italiano in *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, a cura di R.

qui si ripropone assai spesso il problema che si è visto a proposito delle reti: come ha scritto di recente Mauro Bussani, « le regolazioni globali tendono a essere rappresentate come una rete orizzontale, piatta » — quando invece, « vista da più vicino » in riferimento ad esempio alla *lex mercatoria* e al commercio globale, « quella maglia regolatoria segna un ampliamento del ricorso agli strumentari del diritto “di autorità”, fra “diseguali” »⁽³¹⁾.

Quella che Schiera chiama, con un’immagine suggestiva, la « grupposità », risultante dal « carattere pandemico dell’associazionismo spontaneo, specialmente *in web* », pone indubbiamente il problema della sua « eventuale normalizzazione » — ovvero del suo governo (PF, p. 184). Proprio perché mi interessa questo problema (che mi pare Duso condivida con Schiera), mi permetto tuttavia di far notare che « normalizzazione » può avere una gran quantità di significati, che vanno dal disciplinamento coatto alla produzione collettiva di una norma rivoluzionaria di nuova regolazione della cooperazione sociale⁽³²⁾. E soprattutto che la « grupposità » non è, per riprendere un appunto di Gramsci proprio a proposito di unità e federazione, un « sacco di patate », cioè giustapposizione meccanica di singole “unità” senza nesso tra loro »⁽³³⁾. No davvero: la « grupposità » è già normalizzata, è già governata, è già comandata.

4. *Del comando.*

Seguo ancora Schiera, perché il suo ragionamento introduce un ultimo punto, per me decisivo, che vorrei brevemente trattare. Ho già accennato al rilievo attribuito da Duso, nell’articolazione della forma politica federale, agli « interessi ». « È attraverso gli interessi che bisogna passare », scrive Duso nelle ultime righe del suo saggio, per ripensare la figura stessa della soggettività politica (ecco il mio ultimo punto) superando « il dualismo secondo cui l’individuo è pensato nelle dimensioni di cittadino e borghese »: « ma pensare [gli interessi] poli-

Prandini, Roma, Armando, 2005 e il volume scritto con A. FISCHER LESCANO, *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 2006.

⁽³¹⁾ M. BUSSANI, *Il diritto dell’Occidente. Geopolitica delle regole globali*, Torino, Einaudi, 2010, p. 94.

⁽³²⁾ Il riferimento è qui al saggio di A. NEGRI, *La norma rivoluzionaria* (1978), in Id., *Macchina tempo. Rompicapi, liberazione, costituzione*, Milano, Feltrinelli, 1982, pp. 127-145 e all’impegnato confronto critico di P. SCHIERA, *Tra costituzione e storia costituzionale: la crisi dello Stato*, in F. Jannetti (a cura di), *Immagini del politico. Catastrofe e nascita dell’identità*, Roma, Savelli, 1981, pp. 20-48.

⁽³³⁾ A. GRAMSCI, *Quaderni del carcere*, edizione critica dell’Istituto Gramsci a cura di V. Gerratana, Torino, Einaudi, 1975, p. 1635 (quaderno 13).

ticamente», aggiunge, «li muta radicalmente in quanto fa emergere quella rete di relazioni nella quale solo essi hanno realtà e determinazione. In tal modo essi perdono la loro autoreferenzialità e sono responsabilizzati e coinvolti nel compito di affrontare i problemi comuni» (PF, p. 118). È una conclusione tanto suggestiva quanto enigmatica, nel senso banale che, almeno a me, non è affatto chiaro che cosa significhi «pensare *politicamente* gli interessi». Duso sa fin troppo bene, e ancora meglio lo sa Antonino Scalone (co-curatore del volume), che al tema ha dedicato un'importante monografia, che gli «interessi» tendono a «pensarsi politicamente» (a *rappresentarsi*) secondo modalità caratterizzate da logiche assai prossime a quelle che hanno governato la moderna rappresentanza politica, riproducendone le relative «aporie»⁽³⁴⁾. Come pensa Duso di arginare (normalizzare, disciplinare, governare) questa tendenza? Mi pare una domanda su cui saranno necessarie riflessioni ulteriori in futuro.

Ma, come dicevo, il problema per me decisivo è posto seccamente da Pierangelo Schiera: «ciò che più conta», scrive, «è capire chi sono questi "interessati". [...] È lì (sui soggetti) che si giocherà — come sempre — il clou dell'intero processo, nel *cleavage* tra cittadini (passati-presenti-futuri) e schiavi. È lì che il potere costituente — se ancora c'è o ci sarà — si rinnova davvero e torna a essere protagonista della storia costituzionale» (PF, p. 182). È un problema, quello dei soggetti, ben presente come si è in parte già visto nella riflessione di Duso, che lo declina nei termini di una critica radicale della struttura bipolare che organizza le moderne costituzioni attorno al rapporto tra soggetto individuale (l'individuo immaginato e costruito come cittadino) e soggetto collettivo (lo Stato, il popolo, la volontà generale)⁽³⁵⁾. Sostenuto da una sensibilità di cui non è difficile rintracciare la matrice hegeliana da un lato, cattolica dall'altro, Duso pensa cioè il soggetto (sia in termini filosofici generali sia per quanto attiene ai «membri della federazione») nel segno di una critica radicale dell'*individualismo*. A me pare, tuttavia, che al pari di altre autorevoli critiche dell'*individualismo* che sono state avanzate anche in Italia negli ultimi anni⁽³⁶⁾ anche quella di Duso

(34) Cfr. A. SCALONE, *Rappresentanza politica e rappresentanza degli interessi*, prefazione di G. Duso, Milano, Angeli, 1996 nonché il classico studio di J. KAISER, *La rappresentanza degli interessi organizzati* (1956), trad. it. a cura di S. Mangiameli, Milano, Giuffrè, 1993.

(35) Cfr. in particolare, per la nettezza della formulazione, G. DUSO, *Oltre il nesso sovranità-rappresentanza*, cit., p. 201. Ma la critica di questa struttura bipolare costituisce un tema di fondo della riflessione di Duso da almeno trent'anni: si vedano in questo senso i saggi raccolti in Id., *La rappresentanza politica. Genesi e crisi del concetto*, Milano, Angeli, 2003.

(36) Penso ad esempio al lavoro di P. BARCELLONA, *L'individualismo proprietario*, Torino, Boringhieri, 1987. Ma i riferimenti si potrebbero facilmente moltiplicare.

finisca per considerare l'individualismo una figura essenzialmente ideologica, consolidata dall'operare congiunto di dispositivi giuridici, processi istituzionali e categorie filosofico-politiche. Duso mi sembra in altri termini non fare i conti con l'insieme delle condizioni materiali che *costringono* i soggetti nelle vesti dell'individuo, discriminandone l'esperienza del mondo (e prima di tutto la stessa esperienza dell'individualità) a seconda dei dislivelli esistenti nelle quote di *potere sociale* di cui dispongono ⁽³⁷⁾.

Varrebbe forse la pena, dopo che ne sono stati a lungo (e non senza qualche ragione) evidenziati i limiti, di tornare a ragionare sulla categoria di « individualismo possessivo » proposta da Crawford B. Macpherson nel suo celebre libro del 1962 ⁽³⁸⁾. Non tanto per riproporla modellisticamente come chiave di lettura del mondo in cui viviamo, ma per ribadire la persistente centralità della dimensione proprietaria e appropriativa per la strutturazione dei *rapporti* al cui interno la figura dell'individuo viene continuamente riprodotta — come maschera spettralmente oggettiva, si potrebbe dire giocando con la terminologia di Marx, che per altro di maschere se ne intendeva ⁽³⁹⁾. Ecco, il piano essenziale di riflessione che la critica dell'economia politica mi pare oggi consegnare alla critica della politica è precisamente quello della *divaricazione* tra la dimensione e i soggetti dell'appropriazione (che a partire dall'azione di soggetti corporati investe sempre più eminentemente potenze *comuni*, come il sapere e la cooperazione, la

⁽³⁷⁾ Sul concetto di « potere sociale » è ora essenziale il lavoro di M. RICCIARDI, *La società come ordine. Storia e teoria politica dei concetti sociali*, Macerata, Eum, 2010. Conviene comunque esplicitare il riferimento marxiano del mio uso del concetto: « la mutua e generale dipendenza degli individui reciprocamente indifferenti », si legge nei *Grundrisse*, « costituisce il loro nesso sociale. Questo nesso sociale è espresso nel *valore di scambio*, e solo in esso, per ogni individuo, la propria attività o il proprio prodotto diventano un'attività o un prodotto fine a se stessi; egli deve produrre un prodotto generico — il *valore di scambio* — considerato questo per sé isolatamente e individualizzato, — *denaro*. D'altra parte il potere che ogni individuo esercita sull'attività degli altri o sulle ricchezze sociali, egli lo possiede in quanto proprietario di *valori di scambio*, di *denaro*. Il suo potere sociale, così come il suo nesso con la società, egli lo porta con sé nella tasca » (K. MARX, *Lineamenti di critica dell'economia politica* [1857-1858], trad. it. Firenze, La Nuova Italia, 2 voll., 1978, vol. I, p. 97).

⁽³⁸⁾ Un equilibrato bilancio del dibattito aperto dalla « vivace reazione » al libro di Macpherson è offerto da P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, vol. 1, *Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999, pp. 285 s.

⁽³⁹⁾ Il riferimento è ovviamente all'analisi marxiana della forma merce, *Il capitale. Critica dell'economia politica*, libro I, *Il processo di produzione del capitale*, Einaudi, Torino, 1975, in specie p. 47. Sull'uso da parte di Marx del concetto di *Charaktermaske*, cfr. W.F. HAUG, *Charaktermaske*, in *Historisch-kritisches Wörterbuch des Marxismus*, Hrsg. von W.F. HAUG, Bd. 2, Berlin-Hamburg, Argument, 1995.

“vita” e gli “affetti”) e la persistente vigenza di una norma proprietaria ritagliata sulla figura, sempre più svuotata di contenuti “positivi”, dell’individuo ⁽⁴⁰⁾. È all’interno di questo scarto che il capitalismo contemporaneo si è andato ridefinendo attorno a processi di *finanziarizzazione* che hanno investito l’insieme dell’economia e della società, modificando in profondità i rapporti tra “economia reale” ed “economia finanziaria” (nonché tra rendita e profitto) e soprattutto la stessa razionalità del calcolo economico ⁽⁴¹⁾. Sui mercati finanziari globali è oggi rappresentata, riprodotta e *comandata* proprio la divaricazione di cui si è appena detto. Con qualche problema, verrebbe da aggiungere a fronte della crisi globale al cui interno stiamo vivendo ormai da diversi anni...

Ecco, *questi* problemi dovrebbero a mio giudizio figurare in primo piano in una riflessione sulle potenzialità e sugli orizzonti contemporanei di un federalismo oltre lo Stato. In primo luogo perché è nel varco aperto da questi problemi (che, non dimentichiamolo, comportano ogni giorno costi sociali altissimi ai quattro angoli del pianeta) che termini come « solidarietà » e « comunicazione » (cruciali nella proposta teorica di Duso) possono essere materialmente riqualificati, scoprendo gli “interessati” a declinarli come contenuti della « potenza costituente ». Ma in secondo luogo, converrà non dimenticare che i processi di finanziarizzazione — lo notava in modo davvero efficace Luciano Ferrari Bravo nella conclusione del suo citato articolo sul federalismo — hanno reso possibile quantomeno a partire dalla crisi dei primi anni Settanta una formidabile « *concentrazione di potere non centralizzata* (cioè con un diverso andamento di due dimensioni già distinte da Marx nell’analisi dell’accumulazione) »: hanno reso cioè possibile una compensazione sul piano del potere e della decisione strategica di quel fortissimo decentramento che tanto sul piano intensivo (ovvero delle qualità e competenze umane messe a valore dal

⁽⁴⁰⁾ Intuiva lucidamente il problema, nella sua introduzione alla seconda edizione italiana del libro di Macpherson, A. NEGRI (in C.B. MACPHERSON, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese* [1962], trad. it. Milano, Mondadori, 1982, pp. 11-21). Vorrei far notare che il riferimento alla “vita” come terreno essenziale di appropriazione non è qui da intendersi in senso generico o metaforico: il riferimento è molto concretamente ai circuiti del « biocapitale », ovvero del capitale investito nello sviluppo delle biotecnologie e dei farmaci « postgenomici ». Si vedano a questo proposito K.S. RAJAN, *Biocapital. The Constitution of Postgenomic Life*, Durham, NC-London, Duke University Press, 2006 e M. TURRINI (a cura di), *Biocapitale. Vita e corpi nell’era del controllo biologico*, Verona, Ombre corte, 2010.

⁽⁴¹⁾ Rimando a questo proposito al volume collettivo prodotto all’interno della rete « UniNomade » e curato da A. FUMAGALLI e S. MEZZADRA (a cura di), *Crisi dell’economia globale. Mercati finanziari, lotte sociali e nuovi scenari politici*, Verona, Ombre corte, 2009.

capitale) quanto sul piano estensivo (ovvero territoriale e “spaziale”) ha caratterizzato la grande trasformazione attraversata dal modo di produzione capitalistico negli ultimi decenni (42).

« Violenza concentrata e organizzata della società » (43): questa memorabile definizione marxiana dello Stato all’origine del modo di produzione capitalistico sembra oggi attagliarsi con una certa precisione alle modalità di azione e di esercizio del comando da parte del capitale finanziario. Siamo qui di fronte a un potere immenso, appunto concentrato e non centralizzato, che si è andato progressivamente sganciando dal controllo delle élite politiche e industriali nazionali, fondando sul livello globale la legittimità del suo intervento (44). Rossi e Spinelli avrebbero sicuramente visto in questa nuova condizione una conferma della sconnesione tra le dinamiche del modo di produzione capitalistico e le forme politiche di organizzazione dell’umanità, facendone discendere una rinnovata e inderogabile attualità del federalismo. E avrebbero altrettanto sicuramente messo in guardia dall’illusione (ampiamente circolante a destra e a sinistra di fronte alla crisi contemporanea) di un controllo “nazionale” di questo potere. Ma quali forme e quali coordinate spaziali può assumere un tale controllo? È in generale possibile una “costituzionalizzazione” del potere della finanza? È come pensare una riappropriazione dell’immensa ricchezza “congelata” nella rendita finanziaria?

Si tratta di domande a cui non ho certo la pretesa di dare risposte. E tuttavia si tratta di cominciare a porle con l’assoluta urgenza con cui il nostro tempo, tempo di crisi e tempo di decisioni, ce le propone. E sono domande che mi pare investano direttamente un progetto teorico come quello di Duso, sui due piani (il « sopra » e il « sotto ») su cui esso si muove per ripensare il federalismo: tanto cioè per quel che attiene al « governo » quanto per quel che attiene a « ciò che spesso si indica come società » (PF, p. 112). Entrambi i piani sono profondamente condizionati dalle coazioni e dalle restrizioni attraverso cui si esercitano il comando e la violenza che si sono appena indicati: è evidente che il « governo » di cui parla Duso è cosa diversa sia dai “governi” attualmente esistenti, sempre più configurati come *rule takers* anziché *rule makers* nei confronti del capitale finanziario (45). Risulta tuttavia difficile immaginare come esso possa sottrarsi all’azione “impositiva” di que-

(42) L. FERRARI BRAVO, *Federalismo*, cit., p. 351. Essenziale su questi temi è il contributo di Ch. MARAZZI, *La violenza del capitale finanziario*, in A. FUMAGALLI e S. MEZZADRA (a cura di), *Crisi dell’economia globale*, cit., pp. 17-49.

(43) K. MARX, *Il capitale*, Libro I, cit., p. 923.

(44) Per una prima impostazione del rilievo *costituzionale* di questa problematica, nel fuoco delle rivolte nel Maghreb e in Medio Oriente, si veda A. NEGRI, *Lettera a un amico tunisino* (28.1.2011), <http://uninomade.org/lettera-ad-un-amico-tunisino/>.

(45) Cfr. M. BUSSANI, *Il diritto dell’Occidente*, cit., pp. 94 ss.

st'ultimo (che si esprime assai efficacemente attraverso i dispositivi transnazionali della *governance*) in assenza di profondissime trasformazioni strutturali. Analogamente stanno le cose in « ciò che spesso si indica come società » (un'espressione che mi pare sintomatica di una certa ritrosia da parte di Duso a porsi sul terreno di un'analisi "sociologica"): è proprio la disseminazione all'interno della trama dei rapporti sociali di quella che, riprendendo un'espressione utilizzata da Gunther Teubner ⁽⁴⁶⁾, potremmo chiamare la « matrice anonima » del *comando del capitale* ad assicurare la riproduzione (per quanto in forme vieppiù svuotate di contenuti "positivi") della figura dell'individuo che come si è visto costituisce l'obiettivo polemico di Duso. La dimensione « corporatista » della teoria di Althusius, criticamente evidenziata da Beaud (PF, p. 38), sembra qui in effetti riemergere come limite nel ragionamento di Duso.

Una postilla per concludere. Duso critica a più riprese, in particolare nei suoi interventi sul tema del governo, la pretesa (a suo giudizio implicita nel moderno concetto di sovranità prima ancora che in quello di democrazia) di « eliminare il comando nella società ». La « scienza politica moderna » avrebbe così rifiutato « ciò che è stato al centro della riflessione politica per molti secoli, a partire dai Greci: che cioè la realtà politica sia costituita da chi governa e da chi è governato, e che il rapporto di governo sia qualcosa di naturale e razionale, consono cioè alla natura dell'uomo e della comunità » ⁽⁴⁷⁾. Ho scelto questa formulazione, tra le molte, perché è quella che mi piace meno: emerge qui un *anti-moderner Affekt* che un poco mi inquieta, così come mi inquieta un riferimento alla « natura dell'uomo e della comunità » che troppo facilmente può prestarsi (al di là delle intenzioni di Duso) a tradurre il discorso sulla naturalità del governo nella naturalità della gerarchia. Non essendo anarchico, tuttavia, non ho alcuna difficoltà a convenire sulla difficoltà di immaginare un radicale superamento del "potere" (intendendo questo termine in senso generale, e non nel senso stretto in cui lo intende Duso nella sua ricostruzione della « scienza politica moderna »). Ho già del resto espresso il mio interesse per un ragionamento quale quello che Duso presenta a proposito del « governo » nel quadro della sua riflessione sul federalismo.

Credo però che a proposito del "potere" sia bene evitare ogni considerazione "metafisica", ancorandone storicamente e materialmente l'analisi — riconoscendo in primo luogo (ed è questo un punto su cui la lezione foucaultiana è per me irrinunciabile) la profonda *eterogeneità*; delle sue forme, delle sue tecniche, dei suoi dispositivi.

⁽⁴⁶⁾ Si veda G. TEUBNER, *La matrice anonima. Quando "privati" attori transnazionali violano i diritti dell'uomo*, in « Rivista critica del diritto privato », XXVI (2006), pp. 9-37.

⁽⁴⁷⁾ G. DUSO, *Oltre il nesso sovranità-rappresentanza*, cit., p. 200.

L'uso che in questo ultimo paragrafo ho fatto del termine *comando* si colloca all'interno di questo orizzonte analitico: riprendendo da Marx la locuzione di derivazione militare *Kommando* (utilizzata ad esempio nei *Grundrisse* per indicare il « lavoro oggettivato come dominio, come comando sul lavoro vivo » e nel capitolo sulla cooperazione del primo libro del *Capitale* per evidenziare i tratti *dispotici* del potere di direzione del processo lavorativo esercitato dal capitalista industriale ⁽⁴⁸⁾), ho cioè riservato il termine « comando » a uno specifico tipo di potere, il *potere del capitale*, di cui ho cercato di fare emergere il progressivo emanciparsi dai tratti « personali » che, ben presenti come si è appena visto nello stesso Marx, connotano altri usi (quello di Duso, in particolare) del termine comando o della coppia concettuale comando — obbedienza (*Befehl* [e non *Kommando*] — *Geborsam* nella sociologia weberiana del potere). Questo sia detto intanto ai fini di una migliore comprensione dei reciproci discorsi. Ma poi anche per ribadire la mia convinzione che un approfondimento dell'analisi del comando (nel senso da me inteso) sia essenziale per valorizzare a pieno le grandi suggestioni proposte da una ricerca come quella di Duso.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. K. MARX, *Lineamenti*, cit., vol. II, p. 73 e Id., *Il Capitale*, Libro I, cit., capitolo 11, in specie p. 404: « in principio il comando del capitale sul lavoro si presentava come conseguenza soltanto *formale* del fatto che l'operaio, invece di lavorare per sé, lavora *per* il capitalista, e quindi *sotto* il capitalista. Con la cooperazione di molti *operai salariati* il comando del capitale si evolve a esigenza della esecuzione del processo lavorativo stesso, cioè a condizione reale della produzione. Ora l'ordine del capitalista sul luogo di produzione diventa indispensabile come l'ordine del generale sul campo di battaglia ». Si tratterebbe ovviamente di sviluppare alla luce della realtà contemporanea lo schema storico di trasformazione del « comando del capitale » qui presentato da Marx. Per un'acuta analisi di questa tematica marxiana all'interno del gruppo di ricerca coordinato da Duso, cfr. G. RAMETTA-M. MERLO, *Potere e critica dell'economia politica in Marx*, in G. Duso (a cura di), *Il potere*, cit., pp. 363-385, in specie pp. 378-380.

Abstracts

HEINZ MOHNHAUPT, *The relationship between legislation, jurisdiction and legal science as sources of law (from the XVIII to the XX century)*.

Laws, customs, judgements and legal science are the main sources of law. In modern constitutions, only legislation and jurisdiction are expressly treated as law-producing tools, though customs and legal science alike conserve some normative force even today. Despite the creation of a centralised sovereign power and the state monopoly in the production of law, in the XVIII and XIX centuries, the forces active in producing law were still many. These sources of law form a mobile system characterised by hierarchical relations that fluctuate, though connected to the primary source: the law. The role of judicial decisions in the XVIII and XIX centuries appears particularly uncertain. The reflection of jurists and the activity of the judge, which targeted filling the gaps of the normative system, are elements that affect law and yet, they require special legitimation, as they enter into conflict with the principle of the division of powers.

VICTOR TAU ANZOÁTEGUI, *Civil case law in Argentine legal culture (XIX-XX century)*.

Case law has a short, though complex, history due to the variety of opinions that concern it. Its relatively recent success has coincided with the maturation of the conditions indispensable for it to perform an important role within the legal system. This essay proposes to show how Argentine jurists brought the role of case law into focus as of the early decades of the XIX century. At the same time, it aims to illustrate the contribution that case law effectively made to the dynamics of the legal system.

ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *The discrete empowerment of the judiciary. The Portuguese Judiciary in Portuguese Liberal Constitutionalism.*

During the 19th and early 20th century, the role of the judiciary was linked to major political issues, namely the meaning and range of separation of powers and the legitimacy of the judiciary — as guardian of the law — to dismiss the old legal order and endorse the new legal order in the case of a dramatic (“illegal”) change of political regime (let us say, as in the case of a revolution).

Although both issues were vehemently discussed throughout Western contemporary constitutionalism, they emerged distinctly in the late 19th century, namely in countries where a crisis of monarchical parliamentarianism was the object of an open and lively debate. This was the case of Portugal, where the crisis of the monarchical regime reached its peak with the instalment of the Republican regime in 1910.

The dominant historical narrative of the period usually emphasizes the political side of the question. My aim is instead to stress how legal disruption touched the very core of the judiciary’s role, putting it in the center of the political turmoil, as the reputed guarantee of the legal ground of the now endangered political system. Thus, the core of the narrative regards the relationship between magistracy and legal and political order, as well as its relation with their subversion. Eventually, I shall briefly describe the way courts and revolutionary institutions mutually react in order to evaluate, after all, the possibility and intensity of radical political changes in a socio-political paradigm dominated by a traditional conception of the “rule of law”.

MARTA LORENTE SARIÑENA, *Legal science and the silence of jurists in Spain without a Code (1808-1889).*

The expression ‘legal science’ is here placed at the centre of an historical analysis that examines the relationship between legal science and judges in Spain over a period of time between the meeting of the Cortes in Cadiz (1810) and the Madrid of the first Spanish Civil Code (1889). The essay confronts this issue bearing in mind the ban on motivating sentences; a ban that was confirmed in the course of the XIX century and that laid the basis for a peculiar judicial culture characterised by the intentional concealment of the scholars’ theories utilised in the settlement of cases.

HANS-PETER HAFERKAMP, *'Pandektistik' and judge-made law.*

The long-familiar notion of Pandectism indulging, in an ivory tower-like manner, in constructions of concepts and not being practically orientated is incorrect. Pandectists were frequently confronted with the practice of courts. Quite often, they were practicing judges themselves, discussing judicial decisions in law lectures and often using cases as bases of their dogmatics. In their constitutional concept, a judge was the most important partner of Pandectist law. For Pandectists, it was a fundamental task to educate judges to be scientists by means of textbooks, legal education and a scientific discourse of dogmatics.

STEFAN GEYER, *The silent strength of concepts. Legal discourse and construction of laws in the jurisprudence of the Reichsgericht: the case of life insurance policies (1879-1914).*

The essay analyses the origin of judge-made law in late nineteenth-century German law and, with this intent, studies the issue of life insurance. The use of this example enables us to show how judges succeeded in formulating a new, and till then, unregulated legal institution. At the same time, the essay shows how the rulings of German judges in the late XIX century had a 'subliminal' binding force. Indeed, the creation of the institution can not be attributed to either law or custom. The legitimacy of the new institution is not inferred by resorting to a deduction from the law or from another pre-existing legal source, but is instead presented as consistent with culture and the legal system. The Reichsgericht's creation of the institution therefore appears to be an acquisition within the legal system.

PIO CARONI, *When Saleilles conversed with Eugen Huber (1895-1911).*

Between 1895 and 1911, when the code was being praised despite there also being anti-positivist stances, Raymond Saleilles and Eugen Huber uninterruptedly exchanged letters, notes and greetings. Recently transcribed and published, these documents reveal to an astonished reader, the intensity of the friendship of these uniquely affine souls, the breadth of their scientific interests and the nobility of their many shared

ideals. They both shared an interest in history and political commitment, and attributed a social function to private law. Especially the letters Saleilles wrote to Huber (conserved en bloc) accompany and comment the painful formulation of the Swiss Civil Code up to its unanimous passage in parliament in December 1907. Saleilles admired and reviewed it, immediately grasping its originality and recognising the Swiss legislator's moderation and courage. Saleilles' letters also suggest a less predictable interpretation of the much discussed relationship between François Gény and Huber, revealing them as committed to achieving hardly comparable objectives.

MICHELE LUMINATI, *Judge-legislators, Swiss style.*

We are acquainted with the genesis of the Swiss Civil Code, closely tied to the figure of Eugen Huber, while its implementation in the context of the federal state has been little studied. The task of guaranteeing an implementation that was both homogeneous and faithful to the legislator's intentions was especially the responsibility of the Federal Court whose makeup was affected by the Swiss Parliament's appointment of figures considered fit to assume this responsibility. Following the suggestions in method of sociologist Pierre Bourdieu, the article analyses the biographies of the judges who made up the Second Division of Civil Law in the attempt to identify the criteria underlying the (political) selection of judges. Two tendencies emerge from the study: on one hand, the requirement of greater professional competences and therefore the disappearance of judges with a prevalently political career behind them and, on the other hand, the search for balance between theorists and experts within the court. What results is a jurisprudence loyal to the legislator's intentions.

CARLOS MIGUEL HERRERA, *Between Equity and Socialism? The judge and the social issue in the French political and cultural debate of the early XX century.*

The judge is at the centre of legal debates in early twentieth-century France. The discussion is characterised by the convergence of three elements: a marked evolution in legal science which renews the theory of the sources of law; the rise of a socialist vision of law which embraces the reformist way; and finally, a movement in jurisprudence which would affect both jurisprudence and the political debate. All of

a sudden, the judge appears to be the institutional figure closest to the movements of social transformation.

Opposite the image of the 'good judge' who decides on the basis of equity, two models take shape: jurisprudence demands an 'objective judge' who bases his findings on the scientific criteria delineated by jurisprudence itself; reformist socialism instead conceives of a judge who becomes guarantor of a law transformed by workers' struggles. The responsibilities assigned to the judge therefore change depending on the point of view: to restore equilibrium among the social classes or to adapt the law to the social needs in order to transform law and society.

OLIVIER JOUANJAN, *Maurice Hauriou and the jurisdictional function.*

Maurice Hauriou did not build a 'theory of the jurisdictional function'. The elements of this theory are scattered throughout his work and develop on two distinct levels, one sociological and historical, the other, theoretical and technical. Tensions or, we may say, even contradictions ensue in several central passages of his theory. The essay outlines Hauriou's sociological position and then pauses on the notion of 'contentieux'. The point is to understand how the thesis whereby the judge's function is a variant of the executive power combines with the principle of the division of powers. Finally, we shall show that justifying the verification of the law's constitutionality does not contradict, in Hauriou, his theory of the executive nature of the jurisdictional power, considering that he supports the essentially political nature of the verification of constitutionality.

MARCO SABBIONETTI, *The metamorphosis of tort: interpretation and creation of law in the case decisions of the Cour de Cassation between the XIX and XX century.*

The essay reconstructs the relationship between the interpretation and creation of law in the case decisions of the Cour de Cassation between the XIX and XX century. With this objective, the analysis concentrates on the institution of liability, illustrating the transformations of this concept in the rulings of the judges who opted for a creative interpretation of the law, driven to this by the economic-social transformation underway in that period. The theory of tort changes as a consequence of the solidaristic ideologies gaining ground: a new

notion of *faute objective* takes shape, and the notion of *risque professionnel* profoundly modifies the traditional picture: now what appears decisive is no longer to attribute guilt, but to regulate the risk connected to the practice of a dangerous activity. Collaboration between legal scholars and judges is decisive in this matter. Its historical reconstruction thus permits us to grasp the emergence of a veritable judge-made law.

DOLORES FREDA, *Stare decisis? The judge under siege in nineteenth-century England.*

The essay focuses on the history of the theorization of the doctrine of binding precedent in England starting from the formulation of the declarative theory in Blackstone's Commentaries and its reception in Lord Mansfield's decision, to the building of a systematic, coherent and structured rule of *stare decisis*, firstly in James Ram's treatise, then in the English courts' judgements, until its consecration in the famous *Beamish vs. Beamish* case. The article highlights that a complete and explicit statement of the doctrine of binding precedent during the second half of the 19th century was possible thanks to the reform and reorganization of the English judiciary system — and the consequent unification, simplification and hierarchization of the courts — by the Judicature Acts, on one side; and thanks to the textual improvement, the regularization of publication and the standardization of the Reports — the collections of cases discussed in the central courts of Westminster — by the Council of Law Reporting, on the other. Furthermore, the essay points out that the final theorization of the rule of *stare decisis* should be connected to the common lawyer's "reaction" to legal positivism and the debate on codification that developed in England during the first half of the 19th century, thanks to the diffusion of Bentham's and Austin's ideas and, at the same time, to the development of the university teaching of English law and the birth of academic doctrine following the foundation of the Oxford School of Jurisprudence during the second half of the century.

MICHAEL LOBBAN, *Legal Theory and Judge-made law in England, 1850-1920.*

For many nineteenth-century English jurists, John Austin's separation of law and morality opened the path for a distinct philosophy of

law which would allow jurists clearly to explain and understand legal concepts. Jurists found the Austinian project of teasing rules out of the common law proved to be of considerable utility in clarifying and arranging the mass of materials found in case law. However, they were troubled by the notion that all law derived from the command of a legislator, and preferred to speak of law in terms of rules which were enforced by a sovereign. This led them to explore the question — largely ignored by Austin — of how the rules were made, and to defend the traditional common law view that judging was an interpretive enterprise, involving a complex mixture of specialist technical and moral reasoning. The article explores these debates, both in the context of projects to digest and codify the law, and in the writings of William Markby, John Salmond and W. Jethro Brown.

VICTOR SAUCEDO, *From court to books: The genealogy of the Victorian debate on the doctrine of conspiracies.*

This article is intended as a hermeneutical intervention in the legal history of the doctrine of conspiracies, and as an intervention in the history of the common law mind. It narrates the genealogy of the Victorian debate about the nature and authority of the common law crime of conspiracy. Contrary to current narratives, this article contends that the kernel of the crime of conspiracy was the distrust of private associations as expressed in the Poulterers' Case (1611). The doctrine of conspiracy emerged as the rule expressed in the Poulterers' Case enriched its content by borrowing from other discrete areas of the law in subsequent judicial decisions. Therefore, the article refutes the thesis that conspiracy was just a convenient label to justify the courts making unauthorized policy decisions. Finally, the Victorian debate on the origins and authority of the crime of conspiracy illustrates the common law's transition from the system of remedies and artificial reason to a system of jurisprudence and the inflexible dogma of *stare decisis*.

MICHELE PIFFERI, *The penal judge and the transformation of criminal jurisprudence in the early twentieth-century United States.*

The paper focuses on several important transformations of the role of criminal law judges in the U.S. legal culture of the progressive era. Both the radical economic and social changes at the beginning of

the 20th century and the great influence of criminology had a significant impact on the role of the judiciary in criminal law strategies. The first part of the paper analyses several revolutionary decisions where the courts decide to overhaul some technicalities in order to carry out a substantial justice avoiding illogical procedural prejudices. The second part focuses on how the rehabilitative ideal and the individualization of punishment influenced the power of the judge in the criminal trial. On the one hand, his powers are extended beyond the limits of the determined sentence, on the other, his prerogatives are curtailed by the clear-cut bifurcation between trial and sentencing phase, the former handled by the judiciary, the latter delegated to an administrative body (prison or parole board). All these transformations deeply modified the constitutional balances between separate powers and the notion of the *nullum crimen* principle in the rule of law.

MASSIMO MECCARELLI, *Judge-made law and autonomy of law in the discursive strategies of legal science between the XIX and XX century.*

Many different ways of intending the relationship between law and society and between jurisprudence and political power appeared between the XIX and XX centuries. This essay intends to explore two terrains. The first is that of the debate on the interpretation of law which, especially in the period astride the two centuries, heard many voices favourable to re-evaluating the role of the jurist. The second terrain is that of the tendency to reconsider the role of the judge; a trend that in many countries (the cases of France, Germany and Italy are considered) leads to cultivating the hypothesis of judge-made law. In any event, however, a vision of law that privileges the unity of the regulatory system prevails. In its final pages, the essay pauses on the current phase of jurisprudential law to evaluate whether, in a European scenario by now connoted by marked pluralism, the autonomy of law can find a new meaning.

ALBERTO SPINOSA, *The logic of modern Codes. Legislation and judicial decisions in nineteenth-century Italian legal science.*

In the course of the XIX century, Italian legal science tends to mitigate the tension between legislation and jurisprudence. Liberal legal culture had come to accept the idea (of Montesquieu) of a judge obliged

to be only the *bouche de la loi*. This idea, however, gradually made room for a different view of interpretation of the law, which considers the judge as guarantor of a moderate and gradual change of the legal system, compatible with the respect of 'tradition'. The essay concisely goes back over this route, shedding light on the characteristics of this unexpected conciliation between jurisprudence and Code.

GIOVANNI CAZZETTA, *Legal national consciousness and practical jurisprudence in early twentieth-century Italy.*

The alliance between legal science and jurisprudence is a peculiarity of Italian civil law following the Unification of Italy. Following Unification, the civil code was felt to correspond to the political, moral and cultural consciousness of the regenerated nation, and as the foundation of a mission shared by legal science as well as by jurisprudence. Quite soon, however, the code model and the sense of the unitarity of the national consciousness entered a crisis. This essay reconstructs the various views of the judge's mission proposed by legal science in a period which sees an increase of the gap between the normative layout of the liberal State and the new demands of society.

MONICA STRONATI, *An idea of solidaristic justice. The good Judge Majetti and the case of "juvenile" jurisprudence in the early XX century.*

Through the figure of judge Raffaele Majetti, this essay intends to study several aspects of the early twentieth-century debate that arose around the role of the judge. Majetti, the "good judge" of Italy, began his activity in the field of juvenile justice. This particular perspective permits us to grasp the judge's role in the Italian legal system. In this context, jurisprudence finds a renewed importance, and even part of the legal scholars of the period supported the solidaristic view that inspired the rulings of a part of jurisprudence.

ORAZIO ABBAMONTE, *Between tradition and authority: judges' policies under Fascism.*

The Author proposes to study Italian jurisprudence during the

twenty years of Fascism in view of grasping the fundamental inspiration of its actions. The jurisprudence of the period assumed a markedly conservative stance in matters where values important for social cohesion were at stake. Jurisdiction considered itself responsible for keeping order and bent the logic of arguments towards attaining this practical objective. We thus witness, though not always, a prevalence of jurisprudential solutions that sacrifice the petitions of excluded or marginal actors of society in the name of preserving order.

Ragguagli fiorentini

ATTIVITÀ DEL CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO
NELL'ANNO ACCADEMICO 2009-2010

Sono stati graditi ospiti del 'Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno' per un soggiorno di studio il dott. Ricardo SONTAG dell'Universidade Federal de Santa Catarina di Florianopolis (Brasile), il dott. Antonio RUIZ, dell'Universidad Carlos III di Madrid, il dott. Neng DONG dell'East China University of Political Science and Law di Shanghai, il dott. Javier INFANTE MARTIN dell'Universidad de Navarra, il prof. Jesus VALLEJO dell'Universidad de Sevilla, il dott. Walter GUANDALINI JUNIOR dell'Universidade Federal do Paraná (Brasile).

È stato pubblicato il volume 39 dei 'Quaderni fiorentini', per un totale di pp. 945, con saggi, fra gli altri, di CLAVERO, GROSSI, FIORAVANTI, HESPANHA, DIEHR, LACCHÈ, ROMAGNOLI, COSTA, CASSESE, ZAGREBELSKY, PETIT, CAVALLO, MAZZARELLA, BARBIERI, VALLONE, LUCARINI. Completano il volume ampie sezioni dedicate a Letture, Discussioni, A proposito di., Testimonianze.

Nella 'Biblioteca' del Centro sono stati pubblicati il volume 88, in due tomi, di MARIO SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*; il volume 89: ARTURO CARLO JEMOLO, *Lettere a Mario Falco*, tomo II, (1928-1943), a cura di MARIA VISMARA MISSIROLI; il volume 90 di SABINO CASSESE, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*.

Si è tenuta in data 30 marzo 2010, nell'Aula Rossa di Villa Ruspoli, in collaborazione con l'Accademia della Crusca e la Facoltà di Giurisprudenza fiorentina, la presentazione del volume di Piero Fiorelli, *Le parole del diritto*: sono intervenuti, con l'Autore, la direttrice dell'Accademia, Prof.ssa Nicoletta Maraschio, il prof. Luca Serianni, il dr. Federigo Bambi.

Si è tenuto in data 3 e 4 giugno 2010 il seminario *Territori di*

confine: seminari di lettura tra storia e diritto, dedicato quest'anno a *Progetto e tradizione nelle rappresentazioni dell'esperienza giuridica*, organizzato ed ideato dai giovani ricercatori afferenti al Centro.

È stata portata a compimento la catalogazione in Aleph del Catalogo di Ateneo dell'Università di Firenze del 'Fondo Grossi' e del Fondo SPGM, che costituiscono, con i loro quasi 10.000 volumi, la biblioteca specializzata del Centro. A chiusura del seminario del 4 giugno 2010, si è tenuta la presentazione solenne del Fondo, alla presenza del Rettore, prof. Alberto Tesi, del Pro Rettore Vicario, prof. Michele Papa, della dirigente del Servizio bibliotecario di Ateneo, dott. Giulia Maraviglia, della direttrice della Biblioteca di Scienze sociali, dott. Lucilla Conigliello e dello stesso Prof. Paolo Grossi.

Nel corso del 2010, l'inserimento in Internet, nel sito del Centro (www.centropgm.unifi.it : pagina "Quaderni on line") dei numeri arretrati dei Quaderni fiorentini, è giunto sino al vol. 36, edito nel 2007. Sono stati inseriti in rete anche tutti gli 8 volumi della Biblioteca che raccolgono gli *Atti* dei Convegni organizzati dal Centro, a far data dal 1972.

Si è concluso, con la positiva discussione di 4 tesi, il ciclo 22° del dottorato in "Universalizzazione dei sistemi giuridici: storia e teoria". La mancata pubblicazione, nel corso del 2010, del bando per il ciclo 26° (avvenuta soltanto in data 14 febbraio 2011), non ha consentito, invece, l'avvio di nuovi corsi di alta formazione.

PIETRO COSTA, <i>Pagina introduttiva. Giudici, giuristi (e legislatori): un “castello dei destini incrociati”?</i>	1
HEINZ MOHNHAUPT, <i>Das Verhältnis zwischen Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft als Rechtsquellenproblem (18. bis 20. Jahrhundert)</i>	19
VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, <i>La jurisprudencia civil en la cultura jurídica argentina (s. XIX-XX)</i>	53
ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, <i>The discrete empowerment of judiciary. The Portuguese Judiciary in Portuguese Liberal Constitutionalism</i>	111
MARTA LORENTE SARIÑENA, <i>La doctrina legal y el silenciamiento de los juristas en una España sin Código (1808-1889)</i>	135
HANS-PETER HAFERKAMP, <i>Pandektistik und Gerichtspraxis</i>	177
STEFAN GEYER, <i>Von der stillen Kraft der Begriffe. Rechtsdiskurs, Gesetzesbindung und Normbildung in der Rechtsprechung des Reichsgerichts am Beispiel der Implementierung der Lebensversicherung in das allgemeine Vermögensrecht (1879-1914)</i>	213
PIO CARONI, <i>Quando Saleilles dialogava con Eugen Huber (1895-1911)</i>	265
MICHELE LUMINATI, <i>Giudici-legislatori, alla maniera elvetica</i>	303
CARLOS MIGUEL HERRERA, <i>Entre équité et socialisme? Le juge et la question sociale dans le débat politico-doctrinal français du début du XXe siècle</i>	331
OLIVIER JOUANJAN, <i>Maurice Hauriou et la fonction juridictionnelle</i>	367
MARCO SABBIONETI, <i>Le metamorfosi dell'illecito civile: interpretazione e creazione del diritto nella giurisprudenza della Cour de Cassation tra Ottocento e Novecento</i>	397
DOLORES FREDA, <i>Stare decisis? Il giudice assediato nell'Inghilterra dell'Ottocento</i>	469
MICHAEL LOBBAN, <i>Legal Theory and Judge-made law in England, 1850-1920</i>	553
VICTOR SAUCEDO, <i>From court to books: the genealogy of the victorian debate on the doctrine of conspiracies</i>	595
MICHELE PIFFERI, <i>Il giudice penale e le trasformazioni della criminal jurisprudence negli Stati Uniti ad inizio Novecento</i>	687
MASSIMO MECCARELLI, <i>Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto nelle strategie discorsive della scienza giuridica tra Otto e Novecento</i>	721
ALBERTO SPINOSA, <i>“L'economia dei Codici moderni”. Legislazione e giurisprudenza nella dottrina italiana dell'Ottocento</i>	747

GIOVANNI CAZZETTA, <i>Coscienza giuridica nazionale e giurisprudenza pratica nel primo Novecento italiano</i>	781
MONICA STRONATI, <i>Un'idea di giustizia solidale. Il buon giudice Majetti e il caso della giurisprudenza "minorile" nel primo Novecento</i>	813
ORAZIO ABBAMONTE, <i>Fra tradizione ed autorità: la formazione giurisprudenziale del diritto durante il ventennio fascista</i>	869

LETTURE

Th. CASADEI, L. RE (a cura di), <i>Discriminazione razziale e controllo sociale</i> (G. Moscati)	969
F. M. DE SANCTIS, <i>"Luoghi" e "tempi" del pensiero giuridico</i> (S. Chignola)	974
D. GARLAND, <i>Peculiar Institution. America's Death Penalty in an Age of Abolition</i> (E. Grande)	985
FASCISMO E DIRITTO (a cura di I. Stolzi)	993
S. CASSESE, <i>Lo stato fascista</i> ; A. GAGLIARDI, <i>Il corporativismo fascista</i> (I. Stolzi)	993
PROFILI DI GIURISTI (a cura di M. Gregorio)	1003
L. BORSI, <i>Nazione, democrazia, Stato. Zanichelli e Arangio-Ruiz</i> (M. Gregorio)	1003
D. BRESCHI, <i>Spirito del Novecento. Il secolo di Ugo Spirito dal fascismo alla contestazione</i> (M. Gregorio)	1010

A PROPOSITO DI

FEDERIGO BAMBI, <i>Costituzione, rappresentanza e unità. Alcune considerazioni tra lingua e diritto</i>	1019
ITALO BIROCCHI, DIEGO QUAGLIONI, ALDO MAZZACANE, <i>La tradizione giuridica occidentale nella prospettiva della sua crisi presente</i>	1031
BARTOLOMÉ CLAVERO, <i>Cláusula Colonial en el Derecho Internacional y Alguna Otra Contrariedad para la Historia de los Derechos Humanos</i>	1061
GIOVANNANGELO DE FRANCESCO, <i>Giustizia penale e diritti fondamentali nel pensiero di Guliano Vassalli</i>	1099
STEFANO DE LUCA, <i>Il difficile apprendistato. La Charte, le due France e i partiti alla seconda prova (1815-1816)</i>	1109
SANDRO MEZZADRA, <i>(Ri)pensare il federalismo nella crisi della forma politica moderna</i>	1129

ABSTRACTS	1151
---------------------	------

RAGGUAGLI FIORENTINI

<i>Attività del Centro di Studi per la storia del pensiero giuridico moderno nell'anno accademico 2009-2010</i>	1165
---	------

Contents

PIETRO COSTA, <i>Introductory Remarks. Judges, jurists (and legislators): A “castle of crossed destinies?”</i>	1
HEINZ MOHNHAUPT, <i>The relationship between legislation, jurisdiction and legal science as sources of law (from the XVIII to the XX century)</i>	19
VICTOR TAU ANZOÁTEGUI, <i>Civil case law in Argentine legal culture (XIX-XX century)</i>	53
ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, <i>The discrete empowerment of the judiciary. The Portuguese Judiciary in Portuguese Liberal Constitutionalism</i>	111
MARTA LORENTE SARIÑENA, <i>Legal science and the silence of jurists in Spain without a Code (1808-1889)</i>	135
HANS-PETER HAFERKAMP, <i>‘Pandektistik’ and judge-made law</i>	177
STEFAN GEYER, <i>The silent strength of concepts. Legal discourse and construction of laws in the jurisprudence of the Reichsgericht: the case of life insurance policies (1879-1914)</i>	213
PIO CARONI, <i>When Saleilles conversed with Eugen Huber (1895-1911)</i>	265
MICHELE LUMINATI, <i>Judge-legislators, Swiss style</i>	303
CARLOS MIGUEL HERRERA, <i>Between Equity and Socialism? The judge and the social issue in the French political and cultural debate of the early XX century</i>	331
OLIVIER JOUANJAN, <i>Maurice Hauriou and the jurisdictional function</i>	367
MARCO SABBIONETI, <i>The metamorphosis of tort: interpretation and creation of law in the case decisions of the Cour de Cassation between the XIX and XX century</i>	397
DOLORES FREDA, <i>Stare decisis? The judge under siege in nineteenth-century England</i>	469
MICHAEL LOBBAN, <i>Legal Theory and Judge-made law in England, 1850-1920.</i>	553
VICTOR SAUCEDO, <i>From court to books: The genealogy of the Victorian debate on the doctrine of conspiracies</i>	595
MICHELE PIFFERI, <i>The penal judge and the transformation of criminal jurisprudence in the early twentieth-century United States</i>	687
MASSIMO MECCARELLI, <i>Judge-made law and autonomy of law in the discursive strategies of legal science between the XIX and XX century</i>	721
ALBERTO SPINOSA, <i>The logic of modern Codes. Legislation and judicial decisions in nineteenth-century Italian legal science</i>	747
GIOVANNI CAZZETTA, <i>Legal national consciousness and practical jurisprudence in early twentieth-century Italy</i>	781

MONICA STRONATI, <i>An idea of solidaristic justice. The good Judge Majetti and the case of "juvenile" jurisprudence in the early XX century</i>	813
ORAZIO ABBAMONTE, <i>Between tradition and authority: judges' policies under Fascism</i>	869
 <i>REVIEWS</i>	
Th. CASADEI, L. RE (a cura di), <i>Discriminazione razziale e controllo sociale</i> (G. Moscati)	969
F. M. DE SANCTIS, <i>"Luoghi" e "tempi" del pensiero giuridico</i> (S. Chignola)	974
D. GARLAND, <i>Peculiar Institution. America's Death Penalty in an Age of Abolition</i> (E. Grande)	985
 FASCISM AND THE LAW (by I. Stolzi)	
S. CASSESE, <i>Lo stato fascista</i> ; A. GAGLIARDI, <i>Il corporativismo fascista</i> (I. Stolzi) .	993
 JURISTS (by M. Gregorio)	
L. BORSI, <i>Nazione, democrazia, Stato. Zanichelli e Arangio-Ruiz</i> (M. Gregorio) .	1003
D. BRESCHI, <i>Spirito del Novecento. Il secolo di Ugo Spirito dal fascismo alla contestazione</i> (M. Gregorio)	1010
 <i>READINGS</i>	
FEDERIGO BAMBI, <i>Constitution, representation and the Italian Risorgimento. Some considerations about the relationship between language and law</i>	1019
ITALO BIROCCHI, DIEGO QUAGLIONI, ALDO MAZZACANE, <i>The legal western tradition and its present crisis</i>	1031
BARTOLOMÉ CLAVERO, <i>About decolonization and the evolution of international human rights</i>	1061
GIOVANNANGELO DE FRANCESCO, <i>Criminal justice and fundamental rights in the thought of Giuliano Vassalli</i>	1099
STEFANO DE LUCA, <i>A difficult training (about Constant's Works, 1815-1816)</i> . . .	1109
SANDRO MEZZADRA, <i>Rethinking Federalism</i>	1129
 ABSTRACTS	
	1151
 CENTRO DI STUDI PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO	
<i>Activities in the year 2009-2010</i>	1165

I collaboratori del « Quaderno » 40

Heinz MOHNHAUPT

Wissenschaftler — Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte

Víctor TAU ANZOÁTEGUI

Director — Instituto de investigaciones de historia del derecho

António Manuel Hespanha

Catedrático de História de direito — Universidade Nova de Lisboa

Marta LORENTE SARIÑENA

Catedrática de Historia del Derecho — Universidad Autónoma de Madrid

Hans-Peter HAFERKAMP

Ordentlicher Professor für Bürgerliches Recht, Neuere Privatrechtsgeschichte und Deutsche Rechtsgeschichte — Universität Köln

Stefan GEYER

Wissenschaftlicher Mitarbeiter — Universität Zürich

Pio CARONI

Prof. Emeritus — Universität Bern

Michele LUMINATI

Ordinarius für Rechtsgeschichte, Juristische Zeitgeschichte und Rechtstheorie — Universität Luzern

Carlos Miguel HERRERA

Professeur des universités, Directeur du Centre de philosophie juridique et politique — Université de Cergy-Pontoise

Olivier JOUANJAN

Professeur des universités, Directeur adjoint de l'Institut de Recherches Carré de Malberg — Université de Strasbourg

Marco SABBIONETI

Ricercatore di storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

Dolores FREDA

Ricercatore di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Napoli 'Federico II'

Michael LOBBAN

Professor of Legal History — Queen Mary, University of London

Victor SAUCEDO

Miembro del Grupo Rudolf von Jhering — Universidad de Huelva

Michele PIFFERI

Prof. Associato di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Ferrara

Massimo MECCARELLI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Macerata

Alberto SPINOSA

Assegnista di ricerca — Università di Ferrara

Giovanni CAZZETTA

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Ferrara

Monica STRONATI

Ricercatore di storia del diritto medievale e moderno — Università di Macerata

Orazio ABBAMONTE

Prof. Ordinario di Storia della giustizia — Seconda Università di Napoli

Giuseppe MOSCATI

Dottore di ricerca in Filosofia e scienze umane — Università di Perugia

Sandro CHIGNOLA

Prof. Ordinario di Filosofia politica — Università di Padova

Elisabetta GRANDE

Prof. Ordinario di Diritto Comparato — Università del Piemonte Orientale

Irene STOLZI

Ricercatore di storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

Massimiliano GREGORIO

Ricercatore di storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

Federigo BAMBI

Ricercatore di storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

Italo BIROCCHI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Roma
'La Sapienza,

Diego QUAGLIONI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Trento

Aldo MAZZACANE

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Napoli
'Federico II'

Bartolomé CLAVERO

Catedrático de Historia del derecho — Universidad de Sevilla

Giovannangelo DE FRANCESCO

Prof. Ordinario di Diritto penale — Università di Pisa

Stefano DE LUCA

Prof. Associato di Storia delle dottrine politiche — Università Suor Orsola
Benincasa

Sandro MEZZADRA

Prof. Associato di Storia delle dottrine politiche — Università di Bologna