

per la storia
del pensiero
giuridico
moderno

41

2012

**QUADERNI
FIORENTINI**

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

41

(2012)



GIUFFRÈ EDITORE

PIETRO COSTA

PAGINA INTRODUTTIVA

Il volume 41 (2012) dei « Quaderni Fiorentini » ha un carattere miscelaneo. Casuali, quanto fortunate, circostanze hanno però fatto sì che i contributi pervenuti al nostro comitato di redazione (e sottoposti al procedimento del ‘peer review’) appaiano riconducibili ad aree tematiche, non solo intrinsecamente omogenee, ma anche coerenti con linee di indagine sviluppate nel corso del tempo dalla nostra rivista.

Direttamente connesso con il ‘Quaderno’ precedente è il saggio di Pierre-Nicolas Barenot et Nader Hakim, dedicato al problema del rapporto fra giurisprudenza e dottrina nella Francia dell’Otto-Novecento. È stato infatti il tema del diritto giurisprudenziale (riflesso nello specchio della dottrina) a costituire il filo conduttore del volume 40 dei ‘Quaderni’. Il contributo di Barenot e Hakim è quindi una preziosa occasione per approfondire un tema tanto complesso quanto interessante. Il diritto giurisprudenziale è d’altronde un tema ‘strategico’ anche nel dibattito odierno perché a sua volta rinvia al delicatissimo e ‘fondante’ argomento delle ‘fonti del diritto’. Ed è proprio a questo tema che dedica importanti riflessioni il saggio di Florent Garnier, che studia il problema della consuetudine nella commercialistica francese fra Otto e Novecento.

In sostanziale continuità con il tema monografico — il diritto coloniale — affrontato dai « Quaderni Fiorentini » in un volume relativamente recente (il volume 33-34 del 2004-2005) si presenta un nutrito gruppo di saggi dedicati all’esperienza della colonizzazione. Antonio Hespanha mette a fuoco i caratteri complessivi della colonizzazione portata avanti dall’impero portoghese: un impero che l’autore definisce poco ‘imperiale’, in quanto « eterogeneo » e « decentralizzato » e proprio per questo incline al mantenimento del

‘pluralismo’ e del ‘particolarismo’ giuridico nei territori sottomessi, pur nei limiti della loro soggezione politica e nel rispetto dell’onere della loro ‘cristianizzazione’.

Ancora di una grande Monarchia colonizzatrice — la monarchia spagnola — parlano i saggi redatti da Andrea Landi e da Alejandro Agüero, che si muovono in prospettive diverse, ma in qualche modo complementari. Landi concentra la sua attenzione su Juan de Solórzano y Pereira, ricostruendo le argomentazioni che permettevano di sostenere l’estensione della tradizione di *ius commune* alle Indie occidentali, nella convinzione (che era stata anche di Vitoria) di poter decifrare e disciplinare il Nuovo Mondo assumendolo idealmente come incluso in un ordine già previamente e saldamente definito in ogni sua parte. Agüero invece assume come *case study* l’amministrazione della giustizia in un’area specifica (Córdoba del Tucumán) e si accinge a mostrare l’inevitabile distanza fra i modelli teorici e il diritto vivente. L’ipotesi ricostruttiva dell’autore è che, nella remota colonia argentina, i meccanismi ‘centralistici’ cedevano il posto a un processo di ‘localizzazione’, di ‘particolarismo’, che avrebbe inciso a fondo sull’esperienza giuridica dei paesi ‘colonizzati’.

È ancora con le tracce, gli effetti o i postumi della colonizzazione che ci mette in contatto il saggio di Bartolomé Clavero, che in tutta la sua recente attività (e in numerosi, illuminanti saggi pubblicati nei nostri ‘Quaderni’) ha riflettuto sul complicato intreccio fra un lontano passato ‘coloniale’, una vicina esperienza di ‘decolonizzazione’ e un presente, al contempo, ‘post-coloniale’ e ‘globale’. Di questo intreccio il saggio di Clavero dà conto interrogandosi sulla ricorrente tensione fra i diritti e il potere: fra i diritti, che dal secondo dopoguerra in poi vengono proposti con enfasi crescente come l’obbligata sintassi etico-giuridica di un idioma ‘universale’, e il potere, che evoca ormai non più o non soltanto l’arcaico Leviatano, bensì le aggiornate e invasive tecnologie delle imprese multinazionali. Per cogliere le caratteristiche di questa tensione Clavero si sofferma su uno dei suoi più delicati punti critici: i diritti dei popoli indigeni di fronte alla logica (e alla pratica) di un’appropriazione ‘privatistica’ di beni indisponibili.

Il saggio di Clavero appare dunque ispirato all’esigenza di dilatare lo spazio ‘geo-politico’ di una storiografia giuridica ormai a

disagio nell'angusto perimetro degli Stati-nazione otto-novecenteschi. È in questa prospettiva che si muove un giurista sensibile alla storia e alla comparazione come Francesco Macario, pubblicando nella nostra rivista un saggio dedicato al nuovo diritto europeo dei contratti. E anche in questo caso il saggio di Macario si connette felicemente con un grande fenomeno storico (la formazione dell'ordine giuridico europeo) assunto qualche anno fa dalla nostra rivista come tema di un suo volume monografico (il volume 31°, del 2002).

Se dunque numerosi saggi si congiungono spontaneamente con le analisi sviluppate in numeri recenti dei 'Quaderni', altri contributi sono in ideale continuità non tanto con singoli volumi monografici, quanto con ricorrenti e fondamentali preoccupazioni tematiche della nostra rivista.

Fino dalle origini i «Quaderni Fiorentini» hanno assunto come una dimensione costitutiva della cultura giuridica la riflessione filosofica, tanto da destinare ad essa un'apposita 'sezione' (intitolata a 'Modelli e dimensioni'). A questa sezione appartengono i saggi di Giuseppe Duso, Paulo Ferreira da Cunha e Paolo Slongo. Giuseppe Duso prosegue la sua appassionante e illuminante indagine sul concetto di rappresentanza soffermandosi sul nesso fra rappresentanza e rappresentazione nel quadro della teologia politica schmittiana, mentre il giusfilosofo portoghese affronta (e relativizza) la 'classica' contrapposizione fra il giusnaturalismo 'antico' e il giusnaturalismo 'moderno', inseguendo le molteplici e talvolta inopinate trasformazioni del diritto naturale fino ai recenti sviluppi del 'neocostituzionalismo'. Di legge naturale parla anche Paolo Slongo, attraverso una puntuale lettura delle pagine di Montesquieu. Emerge per questa via la feconda tensione fra un'idea razionalistica e tendenzialmente universalistica della legge e l'attenzione alla varietà e alla storicità delle concrete esperienze, dei costumi, delle *mœurs*; una tensione che dal neo-scetticismo tardo-cinquecentesco raggiunge l'*Esprit des lois*.

Gode di uno spazio rilevante in questo volume dei 'Quaderni' la tematica storico-costituzionalistica. Uno dei documenti fondativi della storia costituzionale è indubbiamente la costituzione di Cadice, di cui ricorre l'anniversario; ed è quindi quanto mai benvenuta la presentazione complessiva del processo costituente gaditano offer-

taci da un profondo conoscitore della vicenda storico-costituzionale spagnola quale Joaquín Varela Suanzes-Carpegna. Di una fase successiva del costituzionalismo liberale si occupa Ferdinando Mazzarella, che ricostruisce le inadempienze e le insufficienze dello Stato otto-novecentesco di fronte alle pressioni di una società sempre più diversificata e complessa. A una terza fase della parabola costituzionalistica — la fase della democrazia costituzionale nel secondo dopoguerra — si riferisce il saggio di Maurizio Fioravanti, che affronta in quella cornice il problema della cittadinanza: un punto cruciale (o, se si preferisce, un nervo scoperto) dell'odierno dibattito, dal momento che entrano in contatto (e in frizione) fra loro la dimensione universalistica dei diritti fondamentali e il momento dell'appartenenza dei cittadini a una specifica comunità politica (inevitabilmente 'particolaristica').

Un tratto costitutivo dei 'Quaderni' è il 'dialogo con i giuristi': un dialogo che il fondatore della nostra rivista, Paolo Grossi, ha coltivato in tutto l'arco della sua attività. Un'espressione (nell'attuale 'Quaderno') di questo dialogo ininterrotto è il saggio che proprio Grossi dedica alle 'prolusioni' dei civilisti italiani, mostrando come esse, in un lungo arco di tempo (dal secondo Ottocento al secondo Novecento), siano state l'espressione e il tramite di una cultura giuridica spesso propositiva e innovativa.

Il giurista è, come è ovvio, il referente obbligato dei 'Quaderni'. È comprensibile quindi che in molte occasioni la nostra rivista si sia soffermata sulla personalità di singoli giuristi. È quanto avviene anche con il 'Quaderno' 41°, che dedica tutta la sua terza sezione ('Figure dell'esperienza') alla presentazione di alcuni personaggi di rilievo.

Ferdinando Mazzarella studia un giurista — Giuseppe Vadalà-Papale — rappresentativo di quella cultura positivista tardo-ottocentesca, che, travolta dagli idealismi del primo Novecento, ha sofferto di una lunga eclisse storiografica, finalmente interrotta da una messe di studi che ne esplorano le molteplici espressioni. Paolo Grossi ci offre una nitida e partecipe illustrazione del pensiero di una delle principali figure della civilistica del Novecento, Luigi Mengoni, mentre Francesco Saverio Nisio si sofferma sulla riflessione di Jean Carbonnier, mostrandone il retroterra culturale e lo spessore filosofico.

Vadalà-Papale, Mengoni e Carbonnier sono personaggi del passato, recente o meno recente. Appartiene invece al nostro presente il quarto autore, António Manuel Hespanha, studiato e discusso da Bartolomé Clavero. Clavero ed Hespanha hanno almeno due caratteristiche in comune: quella di essere autori di opere fra le più originali e influenti nell'ambito dell'odierna storiografia giuridica e quella di essere, da sempre, amici dei 'Quaderni' e loro preziosi collaboratori. È quindi un doppio privilegio per la nostra rivista poter operare come tramite e 'moltiplicatore' di un loro 'dialogo a distanza'.

Con il 2012 giungono al loro naturale esaurimento, dopo un doppio 'mandato', gli oneri affidati nell'ultimo decennio a Bernardo Sordi e a me: rispettivamente, la direzione del Centro di Studi per la storia del pensiero giuridico e la cura redazionale dei 'Quaderni Fiorentini'. Il Consiglio del 'Centro' (di cui i « Quaderni Fiorentini » sono espressione) ha affidato per il prossimo quinquennio la direzione del 'Centro' a Paolo Cappellini e la direzione dei 'Quaderni' a Giovanni Cazzetta: due storici del diritto noti a tutti gli amici dei 'Quaderni' per la loro apertura culturale e per la loro profonda conoscenza della modernità giuridica nella molteplicità delle sue componenti.

La nostra rivista ha ormai una lunga storia alle spalle, ma continua ad avere, a mio avviso, un preciso ruolo da svolgere nell'ambito dell'odierna storiografia. L'attiva collaborazione di colleghi illustri che hanno accettato di far parte del Comitato scientifico della rivista è, in questo senso, una garanzia di decisiva importanza. Il cambio della direzione sarà a sua volta un elemento capace di rafforzare lo slancio e la vitalità delle nostre iniziative. Che dunque i « Quaderni Fiorentini » possano essere anche nei prossimi anni un felice punto di incontro fra studiosi interessati a interrogarsi sulla dimensione storico-culturale del diritto è, più che un semplice auspicio, una fondata aspettativa.

Modelli e dimensioni

GIUSEPPE DUSO

RIPENSARE LA RAPPRESENTANZA
ALLA LUCE DELLA TEOLOGIA POLITICA

1. Il compito di ripensare la rappresentanza. — 2. Il moderno concetto di rappresentanza politica. — 3. La mancata dimensione politica del cittadino. — 4. La teologia politica e la struttura della rappresentazione. — 5. Rappresentanza e immanenza nel dispositivo moderno della sovranità. — 6. Il paradigma del potere e il problema del governo. — 7. La rappresentanza tra governo e pluralità.

1. *Il compito di ripensare la rappresentanza* (*).

In questo intervento non si intende fornire un quadro compiuto del tema della rappresentazione, delle linee e delle tradizioni che storicamente ne hanno segnato il significato, della sua centralità per il pensiero della politica e delle trasformazioni che il suo ruolo è venuto ad assumere nella realtà complessa della nostra democrazia rappresentativa. A questo proposito bisogna ricordare che il contributo più rilevante è costituito dal volume sulla rappresentazione di Hasso Hofmann, ora finalmente tradotto anche in italiano ⁽¹⁾ e destinato a imporsi nel dibattito scientifico che ha finora spesso avuto altri riferimenti rituali. Lo scopo è invece quello di compiere un passo ulteriore in relazione a un lavoro di ricerca svolto sulla rappresentanza politica, il cui contenuto viene presupposto e in parte ripreso ⁽²⁾. In quel volume il tentativo è stato quello di

(*) Questo saggio riprende e amplia il contributo presentato alla Summer School organizzata nei giorni 9-14 febbraio 2009 presso l'Università di Palermo e dedicata al tema « Rappresentanza-rappresentazione ».

⁽¹⁾ Mi riferisco a H. HOFMANN, *Rappresentanza-rappresentazione. Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento*, Giuffrè, Milano, 2007.

⁽²⁾ G. DUSO, *La rappresentanza politica: genesi e crisi del concetto*, FrancoAngeli, Milano, 2003 (che ha ripreso una prima versione costituita da *La rappresentanza: un*

mostrare come il *concetto moderno di rappresentanza politica* presenti una logica che impedisce di risolvere l'agire rappresentativo nel rispecchiamento di volontà pre-esistenti. La rappresentanza moderna non ha infatti il compito di riportare ad un livello più alto la volontà particolare di qualcuno, gruppo o partito, o una presunta volontà degli elettori (che, essendo individui diversi e innumerevoli, sono, in quanto tali, irrepresentabili), quanto piuttosto di dare forma alla volontà del soggetto collettivo, che solo mediante l'azione rappresentativa viene ad assumere un contenuto determinato.

La logica del moderno concetto di rappresentanza emerge con evidenza qualora se ne ravvisi la genesi in quella *nuova scienza politica* che, tra la metà del XVII secolo e il periodo della rivoluzione francese, si presenta nella veste del *Diritto naturale*. Un contributo illuminante a questo proposito è costituito, come è noto, dalla tematizzazione schmittiana, che ha ravvisato come struttura del concetto un movimento in cui *si rende presente ciò che è, per sua natura, assente*, dunque ciò che non è identificabile in una realtà empirica, ma che comporta invece una dimensione ideale. È questa struttura che risulta intrecciata, nei modi su cui si tornerà in seguito a riflettere, con la tematica della *teologia politica*.

La lucida analisi schmittiana ci aiuta ad intendere la logica del concetto di rappresentanza, ma anche le sue aporie. Tuttavia queste aporie non spingono Schmitt al superamento del concetto, risultato strettamente legato a quello di sovranità, e il suo atto di radicalizzazione resta incompiuto, come ha mostrato Voegelin, che considera il giurista tedesco prigioniero della scienza politica moderna e di quella logica del concetto per la quale l'agire rappresentativo è attribuibile solamente a chi esercita il potere, con la conseguente perdita del senso trascendentale della rappresentazione, che dovrebbe, in quanto tale, coinvolgere la prassi di tutti ⁽³⁾. L'analisi schmittiana non ci porta allora al superamento del concetto moderno di rappresentanza e ad una concezione diversa della prassi politica. Perciò il volume *La rappresentanza politica* si chiudeva con l'osten-

problema di filosofia politica, FrancoAngeli, Milano, 1988, completandola con un capitolo dedicato a « Genesi e logica della rappresentanza politica moderna », pp. 55-119).

⁽³⁾ Cfr. *Filosofia e crisi della scienza politica: Eric Voegelin*, in *La rappresentanza politica* cit., sp. pp. 207-211.

sione delle aporie del concetto moderno di rappresentanza alla luce della struttura che in essa emerge e con il compito di pensare la politica in modo diverso.

I lavori di ricerca successivi hanno avuto esiti che non possono non avere ricaduta sulla tematica in questione. Essi si sono mossi in parte nella direzione dell'analisi dell'assetto che la forma politica moderna ha assunto nella costituzione democratica. In questa il ruolo strutturante che la rappresentanza ha per la costituzione e insieme per la legittimazione del potere è apparso con tutta evidenza. Ma nello stesso tempo è stato messo in rilievo anche l'effetto di *spoliticizzazione* che ne deriva per i cittadini e la difficoltà strutturale di pensare la loro partecipazione alle decisioni politiche (4). Ciò ha permesso di identificare alcune aporie della forma politica democratica e ha spinto ad allargare l'orizzonte dell'analisi, per intendere modalità di pensare la politica diverse da quelle che sono state determinate dalla genesi dei concetti politici moderni: si pensi alla tematica della *costituzione mista* e alla ricchezza costituzionale della *Politica* di Althusius (5). Tali ricerche non hanno certo avuto il senso di trovare modelli in tradizioni di pensiero e realtà storiche da noi lontane, ma piuttosto quello di intendere la non universalità dei concetti che si possono definire "moderni" e insieme l'utilità dell'attraversamento di altri modi di pensare la politica per poterci confrontare con la nostra realtà al di là del paraocchi costituito da concetti ritenuti ovvi.

La riflessione sulle aporie della forma democratica e insieme sulla impossibilità di utilizzarne i concetti e le procedure per intendere processi in corso, come quelli che danno luogo all'Unione

(4) Si vedano i volumi G. DUSO (a cura), *Oltre la democrazia. Un itinerario attraverso i classici*, Carocci, Roma, 2004, G. DUSO-J.F. KERVÉGAN, (ed.) *Crise de la démocratie et gouvernement de la vie*, Polimettrica, Monza, 2007 (www.polimettrica.com: parte dei saggi sono contenuti anche nel fascicolo di « Filosofia politica », 3/2006, dedicato alla democrazia).

(5) Cfr. il fascicolo 1/2005 di « Filosofia politica » dedicato alla *costituzione mista*, i cap. III e IV di G. DUSO, *La logica del potere. Storia concettuale come filosofia politica*, ora, Polimettrica, Monza, 2007 (www.polimettrica.com) e i diversi lavori su Althusius (una sintesi sul suo pensiero politico in G. DUSO, (a cura), *Il potere. Per la storia della filosofia politica moderna*, Carocci, Roma, 1999).

europea ⁽⁶⁾ e che trasformano la stessa realtà statale, ha anche stimolato un tentativo di affondo nella direzione di come, in positivo, si possa pensare insieme unità e pluralità, oltre la morsa dell'unità che caratterizza la forma politica moderna. Emergono in questi tentativi una serie di categorie, *in primis* quelle di *governo* e *pluralità*, che sembrano utili per pensare la politica in una direzione che si può definire *federalistica*, con l'avvertenza che il termine di *federalismo* va al di là del significato che spesso lo caratterizza, e intende indicare un modo diverso di pensare la politica da quello che ha determinato l'arco che va dalla sovranità alla costituzione democratica ⁽⁷⁾.

Accanto a questi studi sulla dimensione costituzionale, è proseguita la riflessione teoretica sulla modalità del lavoro di ricerca storico-concettuale. Pur rivelandosi quest'ultimo indispensabile strumento per una comprensione dei concetti moderni e per quella loro interrogazione che manifesta un carattere filosofico, tuttavia è emersa anche un'altra esigenza della filosofia politica, a cui è pertinente, come i Greci insegnano, un intento pratico ⁽⁸⁾. Si tratta cioè di quella dimensione più arrischiata attraverso la quale si tende a comprendere la realtà in cui si vive e nello stesso tempo ad avere punti di riferimento per orientare la prassi.

Alla luce di questo percorso effettuato sembra utile tornare a pensare il tema della rappresentazione nella sua dimensione politica. Se fosse vero, come è apparso in questo percorso di ricerca, che il concetto moderno di rappresentanza rivela una struttura teoretica (che è il vero cuore della *teologia politica*), senza di cui non è nemmeno formulabile, ma che finisce con il tradire e non permettere

⁽⁶⁾ Si veda ad esempio *L'Europa e la fine della sovranità*, « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 31 (2002), pp. 109-139.

⁽⁷⁾ Cfr. *La democrazia e il problema del governo*, « Filosofia politica », XX (2006), n. 3, pp. 367-390 e *Oltre il nesso sovranità-rappresentanza: un federalismo senza Stato?*, in M. BERTOLISSI, G. DUSO, A. SCALONE, *Ripensare la costituzione. La questione della pluralità*, Polimetrica, Monza, 2008, pp. 183-210 (www.polimetrica.com).

⁽⁸⁾ Si intenda bene: non una dimensione normativa o di dover essere, ma piuttosto un interesse per l'agire, del singolo e della comunità, che comporta il tentativo di trovare, proprio sulla base delle aporie emerse, punti di orientamento che non garantiscono l'azione, ma appunto servono ad orientarla; cfr. *Dalla storia concettuale alla filosofia politica*, « Filosofia politica », XXI (2007), n. 1, pp. 65-82.

più di pensare, allora si presenta il problema di come superare questa aporia. *Come cioè pensare quella struttura originaria (per la quale è risultato emblematico il pensiero di Platone) andando oltre il concetto moderno di rappresentanza e cioè pensando la politica mediante una modalità diversa da quella razionalità formale che caratterizza la forma politica moderna.* Questo il quadro problematico della presente riflessione.

2. *Il moderno concetto di rappresentanza politica.*

Appare utile innanzitutto ribadire il significato determinato e la funzione che viene a svolgere la rappresentanza nel modo moderno di intendere la politica, per fugare le confusioni che spesso si danno a questo proposito e che hanno il loro fondamento nella tendenza ad intenderla come finalizzata al rispecchiamento fedele di qualche cosa che è ad essa preesistente. Da questo punto di vista si tende a ritenere che debbano essere rappresentate le volontà degli elettori o di gruppi di essi, in relazione a diversi interessi o appartenenze territoriali. Un tale immaginazione non si misura con la logica del concetto, quale emerge con evidenza nel momento in cui esso viene a costituire il pilastro centrale delle costituzioni, a partire da quella francese del 1791.

Questo momento di nascita è segnato dall'intento di operare una netta rottura nei confronti del modo precedente di intendere la politica, nella quale si può parlare di rappresentanza in relazione a ordini e parti determinate a cui sono attribuibili diversi privilegi, *libertates*, esigenze e bisogni, di fronte a colui che tiene le redini del governo. Con le trasformazioni del modo di pensare che avviene tra l'89 e il '91 e con le esigenze proprie del progetto costituzionale che deve dar corpo ad una società politica razionalmente intesa, in cui il potere sia legittimo e da tutti voluto, non è più pensabile che vengano rappresentate volontà particolari diverse. Il *compito* di coloro che sono *rappresentanti* non più di uno *stato* particolare, ma dell'unità dello Stato, nel quale i cittadini non sono da un punto di vista politico differenziati, non sarà più quello di *rispecchiare volontà* parziali, ma invece quello di *mettere in forma, cioè di dare un contenuto determinato*, alla volontà generale, che è propria della totalità del corpo politico. Viene così a cadere la figura del *mandato*

che aveva caratterizzato la rappresentanza nel mondo vetero-europeo: questo viene trasfigurato nella forma del *mandato libero*, in cui si perde quella relazione con volontà determinate e preesistenti alla rappresentazione che caratterizzava l'uso precedente del termine di "rappresentanza".

Da quando la volontà politica è quella dell'intera nazione, del popolo intero, l'atto che istituisce i rappresentanti, non consiste più in una *trasmissione di volontà politica*, ma piuttosto nella *costituzione del potere politico legittimo*, attraverso la fiducia espressa nei confronti di quegli attori politici che daranno vita all'azione e alla volontà del corpo politico. Solo ora e non prima della nascita dei rappresentanti si può parlare di una determinata volontà politica. La funzione che istituisce i rappresentanti è espletata attraverso le elezioni, che assumono un ruolo strategico, ben espresso dall'affermazione ricorrente nel periodo rivoluzionario: "non c'è rappresentazione senza elezione" ⁽⁹⁾. In senso proprio allora le elezioni consistono non in una *trasmissione di volontà politica*, ma in una forma di *autorizzazione*, di costituzione cioè dell'autorità e di legittimazione di coloro che metteranno in atto questa autorità: gli *attori politici*.

Questo concetto di rappresentanza politica si incarica di dare attuazione al fondamento della *legittimazione del potere*, il quale non può consistere nella coazione di qualcuno nei confronti degli altri, ma di un diritto di coazione che solo l'intero corpo collettivo detiene nei confronti di tutti i sudditi, in ragione del fatto che, in quanto totalità, è costituito da tutti coloro che dovranno ubbidire. Il ritornello continuamente ripetuto a partire dalle teorie che precedono la Rivoluzione e che giunge fino a noi proclama che "il popolo è libero se ubbidisce alle leggi che si è dato". Tale espressione, dall'apparenza convincente, diventa più problematica non appena si

⁽⁹⁾ Si vedano in « Filosofia politica » 1987, n. 1, dedicato alla rappresentanza, A. BIRAL, *Rivoluzione e costituzione*, pp. 57-75 e P. PASQUINO, *Sieyes, Constant e il "governo dei moderni". Contributo alla storia del concetto di rappresentanza politica*, pp. 77-98. Ma si veda ora la pubblicazione delle lezioni di BIRAL sulla rivoluzione francese, *La società senza governo. Lezioni sulla rivoluzione francese*, 2 vol., Il Prato, Padova, 2009. Lo stesso titolo dato a questi volumi è significativo per il quadro in cui si muove la presente riflessione, in quanto indica come l'avvento della sovranità del popolo e il suo intreccio con la rappresentanza politica comportino il tentativo di negazione del *governo*.

riscontri nel termine “popolo” una dualità di significati a seconda che indichi il soggetto collettivo che esprime la volontà sovrana attraverso quel comando che è la legge, oppure l’insieme dei singoli cittadini che dovranno ubbidire. Non siamo di fronte ad una identità, perché coloro che ubbidiscono non sono coloro che fanno la legge. Eppure il nocciolo centrale della legittimazione del potere consiste proprio nell’identità di chi comanda e chi ubbidisce. In realtà non di identità si tratta, ma di *identificazione*, e il concetto che si incarica di tale operazione è appunto quello di rappresentanza attraverso la procedura delle elezioni.

La genesi del concetto e della sua logica si trova — paradossalmente, per il senso comune che collega l’agire rappresentativo alla democrazia e ravvisa invece in Hobbes l’affermazione del potere assoluto del sovrano — proprio nel pensiero hobbesiano e nel suo tentativo di dare luogo ad una scienza politica basata su una razionalità formale che debba valere per tutti e che si liberi da quel governo dell’uomo sull’uomo che l’esperienza delle cose politiche testimonia ⁽¹⁰⁾. Si determina così una costruzione teorica, il cui rigore intende basarsi sulla coerenza incontraddittoria che lega le premesse alle conseguenze. In questo contesto il concetto moderno di rappresentanza non solo nasce ma risulta centrale per la *scienza politica*: svolge un ruolo strategico, ancora più rilevante di quello di sovranità, in quanto viene ad essere indispensabile e determinante nella produzione e nella formulazione di quest’ultimo ⁽¹¹⁾. Infatti se è vero che una società è pensabile solo se si costituisce un unico potere ed un unico giudice delle azioni da considerarsi lecite, è anche vero che, nel rigoroso processo scientifico che si espone nel *Leviatano*, la costituzione del *commonwealth* mediante il patto nel

⁽¹⁰⁾ Si veda in modo più articolato la nascita e lo sviluppo del concetto nel già citato *Genesi e logica della rappresentanza politica moderna*.

⁽¹¹⁾ Per intendere la logica del concetto moderno di rappresentanza e la funzione che in esso svolge l’unità, è significativo notare che Gierke, il quale cerca di mostrare la continuità tra il pensiero precedente, quello di Althusius, e le moderne dottrine dello Stato sulla base di una concezione plurale della realtà politica, veda quasi scomparire dopo Hobbes la concezione rappresentativa proprio a causa dell’imporsi di una istanza assolutistica che ha la sua base nella concezione hobbesiana della sovranità (cfr. O. VON GIERKE, *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche*, tr. it. A. Giolitti, Einaudi, Torino, 1974, p. 172).

XVII capitolo è possibile e pensabile, solo in quanto nel capitolo precedente si è spiegato quale sia il modo — l'unico modo — per pensare e per dare luogo ad una persona artificiale, quella che sarà appunto la *persona civile*. Il sovrano, essendo l'unico giudice, esprime bensì una volontà assoluta — ab-soluta, sciolta cioè da ogni riferimento sia a elementi considerati trascendenti, sia a quelli manifestati dalla esperienza — e non giudicabile da qualsiasi altro soggetto, ma ciò avviene solo sulla base del motivo che egli *incorpora* la persona civile, *rappresenta* cioè il soggetto collettivo.

Nel capitolo XVI del *Leviatano* emergono i due momenti costitutivi del moderno concetto di rappresentanza. Il primo risponde alla domanda su come può in modo unitario volere e agire il corpo collettivo che sarà costituito: la volontà e l'azione del sovrano sono *rappresentativamente* la volontà e l'azione dell'intero corpo politico. Ma si presenta anche l'aspetto che sta a monte di questo, in quanto spiega come sia possibile pensare una persona artificiale come è quella civile, costituita da molte persone naturali. Questa è possibile se *tutti si fanno autori delle azioni che l'attore compirà*. In tal modo l'autorità — il sovrano — è prodotta da un processo di *autorizzazione*, che lo costituisce *rappresentante*, e dunque unico mezzo di espressione della volontà e dell'azione del soggetto collettivo. È solo in questo duplice movimento della rappresentanza, quello che fonda dal basso l'autorità e quello che dall'alto decide la legge, che è pensabile il popolo, una persona artificiale composta da molti individui. Perciò si può dire che la *rappresentanza costituisce il segreto della sovranità*. Senza rappresentanza non c'è sovranità e senza sovranità non c'è società politica. Quando si dimentica questa matrice logica della sovranità moderna si rischia di cadere in una trappola, perché si cerca di liberarsi del concetto di sovranità e delle sue contraddizioni attraverso una concezione che intenda il *potere come fondato dal basso*. Ma in questo modo non si fa altro che iterare il momento genetico della sovranità finendo per rimanere prigionieri delle sue maglie.

Non si può trascurare un'ultima annotazione, affinché la teoria sia comprensibile. Quanto detto ha una sua logica rigorosa, ma — in consonanza con il carattere di quella *scienza condizionale* che Hobbes intende costruire — solo a partire dal presupposto da cui si è partiti: quello che si era ottenuto mediante l'astrazione nei confronti

dell'esperienza costituita dallo *stato di natura*. Si tratta del ruolo fondante attribuito al concetto di individuo in relazione alla società. Il concetto di individuo, che in questo modo si pone come strategico per il pensiero della politica, non risulta dalla realtà quale emerge nell'esperienza, ma è il prodotto di una astrazione "scientifica", in quanto devono essere messe da parte le determinazioni e i legami, i rapporti in cui i singoli uomini concretamente vivono e sono reali. Tutto lo sviluppo — che appare cogente — della costruzione si basa su questo presupposto. Perciò, se il concetto di rappresentanza costituisce il segreto della sovranità e dunque del modo di pensare la politica che si è determinato nei secoli dello *ius publicum europaeum*, viene ad assumere un rilievo decisivo la nota affermazione di Hobbes secondo la quale c'è un unico modo di pensare come *una* una moltitudine di individui, che uno (uomo o assemblea) sia il rappresentante ⁽¹²⁾. *Il concetto moderno di rappresentanza è tutto ancorato alla immaginazione politica che si basa su questi due poli: l'unità del soggetto collettivo e la moltitudine indefinita degli individui*. La logica della costruzione hobbesiana appare ferrea e ben più determinante per gli sviluppi della politica moderna di quanto solitamente si sia disposti a ritenere; i tentativi di superarla, che spesso si presentano proprio sulla base della rilevanza politica dell'individuo, sembrano essere perciò destinati al fallimento. Ma essa appare condizionante e difficilmente superabile solo a patto che si resti all'interno del presupposto sopra indicato: che si pensi cioè l'entità politica in relazione ai due poli costituiti dal soggetto individuale e dal soggetto collettivo (nelle costituzioni: Stato e cittadini). È al di là di questa immaginazione che bisogna dunque andare qualora si voglia superare il nesso di sovranità-rappresentanza che ha nel diritto naturale la sua genesi.

3. *La mancata dimensione politica del cittadino.*

Se è vero che la logica del concetto di rappresentanza appare ferrea una volta che si accettino i suoi presupposti, è altrettanto vero che dà luogo ad una radicale aporia. Questa può essere ravvisata già

⁽¹²⁾ *Leviatano*, XVI cap.

nella costruzione teorica hobbesiana, nella quale il ruolo attribuito agli individui uguali intende togliere la situazione di schiavitù che gli uomini avrebbero in un orizzonte in cui si accetta il fatto che qualcuno governa e gli altri sono governati⁽¹³⁾. Attraverso il processo di autorizzazione e il patto sono proprio essi a diventare i soggetti costituenti la comunità politica. Tuttavia questa loro funzione fondante il corpo politico ha come esito la costituzione del sovrano-rappresentante e l'assoluta sottomissione alla sua volontà da parte dei i singoli divenuti sudditi. Non risolve l'aporia riconoscere che *solo in questo* modo è pensabile la libertà degli individui e che la loro ubbidienza al comando del sovrano è coerente con la volontà che essi stessi hanno espresso. Resta pur sempre che i sudditi sono subalterni al comando del sovrano che si fa legge. Essi non determinano il contenuto di quel comando e dunque di fatto si trovano ad essere sottoposti ad una volontà che non è la loro. Il riconoscimento che le azioni del sovrano, non appartengono a lui ma a coloro che, autorizzandolo, si sono dichiarati autori, secondo la dialettica della rappresentanza, lungi dal mostrarsi come una conclusione razionale e pacifica, palesa in realtà l'aporia. I singoli che sono posti alla base della costruzione teorica sono bensì soggetti della politica in quanto *autori*, ma proprio per questo si trovano in realtà privati dell'azione, che solo gli *attori* politici compiranno. In questa dialettica appare impossibile dare un significato forte e strategico alla categoria della *responsabilità*.

La figura del frontespizio del *Leviatano* è emblematica di questa aporia. I sudditi non si trovano più *di fronte* al comando, come avveniva invece nelle dottrine precedenti del governo, dove essi avevano la possibilità di azione *politica proprio in quanto governati*, ragione per la quale era presente la dimensione politica del *consenso*, della collaborazione e in alcuni casi era prevista anche la resistenza attiva e armata nei confronti di chi governava. In questa figura invece essi sono nel corpo del sovrano, *sono il corpo del*

(13) Sull'operazione che Hobbes compie, all'altezza della IX legge di natura, nell'ambito cioè delle leggi razionali che devono guidare gli uomini nella vita sociale, quando, riferendosi ad Aristotele, riduce la relazione di governo al rapporto tra padrone e schiavo, e dunque alla forma dispotica di governo, anziché a quella politica, cfr. DUSO, *La democrazia e il problema del governo*, « Filosofia politica », 3/2006, sp. pp. 376-381.

sovrano, e la loro volontà politica, in quanto membri di questo corpo, non può essere concepita come diversa da quella espressa dal sovrano, e ciò proprio a causa della logica della rappresentanza che appare indispensabile per concepire la persona civile. Ne risulta che l'individuo non ha una dimensione politica e che il soggetto collettivo si esprime solo mediante la voce del rappresentante. Nella dialettica di soggetto individuale e soggetto collettivo, il soggetto individuale, proprio in quanto sta a *fondamento della politica*, non ha una *dimensione politica*, e il soggetto collettivo non esiste mai nella realtà empirica: la sua volontà coincide con quella della persona del rappresentante.

Se si intende fare una riflessione sulla democrazia rappresentativa non si può certo pensare di comprenderla sulla sola base dello schema dell'autorizzazione. Uno degli elementi di mutamento più rilevanti è la non coincidenza (diversamente da Hobbes) della volontà del soggetto collettivo con quella empirica del rappresentante. La volontà del soggetto collettivo viene ad assumere un carattere ideale e a questa si devono riferire i rappresentanti, come a questa si riferiscono coloro che non si riconoscono nella volontà che viene empiricamente rappresentata. Questo movimento su cui si basa la dialettica democratica, mostra la natura complessa della rappresentazione, che richiede da un lato la relazione all'idea da rappresentare e dall'altro il riconoscimento (previo) da parte di tutti gli individui della mediazione rappresentativa per l'espressione della volontà comune ⁽¹⁴⁾. Tuttavia ravvisare in Hobbes la genesi del concetto moderno di rappresentanza permette forse di rintracciare, nonostante la complessità delle società contemporanee, una radice delle aporie che nelle costituzioni moderne si manifestano. Un effetto di spolticizzazione sembra infatti ripresentarsi anche nelle democrazie contemporanee, e ciò è tanto più grave, quanto più il concetto di rappresentanza, che prende corpo a partire dalle elezioni, è quello che esprime il diritto politico dei cittadini e vuole mostrarsi strumento per la realizzazione della libertà politica. È un concetto che, assieme a quello di sovranità del popolo, ha la funzione di rendere effettiva la vicinanza del cittadino al potere o, in

(14) Cfr. *La rappresentazione e l'arcano*, cit., pp. 35-40.

modo ancor più radicale, di mostrare l'appartenenza a quest'ultimo del potere a cui pure è sottoposto ⁽¹⁵⁾.

Anche nella democrazia si possono ravvisare i due movimenti che caratterizzano il concetto e sono inscindibilmente legati tra loro. Il primo consiste nella costituzione del corpo rappresentativo, attraverso la procedura elettorale, nella quale il cittadino è immaginato come fondante l'autorità e come colui che partecipa, sia pure mediatamente, all'elaborazione della legge. Ma, anche qui, quello che avviene non è la trasmissione di volontà politica, ma piuttosto la scelta di persone che sono autorizzate ad esprimere la volontà del popolo: dunque di un atto di autorizzazione. Il secondo movimento, quello discendente, consiste nella determinazione del contenuto del comando da parte dei rappresentanti. Non solo il cittadino che ubbidisce non ha possibilità di intervenire concretamente nella determinazione del contenuto del comando, ma questo, per sua natura, è il comando attribuibile all'intero corpo politico, alla totalità del popolo e in ciò sta insieme la sua legittimità e la sua irresistibilità ⁽¹⁶⁾. La conseguenza che ne deriva comporta che non sia possibile resistenza, e, ancor più, che non sia pensabile *una posizione politica del cittadino di fronte al comando*. È l'insieme di questi due movimenti a produrre la perdita della dimensione politica del cittadino. A maggior ragione se si pensa che nell'espressione del voto il cittadino non è legato alla realtà concreta che lo caratterizza: al suo sapere, ai suoi bisogni, alle sue competenze, alle sue relazioni, ma esprime una preferenza per una persona, che gli è più o meno proposta o imposta. Nella scelta egli deve compiere un atto di fede, di fiducia, basandosi sulla propria opinione, e risultando così in balia di chi riesce a influenzare e determinare la sua opinione ⁽¹⁷⁾.

Se si guarda al dibattito sulla rappresentanza potrebbe sembrare che quanto è stato qui detto esprima solo uno dei due aspetti

⁽¹⁵⁾ Cfr. G. DUSO, *Genesi e aporie dei concetti della democrazia moderna*, in, *Oltre la democrazia. Un itinerario attraverso i classici*, Carocci, Roma, 2004, pp. 107-138.

⁽¹⁶⁾ Anche in democrazia, se è ben possibile cambiare colui che fa la legge, non è tuttavia consentito disubbidire ad essa sulla base di un giudizio sul suo *essere giusta* oppure no.

⁽¹⁷⁾ Sull'assolutizzazione dell'opinione nel procedimento elettorale cfr. B. KARSENTI, *Elezioni e giudizio di tutti*, «Filosofia politica», 3/2006, pp. 415-430.

cha caratterizzano le elezioni quali si danno nelle costituzioni moderne, quello cioè, affermato con forza da Burke, della *indipendenza* del rappresentante. Ma accanto a questo sembra essercene un altro, quello che dovrebbe vincolare il rappresentante al rappresentato, e che dovrebbe appunto fare percepire a quest'ultimo di *sentirsi rappresentato anche* nella sua volontà particolare e nelle sue idee, che indirettamente arriverebbero all'assemblea legislativa, contribuendo alla formazione della volontà comune. A questi due aspetti si riferisce Hanna Pitkin, studiosa della tematica rappresentativa a cui si fa spesso riferimento, quando parla della controversia irrisolta tra mandato e indipendenza. Il secondo aspetto è spesso descritto nella forma di un rispecchiamento o indicato come rappresentanza "sociologica". Si è sopra detto che è peculiare del concetto moderno di rappresentanza di essere non tanto rispecchiamento di parti della società o di corpi particolari, ma rappresentazione dell'unità politica. Tuttavia è a partire dalle diverse opinioni e dai diversi interessi espressi dai rappresentanti che si forma la volontà comune. Dunque si ritiene che il cittadino possa contribuire a determinare la volontà comune attraverso i rappresentanti che sceglie. In tal modo si determinerebbe un effetto di vicinanza e di condivisione con il rappresentante eletto ⁽¹⁸⁾. All'interno della democrazia rappresentativa tuttavia tale aspetto non prende il senso del "rispecchiamento" poiché non c'è nessun mandato determinato, quale era pensato in un sistema feudale o cetuale. Piuttosto esso ha a che fare con l'interesse che ha il rappresentante a mostrare *vicinanza* al numero più ampio

(18) Cfr. H. PITKIN, *The Concept of Representation*, University of California Press, Berkeley 1967, 144-167, tr. it. *La controversia mandato-indipendenza*, in *La rappresentanza politica*, a cura di D. Fisichella, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 177-212. Anche Rosanvallon indica la duplicità del concetto di rappresentanza, che implica differenza, ma anche vicinanza, distinzione anche identificazione, ma in modo tale che l'elettore richiede di riconoscersi in quello che fa l'eletto. Su questo tema tuttavia Rosanvallon ha approfondito e articolato l'analisi: si veda ora in particolare la nozione di 'prossimità', che crea un mutamento in reazione ad un fondamento di tipo sociologico della rappresentanza e apre la riflessione sia sul tema della *presenza* dei politici, con le inevitabili derive mediatiche, sia su quelle forme di interazione che modificano di fatto il senso della rappresentanza e ne spostano l'asse problematico (cfr. P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Seuil, Paris, 2008, sp. pp. 267 ss. Si veda su ciò il § 7 del presente saggio).

possibile di cittadini per essere eletto, e successivamente per essere rieletto. Ragione per cui il suo comportamento tende a piacere, ad essere approvato da coloro dai quali vuole essere votato. L'azione rappresentativa è sempre sotto il giudizio degli elettori, che possono riconfermare o cambiare i loro rappresentanti. Tale aspetto della vicinanza ha allora il fine di creare quell'atteggiamento che viene solitamente indicato come "consenso" (19).

Come bene si intende, una tale presunta relazione di volontà tra elettore ed eletto non avviene in modo immediato, ma attraverso la figura del partito, che comporta per altro una complicazione in relazione alla forma classica dello Stato e della rappresentanza moderna (20). Sono infatti i partiti a costituire quelle organizzazioni che servono a convogliare in scelte determinate la volontà degli elettori. Ma se questa è la funzione che, secondo la costituzione, i partiti hanno in relazione a quei rappresentanti che dovrebbero decidere nel parlamento la volontà della nazione "senza vincolo di mandato", la concreta realtà che l'organizzazione burocratica dei partiti di massa è andata determinando è ben altra da quello che la carta costituzionale prevede. Questa trasformazione, in seguito alla quale si può parlare di *Stato dei partiti*, viene da lontano e già Weber, nei primi decenni del Novecento, ha mostrato come la presenza dei grandi partiti di massa, con i processi di burocratizzazione che li caratterizzano, abbia mutato fortemente la forma dello Stato e il funzionamento dei suoi organi. Non ci si può qui soffermare sulla complessità del quadro che abbiamo di fronte, ma si possono almeno ricordare come alcuni effetti di tale trasformazione investano la pratica rappresentativa.

Una considerazione che tende ad affermare un legame tra elettore ed eletto è quella che, pur riconoscendo che con il voto si sceglie una persona e non si trasmette una volontà determinata, tuttavia riscontra una modalità di mediazione tra la volontà dell'elettore e quella dell'eletto nel fatto che i candidati appartengono o sono

(19) Per intendere come questo meccanismo impedisca di pensare la democrazia rappresentativa come una forma di "costituzione mista", secondo la proposta di Bernard Manin, si veda KARSENTI, *Elezioni*, cit.

(20) In questa fase del ragionamento oggetto della riflessione è la rappresentanza quale si pone nella dimensione formale e costituzionale. Altre considerazioni sono da farsi se si guarda alle dinamiche presenti nella realtà politica (su questo più avanti).

indicati dai partiti, i quali si presentano alle elezioni con programmi che indicano ciò che intendono realizzare. Allora lo iato tra rappresentante e rappresentato, prodotto dal processo di autorizzazione, sembrerebbe essere corretto e forse superato. Si possono a questo proposito indicare alcuni punti sui quali sarebbe utile la riflessione. Innanzitutto ci si potrebbe chiedere quale valore abbiano i programmi elettorali in rapporto a ciò che poi effettivamente faranno i partiti che conquistano la maggioranza. Forse non è difficile individuare che nei temi della campagna elettorale il fine predominante è costituito dalla intenzione di allargare il consenso che sarà espresso dal voto dei cittadini, e ciò mette in luce quale sia l'interesse primario che strutturalmente in questo scenario politico i partiti vengono ad avere, anche quando dichiarano di rappresentare interessi particolari presenti nella società: quello cioè per la propria esistenza politica e organizzativa e per l'aumento della propria forza nella direzione del condizionamento del potere legittimo (in termini weberiani si potrebbe dire: della loro *Macht* in direzione dell'esercizio della *Herrschaft* o del potere legittimo). Inoltre non si può non notare che, a causa della loro strutturale tendenza totalitaria ⁽²¹⁾, i programmi dei partiti tendono ad essere sempre più simili, in quanto ogni partito tende a mostrarsi come il più capace di rispondere agli interessi complessivi della società. L'approfondimento di queste considerazioni potrebbero mostrare illusorio quel legame che i partiti garantirebbero tra rappresentanti e rappresentati, e porterebbero a non riconoscere nei partiti la possibilità di una vera partecipazione dei cittadini alla vita politica.

Ma possiamo qui limitarci a indicare la modificazione che la presenza dei partiti opera nella logica del concetto moderno di rappresentanza fin qui delineato. Se è il partito con il suo programma a costituire la garanzia del modo in cui l'eletto si comporterà, al

(21) È vero che i partiti nascono da una esigenza che implica la diversità delle direzioni possibili e dunque da una esigenza che ha alla base il pluralismo (che è peraltro prevalentemente ideologico, delle diverse opinioni o concezioni del mondo), ma è anche vero che nessun partito pone dei limiti alla sua espansione: al contrario, tende alla massima estensione del consenso dal momento che si ritiene il soggetto che al meglio può realizzare il bene di tutti (su questa vocazione totalitaria dei partiti già si era espressa Simone WEIL, *Note sur la suppression générale des partis politiques* » (1943), in EAD., *Écrits de Londres et dernières lettres*, Gallimard, Paris 1957).

punto che appare agli occhi dell'opinione pubblica scandalosa la condotta di quel rappresentante che non si attiene alla disciplina di partito e vota secondo il proprio giudizio sulle scelte che di volta in volta si devono fare, non ci si può non chiedere che ne è di quella assenza del vincolo di mandato indicata dalla costituzione. Perciò spesso qualcuno parla di un ritorno di quel *mandato imperativo* che il concetto moderno di rappresentanza sembrava avere strutturalmente eliminato e che è esplicitamente escluso dalla costituzione. La funzione che il mandato — che non risalirebbe in ogni caso più a parti della società, ma ad organizzazioni autonome e separate quali sono i partiti — verrebbe qui a svolgere, lungi dal costituire un correttivo alla spoliticizzazione del cittadino, appare piuttosto come l'esito delle aporie sopra indicate, e rende ancora più lontano dal cittadino l'esercizio del potere. I partiti lungi dal costituire un mezzo per la partecipazione, vengono a contribuire alla perdita di possibile azione politica dei cittadini.

In tal modo non risulta superata la dinamica che si può ravvisare nella figura del frontespizio del *Leviatano*, della quale ha consapevolezza lo stesso Voegelin, quando afferma che nella rappresentanza moderna, quale è da Schmitt concepita, solo chi esercita il potere ha una funzione rappresentativa e dunque politica. Pensare la dimensione politica dei cittadini appare un compito necessario, tanto più quanto più nella rappresentanza emerge, come avviene nel pensiero di Voegelin, una dimensione propria della prassi dell'uomo e dello stesso pensiero. Ma per affrontare questo punto bisogna prima passare attraverso la riflessione sulla *teologia politica*.

4. *La teologia politica e la struttura della rappresentazione.*

Si è detto che un contributo fondamentale per intendere la centralità della rappresentanza è stato fornito da Schmitt. Non solo egli ne ha mostrato il ruolo strutturale per la dottrina dello Stato e della costituzione (l'elemento *formante* della *forma politica*), e ha evidenziato la logica dell'unità che lo connota strutturalmente, ma ha anche messo in luce la struttura teoretica che viene a connotarlo. Mi riferisco alla tematica della *teologia politica*, nel modo in cui ho cercato di identificarla. Non tanto nel senso — maggiormente presente nelle trattazioni e nei dibattiti sul tema — secondo cui i

concetti politici appaiono come frutto di una secolarizzazione dei concetti teologici, con il risultato che la politica appare fondata teologicamente o che l'assolutezza, dapprima manifestatasi nella teologia, ne costituisce la cifra segreta; quanto piuttosto in quello dell'ostensione della struttura che si manifesta nella rappresentazione, che implica un necessario riferimento all'idea, la quale per sua natura eccede ciò che empiricamente si dà. E quella del *rendere presente l'assente* è una figura che, come riconoscono subito i contemporanei di Schmitt, tradizionalmente è stata utilizzata da quella teologia che mantiene ferma la consapevolezza della trascendenza di Dio anche nei confronti del linguaggio in cui questa si presenta.

L'affermazione dell'analogia tra concetti politici e concetti teologici e il loro legame basato sul processo di secolarizzazione è evidentemente presente in Schmitt, come si può riscontrare nelle pagine di *Teologia politica*. Tuttavia se ci si ferma a ciò si rischia di perdere la complessità del pensiero schmittiano e anche la valenza critica che l'aspetto radicale del suo pensiero può assumere nei confronti della concettualità politica moderna. Mi sembra che si manifesti qui una duplice difficoltà. La prima ha carattere teoretico: non viene cioè data ragione dello statuto che ha il pensiero nel momento in cui si opera questa ricostruzione genetica, che sembra segnata da alcuni presupposti: innanzitutto che la teologia, in quanto *scienza del divino* abbia in sé il carattere dell'assolutezza, e inoltre che la politica sia determinata dal concetto di potere e da quell'assolutezza del comando che è propria della sovranità moderna. In questa lettura, che ha come suoi termini *teologia* e *potere*, il risultato sembra essere che il secondo deriva dal primo quale suo fondamento. Il pensiero appare qui condizionato da presupposti di cui non rende conto.

Ma a questa difficoltà ne è congiunta un'altra. Accettando queste indicazioni, che pure vengono dal testo, si rischia di rimanere ingabbiati all'interno del pensiero di Schmitt. Egli con la teologia politica intende andare alla radice della politica per comprenderne la natura e la struttura, e questo fa a partire dai concetti moderni, perché questo è il terreno immediato in cui si muove il nostro pensiero, e a maggior ragione il suo pensiero di giurista. Perciò al centro della sua riflessione sta il nesso sovranità-rappresentanza, che

costituisce il cuore della forma politica moderna e dunque della *politica* in senso moderno. Ma, nonostante il tentativo di radicalità del suo pensiero, che lo porta ad elaborare categorie, come quella di *decisione*, che spiegano il movimento del produzione della forma e del suo funzionamento pur non essendo esse stesse annoverabili tra i fondamentali concetti giuridici, egli resta prigioniero di questa forma politica e della dimensione del potere. I concetti moderni non costituiscono solo il quadro all'interno del quale si attua la sua riflessione, ma assumono la funzione di presupposti che condizionano il senso e l'esito del suo pensiero. Ciò vale per il nesso amico-nemico, con il quale egli pensa di avere attinto il nucleo originario del politico, mentre in realtà coglie solo il *presupposto necessario del modo moderno di intendere la politica*. E ciò non tanto perché non si dia relazione amico nemico anche in altri modi di pensare la politica, ma perché l'assolutizzazione del rapporto, che viene posto come significante di per se stesso — senza esprimere il senso e l'orizzonte di pensabilità della politica che implica ad esempio la relazione di amicizia — si dà solo se si intende il modo moderno di pensare la politica come esprime la natura dell'uomo e della prassi.

Nei confronti di un tale declinazione della teologia politica schmittiana mi sembra necessario operare una inversione e rendere responsabile il pensiero in relazione alla natura della teologia e della politica. Si tratta cioè non di accogliere la teologia come presupposto, ma di comprendere il darsi della teologia all'interno della dimensione intrascendibile del pensiero. Ed è lo stesso Schmitt a fornirci armi per questa operazione. Se si ravvisa nella struttura della rappresentazione il nucleo teoretico della teologia politica la relazione tra teologia e pensiero si capovolge. La rappresentazione ⁽²²⁾, intesa appunto come quel movimento che tende a rendere presente ciò che è assente — che è *strutturalmente assente*, e dunque lo rimane anche nel momento in cui viene rappresentato ⁽²³⁾ —, mostra

(22) Cfr. G. DUSO, *La rappresentazione come radice della teologia politica in Carl Schmitt*, in ID., *La rappresentanza politica*, cit., pp. 174-195: a questo capitolo rimando per l'articolazione di quanto viene qui brevemente indicato.

(23) In tale eccedenza sta l'aspetto teologico e, se si vuole, anche l'aspetto più produttivo dell'analogia dei concetti politici con quelli teologici.

una struttura che ha il suo significato nel pensiero e che spiega la possibilità della teologia piuttosto che avere la sua verità in quanto fondata da quest'ultima. Il concetto di rappresentazione rivela dunque una struttura originaria del pensiero, che, proprio in quanto tale, appare necessaria per pensare la politica e si ritrova al cuore della forma politica moderna, cioè nel suo segreto costituito dalla rappresentazione.

Da questo punto di vista nella teologia non si ravvisa tanto l'elemento dell'assolutezza di un sapere di Dio, quanto piuttosto l'inadeguatezza, sulla base della consapevolezza dell'eccedenza della realtà trascendente nei confronti dello stesso linguaggio che cerca di dirla. La trascendenza dell'idea implica un movimento che caratterizza il teologico, quello di rendere presente ciò che per sua natura è eccedente, ma che caratterizza la stessa realtà della politica, la quale non si dà senza questo continuo movimento di trascendimento. Non è allora il teologico che fonda la politica ma la comprensione della struttura della prassi ad indicare un movimento di pensiero che si manifesta anche nella teologia e che impedisce di fare di Dio l'oggetto della scienza. Questo movimento è presente, come dice Schmitt, anche nella modalità più laica di pensare la politica, quella della rappresentanza parlamentare, che ha a che fare con qualcosa di ideale, con l'idea del popolo, non essendo il popolo, come soggetto collettivo, identificabile con una realtà empirica. La teologia politica indica come non colga la dimensione della prassi l'aspirazione a far sì che le cose si governino da sole: l'agire dell'uomo e l'agire in comune, per essere spiegati, richiedono che si evidenzi il ruolo che ha nell'agire l'idea. Senza questo ruolo e il trascendimento del dato empirico, con l'arbitrio delle volontà che esso implica, non c'è possibilità di spiegare il processo continuo dell'agire, che non è mai riducibile allo *status quo* della realtà empirica.

In questo modo non si viene ad operare una semplice inversione della affermazione schmittiana, secondo cui sarebbero i concetti teologici ad essere prodotti di una teologicizzazione dei concetti politici, come anche è stato detto (24). Piuttosto si afferma un orizzonte intrascendibile (il pensiero, la filosofia) in cui si collocano

(24) Si veda J. ASSMANN, *Potere e salvezza. Teologia politica nell'antico Egitto, in Israele e in Europa*, Torino, Einaudi, 2002, p. 20.

teologia e politica. Questa intrascendibilità è tutt'altro che autosufficienza e possesso del vero, ma piuttosto il riconoscimento di una strutturale apertura: la filosofia non è sapere che nasce e si chiude in sé, non ha un suo campo positivo accanto agli altri saperi e alla realtà; piuttosto opera sempre problematizzando i campi in cui si pone. Dunque non è che il pensiero fondi o risolva in sé teologia e politica: piuttosto teologia e politica vengono da una parte problematizzate, ma dall'altra mantengono una dimensione di rischio che il pensiero riconosce e non risolve, né dissolve.

L'emergere di questo significato della teologia politica non nega quella accezione del termine che emerge nello scritto schmittiano intitolato *Teologia politica* (25), secondo la quale nei concetti politici si manifesta una assolutezza che ricorda la onnipotenza divina: si pensi alla sovranità e alla creatività che connota la figura del Legislatore nella riduzione della legittimità alla legalità. Tuttavia la struttura teoretica della rappresentazione, che non consiste tanto nell'affermazione di una realtà trascendente, quanto piuttosto nella innegabilità di un *movimento di trascendimento* proprio del pensiero e della prassi dell'uomo, permette di problematizzare l'assolutezza intrinseca ai concetti politici: assume cioè nei confronti di essi una valenza critica. Si presenta allora la possibilità di considerare in modo più complesso il pensiero schmittiano, che da una parte compie una radicalizzazione dei concetti moderni tale da non permettere più un pacifico permanere al loro interno, dall'altra non riesce ad andare oltre la gabbia costituita dalla forma politica moderna.

5. *Rappresentazione e immanenza nel dispositivo moderno della sovranità.*

Scoprire al cuore della rappresentanza moderna il movimento che tende a rendere presente l'assente permette la comprensione di punti centrali del pensiero schmittiano. Ci si può riferire alla cate-

(25) Cfr. Per le interpretazioni della teologia politica cfr. C. GALLI, *Genealogia della politica*, Il Mulino, Bologna, 1996, sp. pp. 405 ss., H. HOFMANN, *Legittimità contro legalità*, Esi, Napoli, 1999, sp. pp. 28 ss. e l'utile ricostruzione di M. SCATTOLA, *Teologia politica*, Il Mulino, Bologna, 2007.

goria di *decisione* sopra ricordata, che spesso è interpretata nella direzione dell'affermazione dell'arbitrio, proprio in quanto non la si collega alla struttura della rappresentazione: è perché l'idea appare necessaria e nello stesso tempo eccedente il nostro sapere che l'azione richiede una decisione e una scelta che non appaiono garantite né deducibili da norme. Ma se si pensa in questo modo la struttura della rappresentazione, come cioè un tentativo di rendere presente l'idea, che per sua natura è invisibile, che non si può dunque copiare e riprodurre, si comprende come questo tentativo non sia garantito, sia esposto al rischio, perdendo quel carattere di garanzia e sicurezza che costituisce il fine che motiva la nascita del moderno concetto di rappresentanza. L'ordine e la sicurezza che la forma politica pretende di fondare vengono messi in questione e il concetto di rappresentanza perde il carattere risolutivo in relazione alla legittimazione che lo connota. A causa della nostalgia per l'ordine e per lo Stato, che non intende abbandonare, Schmitt non pensa fino in fondo questo aspetto della teologia politica e le conseguenze che da essa derivano ⁽²⁶⁾.

Tuttavia questa struttura emerge nei suoi scritti, in particolare in *Cattolicesimo romano e forma politica* e nella trattazione del principio rappresentativo in *Dottrina della costituzione*. È proprio essa che permette di intendere come il suo pensiero non sia appiattito sui concetti politici moderni e come la radicalizzazione che egli opera dei concetti della forma politica reagisca anche criticamente nei loro confronti. Essi appaiono infatti ambivalenti: da una parte, in quanto implicano qualcosa che li eccede, mostrano l'inevitabilità della metafisica, dall'altra, in quanto indicano elementi mondani e terreni, vanno nella direzione di una fondazione immanente ⁽²⁷⁾.

Tale tentativo di fondazione immanente della politica si può intendere se si ricordano i due concetti fondamentali della forma politica, quelli che si celano sotto i due principi di identità e

⁽²⁶⁾ Su questa ambivalenza di Schmitt in relazione allo Stato si ricordi la prima ampia discussione italiana su Schmitt in un convegno padovano, i cui atti sono contenuti in G. DUSO (a cura), *La politica oltre lo stato: Carl Schmitt*, Arsenale, Venezia, 1980.

⁽²⁷⁾ Cfr. la *Premessa* del 1924 a *Politische Romantik*, Duncker & Humblot, München u. Leipzig, 1925² p. 23 (*Romanticismo politico*, trad. it a cura di C. Galli, Giuffrè, Milano, 1981, p. 21).

rappresentazione, pilastri delle costituzioni moderne, quali sono esposti nel § 16 della *Dottrina della costituzione*, cioè quello di *sovranità del popolo* e di *rappresentanza politica*. Essi sono nati in opposizione tra loro, ma in realtà all'interno di uno stesso orizzonte concettuale, quello che ha come poli il concetto di libertà e quello di sovranità (o potere politico legittimo). Il concetto di rappresentanza, come appare nella sua genesi nel pensiero hobbesiano, tende ad offrire una legittimazione del comando politico che si riduce ad una razionalità formale e autosufficiente, la quale intende sostituire quella trascendenza dell'idea di giustizia che appare pericolosa e fonte di diverse interpretazioni e dunque di conflitto. A maggior ragione l'immanenza si può riscontrare quando, con Rousseau si rintraccerà quello che, nell'eliminazione di un orizzonte che permetta di giudicare e orientare l'azione, appare come l'unico possibile soggetto della politica. Il *popolo* è qui inteso come la totalità dei componenti il corpo politico: un popolo dunque che, essendo costituito da tutti coloro che devono ubbidire, realizzerebbe l'identità di sudditi e cittadini. In tutti e due i casi abbiamo a che fare con un soggetto "assoluto", che può e deve essere considerato nella sua autosufficienza; e ancora con l'assolutizzazione della volontà, sia quella degli individui che si uniscono nel patto, sia quella del soggetto collettivo, si manifesti questo direttamente oppure attraverso la mediazione rappresentativa (28).

Nelle costituzioni moderne questi due principi sono indissolubilmente intrecciati tra loro e la *legittimazione democratica* appare basarsi su un meccanismo procedurale decisivo, sia che si tratti dell'agire del corpo rappresentativo, sia di forme in cui in modo più diretto si pretende di rendere palese la volontà del popolo (29).

(28) Ho già cercato di mostrare (*La rappresentanza politica*, cit. sp. pp. 158-167) che non si ha una radicale contrapposizione dei principi di *identità* e di *rappresentazione*, in quanto identità non si dà senza movimento di *identificazione*, e questo implica ancora una struttura come quella della rappresentazione, che appare inevitabile se il politico viene pensato secondo la dialettica di molti-uno.

(29) È da ricordare che anche in questo caso, ad esempio nel *referendum*, non è certo riscontrabile il manifestarsi diretto della volontà del popolo, che come soggetto collettivo *non è realmente presente*, ma si deve ricorrere a procedimenti che hanno tutte le caratteristiche dell'agire rappresentativo. La cosiddetta volontà del popolo è infatti il risultato di una serie di risposte date da individui singoli in relazione alla messa in forma

Insomma con procedure diverse il popolo sembra essere il fondamento autosufficiente e immanente della politica: il solo *soggetto perfetto*. Ciò comporta l'esclusione che ci possa essere un giudizio ulteriore, da cui far dipendere il rapporto di ubbidienza. Si possono bensì porre questioni etiche, di giustizia, culturali, religiose, ma queste hanno un qualche effetto solo nel caso in cui risultino ragioni accolte dalla *maggioranza*, che è la modalità di espressione della volontà del soggetto collettivo. Insomma si immagina come immanente il fondamento dell'agir politico ⁽³⁰⁾.

Se ci si chiede quale sia la causa di tale immanenza, si può rintracciarla nel gesto che sta alla base della nuova scienza politica: il tentativo cioè di una costruzione teorica che garantisca quell'ordine che il perturbante ripresentarsi della questione della giustizia non permetteva. Il meccanismo che si inaugura vuole avere la sua "scientificità" in una razionalità formale, che ha come suoi elementi la volontà individuale e la volontà collettiva. È ben vero che in questo orizzonte il principio rappresentativo è determinante, e tale appare anche nel tentativo di fare emergere direttamente la volontà del popolo ⁽³¹⁾; ma, appunto, ciò che si tratta di rappresentare è quel soggetto assoluto della politica che è costituito dalla totalità di tutti gli individui. Se è vero che il soggetto collettivo non è empiricamente

delle loro diverse volontà mediante una domanda che permetta, attraverso il conteggio della maggioranza dei voti di ottenere una sola volontà. Non è difficile ravvisare in questi procedimenti elementi che caratterizzano nella sua struttura la rappresentanza moderna.

⁽³⁰⁾ Si può qui evitare di soffermarsi sul fatto che la perfetta autosufficienza a cui tendono non è raggiunta da nessuno dei due autori, che aprono loro stessi la forma alla trascendenza come mostrano diversi punti del *Leviatano* e la famosa figura schmittiana del cristallo di Hobbes, e in Rousseau la stessa figura del Legislatore, la cui funzione rappresentativa non è riducibile alla necessità logica che richiede una unità prodotta dai molti, ma richiede un più complesso riferimento alla ragione e all'idea. È invece da ricordare, che nonostante ciò, è proprio il tipo di razionalità — che si pretende scientifica e valida per tutti a prescindere dalle opinioni — e di autosufficienza che caratterizza il dispositivo a stare alla base della pretesa di imporsi della teoria nei confronti di tradizionali modalità di pensare la politica.

⁽³¹⁾ Per l'insopprimibilità della mediazione rappresentativa, intesa a livello esistenziale e non istituzionale, anche in relazione al principio schmittiano di identità e alla figura rousseauiana del Legislatore, rimando a *La rappresentanza politica*, cit. sp. pp. 93-96 e 158-167.

presente e si presenta come idea in relazione al concreto atto rappresentativo, è anche vero che tende a costituire il fondamento assoluto dell'agire politico. Ciò perché ha una dimensione formale, che non interviene sul concreto della prassi e sui contenuti delle azioni, nei confronti dei quali niente può dire demandandoli ad un orizzonte di totale relativismo, caratterizzato dal *pluralismo delle opinioni* ⁽³²⁾. Perciò il principio rappresentativo, nel momento in cui si mostra indispensabile per esprimere il soggetto collettivo, assume in sé quell'autosufficienza e quella immanenza che caratterizza il concetto di popolo in quanto soggetto perfetto della politica, che non rimanda a niente di superiore. L'atto di trascendimento secondo il quale solo può venire in luce il soggetto collettivo viene nascosto dall'immanenza che sembra caratterizzare quest'ultimo. *La ragione dell'immanenza che caratterizza il concetto moderno di rappresentazione sta nel fatto che ciò che deve emergere attraverso la rappresentazione è la volontà del soggetto collettivo*, la quale diventa determinante per il modo di intendere il giusto.

La relazione all'idea che è implicata dalla struttura della rappresentazione mostra come si produca il dispositivo concettuale della sovranità, ma, nello stesso tempo, ne rivela la non tenuta, in quanto quest'ultimo tende contraddittoriamente a negare quella relazione, pretendendo una propria immanente giustificazione dell'agire. È così l'assolutezza che caratterizza i concetti della sovranità ad essere posta in questione e con ciò il rapporto sussistente tra *teologia e politica*, qualora questi termini siano intesi alla luce della cifra della assolutezza che dalla teologia passerebbe alla politica, come vorrebbe l'interpretazione più corrente della teologia politica schmittiana sulla base dell'affermazione contenuta in *Teologia politica 1*. Conseguentemente è anche lo stesso concetto di secolarizzazione inteso come semplice passaggio dal divino al mondano, dai concetti teologici a quelli politici a venire relativizzato. Nello stesso Schmitt, assieme alla struttura del *rendere visibile l'idea*, appare, in *Der Wert des Staates*, un più profondo significato della *secolarizza-*

⁽³²⁾ L'autosufficienza della razionalità formale è l'altro lato dell'indifferenza nei confronti del concreto delle scelte che si basa sulla riduzione ad opinione di un pensiero che non abbia il carattere della scientificità univoca nei confronti della questione del giusto.

zione, secondo il quale non di semplice passaggio epocale si tratta, ma di un compito innegabile e tuttavia mai definitivamente compiuto nell'esperienza empirica. Mi riferisco a quel movimento strutturale per l'uomo e per la sua prassi, secondo il quale l'azione è guidata dall'idea, che tuttavia non è mai catturabile e riducibile a risultato: rimane eccedente e *utopia* nel senso letterale: non trova mai il suo luogo empirico, non si esaurisce in nessuna delle sue realizzazioni e proprio per questo continua ad essere attiva nella prassi ⁽³³⁾.

Dal momento che è la relazione tra immagine e idea che si pone in questo modo come centrale per la teologia politica, è risultato emblematico il riferimento ai *Dialoghi* di Platone ⁽³⁴⁾. In essi il *logos* e l'*episteme* filosofica vengono caratterizzati dal movimento di necessaria implicazione dell'idea per intendere l'esperienza, ma insieme anche dalla ostensione della sua inobiettività, cioè della impossibilità di farne il possesso del nostro sapere. Per intendere il senso che l'accezione di *teologico* viene in questo caso ad assumere, bisogna tener presente che non appare pertinente parlare di *trascendenza* dell'idea, pena la determinazione di una situazione dualistica insostenibile per il pensiero e la riduzione di un tale trascendente — in quanto oggetto del pensiero — alla dimensione immanente. È piuttosto un *movimento di trascendimento* che si manifesta come innegabile; ciò avviene in Platone anche quando l'idea mostra la sua inobiettività, proprio in quanto quest'ultima emerge nel momento in cui appare contraddittoria la sua pretesa obiettivazione.

Ma questo movimento di trascendimento, secondo cui l'idea appare implicata ma non ridotta a nostro possesso, è rilevante nel contesto del pensiero platonico non solo nel suo aspetto teoretico, ma anche in relazione alla politica, per il disegno politico che Socrate schizza nella *Repubblica*. La *polis* nei *logoi*, non è il prodotto della scienza, cioè di un modello normativo che si basa su un sapere che

⁽³³⁾ Cfr. *La rappresentazione come radice della teologia politica*, cit., sp. pp. 183-189. Ben diversa è la situazione che si presenta quando si pensa che le contraddizioni che si manifestano nella realtà in cui ci si trova possano essere risolte mediante il loro togliimento, dunque mediante una forma senza contraddizione che ha il suo luogo nell'astrazione della *teoria*.

⁽³⁴⁾ Cfr. *La rappresentazione e l'arcano dell'idea*, cit., pp. 40-50.

determina in modo univoco l'idea di giustizia, ma — come mostra l'immagine del filosofo che, come un pittore traccia la figura, cancella e corregge — è piuttosto il tentativo di disegnare qualcosa che sempre più somigli al divino, ispirandosi a quell'idea di giustizia che appare nello stesso tempo innegabile ma anche non posseduta. Non c'è qui affermazione di un trascendente, ma superamento del dualismo di una soluzione di trascendenza o di immanenza nei confronti dell'esperienza umana. È sempre nell'ambito dell'esperienza e della contingenza che si dà politica, ma questa comporta una tensione verso l'idea, proprio a causa dell'essenza stessa dell'agire. È per questo che l'immagine, con l'aspetto di rischio che la connota, ma nello stesso tempo con l'effetto di orientamento prodotto dall'idea, ha una sua presenza costitutiva nella politica ⁽³⁵⁾. In questa metafora della produzione pittorica emerge il senso della rappresentazione, che supera il dato empirico guardando all'idea, e pur non determinandola mai una volta per tutte, nel concreto della contingenza, tende a compiere un'opera bella che realizzi al meglio le potenzialità di chi la compie.

Ma il significato che questa struttura viene ad avere per la politica in Platone, non passa certo attraverso il concetto di rappresentanza politica; si presenta piuttosto all'interno di un modo di pensare la politica che è proprio quello che il moderno concetto di rappresentanza tende a negare. Se il riferimento alla filosofia platonica è pregnante, si presenta allora il compito di pensare la struttura della teologia politica, che in Schmitt appare proprio attraverso il concetto moderno di rappresentanza, al di là di questo concetto, che, come abbiamo visto, comporta contraddittoriamente la negazione di quella struttura e insieme la perdita di quella dimensione politica del singolo che tende ad affermare. In altri termini *bisogna pensare quella struttura all'interno di un altro modo di concepire la politica, che non la neghi contraddittoriamente e che comporti la politicità e la partecipazione dei cittadini.*

⁽³⁵⁾ Per la rilevanza di questa struttura teoretica che si evidenzia in Platone per la filosofia politica cfr. G. DUSO, *Platone e la filosofia politica*, in G. CHIODI e R. GATTI (a cura di), *La filosofia politica di Platone*, FrancoAngeli, Milano, 2008, pp. 9-23; sul ruolo dell'immagine per la politica platonica si veda soprattutto M. BONTEMPI, *L'icona e la città. Il lessico della misura nei Dialoghi di Platone*, Vita e Pensiero, Milano, 2009.

6. *Il paradigma del potere e il problema del governo.*

La necessità di un altro modo di pensare la politica può essere scorta all'interno della stessa costruzione del *dispositivo del potere*, se non si resta ingabbiati nella sua logica e se si mettono in luce le sue aporie. Si è sopra ricordato come Hobbes intenda superare la relazione di governo — la quale, intesa come *arché dispotiké*, ridurrebbe i governati a schiavi — proprio mediante il dispositivo della sovranità, nel quale chi ubbidisce non sarebbe schiavo nei confronti di qualcuno, ma finalmente libero, in quanto ubbidisce al comando necessario per la realizzazione dello spazio delle libertà dei singoli che in ultima istanza proviene da lui. Ma si è anche indicato che, proprio grazie a questo dispositivo, in realtà ci si pone in balia del contenuto della volontà espressa come comando dal sovrano-rappresentante: la relazione di governo non è cancellata, ma viene solo nascosta e il comando viene ad essere assolutizzato. Al di là della strategia legittimante della sovranità, si tratta allora di ripensare questa relazione di governo non riducendola ad un rapporto tra chi è politicamente attivo e chi è passivo, tra signore e schiavo, come fa Hobbes per giustificare il dispositivo che lega insieme libertà e potere ⁽³⁶⁾. Bisogna ripensare la politica nella consapevolezza della relazione di governo alla luce della struttura emersa nella teologia politica e in una direzione che riesca ad andare oltre le aporie sopra indicate e che implichi una dimensione politica dei cittadini. Questo non è ipotetico esercizio teorico, ma un compito necessario per pensare la realtà in cui viviamo, proprio la realtà che i concetti normativi e legittimanti della carta costituzionale rischiano di non farci intendere.

La direzione di ripensare la teologia politica e insieme il governo come problema sembra incrociare la recente proposta di *una genealogia teologica dell'economia e del governo* ⁽³⁷⁾, nella quale il paradigma del governo mostra di avere la sua radice nell'economia della figura trinitaria. Qui la teologia politica schmittiana (intesa per

⁽³⁶⁾ Si veda l'indicazione bibliografica riportata alla nota 13.

⁽³⁷⁾ Cfr. G. AGAMBEN, *Il regno e la Gloria. Per una genealogia teologica dell'economia e del governo*, Neri Pozza, Vicenza, 2007, dove con una direzione autonoma viene in qualche modo ripresa la tematica foucaultiana della governamentalità.

altro nel solo senso della verticalità e della assolutezza del potere) subisce una problematizzazione ed una complicazione e, attraverso la genesi teologica dell'economia, pone come primario il problema del governo. Ciò risulterebbe ancora più pregnante se la matrice aristotelica dell'*economica* non fosse vista come esclusiva della tematica del governo, se si riflettesse cioè sul fatto che quest'ultima si presenta, in Aristotele, in modo ancora più significativo e con una sua specificità nell'ambito politico. È in quest'ambito che l'*arché* deve essere intesa non mediante il concetto di *potere* (o di sovranità), ma piuttosto nel senso di una relazione di governo, che perde l'elemento della sottomissione e della passività che caratterizza coloro che sono soggetti al governo dispotico nella sfera dell'*oikos*, in quanto si esercita su uomini che sono ugualmente liberi ⁽³⁸⁾.

Ben altra attenzione di quella che è qui possibile, merita questa proposta di una teologia economica intesa come complicazione della teologia politica. Qui mi permetto di fare due sole considerazioni marginali, al fine non tanto di entrare nel merito di quella proposta, quanto piuttosto di precisare meglio e di fare intendere la presente riflessione. La prima è analoga a quella che è stata sopra rivolta alla modalità diffusa di intendere la teologia politica sulla scorta di Schmitt e della sua *Teologia politica*, e riguarda lo statuto epistemologico che è proprio del pensiero nel momento in cui si mostra la genesi teologica del paradigma del governo, dando luogo ad una operazione genealogica. L'identificazione della logica dell'economia che caratterizza la figura trinitaria come matrice del problema gestionale del governo è una operazione del pensiero. Ci si può allora chiedere quale valenza abbia il teologico in questo movimento di pensiero e come questa matrice teologica possa essere considerata funzionante nella prassi se non in quanto venga prioritariamente pensata la struttura della prassi. Come per la teologia politica intesa come fondazione della sovranità (e non piuttosto come suo *sfondamento*, come sopra si è ricordato, grazie alla natura della relazione

⁽³⁸⁾ Diversa è la posizione di Agamben, che ravvisa il problema del governo in Aristotele solo nella sfera dell'*oikos* e non invece nella politica, dove sarebbe presente un paradigma epistemologicamente fondato nella dimensione del comando-potere. Sulla giustificazione della comprensione dell'*arché* in Aristotele nella dimensione del governo e non del concetto di potere, cfr. DUSO, *La logica del potere*, cit. sp. pp. 83 ss.

con l'idea), mi pare che sia da riconoscere che è del pensiero la responsabilità della relazione posta tra la tematica del governo e la teologia, e che questa relazione richiede di considerare la struttura della prassi, nella quale il problema della gestione efficace dei processi si pone e tuttavia in modo tale da non essere risolto in se stesso, ma da richiedere un orizzonte non riducibile alla regola dell'efficacia. In altri termini, se il problema del governo si impone per pensare la politica, ciò non avverrebbe a causa del fondamento teologico — dell'economia, nel caso della proposta in questione —, ma sarebbe la concezione teologica dell'economia che prenderebbe rilevanza da un pensiero dell'azione e della pratica.

La seconda considerazione riguarda il rischio che si corre se si intendono governo e potere come *paradigmi*, distinguibili e accostabili tra loro. La loro distinzione e il loro accostamento rischiano di farne due aspetti del dispositivo del dominio. Si può invece dire che quello del governo è un problema che si impone all'interno dello stesso paradigma della sovranità, mostrando illusoria la soluzione che quest'ultimo offre e dunque presentando un compito in relazione alla comprensione e all'orientamento della prassi politica. *Scoprire il problema del governo entro la sovranità significa mettere questa radicalmente in crisi rendendola paradigma non più significante per pensare la politica.*

Certo in queste considerazioni il tema del governo prende un significato diverso da quello descritto nella proposta della fondazione teologica dell'economia. In molti sensi: primo dei quali appunto è l'impossibilità di ridurlo a *paradigma*. In questo modo l'elemento gestionale, riguardante il governo degli uomini e delle cose, verrebbe ad essere assolutizzato e l'aspetto della efficacia e della produttività sarebbe il vero e unico principio regolatore del governo. In quanto paradigma la relazione di governo verrebbe ad acquisire lo stesso carattere formale proprio della sovranità e i due paradigmi sarebbero dialetticamente legati, quasi come forma e materia: non c'è potere se non c'è capacità di governare gli uomini e i processi, e questo governo sarebbe una forma di esercizio del potere e dunque del dominio. Non sarebbe allora la capacità di pensare il governo ad aprire una via per l'orientamento della prassi in modo tale da superare la dimensione del mero dominio, ma quest'ultimo appar-

rebbe come destino a cui non ci si può sottrarre, salvo la possibilità di sottrarsi allo spazio politico del rapporto.

Nell'ambito della riflessione che è stata qui condotta nella direzione di un ripensamento della politica che superi il dispositivo basato sul nesso di sovranità-rappresentanza, mi pare che il governo non sia riducibile all'autosufficienza della relazione che lo costituisce. Si tratta piuttosto di una relazione che prende significato solo nella concretezza della situazione reale in cui si presenta e all'interno di un orizzonte in cui si riesca a pensare, proprio in questa relazione — che può e spesso tende a risolversi in una situazione di dominio — la prassi politica degli uomini, il loro governo di sé e lo spazio della loro libertà concreta. Questi due lati, della contingenza e concretezza della situazione e dell'orizzonte di pensabilità della prassi, devono stare necessariamente insieme, altrimenti entrambi prendono un significato perverso e la contingenza si traduce in necessità e riduce a sé la ragione, e la ragione per sua parte diventa pretesa scienza del vero o assume una dimensione dottrina e normativa (quella cioè della *teoria*). Se si intende il governo come paradigma ci si preclude la possibilità di tenere insieme questi due lati della questione.

Non è qui possibile cercare di determinare alcuni aspetti che sembrano utili ad un pensiero che si ponga come problema la relazione tra governante e governato ⁽³⁹⁾. Anche se si intendesse mostrare che quella dei governati è la dimensione politica più rilevante — e io penso che questa sia la direzione di un *pensiero del governo* — qualora fosse ridotto a paradigma in sé stesso significante, il governo si ridurrebbe ad una relazione formale di comando-ubbidienza e si ricadrebbe nella logica della sovranità, e la via di fuoriuscita dal dominio potrebbe apparire o quella della fondazione del comando dal basso (ma si è visto che proprio questa è la genesi logica della sovranità), o quella della resistenza e della sottrazione

⁽³⁹⁾ Rimando per una breve indicazione a *Il potere e la nascita dei concetti politici moderni*, cit. sp. pp. 185 ss. In queste pagine indicate tuttavia si parla dell'“*antico principio del governo*”, che è bensì da tenere presente per problematizzare il concetto moderno di *potere* e anche per porre il problema del governo, ma non può certo essere risolutivo per il nostro compito di *pensare il governo*, compito di cui siamo noi ad avere la responsabilità, sia per quanto riguarda la riflessione teoretica che implica, sia per la determinatezza storica della realtà in cui tale pensiero si attua e che richiede di determinare cosa significhi in questa il termine *governo*.

continua al rapporto (sottrazione che presuppone proprio il governo come dominio, in realtà la sovranità). Ancora una volta si cercherebbe una soluzione del problema dell'obbligazione politica basata sulla assolutizzazione della volontà e sulla dialettica che ha i suoi poli nel soggetto individuale e in quello collettivo. Anche a questo proposito appare invece illuminante il riferimento a Platone. Pensare il governo (e in ciò consiste un aspetto rilevante del problema politico) appare possibile se si implica la questione della giustizia, ci si riferisce cioè all'idea di giustizia e nello stesso tempo si intende come composto di parti, cioè costitutivamente plurale, il tutto di cui si parla, sia questa l'anima o la *polis* ⁽⁴⁰⁾.

In questo quadro il governo non ha tanto una fondazione teologica, ma piuttosto richiede quella relazione all'idea che abbiamo considerato il cuore della teologia politica, e a sua volta questa, per essere pensata oltre l'aporia della sovranità (che la implica e la nega), esige un modo di intendere la politica che abbia al suo centro il governo.

7. *La rappresentanza tra governo e pluralità.*

Il compito che si pone è allora quello di pensare la struttura della relazione all'idea all'interno di una concezione della politica che non sia incentrata sul concetto di rappresentanza, che, come si è visto, è intrinsecamente legato a quello di sovranità e si basa su una immaginazione politica che ha il suo fondamento nella nozione di individuo. In questo orizzonte deve essere possibile anche uscire da quel dualismo che Voegelin rimprovera a Schmitt, secondo il quale

⁽⁴⁰⁾ È questo nodo centrale ad apparire nella *Repubblica* di Platone: la giustizia intesa nella forma del *fare ciò che è proprio* in un intero composto di parti, sia questo l'anima o la *polis*, richiede che ci sia una guida, un elemento unitario di governo che permetta lo sviluppo delle parti come parti di un tutto. Il governo si trova così legato al tema della giustizia e ad un orizzonte che impedisce che esso si risolva in dominio o in ogni caso in una relazione formale. È questa relazione del governo alla giustizia che lega in modo problematico quel movimento di pensiero filosofico nel quale la confutazione delle opinioni e delle pretese di sapere mostra l'emergere dell'idea di giustizia con il disegno arrischiato della *polis* che deve assomigliare a qualche cosa di divino. E questa stessa relazione mostra il nesso che il *governo di sé* ha con il governo degli altri, non solo, ma anche con *l'essere governati*.

l'agire rappresentativo è attribuibile solo a chi esercita il potere, mentre tutti gli altri si trovano politicamente in una situazione di passività.

Si può qui dare un breve accenno alla direzione che può prendere una tale via (come si è detto, caratterizzata dal rischio e non fondata "scientificamente"). Per uscire dalla morsa dell'unità che caratterizza la forma politica centrata sulla sovranità, appare necessario *pensare l'unità come costitutivamente plurale, e dunque come una unità che mantenga in sé le differenze e i soggetti portatori di queste*. Non può essere allora una unità che si rapporta alle indefinite differenze dei cittadini, perché, come si è visto, queste tendono ad annullarsi all'interno dell'unità che, se da una parte costituisce l'unità del molteplice, dall'altra si manifesta come *radicalmente altra nei confronti di quel molteplice*, dei molti singoli cittadini, finendo con il negarne la dimensione politica. È invece necessario che la dimensione politica dei membri dell'entità politica permanga e non sia cancellata dall'unità. Questo è possibile se la pluralità non è quella indefinita dei singoli, ma è una pluralità in cui i membri hanno una loro determinazione, in modo tale che siano differenze determinate quelle che giocano un ruolo nell'intero. In luogo della funzione fondante dell'individuo bisogna allora pensare alla dimensione costitutiva delle diverse forme di aggregazione in cui i singoli concretamente vivono e operano. Certo, sono bene gli individui i soggetti che agiscono e coloro che costituiscono la realtà dell'intero, e il riconoscimento della loro dignità, che esclude che possano essere oggetto di discriminazioni, di privilegi e di ostacoli nell'affermazione delle loro potenzialità, costituisce una via di non ritorno ad un passato basato su gerarchie cristallizzate. Ma è l'immaginazione che essi possano e debbano contare nella politica in quanto tali (assolutizzando cioè la loro opinione e la loro volontà) a dover essere superata in quanto porta ad esiti contraddittori nei confronti dell'intenzione stessa che la sorregge. È all'interno di gruppi e aggregazioni di diverso tipo che è possibile per i cittadini — si badi bene, non fondare l'agire politico, né esercitare una decisione sovrana, ma — *partecipare* alla vita politica ed essere in qualche modo coinvolti nelle decisioni.

Ma per pensare una unità plurale, nella quale la pluralità dei soggetti mantenga una dimensione politica, bisogna pensare il coman-

do e l'obbligazione politica in modo diverso da quello della sovranità. In quest'ultimo infatti, attraverso il ruolo rappresentativo di coloro che esercitano il potere, è proprio il popolo il soggetto a cui deve essere attribuito il comando. In questo modo i cittadini costituenti il popolo non sono più, di fronte al comando entità politiche. Se si ammette invece che è a coloro che esprimono il comando o prendono le decisioni che sono imputabili le azioni, allora *di fronte al comando restano i cittadini come soggetti plurali che svolgono azione politica.* Ciò significa intendere l'esercizio del comando non nella forma del potere legittimo, ma nell'orizzonte del problema del governo. Il comando non esprime la volontà unica della totalità del corpo politico, ma è una funzione unitaria di guida e di decisione. Di questa guida c'è bisogno, in quanto ad una totalità intesa come plurale non può essere attribuita una decisione unica ⁽⁴¹⁾. I membri plurali, in quanto si riconoscono come parte di una stessa società politica, non possono pensare alla loro realizzazione se non insieme agli altri. La regola fondamentale della politica è qui la cooperazione e l'accordo. Ma la diversità dei membri tiene sempre aperta la possibilità del disaccordo e del conflitto ⁽⁴²⁾. Perciò, proprio sulla base dell'unità necessaria alla vita della società, è necessaria l'azione unitaria del governo, che non esprime la volontà di quei membri plurali, che permangono di fronte ad essa come soggetti politici.

In una tale modo di intendere la politica l'elemento più rilevante non appare essere quello del governo, ma quello costituito dalla presenza politica dei governati. Il governo richiede infatti, come si è detto, un orizzonte che lo renda significante. In questo orizzonte non solo è da prevedere che chi governa non lo faccia sulla base della propria volontà e forza, ma venga istituito, controllato e destituito, ma soprattutto che l'orizzonte di condivisione, indispensabile per pensare l'unità di una pluralità, risulti dall'accordo dei

⁽⁴¹⁾ Mi riferisco alla determinazione di quella decisione quotidianamente necessaria alla vita della società politica e non a quella determinazione — che non è sovrana — delle regole e dell'orizzonte di giustizia all'interno del quale si dà azione di governo.

⁽⁴²⁾ Un modo di pensare *federalistico* come quello che è qui indicato non comporta una concezione organicistica e irenica, ma al contrario permette di pensare il conflitto come *strutturale*, ma può fare questo solo in quanto non fa del conflitto un concetto originario e in sé significante: un concetto *decisivo* per pensare la politica.

membri plurali. Da questo punto di vista si può parlare di funzione *costituente* dei governati ⁽⁴³⁾. È ben vero che spetta al governo la decisione, ma è anche vero che la potenza è del tutto e che il governo può funzionare, essere efficace e dunque mantenersi, solo in quanto riesca a fare accordare tra loro le diverse forze che nella società si manifestano, in quanto riesca a coordinarle e a farle esprimere al loro meglio: al meglio per l'insieme, ma anche per loro stesse. I governati sono in tal modo politicamente presenti a monte e a valle dell'azione di governo. Ma ciò è possibile, non solo nello spazio della realtà dell'esperienza, ma anche in quello della pensabilità, se tale presenza politica non è attribuita ai singoli *come tali*, concepiti nel loro isolamento.

Non ci si può in questa sede soffermare sul tentativo di delineare un tale modo di pensare la politica che si può chiamare *federalismo* ⁽⁴⁴⁾. Si può solo ricordare, in relazione al nostro tema, che in esso cambia radicalmente il modo di concepire la rappresentanza politica. Non si può uscire dalle aporie del moderno concetto di rappresentanza se non concependo *in altro modo la rappresentanza*. Qui non si tratta più di dare forma all'unità politica, tanto meno di esprimere il comando a cui si è sottoposti: l'elemento che funziona come unitario è piuttosto costituito dal governo, concepibile questo sulla base della pluralità che caratterizza l'entità politica.

Quanto è stato sopra detto in relazione alla ripercussione che la presenza dei partiti comporta in relazione alla rappresentanza potrebbe far pensare che il problema consista ancora nella alterna-

⁽⁴³⁾ Se non si resta prigionieri dall'immaginario creazionistico e di onnipotenza, che, nel suo intreccio con il concetto di sovranità del popolo, il potere costituente assume come origine della costituzione a partire dalla Rivoluzione francese, un tale tentativo di riconoscersi in un orizzonte comune e di dare determinazione alla questione della giustizia da parte di forze diverse si può riscontrare di fatto nei momenti di nascita delle costituzioni e questo sembra valere anche per la costituzione italiana.

⁽⁴⁴⁾ È lo stesso termine di « foedus » che indica un altro modo di intendere la politica di quello che emerge da quella sovranità che è frutto del contratto sociale. Cfr. da ultimo G. DUSO, *Oltre il nesso sovranità-rappresentanza: un federalismo senza Stato?*, in M. BERTOLISSI, G. DUSO, A. SCALONE, *Ripensare la costituzione. La questione della pluralità*, Polimetrix, 2007 (www.polimetrix.com) e Id., *Come pensare il federalismo? Nuove categorie e trasformazioni costituzionali*, in G. DUSO, A. SCALONE, *Come pensare il federalismo? Nuove categorie e trasformazioni costituzionali*, Polimetrix, Monza, 2010.

tiva o nell'incrocio dei due aspetti che essa può manifestare o ha manifestato nella storia: quello dell'*indipendenza* e quello del *mandato*. In realtà ambedue questi due aspetti indicano forme di relazioni determinate da impostazioni *teoriche*, che tendono ad ingabbiare la realtà politica in relazioni formali e cristallizzate. La realtà in cui viviamo non è però comprensibile sulla base di questa dicotomia. Lo iato che il concetto formale di rappresentanza comporta non esclude un contatto continuo tra chi governa e i governati che rimette in questione il mandato, sia questo libero o vincolato. Come ha notato Rosanvallon è da ricordare innanzitutto quella continua forma di *presenza* che appare necessaria per rinnovare e verificare la legittimazione espressa con il voto. È uno dei motivi per i quali la politica è sempre più *teatro* continuo e si fa più in televisione che nelle sedi appropriate. Anche questo aspetto mostra la deriva mediatica che appare destino di una forma democratica in cui l'opinione e la formazione dell'opinione vengono ad assumere una funzione decisiva.

Ma c'è anche un altro aspetto, più rilevante per il nostro tema. Quello delle continue interazioni, di scontro e di resistenza con le forme legittimate e rappresentative che danno luogo alla legge e al governo. Le decisioni politiche non sono di fatto ritenute legittimate a priori dal voto e la loro messa in questione non rimanda solo ad un rinnovo dei rappresentanti mediante le elezioni. Questo vorrebbe la logica della sovranità, secondo la quale solo attraverso chi esprime il comando si manifesterebbe la politicità dei governati. Ma in realtà le decisioni politiche del corpo rappresentativo trovano obiezioni, tentativi di verifica, contestazioni, resistenza da parte di diverse forme di aggregazione presenti nella società. Chi interviene in questo modo non intende cambiare i governanti o non intende rovesciare il rapporto di governo proponendosi come governante; intende piuttosto avere peso nelle decisioni politiche, determinarne la direzione e condizionare chi governa. Per comprendere ciò bisogna intendere il comando nell'ottica del governo e non in quella legittimante del potere. Tutto ciò mostra che la realtà che dobbiamo pensare è irriducibile alla logica della autorizzazione e non è nemmeno risolvibile con una concezione forte e rigida del mandato. Il problema non è quello della forma da dare al rapporto, ma piuttosto quello di

una presenza politica continua e strutturale che si incontra continuamente con gli atti determinati e concreti del governo.

Non è certo consono a questo quadro la nozione di una rappresentanza di tipo corporativo, anche a causa del carattere mobile e complesso della nostra società. Inoltre, al di là di una concezione meramente sociologica della rappresentanza, secondo cui essa si riferirebbe a stabili settori della società con i loro bisogni, ciò che è necessario pensare sono i temi e le modalità in cui si danno le forme di aggregazione. Certo sono temi rilevanti quelli che hanno una base in qualche modo oggettiva e strutturale, legata alle forme del lavoro, alle situazioni del territorio, a bisogni determinati. Ma elementi di aggregazione sono anche esigenze ideali culturali, etiche, religiose. Le aggregazioni vengono spesso ad assumere il carattere di evento, che sfugge ad ogni possibilità di classificazione, previsione e inquadramento istituzionale, anche se il riconoscimento di ciò non comporta la riduzione del pensiero della politica alla dimensione dell'evento.

A questo proposito non si può non mettere in evidenza una modalità oggi assai rilevante del formarsi delle aggregazioni. Mi riferisco al tema segnalato sia da Schiera che da Ortino della rete informatica, di internet. Se è vero che, come giustamente afferma Schiera, la comunicazione e la conoscenza sono elementi essenziali alla politica e alla costituzione materiale, ne consegue che una trasformazione così imponente della comunicazione e della possibilità di acquisire conoscenze come quella offerta dalla rete, modifica radicalmente il quadro in cui da l'agire politico e offre diverse possibilità di intervento. Non credo che una tale consapevolezza porti alla conclusione che in tal modo scompaiano gli *arcana imperii* e si realizzi finalmente quella eliminazione del potere invisibile che Bobbio in un suo famoso saggio denunciava come promessa "mancata" della democrazia ⁽⁴⁵⁾. Non è certo sorta in questo modo una realtà che permetta di realizzare o di pensare qualcosa come la *democrazia diretta* ⁽⁴⁶⁾, e nemmeno si determina una situazione in cui

⁽⁴⁵⁾ N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1984, sp. p. 16.

⁽⁴⁶⁾ Concetto peraltro che non riesce ad uscire dalle aporie della democrazia rappresentativa (cfr. DUSO, *Genesi e aporie dei concetti della democrazia moderna*, cit., sp. p. 129 ss.).

tutti i cittadini acquisiscono la competenza necessaria alle decisioni e al governo dei processi. Ma certo si determina un largo e immediato accesso ad un quadro immenso di conoscenze che aprono la possibilità di intervento continuo e immediato sulle scelte e sulle decisioni di chi governa.

Tutto ciò disloca e modifica radicalmente il quadro della legittimazione. Ma in tal modo non è una soluzione che si presenta, quanto piuttosto un problema da pensare; e tale compito è possibile se non si resta prigionieri del quadro della costituzione formale che abbiamo di fronte. Nel modo attuale di intendere la democrazia rappresentativa avviene che queste forme di protagonismo politico dei cittadini si manifesti molto spesso nella forma della protesta. E ciò perché l'intervento politico previsto è quello che si attuerebbe nel voto, in cui, come si è detto, non c'è coinvolgimento concreto del cittadino né espressione di volontà politica. Si pone qui il problema di come pensare a livello costituzionale tale presenza politica dei cittadini nelle diverse forme di aggregazione. Certo bisogna non correre il rischio di ingabbiare istituzionalmente la mobilità e la complessità delle istanze. Queste tuttavia sono da coinvolgere e responsabilizzare politicamente. Se è rilevante la funzione di governo, essa non ha nessuna efficacia e realtà se non in una continua interazione con queste forme di aggregazione. Si può a questo proposito sottolineare la rilevanza che Durkheim, per pensare la democrazia, attribuisce alla comunicazione tra la società e quella che egli chiama "coscienza governamentale" (47), proprio nel momento in cui si oppone alla teoria del mandato imperativo. Ma all'interno della presente riflessione ciò non è inteso alla luce dell'immaginario della distinzione società civile e Stato che sta alla base delle moderne costituzioni, ma piuttosto nell'ottica della relazione tra azione di governo e una pluralità, che non è solo sociale, ma deve essere intesa come politica; e ciò sembra richiedere trasformazioni costituzionali, che sappiano pensare come strutturale e permanente questa interazione.

Nello spazio di questa relazione tra governo e presenza politica dei governati, in qualsiasi modo venga pensate (tavoli istituzionali, commissioni, conferenze), sono certo prevedibili forme di *rappre-*

(47) Cfr. E. DURKHEIM, *Leçons de sociologie, Phisique des moeurs et du droit (1898-1900)*, PUF, Paris, 1950.

sentanza, nelle quali però il termine intende indicare un ruolo che non ha certo il significato della autorizzazione del rappresentante né della formazione di una volontà politica legittima in quanto propria della totalità, e nemmeno quello rigido del mandato vincolante. Piuttosto quello che tende a rendere possibile e costituzionalmente pensato quel coinvolgimento nelle decisioni politiche di forme determinate e concrete di intervento da parte dei cittadini, presenti non tanto individualmente ma nelle forme di aggregazione. Si può allora dire che il concetto moderno di rappresentanza è centrale, con la sua base costituita dalla libertà, per la forma politica moderna, in quanto è il segreto della sovranità; ma non costituisce più il centro essenziale del problema che è oggi da pensare, come non lo costituisce la sovranità e con essa la razionalità formale che si presenta come il problema della legittimazione democratica del potere. Il problema è il *buon governo* e la dimensione politica dei governati, problema che non è risolto, ma solo accantonato e non pensato, dal dispositivo che legittima democraticamente attraverso l'elezione, coloro che esercitano il potere.

Ma questo superamento del concetto di rappresentanza in tanto è possibile in quanto si pensi fino in fondo quella struttura teoretica della rappresentazione che ne costituiva il cuore e che abbiamo ravvisato nella teologia politica. Questa non viene accantonata; al contrario, qui viene pensata, sempre con la problematicità che la caratterizza, in modo più consono ed evitando la contraddizione che la inficia se si resta all'interno del concetto moderno di rappresentanza. Infatti ciò che contemporaneamente è da rendere presente e che nello stesso tempo eccede il nostro sapere e il nostro possesso *non è il soggetto collettivo, ma piuttosto qualcosa che possiamo nominare come l'idea della giustizia*, o meglio, per non cadere in immaginazioni oggettivanti che inducono al fraintendimento, ciò che si manifesta in forma problematica come *la questione della giustizia*. È ponendo questa questione che si può cercare di determinare quell'orizzonte di condivisione che è proprio di una società politica. In altri termini una concezione pattizia della politica, se da una parte conferisce responsabilità ai membri che si uniscono, dall'altra non permette di intendere il loro punto di vista come assoluto e decisivo e dunque anche l'accordo come mero frutto dell'autosufficienza delle volontà che si uniscono, nell'ottica di

una concezione convenzionalistica e relativistica. Le identità non si perdono, ma implicano la relazione e riconoscono un terreno superiore e comune in cui si pongono. La determinazione sempre contingente di questo comune è compito continuo che non ha un esito definitivo, e che non riguarda tanto chi esprime il comando, ma la totalità dei membri del corpo politico. E ciò proprio per il fatto che l'idea di giustizia ci orienta e muove continuamente il nostro sforzo nella prassi, ma non è mai riducibile e pienamente realizzata nei nostri tentativi di determinazione. La necessità di rendere presente ciò che è assente costituisce non una contraddizione annullatesi, ma la struttura che caratterizza la prassi. Questo a patto che ci si liberi da quella accezione — del moderno concetto di rappresentanza — secondo la quale il termine assente e da rappresentare è il soggetto collettivo, che tende a costituire il fondamento immanente della politica.

PAULO FERREIRA DA CUNHA

LE DROIT NATUREL ET SES AVATARS. ANCIENNES ET NOUVELLES POLÉMIQUES

*La Nature est un temple où de vivants piliers
Laissent parfois sortir de confuses paroles [...]*

BAUDELAIRE ⁽¹⁾

I. Les Anciens/Les Modernes. — 1. Les Paradigmes. — 2. L'éternel retour du droit nature. — 3. La dichotomie jusnaturaliste en question. — II. Questions modernes. — 1. D'autres dichotomies. — 2. La loi ou le juge? — 3. Pensée systématique ou pensée topique? — 4. Le néo-constitutionnalisme. — 5. Le « droit vital » (« vital law »). — III. Conclusion.

I. *Les Anciens/Les Modernes.*

1. *Les Paradigmes.*

Une des disciplines qui, autrefois, occupait les veilles des philosophes du droit (et qui devait aussi provoquer des insomnies aux étudiants), n'est plus à la mode: il s'agit du droit naturel. En termes plus savants, on dirait qu'il y a eu entretemps un changement de paradigme. Il y a de nos jours, véritablement, un profond *horror iuris naturalis* ⁽²⁾.

Les changements de paradigme scientifique ⁽³⁾, comme nous

⁽¹⁾ Charles BAUDELAIRE, *Les Fleurs du Mal*, Spleen et Idéal, IV. "Correspondances".

⁽²⁾ Arthur KAUFMANN, *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1957, p. 5.

⁽³⁾ Thomas KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, University of Chicago Press, 1962.

croyons l'avoir appris avec le spécialiste en droit pénal et philosophie du droit allemand W. Hassemer ⁽⁴⁾, ne sont finalement que des sorties de scène de certaines théories et des entrées en scène d'autres théories, tels les changements de « paradigmes » de la mode ⁽⁵⁾.

Quoi qu'il en soit, sous la désignation de « droit naturel », qui s'appliquait même à des disciplines universitaires (dont la dernière a sans doute disparu il n'y a pas si longtemps en Espagne), on étudiait et on enseignait maintes questions de philosophie du droit.

2. *L'éternel retour du droit nature.*

Ainsi, si l'on remplace l'expression « droit naturel » par « philosophie du droit » (voire par « système de droit » ou « opinion (*doxa*) sur le droit », dans le pire des cas), on comprendra peut-être mieux comment tant de théories si différentes ont été accueillies sous la même étiquette et ont prospéré pendant des siècles.

Goethe l'a observé avec finesse pour le droit romain, mais il aurait pu le faire, avec autant de raisons, pour le droit naturel: c'est le mouvement perpétuel du cygne ⁽⁶⁾. Parfois, on ne le voit pas, car il est submergé dans la profondeur du lac. Mais il émerge à nouveau, quelque temps après, regagnant à la surface toute sa beauté et toute son élégance ⁽⁷⁾.

3. *La dichotomie jusnaturaliste en question.*

Il semble que la compréhension historique du droit naturel est en train de changer considérablement, étant donné que les « dogmes » de sa division entre droit naturel ancien, classique, et droit naturel moderne ont été remis en question (notamment sous l'influence de Leo Strauss, dans son *Natural Right and History*, dont

⁽⁴⁾ Winfried HASSEMER, *História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra, seguido de A Segurança Pública no Estado de Direito*, trad. port., Lisbonne, AAFDL, 1995.

⁽⁵⁾ Gilles LIPOVETSKY, *L'empire de l'éphémère*, Paris, Gallimard, 1987; Roland BARTHES, *Système de la mode*, Paris, Seuil, 1967.

⁽⁶⁾ GOETHE, *Conversations avec Eckermann (1836-1848)*, trad. fr. par J. Chuzeville, nouvelle éd. revue et présentée par Cl. Roels, Paris, Gallimard, 1988.

⁽⁷⁾ V., par exemple, l'ouvrage classique de J. CHARMONT, *La renaissance du droit naturel*, 2.^e ed., Paris, Duchemin, 1927.

les thèses ont été élaborées entre 1949 et 1953 (8)). Il faut considérer d'autres auteurs et des livres très variés parce qu'ils apportent des éléments intéressants à notre propos.

Le grand problème théorique actuel, en ce qui concerne les divisions du droit naturel (et donc son essence double et contradictoire, présente dans ses deux grandes phases, selon certains auteurs) peut se résumer en quelques lignes.

Si on étudie les auteurs du XVIII^e siècle — comme, au Portugal, Melo Freire, Tomás António Gonzaga, António Diniz da Cruz e Silva ou António Ribeiro dos Santos (9) — cette rupture radicale entre le droit naturel dit moderne, jurationaliste, et celui de la tradition classique aristotélico-thomiste n'apparaît pas, sauf dans des aspects superficiels, relevant du style de l'époque ou de la couleur locale.

Bien sûr, des questions politiques se mêlent à la question. Il y a eu le légalisme suarezien (présent dès son célèbre: *De Legibus...*), il y a eu le volontarisme et il y a surtout eu le despotisme des Lumières au niveau politique. Tout cela a importance pour une conception de droit naturel.

Mais au niveau de la méthodologie, de l'argumentation même, des grandes conceptions du droit, notamment du droit naturel lui-même, y a-t-il eu des changements par rapport au réalisme classique? Ou ces changements sont-ils surtout de l'ordre de la politique et du *décor*?

Sur le plan politique, la question devient plus claire depuis quelque temps.

On a déjà compris la dimension du clivage entre le système des libertés traditionnelles, comme les vieux droits ibériques, et le système des libertés modernes qui commencent par être républicaines (10), du moins en théorie (situation peu connue), puis libé-

(8) Leo STRAUSS, *Natural Right and History*, Chicago, The Chicago University Press, 1953.

(9) V. notre *Pensamento Jurídico Luso-Brasileiro*, Lisbonne, Imprensa Nacional — Casa da Moeda, 2006.

(10) Quentin SKINNER, *Liberty before Liberalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981, p. 30 et note 67.

rales, mais qui, dans un troisième temps, sont devenues patrimoine juridique et politique commun, presque universellement partagé.

Peu de personnalités politiques renieront aujourd'hui le legs normalement considéré comme « libéral », que l'on pourrait synthétiser dans la triade mythique (mais très concrète et très importante) du constitutionnalisme moderne: les droits de l'Homme, la séparation des pouvoirs et l'importance du texte écrit, la sacralité du texte constitutionnel devenu une espèce de Bible des États, qui atteindra son apothéose pratique dans la rigidité de la révision constitutionnelle (et trouvera son gardien dans la juridiction constitutionnelle, en particulier avec les cours constitutionnelles).

Cette triade mythique, présente (explicitement dans ses deux premiers aspects) dans l'article 16 de la première Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, s'élargira par la suite pour inclure la démocratie, le suffrage universel, etc., mais elle reste comme la grande étoile de la notion moderne de constitution.

Revenons au XVIII^e siècle et à nos auteurs, espèce de « groupe témoin » de notre laboratoire historiographique.

Après plusieurs années de recherche, nous sommes arrivés à la conclusion que la séparation entre deux jusnaturalismes ennemis, proclamée comme radicale, du moins dans l'ambiance lusobrasilienne qui était celle de nos auteurs, est dénuée de sens. D'ailleurs les différentes façons dont les auteurs contemporains tentent de classer António Ribeiro dos Santos dans un cadre politique et idéologique nous semblent éloquentes: la doctrine hésite à le considérer comme un traditionaliste, un libéral, voire un libéral avant la lettre, presque toujours avec beaucoup de précaution vis-à-vis de ce personnage que nous avons personnellement baptisé le « Montesquieu portugais » ⁽¹¹⁾.

La séparation, nous semble-t-il, est essentiellement artificielle et porte trop sur le plan politique. L'éclat des Lumières sur le plan de l'État a peut-être dupé l'observation. La politique, la raison d'État, ont vraisemblablement assumé un rôle excessif dans une analyse qui devrait se concentrer sur le droit lui-même et surtout sur sa méthodologie la plus quotidienne et la plus élémentaire.

⁽¹¹⁾ V. notre *Mythe et Constitutionnalisme au Portugal (1778-1826). Originalité ou influence française?*, Paris, thèse de doctorat à l'Université Paris II, 1992 (policóp.).

Disons les choses de façon encore plus directe, en ce qui concerne la fortune de cette division: il semble que les traditionnalistes politiques ne voulaient surtout pas être confondus, même sur le plan du droit naturel, avec les révolutionnaires libéraux. Bien qu'ils partagent en fait de nombreux traits communs, notamment comme adversaires de l'absolutisme.

Et on peut aussi conclure que la constitution moderne, libérale, a sans aucun doute comme ancêtre direct et légitime la vieille constitution historique, si chère aux traditionnalistes. Au Portugal, les mémoires du libéral José Liberato Freire de Carvalho ⁽¹²⁾ sont absolument éloquentes dans la liaison entre les anciennes *Cortès* (états généraux) de la monarchie traditionnelle et les nouvelles *Cortès*, c'est-à-dire le parlement libéral. Les préambules des constitutions française de 1791, espagnole de Cadix (1812) et portugaise de 1822 (du moins), comme on le sait, font également le pont entre l'ancien (pas seulement le mythique) et le nouveau: l'oubli ou le mépris des vieilles libertés était la cause des malheurs des nations (malheurs absolutistes), que les constitutions modernes voulaient reprendre et réveiller de leur sommeil séculaire, comme le Prince éveille la Belle au bois dormant ⁽¹³⁾.

Cette « situation témoin », si évidente, se manifeste aujourd'hui autrement, comme le raconte de façon presque comique Francisco Puy. Et cette situation est encore plus visible que celle des évitements entre les traditionnalistes et les vieux libéraux (et leurs successeurs légitimes, qui ne sont pas les néolibéraux — ceux-ci sont plutôt des néoconservateurs ou *neocons* non traditionnalistes). Selon cet auteur, les droits de l'Homme ne sont pas aujourd'hui seulement le langage actuel du droit naturel. Cette situation provoque aussi des dissensions étranges et même un peu ridicules. Il utilise la métaphore du football: il y aurait des gens qui aiment jouer au ballon,

⁽¹²⁾ José Liberato FREIRE DE CARVALHO, *Memórias da Vida de ...*, 2.e éd., Lisbonne, Assírio e Alvim, 1982 [1ère éd., 1855].

⁽¹³⁾ Trois maîtres on utilisé l'image: Rogério EHRHARDT SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, Atlântida, 1969, p. 5; François VALLANÇON, *Domaine et Propriété (Glose sur Saint Thomas D'Aquin, Somme Theologique IIA IIAE QU 66 ART 1 et 2)*, Paris, Université de Droit et Economie et de Sciences Sociales de Paris (Paris II), 1985, 3 vols., vol. III, p. 1055; José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 5^a ed., Coimbra, Almedina, 1991, p. 11.

mais détestent le football, et, d'un autre côté, des dévots fervents du football qui haïssent les joueurs de ballon.

Comment le traduire? C'est facile: les joueurs de ballon sont les jusnaturalistes, ceux qui croient au droit naturel; les joueurs de football sont les jushumanistes (ou *antropodikeos*, dans son lexique de racine grecque) (14). Les uns et les autres sont proches à de nombreux niveaux, mais ils refusent de se tendre la main.

Et pourquoi? Puy ne va pas si loin, mais nous pouvons facilement détecter le même mobile de la théorie qui oppose les droits de l'homme au droit naturel: il s'agit toujours d'une question idéologique.

En y regardant de plus près, sauf des cas exotiques d'auteurs comme Ernst Bloch (15), qui était marxiste et jusnaturaliste, on constate que, de nos jours (il n'en était pas ainsi aux alentours de la Révolution Française), la révolution et même le simple progrès social ne vont pas souvent à la messe du droit naturel classique (puisque c'est aussi un fait que le « droit naturel moderne » a disparu de la théorie et qu'il n'a plus de défenseurs vivants).

Nous serions déjà heureux si ses défenseurs se révélaient amis de la démocratie et de l'État social, par la voie, par exemple, de la doctrine sociale de l'Église catholique (même sans aucune velléité « moderniste » sur le plan théologique). Ce serait, du moins en théorie, le plus loin que le progressisme jusnaturaliste pourrait aller en politique de nos jours. Par contre, on trouve toutes les nuances idéologiques du conservatisme et du traditionalisme dans les filières jusnaturalistes. Même un modéré comme « le Maritain des droits de l'homme » n'épargne pas le jusrationalisme:

« During the rationalist era jurists and philosophers have misused the notion of natural law to such a degree, either for conservative or for revolutionary purposes, they have put it forward in so oversimplified and so arbitrary manner, that it is difficult to use it now without awaking distrust and suspicion in many of our contemporaries. They should realize, however, that the history of the rights of man is bound to the history of natural law and that the discredit into which for some time positivism brought the idea of

(14) Francisco PUY, *Derechos Humanos*, vol. III. *Derechos Políticos*, Santiago de Compostela, Imprenta Paredes, 1985, p. 359.

(15) Ernst BLOCH, *Naturrecht und menschliche Würde*, in *Gesamtausgabe der Werke*, Band 6., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1961.

natural law inevitably entailed a similar discrediting of the idea of the rights of man »⁽¹⁶⁾.

Trop de jusnaturalistes contemporains n'apprécient pas beaucoup les droits de l'Homme. Et ceux qui les apprécient (même avec quelque réticence) sont surtout précisément les catholiques à la Maritain (c'est-à-dire le dit « Maritain des droits de l'Homme », renié par les traditionnalistes et même par quelques conservateurs), les catholiques du Vatican II, les catholiques de Paul VI et de l'effort jushumaniste (bien que conservateur lui aussi) de Jean Paul II; il n'y en a pas beaucoup plus...

La conversion de l'Église catholique et des marxistes aux droits de l'Homme (qui étaient d'abord des ennemis de poids) nous semble un des plus grands miracles du XXe siècle. Et, comme dirait le diplomate et écrivain Eça de Queiroz, un miracle souple (*suave milagre*). Un a un, presque tous les bastions anti-jushumanistes sont tombés. Même des conservateurs acharnés ont interprété les droits de l'Homme à leur guise, en leur attribuant un sens compatible avec leur cosmovision.

Mais il faut le dire: cela n'est pas le cas des traditionnalistes. Pas pour ceux qui défendent les vieilles libertés des peuples contre le constitutionnalisme libéral. Pas pour ceux qui insistent sur le fossé entre le droit naturel pur, classique, et le droit naturel impur, révolutionnaire, celui des Lumières et des constitutions...

Cette situation, qui se répète, comme nous venons de le voir, dans différents aspects de l'interprétation de l'Histoire juridique, mais aux contours indéniablement politiques⁽¹⁷⁾, nous permet de douter, de plus en plus, et de nous demander si l'opposition entre le droit naturel classique et le droit naturel moderne est effectivement une chose profonde, substantielle, *juridique*, ou plutôt un épiphénomène, voire une exagération au service des identités politiques surtout traditionnalistes (puisque'il n'y a presque plus de vieux libéraux pour défendre leur position).

(16) Jacques MARITAIN, *Natural Law. Reflections on Theory and Practice*, éd. et introd. de William Sweet, South Bend, Indiana, St. Augustine's Press, 2001, p. 54.

(17) V. Paul E. SIGMUND, *Natural Law in Political Thought*, Lanham, Nova Iorque, Londres, University Press of America, 1971; Pierre-François MOREAU, *Le Récit Utopique. Droit naturel et roman de l'Etat*, Paris, P.U.F., 1982.

Nous sommes persuadés que c'est un faux problème historio-graphique juridique, sur fond politique. Ici, l'aversion mutuelle entre ceux qui ne jurent que par le Moyen-âge et ceux qui ne jurent que par le Siècle des Lumières joue un rôle important. Si on cherche d'autres raisons, on se rend compte qu'elles ne sont pas seulement politiques. Nous y verrons le religieux, le philosophique, etc. Bien entendu. Ce sont, en effet, deux conceptions du monde (*Weltanschauungen*) qui trouvent ici un autre front de combat. Mais la volonté de différence est, du moins ici, excessive, car il y a une certaine continuité dans la rupture.

Ainsi, beaucoup de travail reste à faire sur le terrain, dans les différents pays, en quête de l'histoire et du vrai sens et de la vraie pratique des jusnaturalismes. Quelques auteurs, tels que Gordley (18), Tierney (19) et Lima Lopes (20) ont apporté des contributions dont il faut tenir compte. Avec objectivité et sans préjugés envers les autorités installées.

II. *Questions modernes.*

1. *D'autres dichotomies.*

Outre la dichotomie classique entre juspositivisme et jusnaturalisme, et indépendamment du fait que, avec moins de rigueur, il y a des gens qui considèrent comme étant jusnaturalistes tous (ou presque tous) ceux qui, explicitement ou implicitement, n'acceptent pas ou renient le positivisme, d'autres divisions parmi les juristes, d'allure spéculative ou avec des implications philosophiques, se sont avérées utiles et intéressantes. Même pour une nouvelle réflexion sur le jusnaturalisme et le juspositivisme *proprio sensu*.

(18) James GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, Oxford University Press, 1992.

(19) Brian TIERNEY, *The Idea of Natural Rights: Studies on Natural Rights, Natural Law, and Church Law 1150 1625*, Grand Rapids / Cambridge, William B. Eerdmans, 1997.

(20) José Reinaldo DE LIMA LOPES, *As Palavras e a Lei. Direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico contemporâneo*, São Paulo, EDESP, 2004, máx. p. 267 ss.

2. *La loi ou le juge?*

La première dichotomie à considérer est celle qui oppose les idées des légalistes à celles des judicialistes ⁽²¹⁾.

Il y a ceux qui déposent toute leur confiance dans la généralité et l'abstraction de la loi, et il y a ceux qui croient surtout à la prudence éclairée du juge. Il y en a qui considèrent que la loi a le dernier mot sur les questions juridiques et d'autres qui considèrent que même la loi, même la dernière et la plus haute des lois (la loi constitutionnelle, voire la loi divine, si c'est le cas) a besoin de l'interprétation judiciaire (ou théologique). Et cette interprétation, selon les tendances nouvelles et dépourvues de toute naïveté, lie indissociablement l'interprétation à la création des normes: au fond, toute interprétation est une création. Comme ce juge américain qui, questionné sur les lois, avait répondu décontracté et sans aucune mauvaise conscience au sujet de la séparation des pouvoirs: « ...'Made some myself ».

Selon cette perspective, on peut même considérer des périodes légalistes et des périodes judicialistes. Normalement, les exagérations (voire les abus) des uns font croître le nombre des défenseurs de l'autre « parti ». On se souviendra de la maxime « Dieu nous garde de l'équité des parlements » à une époque où on nourrissait déjà l'espoir d'une Loi souveraine, rationnelle, égale pour tous... L'histoire semble ainsi être pendulaire et nous mettre en garde contre le danger des extrêmes légalistes ou de « droit libre » des juges (ou des gouvernements et de la bureaucratie).

3. *Pensée systématique ou pensée topique?*

La question jusnaturaliste n'est pas étrangère à une orientation méthodologique. La dialectique entre pensée systématique ⁽²²⁾ et

⁽²¹⁾ Antonio-Carlos PEREIRA MENAUT, *Judicialismo*, in *Instituições de Direito*, vol. I. *Filosofia e Metodologia do Direito*, org. par Paulo Ferreira da Cunha, Coimbra, Almedina, 1998.

⁽²²⁾ Claus-Wilhelm CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2.e éd., Berlin, Duncker und Humblot, 1983.

dogmatique *vs.* pensée topique et problématique ⁽²³⁾ est très importante aussi et va de pair avec celle dont nous venons de parler. Ici, une conception du droit en tant que science, systématisation, concept et réseau de concepts, logique, s'oppose à une conception juridique du droit en tant que dialogue, art, reconstruction permanente, logique subordonnée à une raison plus souple, notamment une logique imprégnée de la valeur, qui n'est pas hostile aux sentiments, à la sensibilité, aux dimensions que le droit traditionnel (de pair avec d'autres pouvoirs d'autres époques) a oubliée ou étouffée.

Nous connaissons tous des juristes (d'ailleurs assez intelligents, dans le domaine de l'intelligence mécanique) dont le raisonnement typique se fait *more geometrico*. Ils se préoccupent assez sérieusement des syllogismes, des grandes théorisations, des concepts et des définitions, toujours de façon dogmatique, hyper-rationaliste, mais tout en restant paradoxalement soumis à la loi ou à la doctrine dogmatique, sans aucun esprit critique ni le moindre trait de créativité.

Il y a toutefois des juristes qui croient que la force de leur art réside dans la prise en compte de ses propres faiblesses et de ses propres limites, et qui cherchent surtout la solution juste pour chaque cas particulier (évidemment sans perdre de vue la notion d'ensemble ni les valeurs générales de Justice: bien au contraire), parmi les différentes sources du droit (dans un catalogue élargi, pas seulement la loi...), qu'ils arrivent à considérer comme faisant partie de l'ensemble de la topique juridique en question.

Les excès de la pensée systématique (il faut toujours une certaine systématisme en droit, mais avec discernement) se transforment en fait en un dogmatisme stérile et mêmenuisible, étranger à la Justice autant qu'à la réalité, qu'elle soit naturelle ou sociale.

En revanche, l'excès de la pensée topique et problématique consisterait à tomber dans le subjectivisme du « droit libre » (concentré sur la subjectivité du juge et du rossignol qui l'inspire ou

(23) Le renouveau de cette perspective se doit, comme on le sait surtout à Theodor VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, C. H. Beck'sche V., Muenchen, 1963. V. aussi Chaïm PERELMAN, *Logique Juridique, Nouvelle Rhétorique*, Dalloz, Paris, 1976; Id., (colab. L. OLBRECHTS-TYTECA), *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, 4.° ed., Bruxelles, Univ. Bruxelles, 1983.

non dans la nuit étoilée ou non), méprisant les modèles normatifs en vigueur, jugeant ou plaidant clairement *contra legis* (sans que la question de la loi injuste intervienne). Et rappelons-nous que la légalité, même la légalité qu'on soupçonne parfois d'être moins juste (on ne parle pas de la loi tyrannique, *lex corrupta* tout court), constitue la base, le bastion, le « degré zéro » de la justice, car elle assure la sécurité et la certitude juridiques. Il serait plus injuste de ne pas savoir selon quelle « loi » on vit, par exemple, si les règles changeaient constamment. C'est à cause de cela que notre contemporanéité doit prendre beaucoup de précautions quant à sa motorisation législative, la bureaucratie et le changement constant des règles du jeu (24). Cela peut même aller jusqu'à discréditer la Loi et à la croire simple fait du prince...

Il est normal que les défenseurs de chacune de ces positions soient solidaires entre eux par des positions analogues selon des perspectives différentes. Ainsi, un juriste qui se considère ontologiquement comme jusnaturaliste, ou, du moins, pluraliste, voire anti-positiviste légaliste, sera, en principe, un judicialiste et un adepte de la méthodologie topique et problématique.

Cette « règle » fonctionne certainement en principe, pour la plupart d'entre eux, bien que cette coïncidence totale de points de vue ne soit pas obligatoire.

De même, un juriste qui, du point de vue de l'ontologie du droit, se considère (ou se révèle: ni une autognose ni une profession de foi n'est nécessaire) comme positiviste, moniste, légaliste, sera probablement, sur le plan méthodologique, un défenseur de la pensée dogmatique et systématique, et, quant aux sources du droit, il préférera la loi à la jurisprudence.

Toutefois, des combinaisons moins usuelles sont évidemment possibles et, comme en politique, les hybrides, les mutants, nous donnent toujours la possibilité de mieux comprendre chacune des réalités qu'on croyait antagonistes, mais que certains peuvent vénérer ensemble. *There are more things (...), Horatio...*

(24) Paulo MERÊA, *Divagações sobre a Estabilidade da Norma Jurídica* (1923), in *Estudos de Filosofia Jurídica e de História das Doutrinas Políticas*, Lisbonne, Imprensa Nacional — Casa da Moeda, 2004, p. 213 et suiv.

4. *Le néo-constitutionnalisme.*

Une des tentatives actuelles de surmonter aussi bien le jusnaturalisme que le positivisme juridique est celle du néo-constitutionnalisme ⁽²⁵⁾, lequel a aussi plusieurs aspects: depuis une dimension théorique, plutôt consensuelle, qui prend au sérieux le droit constitutionnel et les droits de l'Homme (souvenons-nous ici du livre séminal *Taking Rights Seriously* ⁽²⁶⁾), jusqu'à une dimension plus polémique, judiciaire, qui pratique ce qu'on appelle l'activisme judiciaire, critiqué par les plus légalistes comme étant trop *praeter legem* pour les uns ou *contra legem* pour les autres. C'est un phénomène à étudier. En tout cas, les théoriciens du néo-constitutionnalisme prétendent dépasser le vieux jusnaturalisme (ils semblent un peu allergiques à sa rhétorique) et, d'après les applications pratiques (notamment l'activisme judiciaire qu'ils protagontisent souvent), il est certain qu'ils ne s'agit pas de juspositivistes légalistes.

Quoi qu'il en soit, nous croyons que l'Histoire des théories n'est pas finie, au contraire: certaines théories ont le don d'en inspirer de nouvelles. Il y a des auteurs qui placent le néo-constitutionnalisme au milieu d'une succession de nouvelles vagues de renouvellement juridique ⁽²⁷⁾. *Everything new is old again*, serait-on tenté de dire.

Dans un certain sens, le néo-constitutionnalisme lui-même partage avec le jusnaturalisme plusieurs idées dans son essence (mais

⁽²⁵⁾ Regina QUARESMA / Maria Lucia DE PAULA OLIVEIRA-Farlei MARTINS RICCIO DE OLIVEIRA (coord.), *Neoconstitucionalismo*, Rio de Janeiro, Forense, 2009; Eduardo RIBEIRO MOREIRA, *Neoconstitucionalismo. A Invasão da Constituição*, São Paulo, Método, 2008; Écio OTO RAMOS DUARTE-Susanna POZZOLO, *Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico. As Faces da Teoria do Direito em Tempos de Interpretação Moral da Constituição*, São Paulo, Landy Editora, 2006. Critiquement (surtout sur le plan constitutionnel), Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, *Notas Sobre o Direito Constitucional Pós-Moderno, em Particular sobre certo Neoconstitucionalismo à Brasileira*, in "Systemas. Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas", vol. 2, n. 1, 2010, p. 101-118. Critiquement (surtout sur le plan constitutionnel), Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, *Notas Sobre o Direito Constitucional Pós-Moderno, em Particular sobre certo Neoconstitucionalismo à Brasileira*, in "Systemas. Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas", vol. 2, n. 1, 2010, p. 101-118.

⁽²⁶⁾ Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1977.

⁽²⁷⁾ Luís Flávio GOMES-Valerio DE OLIVEIRA MAZZUOLI, *Direito Supraconstitucional*, São Paulo, RT — Editora Revista dos Tribunais, 2010.

pas dans les épiphénomènes), bien qu'il refuse sincèrement et avec véhémence cette étiquette qu'il considère comme périmée. Et il est aussi évident qu'on ne peut pas et surtout qu'on ne doit pas baptiser comme étant jusnaturaliste quelqu'un qui ne le veut pas. Surtout pas nous, à qui l'étiquette semble quelquefois lourde, à cause de certains voisinages... Entre autres raisons plus souples.

5. *Le « droit vital » (« vital law »).*

On comprend ainsi très bien que quelques auteurs, tels Virginia et Percy Black ⁽²⁸⁾, aient voulu recommencer, en créant une nouvelle expression, le droit vital (*vital law*). Toutefois, il y a dans l'histoire de la culture des expressions qui portent leurs fruits, et d'autres qui n'en portent pas. Celle-ci n'a pas encore de postérité significative. Et c'est peut-être dommage, car elle avait tout pour prospérer. Les innovateurs n'étaient peut-être pas jusnaturalistes, et les jusnaturalistes qui restent n'ont pas été innovateurs.

III. *Conclusion.*

Le grand problème du jusnaturalisme est, en fin de comptes, celui énoncé par Michel Villey: « Je ne recommande pas à tous le droit naturel, mais à ceux-là seulement qui peuvent comprendre. Le droit naturel est ésotérique » ⁽²⁹⁾.

Le débat sur les virtualités de la catégorie « droit naturel » demeure en discussion. En tout cas, même si — et nous ne le croyons pas — l'on arrivait à la conclusion qu'il n'était plus capable de donner une voix à la Justice (son but le plus évident, dès l'*Antigone* de Sophocle, toujours citée, peut-être à tort ⁽³⁰⁾, pour cela), il faudrait l'étudier du point de vue historique, et de l'histoire

⁽²⁸⁾ Percy BLACK, *Mirror Images behind the rhetoric of natural and positive law*, in "Vera Lex", New York, vol. XI, n. 2, p. 36 e 38; Idem, *Natural Law and Positive Law: forever irresolvable?* in "Vera Lex", New York, vol. X, n. 2, 1990, pp. 9-10; Id., *Challenge to Natural Law: The vital law*, in "Vera Lex", vol. XIV, n. s 1 e 2, 1994, p. 48 ss.

⁽²⁹⁾ Michel VILLEY, *Réflexions sur la Philosophie et le Droit. Les Carnets*, Paris, PUF, 1995, p. 45.

⁽³⁰⁾ Stamatios TZITZIS, *La philosophie pénale*, Paris, PUF, 1996, p. 69 et suiv.

du droit et de celle de la culture à la fois. Car les jusnaturalismes ont été la philosophie du droit pendant des siècles et des siècles.

Mais il semble que, par des voies nouvelles et critiques, avec de nouvelles vues et de nouveaux alliés, ainsi que de nouvelles sources d'inspiration, le droit naturel peut trouver un autre visage et garantir sa place au soleil de l'avenir.

D'ailleurs, elle a aussi une connexion importante avec le droit constitutionnel, un des grands protagonistes de la juridicité de nos jours: « Il giusnaturalismo, infatti, ha lo scopo prevalente di offrire al costituzionalismo una fondazione forte sul piano filosofico-politico. Lo stato di natura è lì (...) a *costituire* la barriera che il potere, ogni potere diverso da quello che il singolo ha su se stesso, non può varcare » ⁽³¹⁾.

Par des voies nouvelles et critiques, avec de nouvelles vues et de nouveaux alliés, ainsi que de nouvelles sources d'inspiration, le droit naturel pourra certainement trouver un autre visage et garantir sa place au soleil de l'avenir.

Une importante somme de travail nous attend encore.

Bibliographie

- BLACK, Percy, *Mirror Images behind the rhetoric of natural and positive law*, in « Vera Lex », New York, vol. XI, n. 2, p. 36 e 38.
- , *Natural Law and Positive Law: forever irresolvable?* in « Vera Lex », New York, vol. X, n. 2, 1990, pp. 9-10.
- , *Challenge to Natural Law: The vital law*, in « Vera Lex », vol. XIV, n. s 1 e 2, 1994, p. 48 ss.
- BLOCH, Ernst, *Derecho Natural y Dignidad Humana*, trad. cast. de Felipe Gonzalez Vicen, Madrid, Aguilar, 1961.
- BOBBIO, Norberto, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Ed. di Comunità, 1984.
- CANARIS, Claus-Wilhelm, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2.e éd., Berlin, Duncker und Humblot, 1983.
- CHARMONT, J., *La renaissance du droit naturel*, 2^a ed., Paris, Duchemin, 1927.
- D'ORS, Álvaro, *Derecho y Sentido Común. Siete Lecciones de Derecho Natural como Límite del Derecho Positivo*, Madrid, Civitas, 1995.
- DIJON, Xavier, *Droit naturel*, I. *Les questions du droit*, Paris, P.U.F., 1998.
- DUFOUR, Alfred, *Droits de l'Homme, droit naturel et histoire*, PUF, Paris, 1991.

⁽³¹⁾ Paolo GROSSI, *Novecento Giuridico: un Secolo Pos-Moderno*, Naples, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, 2011, pp. 48-49.

- ENGELMANN, Wilson, *Crítica ao Positivismo Jurídico. Princípios, Regras e o Conceito de Direito*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.
- , *Direito Natural, Ética e Hermenêutica*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2007.
- FERREIRA DA CUNHA, Paulo, *El Derecho Natural, Historia e Ideologia*, in *Las Razones del Derecho Natural. Perspectivas Teóricas y Metodológicas ante la Crisis del Positivismo Jurídico*, 2ª ed. corrigida, reestruturada e ampliada, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2008.
- , *Entre a Superação do Positivismo e o Desconforto com o Direito Natural Tradicional*, in *História do Pensamento Filosófico Português*, dir. de Pedro Calafate, vol. V, tomo 2, Lisboa, Caminho, 2000, p. 58 ss.
- , *Pensamento Jurídico Luso-Brasileiro*, Lisboa, Imprensa Nacional — Casa da Moeda, 2006.
- , *Temas e Perfis da Filosofia do Direito Luso-Brasileira*, Lisboa, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2000.
- , *O Ponto de Arquimedes. Natureza Humana, Direito Natural, Direitos Humanos*, Coimbra, Almedina, 2001.
- , *Um Clássico Contemporâneo do Direito Natural: Natural Law, de Maritain*, in «Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto», III, 2006, pp. 653-660.
- , *Direito Natural, Justiça e Política*, org., Coimbra, Coimbra Editora, vol. I, 2005.
- , *Direito Natural, Religiões e Culturas*, org., Coimbra, Coimbra Editora, 2004.
- , *Addison's Theory of Justice: a New Natural Law*, in «Antígona. Law and Humanities Studies online», vol. IV, Março 2003 — www.antigona.web.pt.
- , *Do Direito Natural Positivo — Princípios, valores e direito natural nas constituições e nos códigos civis portugueses e espanhóis*, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço - Volume II*, Coimbra, Almedina, 2002.
- , *Do Jusracionalismo Luso-Brasileiro e da Unidade Essencial do Jusnaturalismo — Reflexão Problemática Filosófico-Histórica*, in “Collatio”, São Paulo, n. 12, pp. 17-30.
- , *Direito Natural e Jusnaturalismo. Teste a alguns conceitos difusos*, Separata da Revista «O Direito», ano 133.º (2001), n. II (recebido a 20 de Dez.º 2001).
- , *Direito Natural e Teoria da Justiça. Deontologia, Terminologia e Sistematização*, in «Persona y Derecho, Estudios en Homenaje al Prof. Javier Hervada» (I), vol. 40 - 1999*, pp. 13-52.
- , *We are all Guilty. A case on Natural Law, International Law and International Politics*, in “Fides. Direito e Humanidades”, Porto, Rés, III, 1994, p. 61 ss..
- , *Natural law and law limits*, in “Fides. Direito e Humanidades”, Porto, 1992.
- , *A natural Natural Law. Michel Villey*, in “Vera Lex - International Journal of Natural Law and Right”, vol. XI, n. 1, New York, 1991.
- FINKIELKRAUT, Alain, *Um Coração Inteligente*, trad. port., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2011.
- FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, 7ª reimp., Oxford, Clarendon Press, 1993.
- GALVÃO DE SOUSA, José Pedro, *Direito Natural, Direito Positivo e Estado de Direito*, São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 1977.
- GARCIA HUIDOBRO, Joaquín, *Razón Práctica y Derecho Natural*, Valparaíso, EDEVAL, 1993.

- GOETHE, Johann Wolfgang, *Conversations avec Eckermann (1836-1848)*, trad. fr. de J. Chuzeville, nova ed. revista e apresentada por Cl. Roels, Paris, Gallimard, 1988.
- GOMES, Luís Flávio - OLIVEIRA MAZZUOLI, Valerio de, *Direito Supraconstitucional*, São Paulo, RT - Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- GORDLEY, James, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, Oxford University Press, 1992.
- GREZEGORCZYK, Chr. - TROPER, M. - Michaut, F., *Le positivisme juridique*, Paris, Dalloz, 1974.
- GROSSI, Paolo, *Novecento Giuridico: un Secolo Pos-Moderno*, Naples, Università degli Studi Suora Orsola Benincasa, 2011.
- HASSEMER, Winfried, *História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra, seguido de A Segurança Pública no Estado de Direito*, trad. port., Lisboa, AAFDL, 1995.
- Justiça e o Direito Natural*, 2ª ed., Coimbra, Arménio Amado, 1979.
- HERVADA, Javier, *Introducción crítica al Derecho Natural*, 4ª ed., Pamplona, EUNSA, 1986.
- , *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, Pamplona, EUNSA, 1987.
- , *Introducción crítica al Derecho Natural*, 4ª ed., Pamplona, EUNSA, 1986.
- KELSEN, Hans, *Das Problem der Gerechtigkeit*, trad. port. de João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes, 1998.
- KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, trad. port. e prefácio de João Baptista Machado, *Teoria Pura do Direito*, 4ª ed. port., Coimbra, Arménio Amado, 1976.
- LE FUR, Louis, *La théorie du Droit Naturel depuis le XVII e siècle et la doctrine moderne*, Académie de Droit International, Recueil des Cours, 1927, III, tomo 18, Paris, Hachette, 1928.
- LECLERCO, Jacques, *Du droit naturel à la Sociologie*, trad. port., *Do Direito Natural à Sociologia*, Duas Cidades, São Paulo, s/d.
- LEFORT, Claude, *Écrire — à l'épreuve du politique*, Paris, Calmann-Lévy, 1992, trad. port. de Eliana de Melo Souza, *Desafios da Escrita Política*, São Paulo, Discurso Editorial, 1999, pp. 259-297.
- LOMBARDI VALLAURI, Luigi, *Diritto Naturale e Diritto Libero*, in « Persona y Derecho », n. 23, 1990, p. 25 ss.
- LOPES, José Reinaldo de Lima, *As Palavras e a Lei. Direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico contemporâneo*, São Paulo, EDESP, 2004, máx. p. 267 ss.
- MALTEZ, José Adelino, *Voegelin e a Procura do Direito Natural*, Prefácio a *A Natureza do Direito e outros textos jurídicos*, de Eric Voegelin, Lisboa, Vega, 1998.
- MARITAIN, Jacques, *Natural Law. Reflections on Theory and Practice*, ed. E introd. de William Sweet, South Bend, Indiana, St. Augustine's Press, 2001.
- MAYERMALY, D. - SIMONS, P. M. (ed.), *Das Naturrechtsdenken heute und morgen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1983.
- MOREAU, Pierre-François, *Le Récit Utopique. Droit naturel et roman de l'Etat*, Paris, P.U.F., 1982.
- MYRDALL, Gunnar, *The Political Element in the Development of Economic Theory*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 3ª ed., 1961, trad. port. de José Auto, *Aspectos Políticos da Teoria Económica*, Rio de Janeiro, Zahar, 1962.
- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *Judicialismo*, in *Instituições de Direito*, vol. I.

- Filosofia e Metodologia do Direito*, org. par Paulo Ferreira da Cunha, Coimbra, Almedina, 1998.
- PERELMAN, Chaïm, *Logique Juridique, Nouvelle Rhétorique*, Dalloz, Paris, 1976.
- , (colab. L. Olbrechts-Tyteca), *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, 4^o ed., Bruxelles, Univ. Bruxelles, 1983.
- PIZZONI, Reginaldo, *Il Diritto Naturale dalle Origine a S. Tommaso d'Aquino*, 3.^a ed., Bolonha, ESD, 2000.
- PUY, Francisco (org.), *El Derecho Natural Hispanico. Actas de las 'Primeras Jornadas Hispánicas de Derecho Natural'*, Madrid, Escelicer, 1973.
- , *Teoría Tópica del Derecho Natural*, Santiago do Chile, Universida Santo Tomás, 2004.
- , *Lecciones de Derecho Natural, I. Introducción a la Ciencia del Derecho Natural*, 2.^a ed. corrig. e aum., Santiago de Compostela, Porto, 1970.
- RENOUX-ZAGAMÉ, Marie-France, *Les Carnets de Michel Villey: le droit naturel comme échec avoué*, "Droits. Revue Française de Théorie, de Philosophie et de Culture Juridique", 23, p. 115 ss.
- RODRIGUEZ PANIAGUA, José M.^a, *Derecho Natural o Axiologia Juridica?*, Madrid, Tecnos, 1981.
- SANCHO IZQUIERDO, Miguel - HERVADA, Javier, *Compendio de Derecho Natural*, Pamplona, EUNSA, 2 vols., 1980, 1981.
- SANCHO IZQUIERDO, Miguel, *Lecciones de Derecho Natural como una introducción al estudio del derecho*, Pamplona, EUNSA, 1966.
- SAYEG, Ricardo - BALERA, Wagner, *Capitalismo Humanista. Filosofia Humanista de Direito Econômico*, Brasil, KBR, 2011.
- SERNA, Pedro, *Modernidad, Postmodernidad y Derecho Natural: un jusnaturalismo posible*, in « Persona y Derecho », 20, 1989, p. 155 ss.
- SIGMUND, Paul E., *Natural Law in Political Thought*, Lanham, Nova Iorque, Londres, University Press of America, 1971.
- STRAUSS, Leo, *Natural Right and History*, Chicago, The Chicago University Press, 1953.
- TEIXEIRA, António Braz, *Sobre os Pressupostos Filosóficos do Código Civil Português de 1867*, in « Fides. Direito e Humanidades », III, Porto, Rés, 1994.
- TERRNEY, Brian, *The Idea of Natural Rights: Studies on Natural Rights, Natural Law, and Church Law 1150 1625*, Grand Rapids - Cambridge, William B. Eerdmans, 1997.
- TOMÁS DE AQUINO, São, *Summa Theologiae* (várias edições).
- TRIGEAUD, JeanMarc, *Ce droit naturel que le positivisme a inventé*, in *Métaphysique et Éthique au Fondement du Droit*, Bordeaux, Biere, 1995, p. 161 ss.
- , *Droits naturels et droits de l'homme à l'aube du XXème siècle: la tradition classique du droit naturel et son de passément personaliste*, in *Métaphysique et Éthique au Fondement du Droit*, Bordeaux, Biere, 1995.
- , *Introduction à la philosophie du droit*, Bordeaux, Biere, 1992.
- , *La Tradizione classica del diritto naturale e il suo soperamento personalistico*, in « Iustitia », Unione Giuristi Cattolici Italiani, Roma, Giuffrè, Anno XII, Abril-Junho 1991.
- TRUYOL SERRA, António, *Esbozo de una Sociología del Derecho Natural*, in *Revista de Estudios Politicos*, Madrid, vol. XXIV, 1949.
- TUCK, Richard, *Natural Rights Theories. Their origin and deelopment*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1979.
- TZITZIS, Stamatios, *La philosophie pénale*, Paris, PUF, 1996.

- VALLET DE GOYTISOLLO, Juan, *Que és el derecho natural?*, Madrid, Speiro, 1997.
- VIEHWEG, Theodor, *Topik und Jurisprudenz*, C. H. Beck'sche V., Muenchen, 1963.
- VILLEY, Michel, *Abrégé de droit naturel classique*, in "Archives de Philosophie du Droit", VI, Paris, Sirey, 1961, pp. 25-72.
- , *Jusnaturalisme, essai de définition*, in « Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques », n. 17, 1986.
- , *Mobilité, diversité et richesse du Droit Naturel chez Aristote et Saint Thomas*, in « Archives de Philosophie du Droit », XXIX, 1984, pp. 190-199.
- , *Réflexions sur la Philosophie et le Droit. Les Carnets*, Paris, PUF, 1995, p. 45.
- WOLFF, Eric, *Das Problem der Naturrechtslehre*, trad. cast. de Manuel Entenza, *El problema del derecho natural*, Barcelona, Ariel, 1960.

PAOLO SLONGO

LA VITA DEL DIRITTO E L'ORDINE
DEI COSTUMI
NELL'ESPRIT DES LOIS

1. Scrive Montesquieu nel breve trattato *De la Politique* del 1725: « Dans toutes les sociétés, qui ne sont qu'une union d'esprit, il se forme un caractère commun. Cette âme universelle prend une manière de penser qui est l'effect d'une chaîne de causes infinies, qui se multiplient et se combinent de siècle en siècle. Dès que le ton est donné et reçu, c'est lui seul qui gouverne et tout ce que les souverains, les magistrats, les peuples peuvent faire ou imaginer, soit qu'ils paroissent choquer ce ton, ou le suivre, s'y rapporte toujours »⁽¹⁾. Insomma, sono una serie di tenaci *abitudini* collettive che mandano avanti, *da sole*, la macchina sociale: non è difficile trovare in questo brano la prima tappa dell'elaborazione del concetto di « *esprit général* » che sarà al centro dell'*Esprit des lois* ⁽²⁾.

Il paradigma politico con cui Montesquieu si confronta già qui è quello hobbesiano di una concezione volontaristica della *politique*

(1) *De la Politique*, in MONTESQUIEU, *Œuvres complètes*, texte présenté et annoté par R. CAILLOIS, « La Pléiade », Gallimard, Paris, 1949, vol. I, p. 114. D'ora in poi faremo riferimento nelle citazioni a questa edizione. Un'edizione critica integrale delle opere di Montesquieu è in corso di pubblicazione sotto la direzione di P. Rétat e di C. Volpilhac-Augier, *Oeuvres complètes de Montesquieu* (The Voltaire Foundation, Oxford).

(2) Questo tema si sviluppa e si arricchisce nell'*Essais sur les causes qui peuvent affecter les esprit et les caractères* e nelle *Pensées* (n. 645, n. 1903 e n. 1768 in *Œuvres complètes*), ritorna nelle *Considerations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence* (nei capitoli VIII e XVIII), per ripresentarsi infine nel libro XIX dell'*Esprit des lois*, dove appare come la chiave di volta che sostiene tutta la ricchezza della ricerca di Montesquieu sulla convivenza umana.

presente ancora nell'opera di Bossuet, *Politique tirée des propres paroles de l'Écriture sainte*, un ennesimo trattato sui doveri e sulle prerogative del principe, sulla natura della sovranità e sui « devoirs des sujets envers le prince »: qui l'azione di governo dipendeva in primo luogo dalle qualità personali del regnante e dei suoi ministri, e su queste bisognava concentrare l'attenzione ⁽³⁾. Ciò che conferisce particolare interesse all'intervento di Montesquieu è il fatto di aver saputo oltrepassare le istanze *scettiche* già espresse nei confronti di questo paradigma da Le Mothe Le Vayer, ad esempio nel suo *Dialogue traictant de la Politique sceptiquement*, dove, adottando sulla scia di Montaigne il metodo confutatorio scettico egli rigettava l'idea che la *politique* potesse configurarsi come una scienza, caratterizzandola piuttosto come una pratica effimera: la *politique* a suo parere non poteva pretendere di basarsi su regole certe o anche solo probabili, né tantomeno su assiomi pratici ⁽⁴⁾. L'avversione di La Mothe nei confronti della pretesa della « *politique* » di elevarsi a scienza dipendeva dalla convinzione che le vicende del mondo fossero sostanzialmente imprevedibili, incostanti e quindi anche difficilmente controllabili dall'uomo. Ancora in uno scrittore come La Bruyère era possibile osservare questa commistione tra scetticismo sui fondamenti dell'arte di governare e affidamento alla *prudence* come capacità di fronteggiare gli affari politici nel loro lato imprevedibile e incostante ⁽⁵⁾.

Sulla scia di questo scetticismo epistemologico ⁽⁶⁾, Monte-

⁽³⁾ J.-B. BOSSUET, *Politique tirée des propres paroles de l'Écriture sainte*, éd. J. Le Brun, Droz, Genève, 1967, pp. 65-91.

⁽⁴⁾ F. de LA MOTHE LE VAYER, *Dialogue traictant de la politique sceptiquement, entre Talamon et Orontes*, in Id., *Dialogues faits à l'imitation des anciens*, éd. par A. Pessel, Fayard, Paris, 1988, pp. 440-41. Sullo scetticismo moderno si veda almeno R. H. POPKIN, *The History of Scepticism from Erasmus to Descartes*, Van Gorcum, Assen, 1960; trd it. Bruno Mondatori, Milano, 1994 e, più recentemente, G. PAGANNI, *Skepsis. Le débat des modernes sur le scepticisme. Montaigne, Le Vayer, Campanella, Descartes, Hobbes, Bayle, Vrin*, Paris, 2008.

⁽⁵⁾ Cfr. LA BRUYÈRE, *Les Caractères*, « Du souverain ou de la République », n. 32, in *Œuvres complètes*, éd. par J. Benda, « La Pléiade », Gallimard, Paris, 1949, p. 305; trad. it. a cura di E. Timbaldi Abruzzese, Einaudi, Torino, 1981, p. 195.

⁽⁶⁾ Judith N. Shklar, nella sua monografia su Montesquieu, nota che Montaigne è « il suo predecessore più prossimo » (J.N. SHKLAR, *Montesquieu*, Oxford U. P., Oxford 1987; trad. it. *Montesquieu*, il Mulino, Bologna, 1990, p. 30). Sul parallelismo

squieu propone una nuova e più adeguata forma di razionalità politica e cioè un importante riorientamento della concezione dell'agire politico e della scienza del governo. Attraverso il percorso intellettuale di Montesquieu si tratta così di cogliere l'articolazione di due opposte correnti politiche operanti in età moderna, una *scettica* e una *storico-pragmatica* di matrice "machievelliana" (7), e la loro tensione reciproca. Il superamento di queste posizioni in una nuova forma di sapere politico appare in questa prospettiva frutto di un rapporto dialettico e critico molto vivace e non solo di una lineare e progressiva evoluzione interna alla scienza politica moderna (8).

Gli uomini credono di governare, in realtà è la società stessa che si governa *da sé*. Questo "scetticismo" riguardo alle ambizioni epistemiche della *politique* porterà Montesquieu, nell'*Esprit des lois*, a rifiutare astratti modelli di legislazione: egli, come Montaigne, sa che la storia, o l'ordine delle cose, « la forza stessa delle cose », trascende sempre l'azione del singolo e che gli avvenimenti derivano da vie fortuite e singolari, da cause impercettibili che nessuno può prevedere e tanto meno predisporre. Il vero legislatore è colui che sa cogliere lo « spirito » del suo tempo, che è il portato di un passato o che sa rispettare quel carattere comune che costituisce una società data e che fa di ogni società una realtà *regolata* e che, quindi, sa disporre le leggi in continuità con i costumi che dall'interno del corpo sociale secerne il suo stesso organismo, le leggi insomma

Montaigne-Montesquieu, cfr. A. POSTIGLIOLA, « Montesquieu. La ragione, la natura, i governi », in ID., *La città della ragione. Per una storia filosofica del Settecento francese*, Bulzoni, Roma, 1992, p. 79; P. BARRIÈRE, *Un grand provincial: Ch.-L. de Secondat, baron de la Brède et de Montesquieu*, Delmas, Bordeaux, 1946 e C. ROSSO, *Virtù e critica della virtù nei moralisti francesi (La Rochefoucauld, La Bruyère, Vauvenargues, Montesquieu, Chamfort)*, ETS, Pisa, 1972², pp. 267-269. Sulle fonti antiche di questo scetticismo cfr. C. VOLPILHAC-AUGER, *Tacite et Montesquieu*, The Voltaire Foundation, Oxford 1985, in part. I, 2 e III, 4. Sulla matrice scettica del metodo di Montesquieu ha insistito di recente F. MARKOVITS, *Montesquieu. Le droit et l'histoire*, Vrin, Paris, 2008.

(7) Cf. R. SCHACKLETON, *Montesquieu and Machiavelli: a reappraisal*, in *Essays on Montesquieu, and on the Enlightenment*, ed. D. Gilson and M. Smith, The Voltaire Foundation, Oxford, 1994, pp. 117-131.

(8) Sulla genesi e la logica della "scienza politica moderna", si veda l'importante saggio di G. DUSO, *La rappresentanza politica*, FrancoAngeli, Milano, 2003, in part. pp. 55-119 e ID., *La logica del potere. Storia concettuale come filosofia politica*, Laterza, Roma-Bari, 1999.

intese — secondo la celebre espressione di Montesquieu — come « rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses » ⁽⁹⁾. L'ontologia di Montesquieu si presenta allora come categoricamente relazionale: il reale è « un insieme di rapporti ». Così, la legge si dà nella sua *univocità*: non vi sono obbligazioni morali da un lato e correlazioni costanti dall'altro, come in gran parte dei suoi predecessori (tranne Spinoza), vi sono solo correlazioni costanti ⁽¹⁰⁾.

Si trova già qui la critica a quella che Durkheim chiamerà « la legende du législateur », cioè l'illusione legicentrista della scienza politica moderna che mira ad agire meccanicamente dall'esterno sulla società secondo un proprio disegno formalistico che trascende il *processo* reale, concretamente determinato. Ogni società forma, in realtà, un organismo unico, risultato di un'infinità di fattori ambientali e mentali: è sempre la diversità delle situazioni storico-geografiche, e degli universi mentali, a *singularizzare* ciascun aggregato umano.

2. Questo vale anche per il diritto. Le istituzioni giuridiche variano nel tempo e nello spazio; ed è la natura particolare di ogni popolo all'origine di queste diversità, perché l'uomo, come leggiamo all'inizio dell'*Esprit des lois*, « cet être flexible, se pliant, dans la société, aux pensées et aux impressions des autres » (« Préface »), è un essere ricettivo nei confronti dei condizionamenti dell'ambiente fisico: vari sistemi giuridico-politici aderiscono a tal punto a situazioni singularissime che è difficile trovare legge di un popolo che convenga a un altro popolo: le leggi politiche e civili « devono essere talmente adatte al popolo per il quale son fatte, che è un caso raro che le leggi di una nazione convengano ad un'altra » (I, 3). Montesquieu non crede, come il giusnaturalismo del suo tempo, che esista un diritto naturale unico per tutti i luoghi e per tutti i tempi ⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, I, 1, in *Œuvres complètes*, cit., vol. II, p. 232. D'ora in poi daremo soltanto l'indicazione del libro e del capitolo dell'opera, tra parentesi nel corpo del testo. La traduzione utilizzata è quella di Beatrice Boffito Serra (Rizzoli, Milano, 1968).

⁽¹⁰⁾ Cfr. B. BINOCHÉ, *Introduction à De l'Esprit des lois de Montesquieu*, PUF, Paris, 1998, p. 35.

⁽¹¹⁾ Cf. B. MANIN, *Montesquieu et la politique moderne*, in *Lectures de l'Esprit des lois*, Textes réunis et présentés par Céline Spector et Thierry Hoquet, Presses Universitaires de Bordeaux, Pessac, 2004, pp. 171-231. Si tratta di uno dei contributi più

Afferma al contrario il principio del carattere storico del diritto, espressione viva e inconfondibile di ciascun popolo: l'aggregazione in gruppi diversifica in ogni caso storicamente situato il tipo di potere e la forma di governo, ogni popolo si dà tipi di organizzazione politica diversi a seconda dello spazio nel quale abita, del clima, del genere di vita adottato, dei "valori" che intende conservare. Tutte formazioni "naturali", ma che la « natura delle cose » rende dissimili.

La legge è, per Montesquieu, espressione della ragione che governa tutti i popoli della terra, ma il suo dettato non è uniforme: essa si adegua di volta in volta alle loro peculiari caratteristiche ed esigenze, « dans ce sens, tous les êtres ont leurs lois ». Enuclea sempre rapporti necessari, ma i termini del rapporto sono sempre diversi. Non esiste dunque un unico sistema del giusto, ma una pluralità di sistemi. Il legislatore deve rispettare innanzitutto la coerenza del *suo* sistema: le leggi « è necessario che siano relative alla natura e al principio del governo stabilito, o che si vuol stabilire, sia che lo formino, come fanno le leggi politiche, sia che lo conservino, come fanno le leggi civili » (III, 3). In secondo luogo, deve rispettare le condizioni reali di esistenza di ogni popolo: le condizioni fisiche del paese e la forma di vita degli abitanti, il tipo e il grado di sviluppo della loro attività economica, la situazione demografica, la mentalità, e la religione, i costumi, le *maniere*. Secondo Montesquieu, le leggi non devono contrastare il "naturel" di una nazione ⁽¹²⁾. L'istituzione delle leggi deve rispettare certe *convenances* proprie al luogo, se non

importanti per la comprensione dell'originalità del pensiero di Montesquieu in rapporto alla tradizione politica moderna; cfr. anche C. LARRÈRE, *Actualité de Montesquieu*, Presses de Sciences po, Paris, 1999. In generale, sulla matrice logica del contrattualismo moderno, si veda almeno il percorso storico-concettuale esposto in G. DUSO, a cura di, *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*, Il Mulino, Bologna, 1987 (poi FrancoAngeli, Milano, 1998).

⁽¹²⁾ Sul tema del « milieu naturel » in Montesquieu si vedano gli importanti saggi di Rolando MINUTI, *Milieu naturel et sociétés politiques: réflexions sur un thème de Montesquieu*, in M. PORRET et C. VOLPILHAC-AUGER (sous la direction de), *Le temps de Montesquieu*, Droz, Genève, 2002, pp. 223-244 e Id., *Montesquieu y la geografía política del despotismo*, in G. LOPEZ SASTRE, V. SANFÉLIX VIDARTE, eds., *Cosmopolitismo y nacionalismo. De la Ilustración al mundo contemporáneo*, Universitat de Valencia, Valencia, 2010, pp. 51-68.

vuole che esse perdano la loro stessa legittimità. Così — come accadeva in Montaigne — le leggi raramente potranno prevaricare le *mœurs*, o cercare di modificarle violentemente, senza essere tiranniche. Leggi, costumi e maniere sono distinti a seconda del loro oggetto e del loro modo di costringere. Le leggi sono « stabilite », esse sono istituzioni particolari, mentre i costumi hanno a che fare con l'*esprit general* di una nazione: esse sono « ispirate » (XIX, 12). « Les mœurs et les manières sont des usages que les lois n'ont point établis, ou n'ont pas pu, ou n'ont pas voulu établir » (XIX, 16). I costumi regolano piuttosto le azioni dell'uomo, e le leggi quelle del cittadino. Fra i costumi e le maniere i primi riguardano la condotta interiore, le seconde la condotta esteriore. I livelli delle leggi, dei costumi e delle maniere devono cooperare senza invadere i rispettivi campi di azione. Leggi, costumi e maniere non si assumono ad oggetto le une gli altri, ma le une, le leggi, devono rispettare ed adattarsi agli altri.

Questo rispetto non equivale però all'abdicazione ad ogni intervento correttivo delle inclinazioni naturali: « Les mauvais législateurs sont ceux qui ont favorisé les vices du climat et les bons sont ceux qui s'y sont opposés » (XIV, 5). Sia che intervenga a correggere, sia a rimuovere gli ostacoli sociali alla piena esplicazione delle tendenze della natura (è il caso dello sviluppo demografico), il buon legislatore esercita una funzione *regolativa* dei meccanismi spontanei. Le motivazioni di questi interventi sono esclusivamente politiche: *conservare* l'equilibrio interno, prevenire la corruzione di determinati organismi politici. Un paradigma conservativo è così presente — come in Montaigne — anche in Montesquieu. Il problema è sempre lo stesso: dato un organismo politico-sociale, quali sono i mezzi migliori per mantenerlo in vita ed evitare (o ritardare) la sua degenerazione? Per Montesquieu il margine di iniziativa per il legislatore non è illimitato, ma esiste: si tratta di volta in volta di determinarlo ⁽¹³⁾. È questo appunto l'oggetto della scienza della

(13) Sulla figura del legislatore in Montesquieu si vedano almeno, tra i contributi più recenti, J.-P. COURTOIS, *Loi et action de la loi dans L'Esprit des lois*, in « Revue Montesquieu », 4, 2000, pp. 27-41; D. CARRITHERS, *An appreciation of the Spirit of the Laws*, in *Montesquieu's Science of Politics*, D. CARRITHERS, M. MOSHER e P. RAHE, a cura di, Rowman & Littlefield, New York, Oxford, London, 2001, pp. 1-40; D. de CASABIANCA,

legislazione nell'*Esprit des lois*. L'efficacia dell'azione legislatrice dipende dalla conoscenza del funzionamento del sistema, di ciascun sistema. Prima di agire e per poter agire occorre portare alla luce l'intero plesso di *relazioni* che stringe fra loro le leggi e le leggi alle "cose", all'interno di quel sistema *vivente*, complesso e plurale, dalle molte variabili, che è una società politica. Con il clima, con la natura del terreno, con la mentalità degli abitanti, con il commercio, con l'uso della moneta, con la popolazione e la religione: « Je ne traite point des lois, mais de l'esprit des lois [...] cet esprit consiste dans les divers rapports que les lois peuvent avoir avec diverses choses » (I, 3), e le leggi hanno rapporti innumerevoli con innumerevoli cose: farne la *genealogia* significa, come per tutta la tradizione scettica⁽¹⁴⁾, mostrarne l'intrinseca *storicità*, svelare il fatto che a questa origine storica della legge e della *coutume* non può essere concesso alcun altro valore che oltrepassi quello del suo carattere empirico e circostanziale. Per Montesquieu, la scoperta della coesione interna di ogni sistema giuridico-politico, e del suo rapporto necessario con l'« ordine delle cose », non ha nulla a che vedere con la teoria del diritto naturale, non giudica ciò che è attraverso ciò che *deve* essere, come Rousseau gli rimprovererà, ma sta in relazione con il movimento concreto delle cose, è rapporto con tutto ciò che accade non filtrato da modelli astratti: « Je n'ai point tiré mes principes de mes préjugés, mais de la nature des choses » (« *Préface* »).

Come ha osservato Althusser, infatti, Montesquieu rifiuta i

Montesquieu. *De l'étude des sciences à l'esprit des lois*, Champion, Paris, 2008, pp. 716-730; G. BARRERA, *Les lois du monde. Enquête sur le dessein politique de Montesquieu*, Gallimard, Paris, 2009, pp. 23-76. Tutto il libro di Barrera è costruito sulla centralità del tema del legislatore, vero 'destinatario', a suo avviso, dell'opera di Montesquieu. Ancora utile è il classico volume di M. RICHTER, *The Political Theory of Montesquieu*, Cambridge University Press, Cambridge, 1977.

⁽¹⁴⁾ Cfr. F. MARKOVITS, *Montesquieu. Le droit et l'histoire*, cit., pp. 213-214. È merito del libro di Francine Markovits quello di avere sottolineato con forza la presenza della grande tradizione dello scetticismo nell'opera di Montesquieu, da Sesto Empirico a Montaigne, e della sua importanza cruciale sul piano metodologico per la storia del diritto nell'*Esprit des lois*. Si veda anche EAD., *Le paradoxe de l'amour des lois*, in *L'Amour des lois*, J. BOULAD-AYOUB, B. MELKEVIK, P. ROBERT (a cura di), Presses Universitaires de Laval, L'Harmattan, Paris, 1996, pp. 79-102.

concetti della teoria giusnaturalistica del contratto ⁽¹⁵⁾: egli pensa la realtà politica non in termini di potere, cioè del politico come istanza normativa indipendente, ma di ordinato, *regolato* mutamento del corpo sociale, radicato nella natura stessa delle “cose sociali”, nella loro mobilità e diversità, nelle istituzioni, nei costumi, nelle forme di vita in continuo movimento, come ha osservato Durkheim ⁽¹⁶⁾. Quello risultante dalla somma dei rapporti tra le diverse combinazioni possibili tra leggi e costumi rappresenta un ordine che riconduce la storia ad un principio immanente di organizzazione: Montesquieu pensa cioè le leggi come semplice dinamica organizzativa del movimento, come misura dell’uniformità delle strategie di organizzazione e mutamento strutturale immediatamente verificabili nel tessuto della storia ⁽¹⁷⁾. La storia della monarchia francese, ad esempio, così piena di guerre civili, di violenti riordinamenti e correzioni della sua costituzione, è per Montesquieu tutta segnata dal mutamento, dal necessario adeguarsi dell’antico edificio al cambiamento delle condizioni di vita e delle continue sollecitazioni che provengono dal vivere politico. Grazie ai continui aggiustamenti della sua costituzione, alle continue riforme che invece di recidere hanno rinsaldato i legami con i suoi principi, il corpo vivente della nazione francese si è potuto conservare attraverso i secoli: « Non c’è che la disposizione delle leggi, e, di più, delle leggi fondamentali, che determini la libertà nel suo rapporto con la costituzione. Ma nel rapporto col cittadino, ci sono costumi, maniere, esempi ricevuti che possono farla nascere; e certe leggi civili favorirla » (XII, 1).

⁽¹⁵⁾ Cfr. L. ALTHUSSER, *Montesquieu, la politique et l’histoire*, PUF, Paris, 2003 (1959), p. 27.

⁽¹⁶⁾ E. Durkheim ha consacrato a Montesquieu la sua tesi latina del 1892, « *Quid Secundatus politicae scientiae instituendae contulerit* ». Cfr. E. DURKHEIM, *La contribution de Montesquieu à la constitution de la science sociale*, in *Montesquieu et Rousseau précurseurs de la sociologie*, Marcel Rivière, Paris, 1966 (1953), pp. 25-113. Sulla lettura durkheimiana di Montesquieu, cfr. B. KARSENTI, « Politique de la science sociale. La lecture durkheimienne de Montesquieu », in Id., *La société en personnes. Etudes durkheimiennes*, Economica, Paris, 2006, pp. 34-53.

⁽¹⁷⁾ « Sarà ovvio che una gerarchia ‘ontologica’ in senso stretto tra le leggi, anche tra leggi positive e leggi naturali, dovrebbe in tal modo venire a cadere: nella misura almeno in cui vengono considerate esclusivamente nella loro essenza di leggi-rapporti » (A. POSTIGLIOLA, *Montesquieu. La ragione, la natura, i governi*, in Id. *La città della ragione*, cit., p. 63).

Le forme di questo rapporto tra individuo e costituzione del corpo politico ⁽¹⁸⁾, e le loro condizioni, sono ripensate da Montesquieu, che così è obbligato a rideterminare anche le istanze *regolatrici* delle condotte e quindi delle maniere d'essere insieme degli uomini, gli uni con gli altri, « car, tout ce qui regarde les mœurs, tout ce qui regarde les règles de la modestie, ne peut guère être compris sous un code de lois. Il est aisé de régler par des lois ce qu'on doit aux autres; il est difficile d'y comprendre tout ce qu'on se doit à soi-même » (VII, 10). Se le leggi obbligano dall'esterno e i costumi « de l'intérieur », è allora perché le prime governano i rapporti esterni — « ciò che si deve agli altri » — mentre i secondi esercitano la loro azione regolatrice sui rapporti interni, *ce qu'on se doit à soi-même*. Lo spirito delle leggi non chiede così che di riconoscere e legittimare quella *norma* che constata già all'interno dei costumi della vita ordinaria ⁽¹⁹⁾, che regolano la relazione di sé a se stessi e che, a loro volta, agiscono all'interno della vita *normale* di quel corpo sociale che esprime da sé la propria maniera di governarsi e anche il suo diritto, vale a dire il suo stesso *ordine* giuridico, così che: « Il vaut mieux dire que le gouvernement le plus conforme à la nature est celui dont la disposition particulière se rapporte mieux à la disposition du peuple pour lequel il est établi » (I, 3).

3. Sulla via delle *mœurs* e delle *manières*, Montesquieu incrocia l'antica questione della *Coutume* e della sua « puissance », come aveva detto Montaigne ⁽²⁰⁾: è nella concreta realtà giuridica francese

⁽¹⁸⁾ « Par le principe c'est la vie concrète des hommes, publique et privée, qui entre dans le gouvernement. Le *principe* est donc à la rencontre de la *nature* du gouvernement (forme politique) et de la vie réelle des hommes ». (L. ALTHUSSER, *Montesquieu, la politique et l'histoire*, cit., p. 47).

⁽¹⁹⁾ Cfr. J. STAROBINSKI, *Montesquieu*, Seuil, Paris, 1982 (1958), p. 28.

⁽²⁰⁾ MONTAIGNE, *Essais*, I, 23, “*De la coutume et de ne changer aisément une loy reçüe*”, éd. par P. Villey et P.V. Saulnier, PUF, Paris, 2004, pp. 115-116. Ma anche II, 12: « Il n'est chose en quoi le monde soit si divers qu'en coutumes et lois. Telle chose est ici abominable qui apporte recommandation ailleurs » (*ivi*, p. 580). In generale sulla questione della 'coutume', si vedano almeno J. GILISSEN, *La Coutume* (fasc. 41 della collana *Typologie des sources de Moyen Age occidental*), Brepols, Louvain, 1982, pp. 52 ss.; M. CARAVALE, *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Il Mulino, Bologna, 1994, pp. 432 ss.; ID., *Alle origini del diritto europeo*. Ius commune, Droit commun, Common

del secolo XVI e non tanto nelle speculazioni teoriche che si può trovare il punto di riferimento di Montaigne, quella *coutume* che Bodin, tra gli altri, opponendola alla legge definiva in questi termini: « Ed è noto — leggiamo nel capitolo decimo del primo dei sei libri *De la République* — [...] che la consuetudine acquista forza gradatamente e nello spazio di molti anni, per consentimento comune (*d'un commun consentement*) di tutti o dei più, mentre la legge esce d'un colpo (*en un moment*) e riceve la sua validità da colui che ha il potere di comandare a tutti (*la puissance de commander à tous*). La consuetudine s'insinua dolcemente e senza forza, la legge è comandata e promulgata per atto di potere (*par puissance*) e spesso contro la volontà dei sudditi » (21). L'antitesi concettuale è tutt'altra rispetto a quella che tradizionalmente oppone il diritto positivo all'equità, i rapporti di forza costituiti in legge alla ragione o alla morale. Non si tratta qui di nient'altro che dell'origine della regola e delle modalità secondo le quali questa è recepita e resta in vigore. In una parola: ad un'eteronomia — la legge secondo Bodin stabilita dal principe (22) — si oppone un'autonomia (nel senso etimologico del termine), le consuetudini che la comunità ha adottato, dandosi da sé la propria regola ordinatrice, che essa continua ad osservare per tacito consen-

law *nella dottrina giuridica della prima età moderna*, Il Mulino, Bologna, 2005, pp. 129 ss.; P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari, 1995, pp. 87 ss.; J. POUMARÈDE, *Coutumes et droit écrit*, in *Dictionnaire de l'Ancien Régime. Royaume de France, XVI^e-XVIII^e siècle*, sous la direction de L. Bély, PUF, Paris, 1996, pp. 364-371.

(21) Jean BODIN, *Les Six Livres de la République*, I, 10 Scientia Verlag, Aalen 1977, ristampa anastatica dell'ed. du Puis, Paris, 1583; trad. it. a cura di M. Isnardi Parente e D. QUAGLIONI, *I sei libri dello Stato*, UTET, Torino, 1964-1997, vol. I, p. 493. Bodin non fa che citare qui un assioma comune a tutti i giuristi "coutumiers". Cfr. V. PIANO MORTARI, *Diritto, logica, metodo nel secolo XVI*, Jovene, Napoli, 1978, pp. 49-103 e ID., « Tradizione romanistica e tradizione giuridica europea nella Francia del secolo XVI », in ID., *Itinera juris. Studi di storia giuridica dell'età moderna*, Jovene, Napoli, 1991, pp. 69-78. Un'accurata ricostruzione storica del *droit commun coutumier* in Francia si trova in V. PIANO MORTARI, *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI*, Giuffrè, Milano, 1962 e in ID., *Cinquecento giuridico francese. Lineamenti generali*, Jovene, Napoli, 1990. Cfr. R. FILHOL, *Le Premier Président Christophe de Thou et la Réformation des Coustumes*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1937, pp. 64-65.

(22) La legge dipende essa stessa — per Bodin — dal potere sovrano: « La legge dipende da colui che ha la sovranità; egli può obbligare tutti i sudditi, e non può obbligare se stesso » (*I sei libri dello Stato*, I, 8, ed. cit., vol. I, p. 365).

so da sempre. È proprio a partire da questo paradigma della consuetudine che Montaigne elaborava la propria concezione delle leggi (23). Quando scrive che « hanno vero credito solo le leggi alle quali Dio ha dato qualche antica durata, di modo che nessuno conosca la loro origine, né se esse siano mai state diverse » (24), o ancora quando dice: « Les loix prennent leur autorité de la possession et de l'usage » (25), Montaigne attribuisce alle leggi il carattere che è proprio della consuetudine. E così, anche quando afferma la sua *lealtà* alla « cause des loix et de defence de l'ancien estat » (26), all'immagine delle « loix receuës et antiennes de cette monarchie » (27), al « vieux train » e alla « ancienne police des loix »: poiché la durata, l'antica *osservanza* è precisamente la garanzia del consenso collettivo, secondo il diritto « consuetudinario ».

Non si creda che qui siano confuse per inavvertenza le due fonti del diritto che Bodin distingueva con tanta precisione. Se Montaigne assimila la « loy receuë » alla consuetudine, lo fa con conoscenza di causa (28). Nel corso della sua carriera di giurista egli si è certo dovuto interrogare sull'autorità del diritto consuetudinario e sui suoi rapporti con gli altri testi giuridici — il *Corpus* di Giustiniano, le *Ordonnances* e gli Editti reali. Dal momento che la regione della Guyenne aveva una « Costume de Bordeaux » redatta fin dal XIV secolo e poi riformata nel 1520, Montaigne ebbe in una certa occasione — come lui stesso ci dice in “*De la costume et de ne changer aisément une loy receuë*” — a « far valere una nostra tradizione » (29), vale a dire che si trovò a sostenere la validità di una regola consuetudinaria pur avendone trovato il fondamento assai « debole »: ma non era questa la questione e nella pagina seguente infatti egli accorda la sua approvazione a un vecchio difensore degli

(23) Su questo punto ci permettiamo di rinviare al nostro *Governo della vita e ordine politico in Montaigne*, Franco Angeli, Milano, 2010, in part. pp. 203-238.

(24) Citiamo dalla bella traduzione di Fausta Garavini, MONTAIGNE, *Saggi*, Adelphi, Milano, 1966, vol. I, p. 352.

(25) *Essais*, II, 12, p. 583.

(26) Ivi, III, 1, p. 793.

(27) Ivi, II, 9, p. 994.

(28) Come ha mostrato nel suo libro fondamentale A. TOURNON, *Montaigne. La glose et l'essai*, Champion, Paris, 1983.

(29) *Essais*, I, 23, p. 116; *Saggi*, p. 151.

usi della sua regione: « Io sono grato alla fortuna del fatto che, come dicono i nostri storici, fu un gentiluomo guascone e del mio paese ad opporsi per primo a Carlo Magno, che voleva darci le leggi latine e imperiali »⁽³⁰⁾. Occorre precisare che il significato *politico* di questo attaccamento al *droit commun coutumier* nello scorcio del XVI secolo è quello di un tentativo di restringere, o di limitare, il potere delle autorità “esterne” alla città, in particolare in rapporto alla tesi della totale *potestà legislativa* del re, il cui modello più significativo per i giuristi del Rinascimento era ancora sempre il *princeps Romanus*⁽³¹⁾.

Montaigne non è il solo a pensarla così: quest'intenzione appare ad esempio negli argomenti forniti da Arnould Le Ferron, commentatore della *Coustume* di Bordeaux e consigliere fino 1563 al Parlamento della stessa città — come lo saranno poi Montaigne e Montesquieu. Contro l'autorità del *Corpus juris civilis*, Le Ferron afferma che le città non sono tenute all'osservanza delle leggi romane, e se anche certi giuristi « italiani » pretendono che queste se ne siano liberate di fatto ma non *de jure*, essi si sbagliano, mancando di considerare l'origine dell'autorità imperiale di cui i Romani si erano impadroniti⁽³²⁾: dare forza di legge al *Corpus juris civilis* giustiniano, significa accettare un'autorità usurpata con le armi, cioè piegarsi alle regole degli antichi conquistatori stranieri⁽³³⁾. Questa rivendicazione di *autonomia* non poteva però essere diretta-

⁽³⁰⁾ Ivi, I, 23, p. 117; *Saggi*, p. 153.

⁽³¹⁾ V. PIANO MORTARI, *Itinera juris*, cit., pp. 260-261. Si vedano, su questo passaggio d'epoca, J.-M. CARBASSE, *Manuel d'introduction historique au droit*, PUF, Paris, 2005³ e A. RIGAUDIÈRE, *Pouvoirs et institutions dans la France médiévale. Des temps féodaux aux temps de l'Etat*, Armand Colin, Paris, 2004³.

⁽³²⁾ *Arnoldi Ferroni regii consiliarii in posteriorem partem constitutionum Burgalensium commentarii*, S. Gryphe, Lyon, 1538, p. 50. La convergenza tra la posizione di Montaigne e quella di Le Ferron, o di Guy Coquille, porta alla conclusione che ciò che Montaigne dice della natura e dell'autorità delle leggi denota una tendenza costante ad assegnare loro uno statuto simile a quello delle *coutumes*.

⁽³³⁾ Si trattava di un insieme di idee presenti anche in altri autori del tempo. Come nota Piano Mortari, lo stesso Barthélemy Chasseneuz nel suo commentario del 1517 intorno alle consuetudini del ducato di Borgogna « col mettere in rilievo il carattere straniero per il suo paese delle leggi romane e col negare di conseguenza la loro efficacia vincolante, intese ribadire i motivi politico-giuridici sollevati dai giuristi della sua nazione per affermare la piena libertà della monarchia e la sua completa indipendenza dall'impero » (V. PIANO MORTARI, *Itinera Juris*, cit., p. 254).

mente contrapposta alle ordinanze regie: l'autorità del re di Francia è pur sempre ritenuta legittima. Tuttavia, Le Ferron sostiene in un commento posteriore che « les coutumes peuvent statuer contre le roi » (34). Nella Francia del secolo XVI si registra, infatti, l'aumento notevolissimo delle ordinanze regie, proprio nello stesso momento in cui si sottolineava ormai il carattere formale e sostanziale del procedimento che fu seguito nella redazione scritta delle *coutumes* (35).

Nella seconda metà del secolo la codificazione delle *coutumes* intrapresa da Carlo VIII stava diventando sempre più rapida e intensa (36). Agli inizi dell'età moderna il regime positivo in Francia, in continuità con quello ereditato dall'età medievale, presentava una molteplicità ed una diversità di fonti normative: leggi regie, statuti comunali, *coutumes* regionali, provinciali o cittadine, diritto canonico, diritto romano. Tale regime corrispondeva alla *pluralità* degli organismi amministrativi esistenti ancora nell'ambito dell'ordinamento monarchico ed appariva in netto contrasto con le esigenze e gli ideali politici che si erano andati affermando fin dall'inizio del secolo (37). Un indice di questo conflitto può essere la reprimenda rivolta ai Parlamenti, a questo riguardo, dal cancelliere del regno Michel de L'Hôpital, quando sostiene che nelle loro assemblee i

(34) Citato da un giureconsulto contemporaneo di Montesquieu, Pierre Dupin (1681-1746), in *Conférence de toutes les questions traitées par M. de Ferron [...] avec le commentaire de M. B. Automne*, Lacome, Bordeaux, 1746, p. 73.

(35) Cfr. V. PIANO MORTARI, *Itinera juris*, cit., p. 74. Si ricordi che la loro efficacia di diritto positivo era prevista solo in base all'elemento conclusivo dell'approvazione monarchica dei loro testi.

(36) Attraverso essa « si veniva ad affermare il principio della derivazione statale delle norme positive; attraverso i testi riformati e redatti del *droit coutumier* si ponevano in definitiva sul piano formale e sostanziale delle leggi dello Stato anche le regole di derivazione consuetudinaria » (V. PIANO MORTARI, *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI*, cit., p. 85). Per una sintesi più recente, cfr. J.-M. CARBASSE, *Coutume, temps, interprétation*, in « Droits », 30, 2000, pp. 15-28.

(37) Cfr. P. GROSSI, *Dalla società di società alla insularità dello Stato: fra Medioevo ed età moderna*, in S. CHIGNOLA e G. DUSO (a cura di), *Sui concetti giuridici e politici della costituzione dell'Europa*, FrancoAngeli, Milano, 2005, pp. 103-104. Grossi utilizza il felice sintagma « società di società » per definire la situazione caratterizzata da questo *tessuto di autonomie* che specifica l'ordine politico-giuridico medievale. Cfr. Id., *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 61 ss.

rappresentanti degli ordini devono limitarsi ad esprimere consigli, non pareri vincolanti per le decisioni dei sovrani: queste istituzioni erano ancora nel secolo XVI i simboli delle autonomie delle province e delle città, così come gli stati provinciali, quelli particolari, le magistrature delle comunità municipali. Bisogna così ricordare che queste istituzioni erano gli elementi — plurali — di una concreta e complessa vita regionale e locale, che per tutto il Cinquecento si presenta ancora molto attiva e dotata di una *reale* funzione pubblica⁽³⁸⁾ e di governo, il cui *ordo juris* non è ancora un mero ordine legale che piove dall'alto e che la società avverte come estraneo e separato dall'esperienza, bensì un ordine di matrice consuetudinaria il cui carattere fondamentale « è piuttosto armonia di una complessità, che resta complessità in quanto simbiosi di entità diverse nel pieno rispetto delle singole diversità »⁽³⁹⁾.

Il problema di fondo del *consensus populi* sorge, infatti, tutte le volte che le assemblee degli stati provinciali appositamente convocate si opponevano alle modifiche anche sostanziali rispetto al loro contenuto originario sollecitate dai commissari regi. Il loro significato politico verrà ancor meglio precisato e messo in piena luce più tardi da Guy Coquille: « Le peuple de chacune Province a droit d'établir loy sur soy, qui sont les Coustumes et droit non escrit (...). Ainsi les Commissaires ordonnez par le Roy, pour presider en ces assemblées d'Estats, les ont autorisées, en y inspirant la puissance de la loy. Mais en effet, c' est le peuple qui feut la loy: qui est une marque de l'ancien establissement de cette republique Françoisse, meslée de Democratie, Aristocratie et Monarchie »⁽⁴⁰⁾. Dove ancora

⁽³⁸⁾ V. PIANO MORTARI, *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI*, cit., p. 87.

⁽³⁹⁾ P. GROSSI, *Dalla società di società alla insularità dello Stato*, cit., p. 108. Su questa nozione di *ordo*, cfr. anche ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 65-66.

⁽⁴⁰⁾ Guy COQUILLE, *Questions, reponses et meditations sur les articles des coutumes*, in *Les Œuvres de Maistre Guy Coquille Sieur de Romenay* (1599), Paris, 1665, Tome II, p. 1. Coquille vede nelle *coutumes* una delle due sopravvivenze del « premier établissement de la monarchie, par le quel les Français n'ont pas transféré au Roi indistinctement et incommutablement tout pouvoir » (ivi). L'altra sopravvivenza è l'assemblea degli Stati, « avec lesquels de tout temps les Rois avoient accoutumé de délibérer és affaires » (*ibid.*).

il *misto* indica un significato di costituzione che si perderà con l'affermarsi del moderno concetto di sovranità, cioè la composizione, la natura, le differenti parti del corpo della *respublica*, il suo *ancien établissement*. Il popolo continua ad apparire a Coquille il depositario originario di ogni sovranità; i poteri ad essa connessi sono, comunque, ancora rimasti quelli esercitati attraverso i suoi rappresentanti nelle assemblee degli stati generali: « Car faire loy est droit de souveraineté. Qui n'est pas pour déroger à l'autorité & Maiesté du Roy, auquel le peuple François a tousjours mieux obey que nulle autre nation du monde: mais le peuple — scrive Coquille — obeit plus volontiers à la loy, que luy mesme a eu agreable. Puis chacun Province a ses moeurs & humeurs diverses; & partant les loix, comme elles ne sont semblables, aussi doivent-elles estre faites selon le goust & sens de chacun peuple. Aussi la supreme souveraineté du Roy y est reconnue, en ce que les Estats sont assemblez par l'autorité du Roy, & les Commissaires desputez par luy y president ». L'affermazione della priorità del popolo sul re è qui affermata con forza (41).

Se il re è amministratore della *potestas* del regno, tuttavia il detentore del « droit de souveraineté » è « le peuple François », nella pluralità costitutiva dei Corpi che lo compongono e delle sue « moeurs & humeurs diverses », come incisivamente si esprime Guy Coquille, e che proprio per questo è governato e ubbidisce « mieux que nulle autre nation du monde ». Sullo sfondo si profila il vasto dibattito giuridico e costituzionale tra i paladini dell'assolutismo monarchico, sostenitori della tesi che il re può revocare in ogni momento le leggi e i privilegi accordati ai sudditi, e i loro avversari, interpreti di un'antica tradizione segnata dall'idea della costituzione mista, che gli vietano di modificare una qualsiasi *coutume* — espressione delle « moeurs & humeurs diverses » del popolo francese — senza il consenso esplicito degli *Estats* o dei Parlamenti (42).

(41) Ivi, pp. 153-154. Si veda V. PIANO MORTARI, *Potere regio e consuetudine redatta nella Francia del Cinquecento*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 1, 1972, pp. 131-175, su Coquille pp. 167-171.

(42) Cfr. S. DAUBRESSE, *Le Parlement de Paris ou la voix de la raison (1559-1589)*, Droz, Genève 2005, pp. 415-463. In senso più ampio si vedano W. F. CHURCH, *Constitutional Thought in Sixteenth-Century France*, Harvard University Press, New

4. Di questa grande tradizione Montesquieu è il continuatore ⁽⁴³⁾. Nell'*Esprit des lois* il problema dei costumi, cruciale nella storia del costituzionalismo francese, si può affrontare da molti punti di vista: dall'angolatura della tripartizione strutturante leggi/costumi/maniere, dal punto di vista della polisemia della « *coutume* », vale a dire dell'uso *descrittivo* e *normativo* degli "usi", delle pratiche sociali, delle regole, e dell'articolazione tra questi due piani. Ma anche dall'angolatura giuridica della razionalità dei costumi e degli usi, in relazione alla razionalità della legge. Il che significa richiamare le nozioni, cruciali in Montesquieu, di « spirito generale dei popoli » e di « spirito generale delle leggi ». E problematizzare così, alla radice, la relazione tra razionalità e diritto ⁽⁴⁴⁾.

In Jean Domat, ad esempio, uno dei più grandi giureconsulti francesi dell'età moderna, il diritto romano possedeva uno statuto di razionalità assoluto e definitivo, in un certo senso uno statuto di referente sopralegale in rapporto ai costumi, e questi non avevano che un'autorità particolare e seconda ⁽⁴⁵⁾. Il diritto romano poteva

York, 1941; W. ALLEN, *A History of Political Thought in the Sixteenth Century*, Methuen, London 1928. Per la ricostruzione teorica di questo decisivo snodo della storia del concetto di "costituzione", cfr. M. FIORAVANTI, *Le potestà normative del governo. Dalla Francia d'Ancien Régime all'Italia liberale*, Giuffrè, Milano, 2009, spec. pp. 3-30.

⁽⁴³⁾ Cfr. N. MATTEUCCI, *Alla ricerca dell'ordine politico. Da Machiavelli a Tocqueville*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 187. Su Montesquieu e la storia costituzionale francese, si veda E. Carcassonne, *Montesquieu et le problème de la Constitution française au XVIII^e siècle*, PUF, Paris 1927 (poi Slatkine reprints, Genève 1970).

⁽⁴⁴⁾ Cfr. B. BINOCHE, *Introduction à De l'esprit des lois de Montesquieu*, cit., pp. 178-196; ID., *Montesquieu et la crise de la rationalité historique*, in « *Revue germanique internationale* », 3, 1995, pp. 31-53; C. SPECTOR, *Montesquieu. Pouvoirs, richesses et sociétés*, PUF, Paris, 2004, pp. 202-217 e, soprattutto, C. LARRÈRE, *Droit et mœurs chez Montesquieu*, in « *Droits* », 19, 1994, pp. 11-22. Catherine Larrère mostra come l'originalità di Montesquieu non consiste tanto nella ripresa del tema classico della regolazione attraverso i costumi o attraverso le leggi, quanto nel fatto « de ne pas prendre parti pour l'une ou pour l'autre des régulations », e di « produire le concept de leur distinction, mettant ainsi à jour la confusion qui se cache dans la volonté d'établir ou de rétablir les moeurs », ivi, p. 11.

⁽⁴⁵⁾ Su Jean Domat e la sua opera, cfr. N. MATTEUCCI, *Jean Domat, un magistrato giansenista*, Il Mulino, Bologna, 1959, pp. 39 ss., dove si sottolinea come l'autore, spinto da un'esigenza di ordine e di sistema, volesse liberare il diritto romano, che rimaneva la *raison écrite*, dal disordine in cui era stato tramandato. Cfr. A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa, I. Le fonti e il pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano, 1982, su Domat

estendersi a tutte le province e coincideva con ciò che si osserva *ovunque* come regola di equità e di giustizia, esso era così il *depôt* delle regole naturali dell'equità. Tra le regole di diritto, infatti, bisogna distinguere le « lois immuables », che sono « naturelles et tellement justes toujours et partout, qu'aucune autorité ne peut ni les changer ni les abolir », e le « lois arbitraires », che sono « celles qu'une autorité légitime peut établir, changer et abolir, selon le besoin » (46). E poi, « il y a cette différence entre le droit public et le droit privé, qu'au lieu que dans le droit privé, il y a peu de lois arbitraires, il y en a une infinité dans le droit public » (47). Ora, le regole immutabili del diritto privato si trovano essenzialmente per Domat nel diritto romano, nel *Digesto* e nel *Codice* di Giustiniano: si tratta solo di esporle secondo l'« ordine naturale » che la ragione ci insegna. Di qui, una razionalità del diritto indipendente dalla storia: il diritto romano incarna la civiltà, anzi la ragione stessa che cala *sulla* storia. Il costume acquisisce legittimità solo nel momento in cui è « autorizzato », il che significa — per Domat — dal momento in cui si passa dal consenso passivo alla volontà del legislatore. C'è, in questa scienza razionale del diritto di impronta cartesiana un'esclusione radicale tra diritto e storia, il progetto cioè di produrre una razionalità del diritto separata dalla storia, che Montesquieu sovvertirà radicalmente (48). In altri termini, Montesquieu pensa in maniera totalmente differente in rapporto tra ragione nella storia e storia del diritto: la razionalità si mostra in lui *altrimenti* (49): il costume — vale a dire gli usi, le consuetudini, le maniere di

pp. 357-365. Si veda anche E. GUIZZI, *Il diritto comune in Francia nel XVII secolo. I giuristi alla ricerca di un sistema unitario*, in « Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis », Haarlem, XXXVII, 1969, in part. p. 44 ss. e G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna, I, Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1976, p. 157 ss.

(46) J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1689), nouv. éd., Paris, 1723, *Traité des lois*, chap. XI, I, p. XV.

(47) Ivi, « Préface ».

(48) Come ha lucidamente mostrato V. GOLDSCHMIDT, *Introduction a Montesquieu, De l'Esprit des lois*, in *Ecrits*, Vrin, Paris, 1984, t. II, pp. 31-77.

(49) Cfr. J.-P. COURTOIS, *Inflexions de la rationalité dans « L'Esprit des lois »*. *Ecriture et pensée chez Montesquieu*, PUF, Paris, 1999, p. 235: « La rationalité des mœurs est ici pensée comme tout à fait différente de celle de la nature et comme une rationalité politique et citoyenne ».

condursi, le forme di vita concrete dei singoli popoli — non è più rimandato alla volontà espressa del legislatore, che deve legittimare dall'alto e in certo modo convalidare il tacito consenso del popolo che il tempo ha fissato. Montesquieu non si occuperà più della questione della legittimità dei costumi e non invocherà più, come vedremo, un'autorizzazione superiore per giustificarne l'uso ⁽⁵⁰⁾.

La riflessione sul diritto fa cortocircuitare in maniera del tutto singolare il duplice riferimento alla volontà come fonte e come oggetto di legge. Mentre il diritto romano viene destituito, nel senso che esso non costituisce più il referente sopralegale capace di incarnare una norma di giustizia “naturale” e “universale”, la capacità regolatrice dei costumi non deve più derivare la sua legittimità dall'adeguazione ai principi del diritto romano. Il che permette di pensare meglio quello che è stato definito il “relativismo giuridico” di Montesquieu, cioè il fatto che un ordine giuridico non può *convenire* che ad un popolo, e si modifica in ragione del processo di trasformazione degli usi e dei costumi propri a questo popolo. Ciò che Montesquieu dirà in rapporto alla storia del diritto romano è che un diritto, ogni diritto, è sempre preso in un reticolo di rapporti di forze storici e mobili, in un reticolo di rapporti di forze *sociali*. In altri termini, il diritto non può pensarsi in maniera autonoma, il diritto deve pensarsi nella storicità delle sue forme culturali e politiche che, per l'appunto, permettono di pensare *una storia* del diritto ⁽⁵¹⁾.

Ci si può riferire in questo senso al libro XXVIII dell'*Esprit des lois*: « De l'origine et des révolutions des lois civiles chez les François ». Montesquieu vi espone le ragioni per le quali il Codice

⁽⁵⁰⁾ Cfr. G. BENREKASSA, « Mœurs comme 'concept politique': 1680-1820 », in *Le Langage des Lumières*, PUF, Paris, 1995, in part. pp. 59-62. Si tratta di un saggio molto utile ai fini di una ricostruzione storico-concettuale.

⁽⁵¹⁾ Cfr. C. VOLPILHAC-AUGER, « De la *Collectio juris* à *L'Esprit des lois*: Justinien au tribunal de Montesquieu », in *Montesquieu, la justice, la liberté. Hommage de Bordeaux à Montesquieu*, Académie de Bordeaux, Bordeaux, 2007, pp. 35-43; J. Bart, « Montesquieu et l'unification du droit », in *Le Temps de Montesquieu*. Actes du colloque international de Genève (28-31 octobre 1998), sous la dir. de M. Porret et C. Volpilhac-Augé, Droz, Genève, 2002, pp. 137-146; T. POUTHIER, *La fonction des Romains dans L'Esprit des lois*, in « *Annales Institut Michel Villey* », 2006-I, pp. 243-289.

Teodosiano era stato in alcuni casi abbandonato o invece in altri conservato, dopo le invasioni barbariche. Quella che egli adotta qui per rendere ragione di questo processo è una spiegazione in termini di *utilità* rispetto ad un *usage* determinato. Vale a dire che Montesquieu suggerisce che le ragioni dell'abbandono o del permanere del Codice Teodosiano in Francia hanno a che fare con l'interesse concreto che i Romani potevano avere o meno ad adottare i nuovi usi dei Barbari, e ciò soltanto in base alla sorte che le norme di queste istituzioni particolari riservavano loro. Ciò che sostiene Montesquieu è una forma di libera adesione allo statuto giuridico prescelto, nel quadro di qualcosa che si potrebbe chiamare una 'concorrenza di diritti'. È una prima maniera di render conto in qualche modo della persistenza del diritto o, al contrario, del suo cadere in desuetudine. Più avanti Montesquieu descriverà la « renaissance du droit romain » come effetto della riscoperta del *Digesto* del XII secolo, come effetto cioè della diffusione dell'insegnamento della Scuola di Bologna, ed evocherà la sua rinascita sottoforma soprattutto di « ratio scripta » nei *pays coutumiers*, o anche sottoforma di legge. Ciò che importa rilevare è che in questo duplice processo quel che interessa a Montesquieu è il fatto che, in definitiva, *anche* il diritto romano non è che una forma simbolica, cioè una forma storica e culturale, che appare e scompare come tutte le altre ⁽⁵²⁾.

C'è, allora, una vita del diritto. Come c'è una spontaneità vivente del diritto che si adatta agli usi e che testimonia in qualche modo di una *ragione degli usi* e di uno statuto politico dei costumi e delle maniere. *Mœurs* e *manières* hanno una consistenza specifica e sono correlati alle altre istituzioni in una relazione non di causalità esclusiva né unidirezionale, ma in un rapporto dinamico di *convenance*, un rapporto cioè sempre reversibile nel quale si opera, tra i costumi, le maniere e le leggi, un certo aggiustamento *in movimento*, cioè sempre in via di trasformazione e di mutamento (V, 1). Si può arrivare ad affermare, allora, che c'è in Montesquieu una

⁽⁵²⁾ Su questo, si veda P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 90-96.

specie di « storia naturale delle leggi »⁽⁵³⁾. Vale a dire che ciò che è inventato nell'*Esprit des lois* è una sorta di *storia naturale* del diritto, cioè un processo graduale e insensibile di evoluzione delle sue forme: un certo diritto resta in vigore fintanto che è utile dal punto di vista delle norme « etiche », nel senso dell'*ethos*, nel senso cioè più largo di norme immanenti ad un gruppo sociale determinato. *Un* certo diritto non è valido che per il tempo in cui gli uomini hanno interesse a rispettarlo, dal punto di vista delle loro passioni dominanti, delle affezioni sociali, e dal punto di vista delle forme di vita concrete dentro le quali si svolgono le loro relazioni.

Ci si può porre allora l'interrogativo su chi abbia interesse a valorizzare questo diritto, e su chi invece ha interesse a soppiantarli. Da questo punto di vista si può ricordare che il diritto romano occupa uno statuto ideologico del tutto singolare nel XVIII secolo. Bisogna sottolineare come i contemporanei di Montesquieu territorializzavano politicamente la questione delle fonti del diritto, come ha mostrato Foucault nella sua originale lettura di Boulainvilliers e di Dubos⁽⁵⁴⁾. Riassumiamo brevemente la questione. Da un lato c'è la tesi 'aristocratica' di Boulainvilliers⁽⁵⁵⁾: per lui l'importazione del diritto romano è stata lo strumento « satanico » della monarchia, uno strumento diabolico per neutralizzare il potere della nobiltà. Il re contro la nobiltà si è servito del diritto romano e la nobiltà, la *vera* nobiltà, la *noblesse d'épée*, si è trovata completamente scavalcata da

⁽⁵³⁾ Per riprendere un'espressione di J. Brèthe de La Gressaye nella sua edizione dell'*Esprit des lois*, Les Belles Lettres, Paris, 1950, pp. LXII-LXXXV.

⁽⁵⁴⁾ M. FOUCAULT, « *Il faut défendre la société* ». *Cours au Collège de France (1975-1976)*, Seuil-Gallimard, Paris, 1997; trad. it. « *Bisogna difendere la società* », Feltrinelli, Milano, 2009², in part. su Boulainvilliers e Dubos pp. 124-185. Su questo celebre *débat*, cfr. F. MEINECKE, *Montesquieu, Boulainvilliers, Dubos. Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte des Historismus*, in « *Historische Zeitschrift* », CXLV, 1932, pp. 53-68; F. FURET e M. OZUF, *Deux légitimations historiques de la société française au XVIIIe siècle: Mably et Boulainvilliers*, in « *Annales E.S.C.* », XXXIV, 1979, pp. 437-450.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. H. DE BOULAINVILLIERS, *Histoire de l'ancien gouvernement de la France, avec quatorze lettres historiques sur les parlements ou états généraux*, Aux dépens de la Compagnie, La Haie/Amsterdam 1727, 3 tomes en 8^{ème}. Su Boulainvilliers, cfr. D. VENTURINO, *Le ragioni della tradizione. Nobiltà e mondo moderno in Boulainvilliers (1658-1722)*, Casa Editrice Le Lettere, Torino, 1993 e *Id.*, « Boulainvilliers et Montesquieu, ou la modération nobiliaire », in *L'Europe de Montesquieu*, « Cahiers Montesquieu », 2, 1995, pp. 103-112.

un sapere giuridico che essa non sapeva e non poteva padroneggiare. Dunque, in qualche modo il re ha vinto la nobiltà per mezzo del diritto romano e ha realizzato attraverso la sua ignoranza del diritto una vera e propria estromissione ⁽⁵⁶⁾ dell'aristocrazia guerriera, sostituita, dice Boulainvilliers, con « les prétendues lumières des Juristes et des gens d'Église » ⁽⁵⁷⁾. Dall'altra parte si trovano gli avversari della tesi aristocratica, che sostengono la tesi della monarchia, prima Fleury nelle sue *Institutions du droit français* ⁽⁵⁸⁾, e poi Dubos ⁽⁵⁹⁾.

Ciò che dicevano Fleury e Dubos era esattamente il contrario di Boulainvilliers. Fleury localizzava la questione della razionalità dei costumi molto chiaramente nell'elemento romano, che resta la vera fonte della civiltà, in quanto è stato quel diritto che ha addolcito i costumi e che ha permesso l'evoluzione della società ⁽⁶⁰⁾. Il ruolo assolutamente eminente del diritto romano era sostenuto anche da Dubos, il quale diceva che esso ha permesso alla monarchia di stabilirsi contro la nobiltà, in favore del diritto del popolo e non di quello dell'aristocrazia.

Si tratta, come si vede, di una vera politicizzazione della questione delle fonti del diritto, e Montesquieu nell'*Esprit des lois* si iscriverà proprio in questo dibattito ⁽⁶¹⁾. Egli sceglie di dare una

⁽⁵⁶⁾ Foucault parla efficacemente di *court-circuitage* (« Bisogna difendere la società », lezione del 18 febbraio 1976).

⁽⁵⁷⁾ BOULAINVILLIERS, *Histoire de l'ancien gouvernement de la France*, cit., pp. 48-49.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. C. FLEURY, *Institutions du Droit français*, Paris, 1674. Critico nei confronti del bartolismo che aveva contribuito ad assicurare al diritto romano una superiorità anche in Francia, Fleury contribuì alla teorizzazione e all'affermazione di un diritto 'francese'. Cfr. X. GODIN, *L'Histoire du Droit français de l'abbé Claude Fleury (1674)*, in *Histoire de l'histoire du droit. Actes du Congrès de la Société d'histoire du droit, (Toulouse 1-4 juin 2005)*, Textes réunis par J. POUMARÈDE, in « Études d'histoire du droit et des idées politiques », X, 2006, pp. 61-76.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. J.-B. DUBOS, *Histoire critique de l'établissement de la monarchie française dans les Gaules*, Osmont, Paris, 1734.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. F. MARKOVITS, *Montesquieu. Le droit et l'histoire*, cit., p. 93.

⁽⁶¹⁾ Sull'atteggiamento della monarchia francese rispetto al diritto romano, cfr. E. CHENON, « Le droit romain à la "Curia Regis" de Philippe-Auguste à Philippe le Bel », in *Mélanges H. Fitting*, t. 1, Montpellier, 1907, (rist. Aalen-Frankfurt a. M. 1969), p. 197 ss.; P. VAN WETTER, « Le droit romain et Beaumanoir », ivi, t. 2, p. 533 ss.; P. COSTA,

terza risposta alla domanda relativa alla scaturigine del diritto e dunque si schiera sia contro quella che chiama la congiura contro la nobiltà (è il caso di Dubos), sia contro la congiura contro il Terzo stato (il caso di Boulainvilliers). Quando pensa lo statuto del diritto romano e lo statuto dei costumi, lo fa in un certo modo nell'intenzione di tenersi, rispetto alle due posizioni in campo, « entre les deux ». Così, da questo punto di vista, Montesquieu interpreta il diritto romano come — per riprendere la nozione di Foucault — un *dispositivo* di sapere-potere. Si tratta di uno strumento al servizio di determinate forze sociali che se ne appropriano o che cercano di appropriarsene. E tuttavia Montesquieu pensa — ed è qui che egli si smarca dalla tesi di Boulainvilliers — che non c'è vera intenzionalità nella storia. E, più precisamente, che la razionalità del diritto non deve essere pensata nel modo di una razionalità intenzionale, più o meno deliberata. In altri termini, e nel caso specifico, che non bisogna pensare che il re si sia *deliberatamente* servito del diritto romano per opprimere la nobiltà. Ciò che mostra Montesquieu è piuttosto l'uso di quelle che si possono chiamare le conseguenze non previste degli atti. Il che significa che il diritto romano non è stato utilizzato in modo intenzionale, ma che è « par la force des choses » che la nobiltà di spada si è vista *destituita*, a causa della sua ignoranza e della sua negligenza, dall'appropriazione del diritto. Così, nel singolare passaggio dal diritto feudale e consuetudinario al diritto scritto, l'importanza del rifiorire del diritto romano ha avuto certo un effetto catastrofico su una certa parte dell'aristocrazia, ma non c'è stata alcuna intenzione 'diabolica' all'origine di questo effetto, che è scaturito piuttosto dalla forza stessa delle cose. Da questo punto di vista si può dire che Montesquieu quando destituisce il diritto romano dal ruolo che gli era assegnato da Dubos rifiuta soltanto la sua pretesa universalistica uniformante e "imperialistica", ma non il diritto romano in quanto tale ⁽⁶²⁾. Ciò

Jurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433), Giuffrè, Milano, 1969, p. 309 ss. e J. KRYNEN, *Le droit romain « droit commun de la France »*, in « Droits », XIX, 2003, pp. 21-35.

⁽⁶²⁾ Questo vale anche per le *Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence*. Cfr. J. EHRARD, « "Rome enfin que je hais?" », in *L'Esprit des mots. Montesquieu en lui-même et parmi les siens*, Droz, Genève, 1998, pp. 55-65.

che rifiuta quando si oppone sia a Dubos sia a Boulainvilliers sono, per così dire, le grandi manovre di legittimazione della sovranità che mobilitano in quel momento il diritto romano contro il costume.

Da questo punto di vista ciò che attira la sua attenzione è l'idea che si deve prendere in considerazione allo stesso tempo una conservazione della giurisprudenza e una conservazione dei costumi, in quanto espressione di consuetudini e di tradizioni che per definizione non possono essere attribuiti a un soggetto, ma che hanno formato il carattere della nazione.

C'è in Montesquieu l'esigenza di pensare da un lato la *vita del diritto*, la sua 'storia naturale' per così dire, e dall'altro quella di pensare una evoluzione *pragmatica* del diritto che lo metta in relazione con le trasformazioni dei costumi e delle maniere. Allora, se per un momento ci si sofferma sulla figura di San Luigi, su ciò che Montesquieu mostra attraverso questo esempio storico, si possono intravedere all'opera due diverse inflessioni della razionalità⁽⁶³⁾. Da una parte la razionalità si definisce come conformità alla natura, alla morale, ma soprattutto alla sicurezza delle persone e dei beni, ciò che qualifica per Montesquieu la « libertà politica »: la razionalità del diritto è ciò che permette in qualche modo di assicurare le condizioni della « libertà politica », che viene definita come « opinion que l'on a de sa sûreté ». Ecco, se si vuole, la prima definizione della razionalità, una definizione che gioca anche sulla maniera in cui si possono *trasformare* gli usi e i costumi attraverso l'incitamento, dice Montesquieu, piuttosto che attraverso la costrizione, giocando sull'elemento attivo e "attivante" dell'incitamento, dell'esempio e dell'imitazione. Dall'altra parte c'è una seconda definizione della razionalità: la ragione si definisce anche come ragione nella storia, nel senso in cui essa descrive la conformità, la *convenance* di un

(63) Sulle "inflessioni" della razionalità all'opera nell'*Esprit des lois*, si veda, oltre a J.-P. COURTOIS, *Inflections de la rationalité dans « L'Esprit des lois »*, cit.; A. POSTIGLIOLA, *Forme di razionalità e livelli della legalità in Montesquieu*, in « Rivista di storia della filosofia », XLIX, 1994, pp. 71-104 e ID., *Les raisons de la nature: les « cas extrêmes » dans « L'Esprit des lois » de Montesquieu*, in J. L. JAM, a cura di, *Eclectisme et cohérences des Lumières. Mélanges offerts à Jean Ebrard*, préface de R. Pomeau, Librairie Nizet, Paris, 1992, p. 147-167.

ordine giuridico, di una norma giuridica, ai diversi fattori di ciò che Montesquieu definisce, ed è la sua grande originalità, come « l'esprit général des peuples ».

Dunque, lo spirito generale dei popoli è un insieme di fattori, politici, morali, economici, religiosi, geografici che in una qualche maniera contribuiscono a formare il carattere di una nazione e che, quindi, ne plasmano i differenti usi, i costumi e anche le leggi. Vale la pena di esaminare l'articolazione di queste due inflessioni della razionalità, cercando di mostrare come Montesquieu, a partire da un esempio storico determinato come l'evoluzione di un sistema giuridico, mostri in che modo le sue condizioni di razionalità siano, alla fine, le condizioni della libertà, e d'altra parte queste condizioni di razionalità siano anche quelle della *convenance* allo spirito generale di un popolo (64).

5. Si possono distinguere molti livelli di lettura nel libro XXVIII dell'*Esprit des lois*. Ciò che è importante qui sottolineare è il fatto che Montesquieu ricostruisce una sorta di *genealogia* dei costumi francesi a partire dai differenti codici delle leggi "barbariche". Quello che va rilevato in questo scrupoloso e dettagliato lavoro di scavo compiuto da Montesquieu è, soprattutto, l'idea che anche lì, in quel terreno che secondo Domat andava abbandonato e lasciato solo al ricordo, vi sia invece all'opera una certa razionalità, negli usi, nei costumi, nelle maniere di pensare e di agire, anche in quelle che sembrano le più « arbitrarie », le più « selvagge » e le più « barbare ». In questo libro, al capitolo 28, Montesquieu scrive: « Mi sono studiato di dare un'idea chiara di questi argomenti i quali, negli autori del tempo, sono tanto confusi e tanto oscuri, che in verità trarli dal caos in cui si trovano equivale a scoprirli » (XXVIII, 28). Montesquieu si propone davvero qui come il pioniere di questa autentica impresa archeologica che è *Lo Spirito delle leggi*.

La prima lettura possibile del libro XXVIII è quella secondo cui la razionalità di cui si tratta è quella della libertà: Montesquieu

(64) Cfr. F. MARKOVITS, *Montesquieu: l'esprit d'un peuple. Une histoire expérimentale*, in J. BOULAD-AYOUB (a cura di), *Former un nouveau peuple?*, Presses Universitaires de Laval, L'Harmattan, Paris, 1996, pp. 207-236.

cerca presso i popoli germanici una libertà che, dice, « nasce nel fondo dei boschi ». Ed è qui che egli si oppone alla lettura di Dubos, che de-territorializzava il diritto romano innalzandolo al rango di vero « *droit de liberté* ». Ciò che dirà Montesquieu è piuttosto che si è mantenuto, proprio dopo la conquista romana, un « *esprit de liberté* » che la dominazione dei romani non aveva potuto spegnere. E che si può ritrovare nei codici delle leggi dei barbari, ma anche negli usi e nei costumi francesi. Montesquieu, in questa prospettiva, può affermare che « le consuetudini che si erano formate avevano minor forza delle leggi; ma in breve le consuetudini distrussero le leggi » (XXVIII, 12). Il che significa che esse si sostituirono alle leggi per mantenere questo originario spirito di libertà del popolo, radicato nell'*ethos*, nei costumi e nelle forme di vita, legato cioè allo « spirito » dei popoli germanici, contrapposto in questo caso a quello dei romani.

C'è però un secondo livello di lettura del libro XXVIII: Montesquieu vuole provare che esiste una forza ordinatrice razionale, immanente ai costumi, e la riporta a ciò che chiama « lo spirito generale delle leggi » dei Germani. Questa nuova nozione, che sintetizza i due concetti fondamentali di « spirito generale » e di « spirito delle leggi », deve ricondurci alle origini della società feudale in Francia. Quando, in assenza di qualunque istituzione statale, i costumi esercitavano ancora una sorta di onnipotenza sulla maniera di vita dei popoli, si realizzò un momento puramente consuetudinario, un momento in cui, dice Montesquieu, « tutto era governato dal punto d'onore » (XXVIII, 19). In questi celebri passi del libro XXVIII, in particolare nei capitoli centrali, Montesquieu cerca di razionalizzare il costume e di spiegare ciò che egli chiama « il modo di pensare dei nostri padri » (XXVIII, 17).

Secondo una fonte riferita a Ulpiano il costume è definito come *tacitus consensus populi* ⁽⁶⁵⁾: confermato da una norma pratica,

(65) *Tit. ex corp. Ulp.*, 1. 4. Varrone dice (*Logist. fr.* 74) che il *mos* è un *judicium animi*, una disposizione interiore che si afferma come autentico *mos* solo nel momento in cui è recepito come *consuetudo* e si afferma come tale. Il *mos* in quanto tale è una disposizione che dipende da un *judicium animi*; si può ben comprendere allora la necessità per Ulpiano (D. 47.10.15.6) di precisare che i *boni mores* non sono i “buoni costumi” in quanto riferiti all'agente: perché il *mos* possa realizzarsi come pratica

esso è anche il residuo, il vestigio o il ricordo della maniera di pensare dei padri, dunque la *consuetudo* è il *mos majorum*. È la sedimentazione, la cristallizzazione delle credenze e delle pratiche, delle maniere di pensare e di agire, nel doppio senso di abitudini dello spirito e di *habitus* della condotta. Allora, come ricondurre ad un principio un uso talmente “barbaro”, e che i contemporanei di Montesquieu giudicano tale, come quello del « combat judiciaire », vale a dire l’uso del duello per produrre un effetto giuridico reale? Come si potrà mai render conto di questa maniera di agire, di questo dispositivo giudiziario così “irrazionale”, così apparentemente mostruoso? È a questo punto che Montesquieu mostra come la verità del diritto può essere qui intesa da un duplice punto di vista.

Da una parte quello delle ragioni interne al diritto, dall’altra quello delle ragioni esterne, che ha a che fare con il suo rapporto con la società nel suo insieme. Si può dire che in termini di diritto Montesquieu mostra subito come, dal punto di vista del contributo del diritto alla libertà e alla giustizia, in realtà il duello giudiziario non rappresenta un momento di anarchia, non si tratta di un caos barbarico ma piuttosto di una *regolazione* di pratiche. E così, ciò che è messo in scena in queste pagine dell’*Esprit des lois* è il fatto che in fondo questo uso apparentemente « barbaro » permetteva in realtà di regolare l’*anomia* che caratterizzava i popoli germanici dell’epoca. In altri termini, il costume del duello giudiziario introduceva di fatto una procedura penale rigorosamente codificata ⁽⁶⁶⁾. A seconda delle

collettiva è necessaria l’accettazione sociale che lo rende *consuetudo*. La nozione di *mores* ha, nell’universo tardo-antico e medievale, essa stessa una natura e uno spessore puramente giuridici: « tutto il diritto è nelle leggi e nei mores », aveva scritto Isidoro e *mos* per tutto il medioevo latino non è che una *lex non scripta*: « *Consuetudo est ius quoddam moribus institutum quod pro lege suscipitur* » (*Etym.* II, 10, n. 2-3).

⁽⁶⁶⁾ Sul diritto penale in Montesquieu si vedano J. GRAVEN, *Montesquieu et le droit pénal*, in B. MIRKINE-GUETZEVITCH. H. PUGET, sous la direction de, *La Pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu. Bicentenaire de l’« Esprit des lois »*, 1748-1948, Sirey, Paris, 1952, pp. 209-254; R. DERATHÉ, *Le droit de punir chez Montesquieu, Beccaria et Voltaire*, in *Atti del Convegno internazionale su Cesare Beccaria*, Torino 4-6 ottobre 1964, Accademia delle scienze, Torino, 1966, pp. 85-100; G. C. VALACHOS, *Le pouvoir judiciaire dans l’« Esprit des lois »*, in AA.VV., *Mélanges en l’honneur du professeur Michel Stassinopoulos. Problèmes du droit public contemporain*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Athènes-Paris, 1974, pp. 363-376; G. TARELLO, *Montesquieu criminalista*, in ID., *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codifica-*

persone che sono in gioco, del loro sesso, della loro età, della loro condizione, a seconda dell'oggetto della lite, una procedura che stabiliva il buon uso dei testimoni, una procedura che serviva in qualche modo a interrompere, a mettere una fine al protrarsi all'infinito delle vendette particolari. Da questo punto di vista, si può dire che ci sono delle ragioni in quel costume: nella prassi in cui un *ethos* si fissa e si sedimenta viene troncata una interminabile spirale di azioni e reazioni incontrollate e distruttive. C'è un'efficacia regolatrice in termini di diritto in quel modo di comportarsi apparentemente così barbaro, in quel « corpo di norme giuridiche tanto singolari », e anche nella costitutiva lacunosità che lo contraddistingue, se « gli uomini, in fondo ragionevoli, riducono a regole perfino i loro pregiudizi ». Nulla era più contrario al buon senso del duello giudiziario, « ma una volta fissato questo punto, fu messo in esecuzione con una certa prudenza », osserva Montesquieu (XXVIII, 23). Si vede qui all'opera un principio di regolarità, la *regolazione*, la modalità di una razionalità interna al diritto.

Montesquieu, dopo aver descritto la regolazione interna, coniuga con questa anche delle modalità di regolazione esterne. Ciò che egli rende manifesto in questo modo è in fondo la potenza di ciò che più tardi Hegel, nella sua scia e riconoscendo il suo debito ⁽⁶⁷⁾,

zione del diritto, cit., pp. 415-458; C. LARRÈRE, *Droit de punir et codifications des crimes de Montesquieu à Beccaria*, in M. PORRET, a cura di, *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, Droz, Genève, 1997, pp. 89-108; D. W. CARRITHERS, *Montesquieu's Philosophy of Punishment*, in « History of Political Thought », XIX, 1998, 2, pp. 213-240; F. ROSEN, *Crime, Punishment and Liberty*, « History of Political Thought », XX, 1999, 1, pp. 173-185 e D. FELICE, *Autonomia della giustizia e filosofia della pena*, in Id., *Per una scienza universale dei sistemi politico-sociali. Dispotismo, autonomia della giustizia e carattere delle nazioni nell'« Esprit des lois » di Montesquieu*, Olschki, Firenze, 2005, pp. 73-117.

⁽⁶⁷⁾ « Montesquieu — scrive Hegel — ha indicato la vera veduta storica, il legittimo punto di vista filosofico, col considerare la legislazione in generale e le sue particolari determinazioni non isolatamente e astrattamente, ma, invece, come momento dipendente da una totalità, in connessione con tutte le altre determinazioni che costituiscono il carattere di una nazione e di un periodo (*einer Nation und einer Zeit*); in tale connessione, esse acquistano il loro genuino significato, come, con tal mezzo, la loro significazione » (G.W. F. HEGEL, *Lineamenti fondamentali di filosofia del diritto*. Con le aggiunte compilate da E. Gans, a cura di E. Messineo, Laterza, Roma-Bari, 1974³, « Introduzione », § 3, p. 27). Cfr. B. BINOCHE, *Ni Hegel ni Montesquieu*, in « Kairos », 14, 1999, pp. 9-27.

chiamerà *Sittlichkeit*. Vale a dire quello spirito dei costumi che irriga un popolo, le sue credenze, le sue passioni, che in qualche modo investe la sua vita e le sue pratiche. Ciò che, più precisamente, Montesquieu mette in luce qui è l'importanza di ciò che egli chiama il « principio », cioè la passione storicamente e sociologicamente dominante ⁽⁶⁸⁾ che è in un certo senso il « ressort », la *molla* delle azioni degli uomini. Ed è questo « principio » che permette di comprendere davvero la potenza ordinatrice e regolatrice dei costumi e quella delle leggi. Allora, anche dietro l'esempio concreto e perturbante del duello giudiziario si intravede l'esigenza che la giustizia sia troncata anche per mezzo di un evento contingente, purché all'interno di un contesto regolato, duraturo ma indeterminato, all'intersezione tra disposizione ed avvenimento singolare. Si può dire infatti che queste "prove" non arrivano davvero a provare niente dal punto di vista della ragione, ma la forza regolatrice dell'uso del duello giudiziario, le sue singolari "ragioni" si compongono alla luce dello « spirito generale » dei popoli germanici, e della loro libertà intesa come « indépendance naturelle ». Ci si può chiedere perché. La risposta di Montesquieu è che lo spirito dei popoli germanici è essenzialmente « marziale », e da questo punto di vista si può dire che il duello giudiziario è appunto una forma del « diritto della guerra ». In assenza di Stato, in assenza di diritto politico, in assenza di diritto civile, questo deriva allora dal « droit des gens ».

E allora l'ordalia, intesa come un duello *troncato* dal giudizio di Dio, acquista una qualche ragione estrinseca: « La prova del duello singolare aveva una certa ragione basata sull'esperienza », annota Montesquieu (XXVIII, 17). Così, questa ragione basata sull'esperienza e sul costume ha a che vedere con la coerenza, sempre provvisoria e mai saturata, di un sistema di regole, di un insieme strutturato di passioni e di affezioni, di credenze e di valori che si sedimentano in un *ethos*, cioè in un insieme di abitudini e di pratiche, in una *regolarità* che rappresenta il retroterra antropologico di qualsivoglia diritto positivo.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. A. POSTIGLIOLA, « Montesquieu. La ragione, la natura, i governi », in ID., *La città della ragione. Per una storia filosofica del Settecento francese*, cit., p. 81.

Il *ressort* principale, il « principio » che fa muovere gli uomini a quell'epoca, dice Montesquieu, è il *coraggio*. E il suo correlato, l'onore (III, 7) ⁽⁶⁹⁾. Da questo punto di vista, allora, in una nazione eminentemente guerriera la codardia « suppose d'autres vices » (XXVIII, 17), essa prova che si è stati insensibili all'onore, essa prova inoltre che si è stati sordi all'educazione ed infine che si è sfuggiti all'etica sociale che governa la comunità. In questa prospettiva, la prova del duello giudiziario non risulta assurda, essa non è irrazionale ma attesta piuttosto di una diversa razionalità, politica ed etico-giuridica. Si può dire quindi che, in un certo senso, essa prova certo qualcosa, anche se non ciò che si presume essa provi, cioè l'innocenza. Ciò che essa prova è qualcosa che si situa all'incrocio della forza e del coraggio ed è anche più profondamente l'adesione ai costumi, alle credenze, alle affezioni sociali che sono le condizioni della conservazione di una comunità ⁽⁷⁰⁾. In altri termini, la potenza regolatrice del costume deriva dal fatto che esso rende possibile alla fine la conservazione e la connessione reale, simbolica, immaginaria di una comunità, e da questo punto di vista si può dire che è proprio questo che permette di definire il giusto e l'ingiusto, quando non c'è diritto in senso proprio. L'inflessione della razionalità propria del costume gli viene insomma dal fatto che esso permette di fissare, di *cristallizzare* delle qualità sociali e delle qualità "pubbliche" che in qualche modo sono le condizioni di sopravvivenza di qualsiasi comunità. Si può dire, allora, che Montesquieu pensa il diritto indipendentemente dallo *stato* di diritto e pensa così una razionalità della regola che non è però una razionalità 'di stato'. È qui la sua grande originalità. E si potrebbe verificare che, ad esempio, la razionalità della regola del duello giudiziario vale tanto sul piano giuridico, che su quello economico, politico, religioso, sociale e

⁽⁶⁹⁾ Sul tema dell'onore, e in particolare sul nesso onore/libertà ricorrente in Montesquieu, cfr. D. CASAJUS, *Montesquieu, Tocqueville, Durkheim: variations autour d'une typologie*, in « L'Homme », 140, 1997, p. 13 ss.; C. SPECTOR, *Honor, Interest, Virtue: The Affective Foundations of the Political in The Spirit of the Laws*, in R. KINGSTON (a cura di), *Montesquieu and his Legacy*, SUNY, New York, 2009, pp. 49-79.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. N. ELIAS, *Über den Prozess der Zivilisation. I. Wandlungen des Verbal-tens in den Weltlichen Oberschichten des Abendlandes*, Suhrkamp, Frankfurt, 1969²; trad. it. *La civiltà delle buone maniere*, Il Mulino, Bologna, 1998, p. 145.

culturale: su tutti questi piani Montesquieu mostra i modi della sua razionalità immanente.

Allora, ciò che fa la novità della posizione Montesquieu è il fatto che egli si situa « entre les deux » (XXX, 10), non tanto — o non solo — tra la tesi aristocratica e la tesi della monarchia, quanto tra due concezioni che sono retrospettivamente anche le nostre, quando cerchiamo di pensare filosoficamente il diritto. Da una parte, Montesquieu non vuole ridurre la razionalità del diritto escludendone la storia: non vuole pensare una razionalità esteriore alla storia. Da questo punto di vista, rifiuta ogni raffigurazione della giustizia del diritto, della legittimità del diritto, che non sia radicata negli usi e nei costumi. Ed è ciò che gli rimprovererà Rousseau e, ancora di più, Condorcet: perché avere voluto giustificare degli usi, dei costumi così eccessivi, perché aver voluto razionalizzare delle consuetudini così barbare, mentre la giustizia esiste ed è « razionale » ed « universale » (71)? Secondo Condorcet, il compito del legislatore è chiaro e indiscutibile: si tratta di applicare universalmente « les principes invariables de la justice » (72). L'insofferenza di Condorcet nei confronti dell'indugiare di Montesquieu sulle differenti circostanze storiche e sociali che hanno dato forma alle singole leggi delle varie nazioni investe anche il metodo generale dell'autore dell'*Esprit des lois*, liquidato come una semplice raccolta di note sulle leggi dei diversi popoli, classificate poi sotto differenti titoli (73). Ma c'è un'altra tradizione alla quale Montesquieu non può a sua

(71) M.-J.-A.N. de Caritat, Marquis de CONDORCET, *Observations de Condorcet sur le vingt-neuvième livre de « L'Esprit des lois »*, in A.-L.-C. DESTUTT DE TRACY, *Commentaire sur « L'Esprit des lois » de Montesquieu, suivi d'observations inédites de Condorcet sur le vingt-neuvième livre du même ouvrage*, Dalaunay, Paris, 1819, p. 438. Sulle critiche di Condorcet a Montesquieu, cfr. R. NIKLAUS, *Condorcet et Montesquieu: conflit idéologique entre deux théoriciens rationalistes*, in « Dix-huitième siècle », 25, 1993, pp. 399-409; C. KINTZLER, *Condorcet critique de Montesquieu et Rousseau*, in « Bulletin de la Société Montesquieu », 6, 1994, pp. 10-31; G. MAGRIN, *Confutare Montesquieu. La critica di Condorcet, tra epistemologia e filosofia politica*, in D. Felice, a cura di, *Montesquieu e i suoi interpreti*, Edizioni ETS, Pisa, 2005, t. I, pp. 377-411 e D. DE CASABIANCA, *Montesquieu*, cit., pp. 573-579.

(72) Cfr. CONDORCET, *Observations de Condorcet sur le vingt-neuvième livre de « L'Esprit des lois »*, cit., p. 438.

(73) Ivi, p. 450.

volta essere ridotto *tout court*, ed è quella — che tuttavia si ispirerà direttamente alla sua opera — della sociologia del diritto.

Si è detto spesso che Montesquieu è stato il fondatore della sociologia del diritto, e da molti punti di vista questo è vero, ma quando si legge Durkheim, o Gurvitch, o altri ancora, ci si accorge che il rimprovero rivolto a Montesquieu è sempre lo stesso: non avere ridotto le leggi ai costumi ⁽⁷⁴⁾, cioè in realtà non avere semplicemente *dedotto* il diritto dai costumi. Montesquieu, è vero, non fa questo passo: continua ad esserci per lui una forma di razionalità che non è del tutto riducibile ai costumi, quella del legislatore, vale a dire una certa *esteriorità* (« chez Montesquieu le personnage du législateur se détache avec évidence », ammetteva Durkheim), che non è trascendente in rapporto alle « choses sociales », ma neanche totalmente immanente alle *mœurs*, a ciò che Durkheim chiama « *la vie elle-même* ». Anche se « *mœurs et manières* » non sono istituite dal legislatore ma sono istituzioni della *nation en général* (XIX, 14) ⁽⁷⁵⁾, derivano dal *caractère* della nazione e dal suo *usage*, dal clima e dalla religione, dalle « *maximes du gouvernement* », cioè dalle qualità caratteristiche particolari che vi si cristallizzano e la singolarizzano. E, poi, dall'« *esprit général* » che ne *risulta* (XIX, 4) ⁽⁷⁶⁾: « C'est au législateur à suivre l'esprit de la nation » (XIX, 5).

(74) Cfr. G. GURVITCH, *Éléments de sociologie juridique*, Aubier, Paris, 1940, p. 46 e ID., *La sociologie juridique de Montesquieu*, in « *Revue de Métaphysique et de Morale* », 46, 1939, pp. 611-626. Cfr. S. COTTA, *Montesquieu e la scienza della società*, Ramella, Torino, 1953, p. 338; R. HUBERT, *La notion du devenir historique dans la philosophie de Montesquieu*, in « *Revue de Métaphysique et de Morale* », 46, 1939, pp. 592-593 e S. GOYARD-FABRE, *De la philosophie du droit de Montesquieu et de son actualité*, in « *Revue de Métaphysique et de Morale* », 76, 1971, pp. 292-322.

(75) « De là suit que lorsqu'on veut changer les mœurs et es manières, il ne faut pas les changer par les lois: cela paraîtrait trop tyrannique; il vaut mieux les changer par d'autres mœurs et d'autres manières » (XIX, 14).

(76) Il termine « *résulter* » marca in Montesquieu un effetto di *mélange* di diversi fattori. Questo portare allo stesso livello i diversi fattori fisici, morali, sociali, è il punto critico sul quale sembrano separarsi le tesi di Montesquieu sull'*esprit général d'une nation* rispetto a ciò che del *Volkegeist* diranno poi da una parte Hegel e dall'altra Savigny. L'*esprit général* non ha nulla di "soggettivo", esso appare piuttosto come l'effetto della composizione delle « *maximes générales du gouvernement* », delle « *mœurs* », delle « *manières* », della religione, della loro variazione e della loro compensazione.

« Mœurs et manières » vengono dunque prima del legislatore, sono sempre già *là*, in anticipo su ogni volontà istituyente, il primato della loro efficacia è quello della *convenance* fra regola e forma di vita di una società: « il ne faudrait point chercher à gêner par des lois ses manières, pour ne point gêner ses vertus » (*ibid.*). Così, bisognerà pensare una razionalità etico-giuridica immanente alle forme di vita concrete, alla *fisio-nomia* dell'ordinario, alla connessione degli uomini e al suo divenire storico, anche se non ci si potrà accontentare di ricavarla solo dalla storia e dal costume ⁽⁷⁷⁾.

C'è un'affermazione molto famosa nell'*Esprit des lois*: « Bisogna illuminare la storia con le leggi, e le leggi con la storia » (XXXI, 2) ⁽⁷⁸⁾. Sembra di poter dire che ormai la bella *clarté* di questo aforisma è forse per noi svanita, e tuttavia questo gioco sulla doppia razionalità del diritto, interna ed esterna, marca ancora la grande scoperta di Montesquieu della quale tutti coloro che vogliono sforzarsi di pensare *insieme* — filosoficamente e storicamente — il diritto e il costume, sono ancora oggi tributari. Ciò che Montesquieu ci ha insegnato è precisamente l'impossibilità di un approccio soltanto 'interno' o soltanto 'esterno' ai costumi e al diritto, è cioè la necessità *geneologica* della loro articolazione.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit?*, Odile Jacob, Paris, 1997, pp. 126-129.

⁽⁷⁸⁾ Sull'interpretazione di questa celebre locuzione rinviamo al bel saggio di G. BENREKASSA, « Philosophie du droit et histoire dans les livres XXVII et XXVIII de *L'Esprit des lois* », in ID., *Le concentrique et l'excentrique. Marges des Lumières*, Payot, Paris, 1980, pp. 155-182. Scrive Benrekassa: « seul les Grands Italiens, Giannone et Gravina, ont mis en lumière, à des degrés divers l'« historicité » du droit — et plus précisément du Droit Romain » (*ivi*, p. 172). Sul debito di Montesquieu nei confronti di Gravina e Giannone, cfr. R. SCHAKLETON, *Montesquieu. A Critical Biography*, Oxford U. P., Oxford, 1961, pp. 324-325.

La dimensione giuridica

ANTÓNIO MANUEL HESPANHA

MODALIDADES E LIMITES DO IMPERIALISMO JURÍDICO NA COLONIZAÇÃO PORTUGUESA

1. A estrutura política do império. — 2. O direito e a justiça. — 3. Bibliografia.

A partir do sec. XV, os europeus levaram o seu direito para outras zonas do mundo. Este processo de expansão do direito europeu tem sido frequentemente simplificado, ao ser encarado como um processo unilateral de imposição de uma ordem jurídica europeia a povos de culturas jurídicas radicalmente distintas ou de aceitação passiva por estes de uma ordem jurídica mais perfeita e mais moderna ⁽¹⁾. Pelo contrário, deve ser visto como um fenómeno muito complexo, em que as transações jurídicas se efetuam nos dois sentidos, em que a violência se combina com a aceitação, cada parte traduzindo nos seus modelos culturais e apropriando para os seus interesses elementos dos direitos alheios; em que as condições de domínio político variam de acordo com os lugares, os tempos e os modelos de dominação colonial (“imperial”). Por outro lado, tanto as sociedades colonizadoras como as sociedades coloniais são poli-

⁽¹⁾ Sobre a chamada “teoria da modernização”, cf. WEISER, 1966; WEHLER, 1975. Estes problemas já foram levantados na introdução de HESPANHA, 1983. A questão dos *legal transfers*, considerados como mudanças de modelos de conhecer o direito, foi abordada na “Réunion d’experts pour examiner les premiers résultats de recherches entreprises sur les conditions du transfert des connaissances” (algumas das comunicações deste encontro foram publicadas em AA.VV., 1983; v., em especial, LENOBLE, 1972). A bibliografia sobre o tema é vastíssima (destaco, para vários cenários, BARTON, 1983; SINGH, 1986; KNAFLA, 1995; MANN, 1991; MOMMSEN, 1992; DARIAN-SMITH, 1999; Bilder, 2004; aplicação (Hong Kong, Macau): COATES, 1967, 1968, HESPANHA, 1994c; apreciação crítica, CLAVERO, 2012).

tica e culturalmente complexas, portadoras de uma pluralidade também complexa de direitos; todos eles interagindo entre si. É tudo isto que deve ser considerado, ao encarar a extensão ao ultramar dos modelos jurídicos europeus (2).

1. *A estrutura política do império.*

Com a expansão portuguesa, a partir do sec. XV, o direito vigente em Portugal tende a aplicar-se no Ultramar. Porém, a situação de cada zona territorial ultramarina era muito diversa, sendo também diferentes os estatutos políticos das várias “conquistas”. E, assim, os equilíbrios entre o direito da metrópole e os direitos dos vários grupos populacionais locais eram muito diverso.

Tinha que se distinguir, antes de mais, o estatuto político e jurídico dos colonos a viver, de forma mais ou menos estável, no ultramar do dos povos nativos.

Os primeiros eram portugueses (“naturais”, “reinóis”) segundo o critério das *Ordenações* (filhos de pai português, *Ord. fil.*, II, 55), aplicando-se-lhes o direito reino (direito comum ou direito pátrio); embora este, a tal distância, estivesse ainda mais sujeito aos particularismos locais. Os nativos, em contrapartida, não sendo filhos de pais portugueses, não eram portugueses e, por isso, não se regiam pelo direito da metrópole; embora este se lhes pudesse aplicar enquanto súbditos “não naturais”, “políticos” ou “territoriais” do rei. Porém, a maior ou menor intensidade do poder colonial, as diferenças culturais, os equilíbrios políticos locais, as distâncias, as diferenças culturais e as perspectivas cruzadas de colonizadores e colonizados particularizavam e complexificavam mais a vigência desta regra formal do direito culto europeu (3).

Tratar-se-á, de seguida, de pontualizar um pouco mais.

(2) Este texto parte de uma série de ideias — mais ou menos correntes, mais ou menos problemáticas (cf. a estimulante análise de CLAVERO, 2012) — sobre os modelos do direito europeu das épocas medievais e modernas que desenvolvi em obras anteriores: HESPAÑA, 1983, 1993e, 1994, 1995.

(3) Na prática dos diversos contextos coloniais, a situação foi complexa até muito tarde; cf. SILVA, 2009, 145 ss. (“estrangeiros atípicos”).

O “Império” colonial português (4) foi muito marcado pela dispersão territorial, de modo que os modelos clássicos tradicionais na Europa de organizar politicamente o espaço se tornavam ineficazes. Estes baseavam-se na ocupação e organização políticas de espaços contínuos e na sua cobertura por uma rede de funcionários dotados de competências bem estabelecidas. Este domínio político uniforme e contínuo não era possível num conjunto territorial disperso e extensíssimo, absolutamente desproporcionado em relação à capacidade demográfica, logística e militar da metrópole. De resto, nem o próprio império romano tinha conhecido esta regularidade. Para começar, tinha distinguido os cidadãos, sujeitos ao *ius civile*, de outros habitantes do império (*peregrini*, depois *socii* ou *provinciales*) (5), que se regiam por instituições e direitos particulares ou por um vago direito dos povos (*ius gentium*). Apenas em domínios politicamente críticos, vigoravam as normas do direito romano ou, mais frequentemente, as estabelecidas autoritariamente pelos funcionários imperiais no uso do seu poder extra-ordinário (*extraordinaria potestas*). Também o “império” português não se organizava de forma homogénea, antes fazendo conviver instituições muito variadas, de acordo com as conveniências (e, também, com os constrangimentos) locais (6).

Pode afirmar-se que a estrutura do governo de tipo tradicional, inspirada nos modelos administrativos vigentes no Reino, foi a exceção, reservada às zonas de ocupação terrestre mais permanente e, mesmo aí, com particularismos institucionais ou práticos. Nas outras zonas, é possível estabelecer uma gradação entre modelos mais tradicionais e formais (municípios ou capitánias-donatarias),

(4) A expressão “império” não é rigorosa, em termos jurídico-políticos, quando aplicada às conquistas portuguesas, já que os reis portugueses não usaram a titulação imperial senão nos finais do século XVIII. Cf. THOMAZ, 1990; SALDANHA, 1998.

(5) Síntese, com bibliografia, http://en.wikipedia.org/wiki/Roman_citizenship, 4.12.2011.

(6) Jack P. Green usa a expressão “império negociado” (GREEN, 1992). Destaca modelos coloniais baseados em pactos (com os colonos e com as nações índias); frequentemente, este aspeto pacífico era menos evidente do que a força das circunstâncias locais. Uma explicação (problemática) para o pluralismo político e jurídico dos impérios ibéricos, enraizando-a nas experiências de “convívio” cultural da Península, Benton, 2000, 2002.

passando por modalidades menos completamente institucionalizadas de organização do poder (fortalezas/feitorias, protetorados, tratados de paz e vassalagem), até às manifestações de um poder meramente indireto e informal, como a influência exercida por meio de mercadores, de eclesiásticos ou de aventureiros (por vezes, deportados, os “lançados”).

João Pinto Ribeiro, numa obra de polémica anti-castelhana dos meados do séc. XVII, já notava esta estrutura compósita do império português, sobretudo quando confrontado com o castelhano: « Vencidos [os reis do Oriente], não os despojavam dos reinos e senhorios que possuíam. Ou os deixavam neles com toda a majestade real, impondo-lhes algum tributo, por razão da guerra, ou restituíam o reino a algum rei amigo a que injustamente estava usurpado. Mostraram os nossos capitães o ânimo livre e desinteressado com que procediam nas terras descobertas ou vencidas. A nenhuma mudaram seu antigo nome, a nenhuma o deram de uma cidade ou província de Portugal [...]. Nunca os sereníssimos reis de Portugal se intitularam de alguma província sujeita, se não foi a da Guiné e do senhorio do comércio » (7).

Esta mistura de poderes não chocava demasiadamente o imaginário político da teoria política corporativa. Poderes divididos — o da Coroa, com o da Igreja; ambos com os dos municípios, dos senhorios, da família — constituíam uma realidade política habitual do cenário político europeu de então. Também a existência de periferias populacionais não integradas era algo de familiar. No império romano, existiam os *provinciales* e, na extrema periferia, nações bárbaras. No direito mundo medieval e moderno falava-se de rústicos, ou de *pagani* (habitantes das aldeias) (8). Agora, no “império” ultramarino, havia Estados, municípios, conquistas, vassalalhos, protetorados, estrangeiros amigos e estrangeiros inimigos ou estrangeiros bárbaros. E isto determinava o grau de dependência ou de autonomia política e jurídica.

Aplicadas ao espaço ultramarino, esta plasticidade de organi-

(7) *Desengano ao parecer enganoso que deu a El-Rey de Castella Filipe IV certo ministro contra Portugal*, 1645 (cit. Saldanha, 1992, 184).

(8) Os dois termos já aparecem nas *Saturnalia*, de Macróbio (1,16, 6), para designar os habitantes de zonas longínquas das cidades.

zação era muito vantajosa. De facto, a extensão ao “império” do enquadramento político da gente e do espaço que vigorava no Reino representaria uma mobilização de meios humanos e financeiros que um pequeno país não podia suportar. Ora, quer a limitação dos objetivos de domínio político-administrativo, quer a atribuição de maior ou menor autonomia de governo, representavam uma economia decisiva de esforços. O resultado seria um Império pouco “imperial” ou, nos termos da época, com pouca “reputação”: heterogéneo, descentralizado, deixado ao cuidado de muitos centros polí no caso dos direitos no caso dos direitos ticos relativamente autónomos, uns de matriz europeia, outros de matrizes nativas, ponteados de soluções políticas bastante diversas e onde a resistência do todo decorria da sua maleabilidade.

O próprio título dos reis de Portugal, adotado no período da expansão, traduz, de certo modo, este carácter minimalista das ambições políticas, como fora notado por João Pinto Ribeiro, no texto acima citado. De facto, salvo no que respeita às zonas de domínio efetivo e mais tradicional — o Norte de África, o “Algarve de Além-mar”, e a Guiné —, nunca se invocaram senhorios territoriais precisos, mas apenas um genérico e potencial senhorio sobre « a conquista, navegação e o comércio da Arábia, da Pérsia e da Índia »⁽⁹⁾. Abaixo, no plano da prática jurídica e política, havia formas institucionais e jurídicas, tiradas da experiência europeia, que ajudavam a pensar e a dar forma às diversas situações concretas. Se quisermos tentar uma tipologia das formas de domínio que ocorreram no Império português, podemos dizer que a organização administrativa e jurídica das áreas ultramarinas obedeceu a um número limitado de modelos conhecidos na Europa, diversamente combinados⁽¹⁰⁾: municípios⁽¹¹⁾, governos militares (capitanias⁽¹²⁾,

⁽⁹⁾ Sobre a titulação dos reis de Portugal, SALDANHA, 1992, 178, 288 ss.

⁽¹⁰⁾ Sobre eles, com maior detalhe, HESPANHA, 1996, cap. 3.

⁽¹¹⁾ Sobre os municípios ultramarinos, v., em síntese, MAGALHÃES, 1994a, 1994b; FRAGOSO, 2001; para o Brasil: ZENHA, 1948; FABRIS, 2008; BRAGA, 2008; para Moçambique, RODRIGUES, 1998; para Macau, LESSA, 1970; AMARO, 1994.

⁽¹²⁾ Concessão da terra a um senhor, que devia promover a sua colonização, assegurar a sua administração civil (devolvendo-a a instituições municipais, logo que possível) e defendê-la militarmente. Fonte: Cf. CABEDO, 1602, II, 28 e 29, n. 7; bibliografia, Cf. SALDANHA, 1986, 1992.

fortalezas ⁽¹³⁾), concessões de tipo feudal ou vassálico (donatarias, vassalagens, prazos ⁽¹⁴⁾), entrepostos (feitorias) ⁽¹⁵⁾, concessões contratuais a privados de exploração e comércio ⁽¹⁶⁾, monopólios de comércio e de navegação ⁽¹⁷⁾, padroados ⁽¹⁸⁾. Nas fronteiras, postos avançados (arraiais, acampamentos, presídios); e, para além das fronteiras, estrangeiros amigos (“de pazes”, “sobas amigos mas não vassalos” ⁽¹⁹⁾) ou inimigos (“bárbaros”).

O modelo de um poder absoluto ou “soberano” — isto é, não dividido — no plano externo cede perante esta multiplicidade de modelos políticos, em que a Coroa portuguesa convive e partilha atribuições com os poderes locais e poderes externos. Para além das situações (excepcionais na África e na Ásia) em que a administração assumia formas de governo direto — nomeadamente, o governo militar — ou formas metropolitanas puras — nomeadamente, o governo municipal (ainda assim, maleável aos contextos —, raramente a ocupação portuguesa implicava mudanças formais na estrutura administrativa precedente. Isto porque o regime de um auto governo, mais ou menos tutelado, com a permanência das instituições políticas locais e a consequente devolução para elas das tarefas de governo, era mais económico, com a condição de não prejudicar as finalidades pragmáticas do ocupante. Este regime de auto governo decorria, frequentemente, de tratados celebrados com os potentados locais. Em alguns casos, resultou de concessões feitas após conquista militar ⁽²⁰⁾, ex-

⁽¹³⁾ Cf. *Ord. fil.*, II, 47.

⁽¹⁴⁾ ISAACMAN, 1972, NEWITT, 1973, RODRIGUES, 2002.

⁽¹⁵⁾ Cf. RAU, 1966; MATOS, 1982.

⁽¹⁶⁾ O contrato baseia-se no instituto jurídico de arrendamento de *regalia* (direitos do rei) a particulares que, mediante uma contraprestação (renda), recebiam o direito de exercer certos direitos régios (cobrança de tributos, exploração de estancos ou monopólios, etc.), dando assim origem a formas de administração indireta.

⁽¹⁷⁾ Um instrumento jurídico de efetivação do monopólio português foi o *cartaz*, salvo-conduto passado pelos capitães ou feitores portugueses a todas as embarcações de comércio local.

⁽¹⁸⁾ Cf. REGO, 1940.

⁽¹⁹⁾ Cf. Reg. 12.2.1676, dado ao governador de Angola AIRES DE SALDANHA e MENEZES (cf. *Arquivo das Colónias*. 3 (Jul.-Dez. 1918, 60-73), 124-136, 188-192), cit. em REGO, 1967, 63.

⁽²⁰⁾ Por vezes, essa garantia cifrava-se na outorga pela coroa de um “foral”, ou carta de reconhecimento de direitos. Era o caso de Goa, a cujas populações nativas se

plicáveis, não tanto por uma generosidade em relação aos vencidos, mas, sobretudo, pela consciência da impossibilidade de administrar diretamente ou com recurso aos modelos europeus de domínio populações com culturas políticas e jurídicas completamente estranhas. Noutros casos, consistia apenas de uma tácita tolerância.

Pondere-se, a finalizar esta referência à complementaridade entre poderes formais e informais na arquitetura do império português, que — ao contrário da administração do Reino — o governo ultramarino assentava num modelo de atribuições e poderes mais móvel do que as do modelo “jurisdicionalista” de governo, baseado na estabilidade das competências das magistraturas ordinárias ⁽²¹⁾. Recorrendo a uma distinção clássica, podemos dizer que, no ultramar, predominavam magistraturas extraordinárias ou comissariais, ou seja, magistraturas cujas competências não estavam fixadas na ordem do direito e dependiam apenas da vontade do rei ⁽²²⁾. Por outro lado, a “mobilidade” das coisas ultramarinas exigia flexibilidade das competências, das normas e dos processos. Assim, as atribuições dos órgãos de governo eram indistintas, dependendo da oportunidade do momento ou de soluções casuísticas contidas nos regimentos ou mesmo das instruções orais ou por carta cerrada. A lei geral era substituída pela pragmática (norma sobre um assunto concreto), pelo regimento *ad hoc*. O juízo (*iudicium*), ou decisão ponderada e argumentada, baseada numa racionalidade argumentativa, pela solução arbitral ou arbitrária. Tudo isto transformava o governo numa atividade pouco rigorosamente regulada, sobretudo dependente do acaso das pessoas e das situações ⁽²³⁾. E o domínio político transformava-se numa rede de relações em que o fator de fidelidade pessoal se sobrepunha ao fator

passou, poucos anos após a conquista, um *Foral dos usos e costumes dos gancares e lavradores desta Ilha de Goa e destas outras suas anexas* (de 16.9.1526).

⁽²¹⁾ Sobre ele, HESPANHA, 1993.

⁽²²⁾ Sobre a oposição entre magistraturas ordinárias e comissariais, v. HINTZE, 1962; HESPANHA, 1984, 26 ss.; HESPANHA, 1994a, 505 s.

⁽²³⁾ « E porque as cousas do mar são incertas e há casos que se não podem prevenir antecipadamente: hei por bem que Vós, com o Almirante da dita frota, auditor, e sargento-mor, e capitão de mar e guerra da capitania, disponhais, nos tais casos, o que se vencer por mais votos... », reg. of Salvador Correia de Sá, 35.3.1644, Mendonça, 1972, II, 621.

político-jurídico que caracteriza as relações administrativas formais ⁽²⁴⁾. Com isto, a fronteira entre domínio formal e domínio informal esbatia-se forçosamente.

Em suma. Ao contrário do que acontecia com os impérios clássicos, como o da Espanha, fundado sobre o domínio homogêneo de um território e integrado numa estratégia régia de reputação da Coroa, o império português obedecia a uma lógica mais pragmática e económica, fundada sobre a autonomia e a modularidade das partes componentes, sobre uma economia dos custos políticos assente num aparente não-governo e sobre uma pluralidade de fontes de regulação, desigualmente hegemônicas pela regulação do direito metropolitano.

2. *O direito e a justiça.*

Um balanço global dos modelos de inter-relação dos direitos metropolitano/europeu, das comunidades de colonos e das populações indígenas ou escravas está muito longe de estar feito, embora haja muito material disperso do qual se pode partir.

A complexidade da situação, bem como a diversidade dos possíveis olhares sobre ela pode ser ilustrada por um documento já do início do sec. XIX ⁽²⁵⁾, uma carta entre dois colonos sobre o estado da justiça nas povoações do sertão paulista. O quadro que aqui se traça dá mostra do intrincado das relações mútuas de vários direitos e jurisdições nas aldeias do interior de São Paulo (aldeias e villas dos « Valentes, feis, briozos, e honrados Paulistas, e seus filhos, esses Mistiços filhos de Indias »): « Eu tenho tranzitado por algumas d'essas Aldêias, e Villas, onde prezidem esses Juizes Brancos e Indios, que Vm. figura, que os Juizes brancos conduzem os

⁽²⁴⁾ Cf. GOUVÊA, 2004.

⁽²⁵⁾ Trata-se de uma *Carta do Compadre do Rio de S. Francisco do Norte, ao Filho do Compadre do Rio de Janeiro. o qual se queixa do paralelo, que faz dos indios com os cavallos, de não conceder aos homens pretos maior dignidade, que a de Reis do Razario, e de asseverar, que o Brasil ainda agora está engatinhando e crê provar o contrario de tudo isso*, Por J.J. do C.M. Rio de Janeiro, Impressão Nacional, 1821 (amavelmente comunicada pelo Prof. Samuel BARBOSA, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo). Referida nos *Annaes da Bibliotheca Nacional do Rio de Janeiro*, 9 (1881), p. 582; é citada em vários lugares.

Indios, como o Cavalleiro conduz o cavallo pelas redeas: perdoar-me há Vm. a liberdade de assegurar-lhe, que está mal informado d'esses factos. Os Juizes n'essas Villas são de facto hum Branco, e hum Indio; servem por semanas alternadas, com a diferença, que o Indio só conhece, e despacha verbalmente diferenças dos seus Indios, ou destes com algum Branco, Preto, ou Pardo; com as decizões deste Juiz nada tem o Juiz Branco, assim como o Indio senão embaraça nas decizões daquele, o qual conhece dos feitos contenziosos, e discussões forences, e he para ver, e admirar, que o Juiz Indio sem revolver Bartallos, nem Acursios, quasi sempre julga com Justiça, retidão, e equidade, quando o Juiz Branco enredado nos intrincados trocicollos da manhoza chicana raras vezes acerta; por mais que para isso se desvelle, quando se desvela » (p. 7). Europeus, colonos, indígenas; juizes brancos e juizes índios; Acursio, Bártolo e equidade natural, só que inesperadamente distribuídos.

O direito em vigor no império era, em princípio, o direito português, tal como estava contido nas *Ordenações*, legislação real e doutrina vigentes no Reino. No entanto, este princípio não levava a uma pura e simples aplicação territorial do direito do Reino; *i.e.*, a uma aplicação genérica do direito português nos territórios sujeitos à monarquia, quaisquer que fossem os sujeitos da relação jurídica, a origem e natureza desta relação ou o seu objeto.

Por um lado, e do ponto de vista do direito culto, oficial, do Reino, entravam aqui em funcionamento as normas de conflitos do direito comum que regulavam os critérios pelos quais se decidia a aplicação do direito de um reino (ou de uma cidade) naquelas questões que tocassem mais do que uma ordem jurídica. Nesta época, predominava nesta matéria a teoria estatutária⁽²⁶⁾, desenvolvida pelos juristas europeus a partir do séc. XIII, segundo a qual o direito do reino só se aplicaria, em princípio, aos seus naturais, que as Ordenações definiam como os filhos de naturais (cf. *Ord. fil.*, II, 55)⁽²⁷⁾. Este princípio conhecia algumas limitações, inspiradas por soluções casuísticas contidas nos textos romanos, bem como por

(26) Cujó texto de arranque era C., 1, 1, 1, *Cunctos populos ...*: « Queremos que todos os povos, regidos pelo império da nossa clemência [...] ».

(27) Comentário, FRAGOSO, 1641, I, 99, 227 ss.; PEGAS, 1669, XII, p. 449 n. 4; Portugal, 1673, I, cap. 15, n. 31 ss.; MELO FREIRE, 1789, I, 12, 7; II, 2, 1 ss.; IV, 7, 23.

razões de equidade. Nestes termos, o direito português tinha uma aplicação, em princípio, pessoal: aplicava-se a todos os naturais residentes no Reino ⁽²⁸⁾.

De acordo com estes princípios, estavam excluídos do âmbito de aplicação do direito português as relações jurídicas pessoais de residentes estrangeiros (como eram as populações indígenas não cristãs dos territórios dominados), que, assim, se continuavam a regular pelos seus direitos pessoais. Com maioria de razão, eram estrangeiros isentos de sujeição ao direito do reino os nativos residentes em territórios apenas avassalados (« sobas amigos mas não vassalos ») ou vizinhos (« ...e os que não quiserem receber a dita amizade sem fazer mal a meus vassalos, nem impedirem a pregação do Santo Evangelho, se lhes não fará dano algum » ⁽²⁹⁾). Por vezes, o respeito pelas instituições e direito nativos estava expressa nos tratados ⁽³⁰⁾. Estas regras não valiam, porém, em relação aos povos sujeitos *manu militari* ou aos cativos não reduzidos à escravidão: os que se tornassem escravos passavam a estar sujeitos às leis do reino, como membros de uma comunidade doméstica portuguesa.

Isto queria dizer que, mesmo que juízes Portugueses tivessem jurisdição sobre nativos ⁽³¹⁾, o julgamento destes nas questões entre

⁽²⁸⁾ Por “Reino”, entendia-se o território europeu e as suas adjacências, bem como os territórios sujeitos (*dominationes*); Melo Freire, 1789, II, 2, 2, *in fine*. Naturais eram também os batizados no reino (os “cristãos” tornavam-se portugueses, pelo batismo). Bibliografia sobre o estatuto pessoal nas colónias: BICALHO, 2003; SILVA, 2009, HERZOG. 2002a, 2002b, 2003a.

⁽²⁹⁾ Reg. André VIDAL DE NEGREIROS, 14.4.1655, MENDONÇA, 1972, II, 712.

⁽³⁰⁾ Excepcionalmente, os tratados de amizade ou vassalagem previam a aplicação do direito português. Cf. o tratado com o reino do Congo, que previa a aplicação nesse reino (como?) do direito português (exceto o direito criminal): “Regimento da embaixada de Simão da Silva”, *Monumenta missionaria africana*, I, 228-246; cf. Rego, 1959, 45-50.

⁽³¹⁾ Era comum a entrega a juízes Portugueses o julgamento de causas entre nativos: em Macau, Procurador dos Negócios Sínicos (Hespanha, 1996, 42-45); em Goa, *Tanadores* ou *Gãocares*, com jurisdição sobre as aldeias ou comunidades nativas (Hespanha, 1996, 39-41); no Brasil, os *Capitães das Aldeias* com jurisdição sobre as comunidades índias (“Regimento das aldeias e capitães das aldeias”, 30.10.1611: Estatuto de 13.11.1611, n. 4, Mendonça, 1972, I, 327); Regimento de André Vidal de Negreiros, 1655, ns. 42-56, (Mendonça, 1972, II, 711-713); em África, alguns oficiais

eles teria que decorrer de acordo com o direito indígena, exceto nos casos em que estivessem em causa valores supremos, de natureza política ou religiosa ⁽³²⁾.

Este princípio da personalidade na aplicação do direito (ou da prevalência do “critério do sangue”, *ius sanguinis*) combinava-se, porém, com um outro que decorria de pontos de vista que aproximavam a questão da vigência do direito da questão do âmbito do poder político (jurisdição) do príncipe. Para esta perspectiva, que era dominante sempre que a questão a regular estivesse particularmente relacionada com a afirmação do poder do príncipe (ou com um interesse geral da república) ⁽³³⁾, o direito do reino tinha uma aplicação territorial. Neste caso, não eram reconhecidas aos estrangeiros as prerrogativas jurídicas do seu estatuto (de não naturais), sendo antes considerados como « súbditos territoriais » ⁽³⁴⁾.

Nas relações mistas, os portugueses procuravam chamar a outra parte ao seu foro, embora existissem normas destinadas a proteger os nativos dos abusos dos europeus na utilização de um foro e de um processo que estes últimos dominavam e utilizavam a seu bel prazer ⁽³⁵⁾. No entanto, também se verificam situações em que os portugueses se submetem às justiças locais, no caso de relações mistas. Assim, no tratado com o rei de Quíloa, os portugueses comprometem-se a sujeitar-se às justiças locais no caso de processos contra não-cristãos ⁽³⁶⁾. Em Macau, as autoridades chinesas reclamaram, a partir de meados do século XVIII (1743),

e juízes portugueses participavam em tribunais nativos (SANTOS, 2005, 824); em Timor, os frades dominicanos eram consultores dos chefes tradicionais (*liurais*) em matérias de governo e justiça (CASTRO, 1867; REGO, 1967, 125 ss.).

⁽³²⁾ Por exemplo, na Índia, adultério, *sati* (queima ritual das viúvas), *kaisas* (forma de vingança privada), cf. SINGH, 1986; em África, a condenação coletiva, cf. HESPANHA, 2001a.

⁽³³⁾ Como no caso das questões penais, administrativas, de polícia, processuais e fiscais, nas quais o direito do príncipe devia ter uma aplicação territorial, independente do estatuto pessoal dos intervenientes.

⁽³⁴⁾ Mais tarde, esta será a regra de aplicação do direito; cf. MELO FREIRE, II, 2, 11.

⁽³⁵⁾ Cf. Regimento da Relação de Goa de 1548, proibindo a prisão por dívidas de nativos e regulando a sua prisão por furto, PEREIRA, 1954, I, 180 s.

⁽³⁶⁾ THOMAZ, 1990, 75.

jurisdição criminal sobre os portugueses no caso de crimes graves cometidos sobre chineses ⁽³⁷⁾; já na jurisdição cível, regiam as normas da “teoria estatutária” do direito internacional privado, mas procurava evitar-se situações em que portugueses fossem colocados na situação de terem que responder perante tribunais chineses ⁽³⁸⁾.

Em suma, para o direito português, o âmbito de aplicação espacial das ordens jurídicas portuguesa e indígena era o produto da compatibilização destes dois princípios — o da personalidade do direito e o da ligação entre direito e soberania territorial. O primeiro predominava nas questões de estatuto pessoal, o segundo nas questões relacionadas com o estatuto político ou com os bens imóveis.

O pluralismo jurídico que daqui decorria explica-se, naturalmente, por razões de ordem prática, pois, nas Conquistas, esta devolução para os direitos e jurisdições locais da regulamentação das questões entre não portugueses representava uma enorme economia de meios para a administração colonial.

Porém, estas razões de ordem prática eram ainda confirmadas por concepções mais profundas que modelaram o relacionamento dos europeus com os povos com que iam entrando em contacto. Algumas dessas concepções tinham origem nas discussões dos juristas letrados acerca de questões como as da legitimidade da guerra de conquista, do domínio político dos povos não europeus, da apropriação dos seus bens, ou da sua redução à escravatura; questões que

⁽³⁷⁾ V. *supra*; cf. também SOUSA, 1991, 251 s. O ponto de vista chinês baseava-se numa norma tradicional da diplomacia chinesa de não reconhecerem direitos de extraterritorialidade sobre qualquer parcela do território do Império. Assim como não reconheciam qualquer potentado estrangeiro senão como tributário (cf. SOUSA, 1991, 23). Cf., ainda, sobre a sujeição dos portugueses à jurisdição criminal chinesa, AFONSO, 1986, 30 s. (e bibl. aí citada).

⁽³⁸⁾ Assim, proibiu-se que se celebrassem com os chineses contratos em relação aos quais o Vice-Rei de Cantão ou os seus magistrados reclamassem jurisdição exclusiva: « Por se evitarem os danos que apontam os ditos Oficiais da Câmara e não ser conveniente que cristãos vassallos de Sua Majestade demandem aos chinas pelas suas dívidas diante de seus mandarins, em prejuízo da jurisdição real » (alv. 9.12.1690, *Arq. Macau*, 4^a s., 8.1 (1988) 72-73); sobre o sistema pluralista da jurisdição em Macau, v. AFONSO, 1986, 30. De qualquer modo, tinha que se recorrer ao tribunal mandarínico do Tsotam para obter a execução patrimonial dos devedores chineses (Souza, 1870, 5).

foram abundantemente tratadas pelos juristas-teólogos da Segunda Escolástica peninsular (c.1520-c.1600), professores das Universidades de Salamanca, Valladolid, Coimbra e Évora (nomeadamente, Francisco Vitória, Domingo de Soto, Luís de Molina, Azpilcueta Navarro e, entre os portugueses, Fernando Rebelo e Baptista Frago), todos muito influentes nos meios cultos durante os sécs. XVI a XVIII ⁽³⁹⁾. Estes teólogos tinham autonomizado a “natureza” em relação à “fé” e, conseqüentemente, achavam que as instituições dos povos ou comunidades (como o poder político, a propriedade, a liberdade pessoal) deviam ser respeitadas, independente da ortodoxia religiosa desses povos. A questão tinha ganho grande acuidade com a descoberta de novos mundos ultramarinos que os ibéricos queriam dominar ⁽⁴⁰⁾.

O fundamento destas novas concepções vem a ser a ordem natural ou a natureza do homem, definido como um ser racional e sociável, portador de uma única natureza (“unidade do género humano” ⁽⁴¹⁾), embora a sua aptidão para um convívio social honesto — i.e., conforme à natureza — não fosse sempre a mesma. De facto, alguns autores continuavam a distinguir vários graus de civilização ou de polícia nos povos, distinguindo os povos “políticos” dos “bárbaros”, “silvestres” ou “selvagens”, e fazendo assentar nesta distinção — e não na ortodoxia religiosa — a respeitabilidade das suas instituições, da sua liberdade e da sua propriedade ⁽⁴²⁾. Este protagonismo da natureza sobre a fé veio minar as ideias de supremacia dos poderes e instituições do mundo cristão sobre os restantes. Ou seja, veio pôr em causa a ideia — típica da teologia fundamentalista de Santo Agostinho, séc. IV ⁽⁴³⁾ — de que o poder e as instituições só eram legítimos quando fundados na religião revelada, pelo que os cristãos poderiam subjugar legitimamente os outros povos, a fim de os obrigar a aderir à mensagem de Cristo

⁽³⁹⁾ Para a literatura anterior, as fontes são a *quaestio* “De bello”, da *Summa theologiae*, de S. TOMÁS (IIa.IIae, q. XL, a. 1).

⁽⁴⁰⁾ Sobre o tema, v. DIAS, 1973, 191 ss., PAGDEN, 1981.

⁽⁴¹⁾ A unidade do género humano foi afirmada solenemente na bula *Sublimis Deus*, de Paulo III (2.6.1537); cf. Dias, 1973, 198 s.

⁽⁴²⁾ Cf. SALDANHA, 1992, 245 ss., citando Vitória, José de Acosta e João de Barros.

⁽⁴³⁾ Sobre o agustinianismo político e jurídico, v. VILLEY, 1968, 70 ss.

(« compelle eos intrare » [obrigá-los a aderir]) (44); de que o Papa poderia dividir o mundo em zonas de conquista dos reis cristãos; e de que o direito da Igreja se imporia aos direitos seculares, mesmo aos dos gentios. Na verdade, a ideia da unidade do homem, independentemente da pluralidade das culturas, vem legitimar todas as instituições humanas e pôr em crise a hegemonia, no plano meramente natural (45), de umas formas culturais (políticas, jurídicas) sobre as outras.

Assim, Francisco de Vitoria, no seu tratado sobre os índios recentemente descobertos (*De indiis recenter inventis relectio prior*, 1539) é taxativo no sentido de que « o pecado mortal não impede a propriedade civil de ser uma verdadeira propriedade », « a infidelidade não é impedimento de que alguém seja verdadeiro proprietário », « as razões da fé não podem destruir nem o direito natural nem o humano » (46). Também Domingo de Soto, ao discutir a legitimidade da guerra contra os infiéis que nunca tiveram contacto com a mensagem evangélica, declara que « a fé não destrói a natureza, antes a aperfeiçoa e, portanto, não se justifica que se prive das suas possessões os homens que as têm pelo direito das gentes; sobretudo porque a infidelidade negativa, i.e. a daqueles que nunca ouviram falar do nome de Cristo, não constitui pecado nem merece nenhum castigo » (*De iustitia et iure* [...], lib. V, q. 3; 1582 (47)). É nisto que assenta a novidade destes autores na teorização da justa guerra contra os infiéis ou da legitimidade da subjugação ou desapropriação destes pelos cristãos — a guerra tinha que ser justa, e esta era só a guerra defensiva ou aquela que se destinasse a pôr fim a formas não humanas de convívio. Esta última categoria de guerras ofensivas justas era a que tinha mais

(44) Sobre a ideia de cruzada no pensamento político português, DIAS, 1969, II, 810 ss.; DIAS, 1973, 227 ss.; THOMAZ, 1990, 73 ss.

(45) Já no plano espiritual, haveria formas de vida mais conformes à salvação do que outras. Mas, não podendo a salvação ser senão o produto de uma opção livre, o aperfeiçoamento político das sociedades apenas poderia decorrer do convencimento operado por uma educação pacífica. O que, por sua vez, colocava os cristãos perante a responsabilidade de dar a conhecer a verdade evangélica aos outros povos.

(46) Citados em Dias, 1973, 223.

(47) Cf. <http://books.google.com.br/ebooks/reader?id=EmpE-ABaie0C&hl=pt-BR&printsec=frontcover&output=reader>; ed. bilingue, latim-castelhana,

relevo prático no ultramar; entre as suas causas estavam a interdição de divulgar a mensagem cristã (que devia ser ouvida, independentemente da sua aceitação ulterior), a violação da paz ⁽⁴⁸⁾, a opressão injusta de inocentes ⁽⁴⁹⁾ e, para alguns, o impedimento do comércio pacífico ⁽⁵⁰⁾. O elenco das causas da guerra justa não abrangia, por isso, nem a guerra ordenada pelo Papa, nem a aquela que se dirigisse à conversão forçada ⁽⁵¹⁾, nem a guerra a pretexto da prática pelos indígenas de atos considerados bárbaros ou depravados pelos cristãos; isto porque a própria cristandade não estava isenta de pecado, além de que o homem não se podia substituir a Deus na punição dos pecados ⁽⁵²⁾.

Injusta a guerra, era também injusto qualquer ato que decorese dela, como a destruição das comunidades indígenas, a apropriação dos seus bens, o cativeiro dos seus membros, a conversão ao cristianismo. Esta doutrina teve um especial interesse no que respeita aos infieis que viviam fora das fronteiras do mundo com que os europeus já tinham trato. Na verdade, no interior do mundo já conhecido, a guerra contra os infieis (“cruzada”) baseava-se na ideia de que as terras por eles ocupadas já tinham sido cristãs e que, guerreando-os e sujeitando-os, não se fazia mais do que, usando de uma guerra justa de legítima defesa, reparar uma ofensa que, antes, por eles tinha sido feita à Cristandade, repondo uma situação anterior de justa posse dos cristãos. Isto valia para a África (sobretudo, para a setentrional), para o próximo Oriente e mesmo para as regiões da Índia, pois, segundo a tradição, aí teria chegado a

⁽⁴⁸⁾ V.g., maltratar os comerciantes pacíficos, admitidos por tratados, ou embaixadores pacíficos do rei, guerra.

⁽⁴⁹⁾ Nesta caso, a guerra justa limitar-se-ia à guerra repressiva, não podendo assumir foros de guerra de conquista (Luis de Molina, cit. por Dias, 1973, 259).

⁽⁵⁰⁾ V., para esta problemática no pensamento português, antes de todos, DIAS, 1973, 236 ss.; HESPANHA, 2001.

⁽⁵¹⁾ Cf. DIAS, 1973, 247, 255 ss.

⁽⁵²⁾ Cf. ainda, DIAS, 1973, 254 s., 260. Os princípios da teologia moral peninsular quanto à escravização e ocupação dos domínios alheios estão compendidos, v.g., Domingo de SOTO, *De iustitia et iure* [...], lib. 5, q. 3, ou em Bento FRAGOSO, *Regimen reipublicae christianae*, 1641, III, l. 10, disps. 21 e 22 (onde se cita bibliografia suplementar, nomeadamente, REBELO, 1608, I, lib. I do *proael.*, qs. 9 e 10, e Molina, 1593, I, tract. 2, disp. 35).

mensagem cristã, pela pregação de S. Tomé. Mas não valia, claramente, para a América, para a África meridional ou para o Extremo Oriente ⁽⁵³⁾. Nestas zonas, o governo político das comunidades indígenas, a liberdade pessoal dos seus membros e a propriedade dos seus bens deviam ser, em princípio, respeitadas, como instituições de direito das gentes.

Este universo ideológico contrapunha-se, porém, a outros, de sentido diverso. Um deles era o da oposição entre comunidades civilizadas (civis, políticas) e comunidades rústicas, que reduzia as últimas a uma situação de menoridade civil e política, legitimando, pelo menos, uma tutela civilizadora. E, de facto, muitos dos povos nativos — quase todos, na África e na América, alguns também no Oriente — eram considerados como vivendo num estado de enorme rudeza ou rusticidade ⁽⁵⁴⁾, o que justificava uma tutela, como a que se exercia sobre os filhos, ou mesmo uma domesticação, como a que se aplicava aos animais. Domingo de Soto reconhece que, tal como, dentro de uma cidade ou até de uma família, há pessoas rudes que, conseqüentemente, carecem de capacidade para se dirigirem a si mesmos, também, no orbe, existem nações “que nasceram para servir” e que, portanto, se devem “subjugar pela força”, submetendo à ordem “aqueles que, como feras, andam errantes e sem nenhum respeito pelas leis do pacto [de convivência política], invadindo o alheio por onde quer que passem” (*De iustitia et iure*, l. IV, q. II, a. II). Tal como no caso dos rústicos, esta sujeição à ordem (ao direito e à jurisdição) real podia até ser justificada como uma medida de misericórdia por pessoas oprimidas por ordens nativas injustas e cruéis, como seriam as destes “selvagens” (*miserabiles personae*; “negros miseráveis”, lê-se em algum documento) ⁽⁵⁵⁾.

Ainda mais contrastante com o modelo pluralista da tolerância

⁽⁵³⁾ Sobre as tipologias dos “inféis” e “gentios” para estes efeitos, v. SALDANHA, 1992, 240 ss.

⁽⁵⁴⁾ Alguns haveria assim, segundo os padrões europeus, mesmo no Oriente: « Considerar a maneira de que vive esta gente (os habitantes do interior da ilha de Socotorá, no Mar Roxo), certamente que é muito para notar; porque eles não têm entre si, nem rei, nem governador, nem prelado ou pessoa alguma a que obedecam e os ordene; mas vivem quase à maneira de feras, sem algum conceito de justiça e vida política » (D. João DE CASTRO, *Roteiro de Goa a Suez*, citado por Dias, 1973, 278).

⁽⁵⁵⁾ Cf. SANTOS, 2005, 822.

é o imaginário da guerra, e mais concretamente o da guerra de cruzada. Desde o direito romano que a guerra era um título justo para escravizar os vencidos e, naturalmente, para tomar os seus bens e destruir a sua organização política. Mas, no ultramar, a guerra justificava-se ainda por alargar a fé e o reino (“reconquista” e “cruzada”). Era a guerra mais legítima, e também menos regulada e mais feroz: a guerra “sem quartel”, que se podia mover contra rebeldes, infieis ou bárbaros ⁽⁵⁶⁾. Este imaginário da guerra devia ser dominante entre os colonos, nomeadamente entre a nobreza e os militares. Para estes, os nativos eram inimigos, facilmente equiparáveis a bárbaros, contra os quais tudo era permitido. Esta contraposição entre a ideologia da unidade do género humano (temperada pela ideologia da civilidade-rusticidade) e a da guerra (de cruzada, ou de conquista) explica a tensão, muito evidente no Brasil durante toda época colonial, entre a legislação do reino que proibia a escravização dos nativos e as pretensões escravagistas e de extermínio normais entre os colonos (“bandeirantes”, guerras “dos bárbaros”).

Estas correntes doutrinárias não bastam, naturalmente, para explicar os episódios concretos das relações dos portugueses com os povos africanos, asiáticos ou americanos. Aí comandavam geralmente interesses mais imediatos (políticos, comerciais). Em todo o caso, estas ideias não deixam de constituir um elemento relevante na avaliação das situações e nas atitudes em relação às entidades políticas e aos direitos dos indígenas.

Assim, também no plano doutrinário, havia argumentos importantes para excluir uma aplicação automática do direito europeu aos povos do ultramar. Estes argumentos, combinados com as vantagens políticas e logísticas do reconhecimento de uma maior ou menor autonomia aos direitos nativos, explicam que a não aplicação do direito português aos indígenas fosse corrente.

Como veremos, a redução desta matriz pluralista, quer em relação à comunidade dos colonos, quer em relação às comunidades nativas, vai acentuar-se na época moderna tardia. Mas, até lá, tanto as situações políticas concretas como os imaginários dominantes

(56) HESPANHA, 2001a, HESPANHA, 2004.

confluem num reconhecimento amplo da vigência de direitos locais, embora — no caso dos direitos indígenas — sempre limitado pela ideia de que a submissão política (a vassalagem) devia ter consequências no plano do direito que hoje chamamos público (direito político, organização administrativa, direito processual fiscalidade, direito penal) e de que o objetivo de cristianizar e de civilizar podia levar a limitações na esfera de auto-organização e de autorregulação dos povos indígenas.

É isto que explica a vigência nas várias zonas do “império” de direitos locais, tanto das comunidades colonas como das populações nativas.

Na Índia, era reconhecida a jurisdição das magistraturas hindus⁽⁵⁷⁾ e maometanas⁽⁵⁸⁾, bem como a vigência dos direitos locais anteriores à conquista portuguesa nas relações internas das respectivas comunidades, mesmo nos aspetos de direito público. Para certificar estes direitos, sobretudo nas matérias que interessavam à administração portuguesa (como o estatuto da terra), procedeu-se à sua codificação num foral confirmado pelo rei (*Foral dos usos e costumes dos gancares e lavradores desta Ilha de Goa e destas outras suas anexas*, 16.9.1526)⁽⁵⁹⁾, documento que era entendido, não como uma fonte autónoma de um “novo” direito instituído pelos colonizadores, mas apenas como a compilação de um direito pre-existente, pelo que devia ser interpretado (eventualmente segundo o parecer de juristas indígenas) ou corrigido de acordo com os costumes tradicionais⁽⁶⁰⁾. Já nas matérias de governo, fazenda e, por vezes, também nas matérias penais, aplicava-se o direito português. Porém, as comunidades aldeãs de Goa (tanadarias, gãoarias, “al-

(57) Sobre direito e magistraturas hindus, v. GILISSEN, 1988, 101 ss.; PEREIRA, 1954, 36.

(58) Sobre direito e magistraturas maometanas, v. GILISSEN, 1988, 117 ss.; PEREIRA, 1954, 38.

(59) Publ. em *Arch. portuguez oriental*, V, 312; PEREIRA, 1954, I, 410; MENDES, 1886, p. 180; orig., ANTT Gav. 20-10-30; confirmações: 15.3.1628; 2.3. 1682; 18.3.1716.

(60) V. PEREIRA, 1954, 62, onde se relata um caso de interpretação do « foral » de Goa por « juristas de terra firme », cujo parecer o rei manda de futuro guardar (« mando que daqui em diante se guardem os ditos costumes, asi e da propria maneira que de antigamente se costumou nesta terra, e he o acima declarado; e a verba do dito foral se entenderá sempre com esta limitação [...] », *Arch. portuguez oriental*, V, 72).

deias, “comunidades”) tiveram, até ao séc. XIX, um regime jurídico especial ⁽⁶¹⁾, pois eram regidas pelo seu próprio direito e governadas por autoridades indígenas (os *gancares* e *tanadores*) ⁽⁶²⁾. A “câmara geral” constituía uma instituição indígena de cúpula com jurisdição global sobre o conjunto das aldeias. Em 1763 (1.1.), são integrados no Estado da Índia os novos territórios cedidos pelo rei Sunda (“Novas Conquistas”), sendo então garantidos às suas populações os privilégios, isenções e imunidades que detinham sob o anterior regime, bem como os seus usos e costumes, ficando isentos das justiças e tribunais de Goa e diretamente dependentes do rei (carta de privilégios de 5.6.1763) ⁽⁶³⁾.

Mesmo nestes domínios (nomeadamente, no âmbito da pequena criminalidade), a administração portuguesa procurava formas “leves” (de tipo quasi-arbitral) de processamento das matérias, recorrendo, nomeadamente, à organização eclesiástica para, por meio dos seus tradicionais mecanismos canónicos da *compositio* ou da *correctio fraterna*, instaurar a disciplina comunitária. Assim, o assento da Relação de Goa de 12.5.1563 ⁽⁶⁴⁾ confiou as pequenas causas crimes de cada freguesia aos mordomos da Igreja ou confraria ⁽⁶⁵⁾, quer as partes fossem cristãs ou não. Evitava-se deste modo aquilo que fontes da época descrevem como a fúria litigante dos

⁽⁶¹⁾ Sobre a autonomia jurídica das aldeias, cujo direito devia ser aplicado pelos tanadores, cf. Reg. 1515, *Arq. port. oriental*, fasc. 5, nº 1). Sobre as “aldeias”, v. XAVIER, 1852a e 1852b, 1856; RIVARA, 1870; AZEVEDO, 1890; GRACIAS, 1907; ROCHA, 1973, *max.* 318 ss., GOMES, 1987. Mais fontes, HESPANHA, 1996.

⁽⁶²⁾ No início do séc. XVIII, as gancarias são assim descritas: « [...] e cada uma tem a sua câmara que a governa, a que chamam gancaria, e seu distrito de terras que cultiva, e todos pagam a V. Magestade o foro que antigamente pagavam aos reis gentios que as possuíam quando os portugueses as conquistaram; todas estas estão subordinadas a uma câmara geral, a qual não tem bens nem terras algumas, e se compõe de vinte e quatro gancares de doze aldeias [...] » (*Arch. port. oriental*, doc. de 3.1.1717, fasc. 6, supp. 2, doc. 80, pg. 234).

⁽⁶³⁾ V. *Código dos usos e costumes dos habitantes das novas-conquistas. Em Portuguez e Maratha, acompanhado dos respectivos índices*, 1861 (1ª ed., 1854); v. ainda, XAVIER, 1840. O mesmo acontece em DAMÃO: *Código dos uzos e costumes dos habitantes na o-christãos de Damão*, 1854.

⁽⁶⁴⁾ Confirmado por alv. do Vice-Rei (20.6.1563); cf. *Arch. portuguez oriental*, V, nº 416.

⁽⁶⁵⁾ Cf. ROCHA, 1973.

hindus, que, por questões mínimas, destruiriam as suas fazendas em intermináveis lides perante os ouvidores letrados oficiais. Também os cristãos gozavam de um direito próprio. Por razões práticas, para os isentar da ordem jurídica gentia que os prejudicaria (nomeadamente no sistema de castas da Índia, que os privava de casta e os colocava numa situação jurídica e social penosa). Mas também porque o batismo os tornara portugueses. Legislação portuguesa editada para a Índia nos meados do séc. XVI manda aplicar às mulheres casadas que se convertessem o regime de meação nos bens do casal, para as pôr ao abrigo das pressões económicas dos maridos gentios ⁽⁶⁶⁾. Também aos filhos convertidos se garante a herança de seus pais, avós e parentes, além de se lhes fazer entregar, logo no momento do batismo e mesmo em vida dos pais, a “terça” portuguesa nos bens a herdar ⁽⁶⁷⁾. Estas disposições faziam parte — ao lado de outros privilégios (*v.g.*, estatutários ⁽⁶⁸⁾, fiscais ⁽⁶⁹⁾, administrativas, judiciais ⁽⁷⁰⁾) destinados a favorecer as conversões (« provisões, privilégios e liberdades a favor da cristandade »), posterior-

⁽⁶⁶⁾ CL 12.8.1557, *Arch. portuguez oriental*, V, n° 427; PEREIRA, 1954, II, 110 ss.; os forais e costumes « quando se fizeram foi pera infieis ».

⁽⁶⁷⁾ « [...] as mulheres e filhos dos gentios, fazendo-se cristãos, e bem assi todos os novos conversos, herdassem de seus pais e avós, e também entre si, como os portugueses » (CL 22 e 25.3.1559 e alv. 10.3.1564; PEREIRA, 1954, I, 120 ss.; CL, 12.8.1557, PEREIRA, 1954, II, 110 ss.). A coroa prescinde ainda das heranças vacantes segundo o direito gentio, atribuindo-as às filhas ou mulher, desde que cristãs (CR. 15.7.1557, PEREIRA, 1954, II, 107/108) e concede aos convertidos de Goa os privilégios e liberdades dos portugueses, CL [titulação « ...e dos R.os de Malluquo, etc. »] de 15.6.1557, PEREIRA, 1954, II, 109.

⁽⁶⁸⁾ *V.g.*, a concessão da liberdade ao escravo de infieis que se converta (CL 5.3.1559, Pereira, 1954, II, 114 ss.).

⁽⁶⁹⁾ *V.g.*, a isenção de dízimos por 15 anos; CL 24.2.1581, PEREIRA, 1954, II, 124; ou a redução dos direitos alfandegários, como acontecia em Malaca, PINTO, 1994, 2011.

⁽⁷⁰⁾ As pequenas questões entre convertidos deviam ser julgadas oralmente, sem delongas e formalidades, por juízes portugueses, normalmente eclesiásticos (cf. prov. de 25.6.1562 [Pereira, 1954, I, 263 s.], atribuindo aos mordomos das freguesias ou das confrarias competência jurisdicional sobre gentios e cristãos em causas de valor diminuto; cf. ainda o ass. Câmara de Goa, 15.9.1568). Mais tarde, cria-se um conservador dos cristãos (CR 21.2.1581, PEREIRA, 1954, II, 212; cf., já antes, a citada CL 11.12.1570).

mente reunidos nos « livros dos Pais dos Cristãos » (71) — de um direito especial dos cristãos. A instituição do « Pai dos Cristãos » (72) (surgida, na Índia, em 1537 e difundida, depois, por outras praças do Oriente, como Malaca e Macau), laica e criada pelo poder secular, visava a educação e proteção dos catecúmenos e convertidos (73). Tal proteção no plano civil e político baseava-se justamente na existência de regimes jurídicos mais favoráveis e no reconhecimento, por parte do direito, de um poder de tutela, semelhante à exercida sobre os filhos ou sobre os órfãos, por parte de um curador coletivo (o “pai dos cristãos”). Assim, os indígenas cristãos (apesar de “naturais”) nem gozavam da plenitude da capacidade jurídica perante o direito do reino, nem se desligavam completamente da ordem jurídica local. No plano judicial, o “pai dos cristãos” era o juiz privativo dos indígenas cristianizados (« e tem em cada região um destes pai dos cristãos portugueses que tem cuidado de os defender e julgar suas demandas em coisas poucas e castigadas quando é necessário e assim doutrinar os cristãos », *Instruções ao Pai dos Cristãos*, de Alexandre Valignanus, S.J.) (74). Em Macau, em 1644 (12.1), os cristãos da China apresentam uma petição para terem os mesmos privilégios que os da Índia (75).

Também em Macau vigorava este princípio da dualidade do direito e das jurisdições. Segundo uma tradição que chega ao séc. XIX, fora logo na primeira reunião da câmara, em 1583, que se estabeleceu que o procurador do concelho assumisse, para além das suas normais tarefas (76), a jurisdição sobre a população chinesa. Seja como for, já em 1587 a justiça sobre os chineses não competia às autoridades portuguesas, não podendo os ouvidores portugueses

(71) Cf. WICKI, 1969; ROCHA, 1973; MANSO, 2009.

(72) A designação pode ter uma origem navarro-aragonesa, onde o magistrado que exerce a tutela sobre os órfãos (correspondente ao juiz dos órfãos dos concelhos portugueses) se designa por “padre de huerfanos”.

(73) O « Pai dos Cristãos » era o chefe da Casa dos Catecúmenos, com os mesmos objetivos.

(74) Cf. *Instruções ao Pai dos Cristãos*, de Alexandre VALIGNANUS, S.J., Ajuda 49-IV-49, fls. 226.

(75) Cf. A.H.U., Macau, cx. 1, n.º 38; microf. no Arq. hist. Macau.

(76) Que incluíam a defesa dos interesses, bens e rendas do concelho (cf. *Ord. fil.*, I, 69).

interferir na jurisdição que o mandarim do distrito de Macau (77) tinha sobre as questões internas da comunidade chinesa residente em Macau. No caso de relações mistas, porém, o ouvidor devia administrar a justiça, dando recurso para a Relação de Goa, se a questão excedesse a sua alçada (78).

No Brasil, pode falar-se de um duplo particularismo do direito.

Por um lado, o direito metropolitano era apropriado pelas comunidades colonas locais e suas elites, bem como era adaptado às circunstâncias locais pelos tribunais e juizes da terra, que nos meios de direito régio e letrado eram frequentemente considerados como ignorantes, desobedientes e corruptos. A vivacidade da autorregulamentação local das comunidades colonas tem vindo a ganhar evidência. Tem-se salientado o poder político e de auto governo das elites das terras, a manipulação que faziam dos funcionários e instituições da coroa (e, mesmo, das instituições metropolitanas), a autonomia dos oficiais locais, bem como a sua capacidade de construir um poder próprio a partir da confusão jurisdicional e da distância que os separava da coroa e dos seus agentes (79). Já o Pe. António Vieira, no Sermão da Terceira Domingo da Quaresma, salientara este desvanecimento do poder central, recorrendo à metáfora do sol e da sua sombra: « ... assim como o Sol, por meio dos

(77) Que se instalará dentro da cidade em 1736 (*Tso-tamou* mandarim de Mong-Ha).

(78) Cf. Regimento de 16.12.1587, ns. 13 e 31; também, « Título do regimento do Ouvidor de Macao nas partes da China » A.H.U, Macau, cx. 1, doc. 1 (AHM, microf. 1-1-1-1); ainda em Pereira, 1954, I, 396. Para mais detalhes, Hespanha, 1996.

(79) Sobre a importância política do poder municipal — na esteira de Prado Júnior e de Charles R. Boxer (PRADO JÚNIOR, 2000; BOXER, 1969, *max.* 305-329) —, BICALHO, 2001, 2003, 2003a, 2005; 2005b; SOUSA, 2006, 2009; sobre o peso das elites locais: FRAGOSO, 2000, 2001, 2003, 2007; FURTADO, 1999; GOUVÊA, 2002; MELLO, 2005; discutindo o tema da pluralidade e autonomia dos poderes das comunidades colonas, RUSSEL-WOOD, 1998, 2000a, 2000b, HESPANHA, 2007b; XAVIER, 2008 (cap. 1); COELHO, 2010, BRAGA, 2007, PEREIRA, 2008, ELLIOTT, 2006; FURTADO, 2007, OLIVEIRA, 2012. Mais concretamente para os aspectos de direito e justiça, ANTUNES, 2004, LARA, 2006, RUIZ, 2007; WEHLING, 2004. Para esta autonomia do direito das comunidades coloniais isoladas contribuía ainda o fato de serem de “fronteira” (SOUZA, 2006; sobre a cultura de fronteira, clássico, TURNER, 1921; sobre o direito e os juristas “de fronteira”, as páginas de Lawrence Friedmann, FRIEDMANN, 1973, 163-165 *et aliunde*).

seus raios, alumia, aquece e vivifica a todas as partes da terra; assim o rei (que não pode sair do seu zodíaco) por meio das penas que tem junto de si, dá luz, dá calor, e dá vida a todas as partes da monarquia, ainda que ela esteja fora de ambos os trópicos [...]. A sombra, quando o sol está no zênite, é muito pequenina e toda ela fica debaixo dos pés. Mas quando o sol está no oriente ou no ocaso, essa mesma sombra se estende tão imensamente, que mal cabe dentro dos horizontes. Assim são os que pretendem e alcançam os governos ultramarinos. Lá onde o sol está no zênite, estas sombras (os funcionários ultramarinos) ficam debaixo dos pés do príncipe e dos seus ministros. Mas quando eles chegam àquelas Índias, onde nasce o sol, ou a estas (a América), onde o sol se põe, crescem tanto as mesmas sombras, que excedem muito a medida dos mesmos reis de que são imagens ».

Além destes direitos coloniais “locais”, existiam os direitos indígenas. Embora haja bastante literatura sobre eles, a questão das relações com os direitos locais coloniais e com o direito metropolitano não está sistematizada ⁽⁸⁰⁾. Em 1537, o Papa Paulo III declarou que os indígenas « eram entes humanos como os demais homens »; e, em 1611, uma carta régia de Felipe III reconheceu a legitimidade das comunidades índias, sua liberdade e propriedade ⁽⁸¹⁾. Este imaginário favorável tinha raízes, como se viu, em perspectivas doutrinárias; e estas não correspondiam, em geral, à cultura comum, sobretudo à cultura comum colonial ⁽⁸²⁾, em que, muito geralmente, o índio era assimilado ao bárbaro. Por esta razão e por outras mais ligadas à vida prática, a pressão local no sentido da escravização e expropriação dos índios era muito grande. O Regimento de Tomé de Souza, de 1548, autorizava a escravização da mão-de-obra indígena, ao permitir “guerras justas” para submeter os índios. Em 1680, a coroa reconhece de novo os direitos dos índios; mas, na prática, as suas imagem e situação oscilavam entre a de “índios bravos”, a guerrear, e “índios selvagens”, a tutelar e civilizar ⁽⁸³⁾. O modelo de missão dos jesuítas fez com que surgissem, no norte e no sul —

⁽⁸⁰⁾ V. CUNHA, 1987; SOUZA FILHO, 2006; COLAÇO, 2003.

⁽⁸¹⁾ Cf. BONCIANI, 2010.

⁽⁸²⁾ Cf. MARCOCCI, 2011.

⁽⁸³⁾ THOMAZ, 1968; PERRONE-MOISÉS, 1992.

a partir do sínodo de Asunción, de 1603 — aldeamentos índios, cujo auto governo combinava normas tradicionais indígenas e preceitos religiosos, com uma autonomia que permitia que se lhes chamasse « repúblicas índias » (84). Mais tarde, este sistema de aldeamentos indígenas inspirou a constituição de aldeias tuteladas por um “capitão das aldeias”, com atribuições semelhantes às dos Pais dos Cristãos no Oriente (85). Para além das comunidades índias, existiam também comunidades de escravos africanos fugidos (86), que se mantiveram, com continuidade e visibilidade diversas, do séc. XVI ao séc. XIX; os mais importantes foram o quilombo de Palmares e a confederação de quilombos de Campo Grande (87). Pela sua própria natureza de comunidades clandestinas ou rebeldes, tinham uma organização própria, que tem sido estudada por antropólogos e historiadores.

Em Moçambique, os costumes indígenas regeram nativos (e mesmo portugueses “cafrealizados” do Zambeze até ao séc. XIX (88)), altura em que se tenta a sua redução a escrito, para continuar a vigorar como direito dos indígenas (89). O regime gentílico da terra foi juridicamente respeitado até aos finais do séc. XIX, quando a equiparação dos africanos aos europeus levou a que fosse recusada a proteção jurídica àquelas formas de detenção tradicional de terras que não coubessem nos modelos europeus (propriedade privada) (90). A palavra que designava as decisões conforme ao direito indígena era *milando*. Este termo (banto) significa problema para o qual já existe uma tomada de decisão,

(84) V.g., a República Guarani, entre o Paraná e o Rio Grande do Sul, estendendo-se para o Paraguai, Bolívia e Argentina; outras pequenas repúblicas estendiam-se até ao alto Amazonas: repúblicas Chiquita, dos Moxes. Por vezes, as repúblicas tinham assentamento em sesmarias doadas pela coroa. Cf. DOMINGUES, 2006.

(85) Cf. DOMINGUES, 2000.

(86) Sobre o direito luso-brasileiro dos escravos, v. LARA, 2005, 2007.

(87) Cf. MARTINS, 2008.

(88) RODRIGUES, 2002.

(89) Cf. PEREIRA, 2001; SILVA, 2004 Um exemplo destas codificações de direito indígena foi o chamado Código dos Milandos de Inhambane, que o Governo-Geral de Moçambique mandou observar nos julgamentos de indígenas na província de Inhambane (Portaria de 9 de Julho de 1855).

(90) V. COISSORÓ, 1965.

acompanhada de uma estimativa da reparação dos danos ⁽⁹¹⁾. Chegou a existir uma codificação colonial de usos indígenas para julgamento dos milandos ⁽⁹²⁾; processos de milandos, sobretudo do sec. XIX, existem nos arquivos locais.

O caso de Angola é hoje muito interessante, porque existem fontes, quer metropolitanas, quer indígenas, para o estudo do jogo entre o poder e o direito colonial e os direitos indígenas. Uma vez que se conservam em parte os arquivos mantidos pelos Dembos desde a primeira metade do sec. XVII ⁽⁹³⁾, é possível avaliar a autonomia política e jurídica destas comunidades. Com base nisto, pôde ser traçado um quadro bastante detalhado de como funcionavam, no espaço colonial, os costumes e jurisdições nativas. A jurisdição dos sobas sobre os seus vassallos era formalmente reconhecida pelos portugueses ⁽⁹⁴⁾. O facto de os chefes africanos serem vassallos do rei de Portugal, em virtude de tratados formalizados, protegia o seu poder e o direito — civil e criminal — das respectivas comunidades (Santos, 2005, 827). Nos *presídios*, postos coloniais avançados, os capitães, enquanto juizes ordinários, aplicavam o direito metropolitano, aos portugueses, seus domésticos e batizados. Mas, ao mesmo tempo, reconheciam o direito indígena, oral, das autoridades Mbundo, aplicável aos vassallos destes e, muito provavelmente, também nas relações comerciais com os portugueses.

É neste contexto que aparecem os “mucanos” (do kimbundo *mukanu*, litígio, resolvido oralmente), que normalmente se identificavam com “juizes de liberdade”, em que alguém reclamava a sua condição de homem livre em face do direito indígena ⁽⁹⁵⁾; mas que, realmente, eram juizes indígenas de âmbito geral (homicídio, feitiça-

⁽⁹¹⁾ No caso de ainda não haver decisão, a designação era *timaca*, palavra que pode ter dado origem à expressão *maca* (confusão), LOPES, 2002.

⁽⁹²⁾ Cf. nota acima.

⁽⁹³⁾ Cf. SANTOS, 2006, 2009.

⁽⁹⁴⁾ Ainda nos inícios do séc. XIX, um funcionário colonial avisa que, de acordo com as suas instruções, os sobas estavam autorizados a castigar os seus vassallos e a usar das suas leis, ainda que bárbaras, sem que o poder colonial intervesse (documento citado por Santos, 2005, 827).

⁽⁹⁵⁾ O que determinava a sua liberdade em face do direito dos colonos, já que o título colonial da escravização era a compra de alguém que já era escravo (cf. HESPANHA, 2001).

ria, não pagamento de dívida, roubo, injúria ⁽⁹⁶⁾. Estes julgamentos eram reconhecidos pelas autoridades coloniais, sendo registados num *Livro de mucanos*, para memória futura de portugueses e nativos; em Luanda, uma *Audiência de mucanos*, presidida pelo governador, constituía um tribunal de recurso, cujas decisões podiam corrigir ou dar mais força à sentença recorrida. Desde 1698 que os capitães mores dos presídios julgavam mucanos de liberdade, segundo o direito indígena, sobrepondo a sua jurisdição (mas não o seu direito) à dos chefes indígenas, dando recurso para a *Audiência de mucanos* ⁽⁹⁷⁾. Assim, os *mucanos* teriam conquistado um espaço cada vez maior no julgamento destes diferendos, à custa do direito português ⁽⁹⁸⁾.

O caso de Angola fornece elementos sobre a complexidade das relações entre os direitos indígenas e o direito dos colonos e da metrópole. Por um lado, as autoridades coloniais apareciam a julgar segundo o direito indígena e de acordo com as suas praxes processuais. Por vezes, como aconteceria no julgamento dos juízos de liberdade pelos capitães mores dos presídios, isso permitia controlar o julgamento de questões entre indígenas cujo desfecho interessava aos colonos. Mas, outras vezes, a avocação do julgamento permitia tirar partido do direito indígena. Molina dá um exemplo deste oportunismo jurisprudencial: « Também me foi dito que os governadores portugueses, quando querem condenar um soba, usam os modos da pátria deste, reunindo em assembleia militar os sobas e propondo a questão contra o réu perante juízes para isso deputados. E que, segundo o costume da região, se parecer que o réu merece a morte e que é punido como culpado de lesa-majestade, não só o matam a ele, mas imediatamente incluem na condenação aqueles que lhe estiveram sujeitos como soldados, sejam nobres, sejam filhos da *mirinda*, matando muitos deles, e reduzindo os outros à escravidão. Acorrem então à casa daquele soba, esquartejam-no e reduzem a escravos todos os membros da família, mesmo a mulher e os filhos, de modo que muitos inocentes são miseravelmente feitos escravos,

⁽⁹⁶⁾ SANTOS, 2005, 822.

⁽⁹⁷⁾ SANTOS, 2005, 824.

⁽⁹⁸⁾ Cf. SANTOS, 2005, 819. Sobre os mucanos como juízos de liberdade, FERREIRA, 2011.

locupletando-se os portugueses deles e dos seus bens, por causa do mal praticado por apenas um » (Molina, 1593, col. 172 C). Em contrapartida, os indígenas recorriam às jurisdições portuguesas para confirmar as decisões dos seus tribunais, dando-lhes mais prestígio e apoiando-as no poder colonial, do qual todos eles se consideravam vassallos, embora mais ou menos autónomos. Além disso, apropriavam-se dos conceitos e das fórmulas do direito da metrópole para as oporem aos próprios colonizadores ou para as fazerem valer como fórmulas de autoridade entre uns e outros ⁽⁹⁹⁾.

3. *Bibliografia.*

- AMARO (1994), Ana Maria, “Eleições para o Leal Senado de Macau em 1842 e os homens bons da terra”, *Revista de cultura*, 2ª série, 19 (1994).
- ANTUNES (2004), Álvaro de Araújo, *O espelho de cem faces. O universo relacional de um advogado setecentista*, São Paulo, Annablume, 2004.
- ANZOATÉGUI (1992), Víctor Tau, *Casuismo y sistema*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992.
- AZEVEDO (1890), António Emilio d’Almeida, *As comunididades de Goa. Historia das instituições antigas*, Lisboa, Viuva Bertrand, 1890.
- AZEVEDO (2010), Elciene, *O direito dos escravos. Lutas jurídicas e abolicionistas na província de São Paulo*, Campinas, Unicamp, 2010.
- BENTON (2000), Lauren, “The Legal Regime of the South Atlantic World, 1400-1750: Jurisdictional Complexity as Institutional Order”, *Journal of World History*, 11.1 (2000) 27-56.
- BENTON (2002), Lauren, *Law and Colonial Cultures: Legal Regimes in World History, 1400-1900*. Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- BICALHO (2001a), Fernanda; Fragoso, João, e Gouvêa, Maria de Fátima (orgs.), *O Antigo Regime nos trópicos. A dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI-XVII)*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2001.
- BICALHO (2001b), Maria Fernanda, “As Câmaras Ultramarinas e o Governo do Império”. em Fragoso, João; Bicalho, Maria Fernanda; Gouvêa, Maria de Fátima Silva. (org.). *O Antigo Regime nos Trópicos. A dinâmica imperial portuguesa. Séc XVI-XVIII*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2001, v., p. 189-221.
- BICALHO (2001c), Maria Fernanda; Fragoso, João; Gouvêa, Fátima, et al., *O Antigo Regime nos trópicos. A dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI-XVIII)*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2001, 163-188.
- BICALHO (2003a), Maria Fernanda, “O que significava ser cidadão nos tempos coloniais”, em *Soibet, Rachel; Abreu, Martha. (Org.), Ensino de História. Conceitos, Temáticas e Metodologia*, Rio de Janeiro, Casa da Palavra, 2003, v., p. 139-151.

⁽⁹⁹⁾ SANTOS, 2009.

- BICALHO (2003b), Maria Fernanda, “Conquête, Privilèges et Administration de L’Empire Portugais: Les Chambres Municipales D’Outre-Mer », em Carreira, Ernestina; Santos, Idelette Muzart-Fonseca. (org.). *Éclats d’Empire: du Brésil à Macao*. Paris, Maisonneuve & Larose, 2003, v., p. 152-183.
- BICALHO (2003c), Maria Fernanda, “Cidades e Elites Coloniais. Redes de Poder e Negociação”, em *Varia História*, Belo Horizonte, v. 29, p. 17-38, 2003.
- BICALHO (2003d), Maria Fernanda, *A cidade e o Império: o Rio de Janeiro no século XVIII*, Rio de Janeiro, Civilização brasileira, 2003.
- BICALHO (2005), Maria Fernanda, “Conquista, Mercês e Poder Local: a nobreza da terra na América portuguesa e a cultura política do Antigo Regime”, *Almanack Braziliense (on line)*, v. 2, p. 21-34, 2005.
- BICALHO (2005b), Maria Fernanda. “Elites coloniais. A nobreza da terra e o governo das conquistas. História e historiografia”. em Monteiro, Nuno Gonçalves; Cardim, Pedro; Cunha, Mafalda Soares da. (org.). *Optima Pars. Elites Ibero-Americanas do Antigo Regime*, Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais, 2005.
- BICALHO (2005c), (Org.); Ferlini, V. L. A. (Org.), *Modos de Governar. Idéias e prática políticas no Império português*, São Paulo, Alameda Editorial, 2005.
- BONCIANI (2010), Rodrigo Faustino, *O dominium sobre os indígenas e os africanos no Atlântico. Da colonização das ilhas à política de ultramarina de Filipe III*, São Paulo, 2010 (disp. em www.teses.usp.br/teses/.../8/.../2010_RodrigoFaustinoBoncini.pdf, em 2.2.2012).
- BOXER (1965), Charles R., *Portuguese Society in the Tropics. The Municipal Councils of Goa, Macao, Bahia, and Luanda, 1510- 1800*, The University of Wisconsin Press, Madison and Milwaukee, 1965.
- CABEDO (1601), Jorge de (1525-1604), *Practicarum Observationum sive Decisionum Supremi Senatus Regni Lusitaniæ*, Ulysipone, 1601.
- CAETANO (1951), Marcelo, *Tradições, princípios e métodos da colonização portuguesa*, Lisboa, A.G.U., 1951.
- CARDIM (2004), Pedro, “O governo e a administração do Brasil sob os Habsburgo e os primeiros Bragança”, *Hispania. Revista del Consejo Superior de Investigaciones Científicas*, Madrid, vol. LXIV/i, no 216 (Enero-Abril 2004) pp. 117-156.
- CASTRO (1867), Affonso de, *As possessões Portuguesas na Oceânia*, Lisboa, Sociedade de Geografia, 1867.
- CLAVERO (1993), Bartolomé, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, Madrid, Siglo XXI, 1993.
- CLAVERO (2000), Bartolomé, *Ama llunku, Abya Yala. Constituyencia indígena y código ladino por América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- CLAVERO (2012), Bartolomé, “Gracia y Derecho entre Localización, Recepción y Globalización (Lectura Coral de las Vísperas Constitucionales de António Hespanha)”, em *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 41 (2012).
- COATES (1967), Austen, *City of Broken Promises*, Hong Kong, Oxford University Press, 2ª ed., 1987.
- COATES (1968), Austen, *Myself a Mandarin*, London, Frederick Muller, 1968. *Código dos usos e costumes dos chins de Macau*, Macau, 1909.
- COELHO (2010), Maria Filomena, *A justiça d’além-mar: lógicas jurídicas feudais em Pernambuco (Século XVIII)*, Recife: Ed.Massangana/Fundação Joaquim Nabuco, 2010.

- COISSORÓ (1965), Narana, “O regime de terras em Moçambique”, separata de *Moçambique. Curso de extensão universitária. Ano lectivo de 1964-1965*, Lisboa, ISCSPU, 1965.
- COLAÇO (2003), Thais Luiza, “Legislação indigenista no Brasil: uma relação de poder unilateral”, *Instituto Histórico e Geográfico do Brasil*, Rio de Janeiro, n. 421(2003), p. 77-85.
- COLAÇO (2011), Thais Luiza, “O direito nas missões jesuíticas da América do Sul”, em Wolkmer, Antônio Carlos. (org.), *Fundamentos de história do direito*, Belo Horizonte, Del Rey, 2011, 6ª ed., p. 393-426.
- CUNHA (1987), Manuela Carneiro da, *Direito dos Índios*, São Paulo, Brasiliense, 1987.
- DIAS (1973), José Sebastião da Silva, *Os descobrimentos e a problemática cultural do séc. XVI*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1973.
- DOMINGUES (2000), Ângela, *Quando os índios eram vassalos. Colonização e relações de poder no Norte do Brasil da segunda metade do século XVIII*, Lisboa, Comissão Nacional para as Comemorações dos Descobrimientos Portugueses, 2000.
- DOMINGUES (2006), Beatriz Helena, “As missões jesuíticas entre os guaranis no contexto da Ilustração”, *História*, São Paulo, v. 25.1 (2006), p. 44-69, (disp. em www.scielo.br/pdf/his/v25n1/a03v25n1.pdf).
- EISENBERG (1970), José, “A escravidão voluntária dos índios do Brasil e o pensamento político moderno”, em *Análise Social*, vol. XXXIX (2004), 7-35 (disp. <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1218704648R7vGO3gi9Rk66BF2.pdf>).
- ELLIOTT (2006), John, *Empires of the Atlantic World. Britain and Spain in América, 1492-1830*, New Haven, Yale Univ. Press, 2006.
- FABRIS (2008), Paulo R. “Um Debate Acerca da História do Município no Brasil”, *Ciências Sociais*, Vitória, CCHN, UFES, Junho. 2008, pp. 71-95.
- FERREIRA (2011), Roquinaldo, “Tribunal de Mucanos: Escravidão e Liberdade em Angola entre os Séculos XVII-XIX”, em Actas do Seminário internacional Novos rumos da historiografia dos PALOP. New directions of the historiography of the PALOP. ICT, Palácio dos Condes da Calheta, Lisboa, 21 e 22 de Junho de 2011 (em publicação).
- FRAGOSO (2000), João, “A nobreza da República: notas sobre a formação da elite senhorial do Rio de Janeiro (séculos XVI e XVII)”, em *Topoi. Revista de História do Programa de Pós Graduação Em História da UFRJ*, Rio de Janeiro v. 1, n. 1, p. 45-123, 2000.
- FRAGOSO (2001) João; Bicalho, Maria Fernanda; Gouvêa, Maria de Fátima, *O Antigo Regime nos trópicos. A dinâmica imperial portuguesa (sécs. XVI-XVIII)*, Rio de Janeiro, Civilização brasileira, 2001.
- FRAGOSO (2003), João, “A nobreza vive em bandos: a economia política das melhores famílias da terra do Rio de Janeiro, século XVII”. *Tempo. Revista do Departamento de História da UFF*, Niterói, v. 8, n. 15, p. 11-35, 2003.
- FRAGOSO (2007), João et al., *Conquistadores e negociantes: histórias de elites no Antigo Regime nos trópicos. América Lusa, séculos XVI a XVIII*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira.
- FREITAS (1625), Serafim de, *De iusto imperio lusitanorum asiatico*, Valladolid, 1625. Edição moderna (prefácio de Marcelo Caetano), Instituto Nacional de Investigação Científica, Lisboa, 1983.

- FRIEDMANN (1973), Lawrence, *History of American Law*, Touchstone, 1973 (ed. usada: 2ª ed. 1985).
- FURTADO (1999), Júnia Ferreira, *Homens de negócio: a interiorização da metrópole e do comércio nas minas setecentistas*, São Paulo, Hucitec, 1999.
- FURTADO (2007), Júnia F., et al., *Encontro Brasil-Portugal: sociedades, culturas e formas de governar no Mundo Português — sécs. XVI a XVIII*, São Paulo, Annablume, 2006.
- GILLESPIE (2008), John, “Towards a discursive analysis of legal transfers into developing East Asia”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol 40, issue 3(2008), New York University School of Law, USA, pp. 657-721., disp. em http://www.law.nyu.edu/ecm_dlv/groups/public/nyu_law_website_journals_journal_of_international_law_and_politics/documents/documents/ecm_pro_058874.pdf, 2012.01.31).
- GOMES (1992), Olivinho J. F., *Village Goa (A study of Goan social structure and change)*, New Delhi, S. Chand & Company, 1987.
- GOUVÊA (2002), Maria de Fátima, “Poder, autoridade e o Senado da Câmara do Rio de Janeiro, ca. 1780-1820”, em *Tempo*, 13(2002). Niterói, UFF, p. 111-155.
- GRACIAS (1907), Ismael, *As comunidades de Goa: registo bibliográfico*, Bastorá, Typ. Rangel, 1907.
- GREENE (1992), Jack, “Negotiated authorities: The problem of governance in the extended politics of the Early Modern Atlantic World” [1992], agora em *Negotiated authorities. Essays on Colonial Political and Constitutional History*, Charlottesville and London, Virginia Univ. Press, 1994, 2 ss.
- HERZOG (2002a), Tamar, “Citizenship and Empire: The Meaning of Spanishness in the Eighteenth Century”, em *Julius Kirshner and Laurent Mayali eds., Privileges and Rights of Citizenship: Law and the Juridical Construction of Civil Society*, Berkeley, University of California Press, 2002, 147-167.
- HERZOG (2002b), Tamar, *Defining Nations: Immigrants and Citizens in Early Modern Spain and Spanish America*, New Haven, Yale University Press, 2003.
- HERZOG (2003a), Tamar, “Identidades modernas: estado, comunidade e nação no império hispânico”, em *Brasil: formação do estado e da nação*, São Paulo, Editora Hucitec, 2003, 109-122.
- HESPANHA (1983) António Manuel, “Savants et rustiques. La violence douce de la raison juridique”, *Ius commune*; recensão: *Révue d'histoire du droit*, 1984 (A.-J. Arnaud); versão portuguesa, *Revista crítica de Ciências Sociais*. 25/26 (1988) 31-60.
- HESPANHA (1993e), António Manuel, *O Antigo Regime (1620-1810)*, volume IV da *História de Portugal*, dirigida por José Mattoso, Lisboa, Círculo dos Leitores, 1993.
- HESPANHA (1994), António Manuel, “Li Va Sam não era leproso”, em Scholz, J.-M., *Fallstudien zur spanischen und portugiesischen Justiz 15. bis 20. Jahrhundert (Rechtssprechung)*, Frankfurt/Main, Klostermann, 1994, 793 ss.
- HESPANHA (1994a), António Manuel, *As vésperas do Leviathan. Instituições e poder político (Portugal, séc. XVIII)*, Coimbra, Almedina, 1994.
- HESPANHA (1995), António Manuel, *História de Portugal moderno. Político-institucional*, Lisboa, Universidade Aberta, 1995, 302 pp. Acompanhado de 6 vídeos ilustrativos; ed. Brasileira atualizada e ampliada, *O direito dos letrados*, Florianópolis Fundação Boiteux, 2006.

- HESPANHA (1996), António Manuel, *Panorama da história institucional e jurídica de Macau*, Macau, Fundação Macau, 1995 (edição em chinês, Ye Shi Peng, *Ao Mem Fa Zhi Shi Gai Lun*), Macau, Fundação Macau, 1996.
- HESPANHA (2001a), António Manuel, “Luís de Molina e a escravização dos negros”, *Análise Social*, 157 (2001), 937-990.
- HESPANHA (2004), António Manuel, *História militar de Portugal*, dir. por Gen. Themudo Barata e Doutor Nuno Severiano Teixeira, Lisboa, Círculo dos Leitores, 2004.
- HESPANHA (2010), António Manuel, *Imbecillitas. As bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades de Antigo Regime*, São Paulo, Annablume, 2010.
- HOOKE (1975), M. B., *Legal pluralism: an introduction colonial and new colonial law*, Oxford, Oxford U.P., 1975.
- ISAACMAN (1958), Allen, “The « prazos » da Coroa, 1752-1830. A functional analysis of the political system”, *Studia*, 26 (Abril de 1968), 194-277.
- LARA (2005), Sílvia Hunold, “Conectando historiografias: a escravidão africana e o Antigo Regime na América portuguesa”, em Bicalho, Maria Fernanda; Ferlini, Vera Lúcia Amaral (Org.). *Modos de governar: idéias e práticas políticas no império português — séculos XVI-XIX*. São Paulo, Alameda. p. 21-38. 2005.
- LARA (2006), Sílvia Hunold e Mendonça; Nunes, Joseli Maria, *Direitos e Justiça no Brasil*, Editora Unicamp, 2006.
- LARA (2007), Sílvia Hunold, *Fragmentos setecentistas: escravidão, cultura e poder na América Portuguesa*, São Paulo, Companhia das Letras, 2007.
- LENOBLE (1972), J. and Ost, F., “Prolégomènes a une lecture épistémologique des modèles juridiques” em *Domination ou portage? em AA.VV., Dominar o compartilhar...* (versão original, 1972).
- LESSA (1970), Almerindo, *Anthropologie et anthroposociologie de Macau. L’histoire et les hommes*, Tese apresentada à Fac. Toulouse, Sciences, Toulouse 1970 (versão port., *A história e os homens da primeira república democrática do Oriente. Biologia e sociologia de uma ilha cívica*, Macau, Imprensa Nacional, 1974).
- LOPES (2002), Nei, *Novo Dicionário Banto do Brasil*, Rio de Janeiro, Pallas, 2002.
- LOPES (2011), Araujo Erica, *De golpe a golpe: a política e a administração nas relações entre a Babia e Portugal (1641-1667)*, Niterói, 2011 (disp. em <http://www.historia.uff.br/stricto/td/1503.pdf>).
- LUZ (1952), Francisco Paulo Mendes da, *Livro das Fortalezas que a Coroa de Portugal tem nas partes da Índia e das Capitánias e mais cargos que neles há e importância dellas*, Lisboa, C.E.H.U., 1952.
- MAGALHÃES (1994a), Joaquim Romero de, “Os concelhos”, em *História de Portugal* (dir. J. Mattoso), III, Lisboa, 1994, 175-184.
- MAGALHÃES (1994b), Joaquim R., *Uma estrutura do Império Português: o município*, Lisboa, Fundação Oriente, 1994.
- MANSO (2009), Maria de Deus Beites, *A Companhia de Jesus na Índia (1542 — 1622). Actividades Religiosas, Poderes e Contactos Culturais*, Macau, Universidade de Macau; Évora, Universidade de Évora, 2009.
- MARCOCCI (2011), Giuseppe, *L’invenzione di un impero. Politica e cultura nel mondo portoghese (1450-1600)*, Roma, Carocci, 2011.
- MARIANO (1990), José Gabriel, “A procuratura dos Negócios Sínicos (1583-1894)”, *O direito*, 2 (1990) 18-22.

- MARTINS (2008), Tarcísio José, *Quilombo do Campo Grande — A História de Minas Roubada do Povo* Contagem-MG, Santa Clara Editora, 2008.
- MATOS (1974), Artur Teodoro de, *Timor Português (1515-1769), Contributos para a sua História*, Instituto Infante D. Henrique, Faculdade de Letras, Lisboa, 1974.
- MELLO (2005), Christiane Figueiredo Pagano de, “A disputa pelos ‘principais e mais distintos moradores’. As Câmaras Municipais e os Corpos Militares”, em *Vária História*, 33(2005), 219-233 (disp. em <http://www.fafich.ufmg.br/varia/admin/pdfs/33p219.pdf>).
- MENDES (1886), Antonio Lopes, *A Índia portuguesa: breve descrição das possessões portuguesas na Ásia*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1886.
- MENDONÇA (1972), Marcos Carneiro, *Raízes da formação administrativa do Brasil*, Rio de Janeiro, Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, Conselho Federal de Cultura, 1972.
- MOLINA (1593), Luís de, *Tractatus de iustitiae et de iure*, Cuenca, 1593-1600.
- MOREIRA A. (1952), Adriano, “Administração de justiça aos indígenas”, *Revista do Gabinete de Estudos Ultramarinos*, 5- 6 (1952).
- NEWTITT (1973), M.D.D., *Portuguese settlement on the Zambesi*, London, Longman, 1973.
- OLIVEIRA (2012?), Luís Pedroso de Lima Cabral de, “A consagração dos “naturais”. considerações em torno das dinâmicas das elites goesas de oitocentos” (em publicação).
- OLIVEIRA L. (2011), Luís Pedroso de Lima Cabral de, “Direito, literatura e prática judicial na Goa de outrora: o caso dos advogados provisionários”, I parte, in *Via Atlântica. Publicação da área de estudos comparados de literaturas de língua portuguesa*, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas USP, São Paulo, n° 19/2011.
- PAGDEN (1982), Anthony, *The fall of the natural man and the origins of comparative ethnology*, Cambridge, 1982.
- PEGAS (1669), Manuel Alvares, *Commentaria ad Ordinatioes Regni Portugalliae*, Ulyssipone 1669-1703, 12 tomos + 2.
- PEREIRA (2001), Rui, “A Missão Etnognósica de Moçambique: a codificação dos « usos e costumes indígenas » no direito colonial português: notas de investigação“, em *Cadernos de Estudos Africanos*, Lisboa, ISCTE, 2001, p. 125-177.
- PEREIRA (2008), Luis Fernando Lopes, “Ambivalências da sociedade política do Antigo Regime: Cultura político-jurídica no Brasil do Século XVIII”, *Revista de Humanidades. UFRN, Caicó (RN)*, v. 9. n. 24, Set/out. 2008. Disp. em www.cerescaico.ufrn.br/mneme/anais.
- PEREIRA C. (1954), Carlos Renato Gonçalves, *História da administração da justiça no Estado da Índia. Século XVI*, 2 vols., 1954-1955.
- PERRONE-MOISÉS (1992), Beatriz, “Índios Livres e Índios escravos. Os princípios da legislação do período colonial (séculos XVI a XVIII)” em Cunha, Manuela Carneiro da (org.), *História dos índios no Brasil*, 2ª ed., São Paulo, Cia. das Letras/ Secretaria Municipal de Cultura/FAPESP, 1992, pp. 115-132.
- PINTO (1994), Paulo Jorge Corino de Sousa, *Portugueses e malaíes. Malaca e os sultanados de Johor e Adém. 1575-1619*, Dissertação de mestrado na Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa, 1994; resumos: “Melaka, Johor and Aceh: A bird’s eye view over a Portuguese-Malay Triangular Balance (1575-1619)”. *Actas do Colóquio Nouvelles Orien-*

- tations de la Recherche sur l'Histoire de l'Asie Portugaise* (Paris, 3-4 Junho 1994), Paris, Centre Culturel Calouste Gulbenkian, 1996; “*Portugueses e Malaicos — Malaca e os Sultanatos de Johor e Achém (1575-1619)*”, Lisboa, Sociedade Histórica da Independência de Portugal, col. “Memória Lusitana”, (1997).
- PINTO (2011), Paulo Jorge de Sousa, *The Portuguese and the Straits of Melaka, 1575-1619: Power, Trade and Diplomacy*. Singapura, Singapore University Press, 2011.
- PORTUGAL (1673), Domingos Antunes, *Tractatus de donationibus bonorum regiae coronae*, Ulysipone, 1673.
- PRADO JR. (2000), Caio, *Formação do Brasil contemporâneo*, São Paulo Brasiliense, 2000.
- PROSPERI (1996), Adriano, *Tribunali della coscienza. Inquisitori, confessori, missionari*, Torino, Einaudi, 1996.
- RAU (1966), Virgínia, *Feitores e Feitorias “Instrumentos” do Comércio Internacional Português no Século XVI*, Lisboa, Edições Brotéria, 1966.
- REBELO (1608), Fernando, *De obligationibus iustitiae et charitatis*, Lugduni, 1608.
- REGO (1940), António da Silva, *Le Patronat Portugais de l'Orient — Aperçu historique*, [Edition commemorative du double centenaire de la fondation et de la restauration du Portugal], 1940.
- REGO (1959), António da Silva, *Portuguese colonization in the 16th century. A study on the royal ordinances (regimentos)*, Johannesburg, 1959.
- REGO (1967), António da Silva, *O ultramar português no século XVIII*, Lisboa, A.G.U., 1967.
- RIVARA (1870), Joaquim Heliodoro da Cunha, *Brados a favor das comunidades das aldeias do Estado da Índia*, Nova Goa, 1870.
- ROCHA (1973), Leopoldo da, *As confrarias de Goa (sécs. XVI- XX). Conspecto histórico-jurídico*, Lisboa, C.E.H.U., 1973.
- RODRIGUES (1998), Maria Eugénia, “Municípios e poder senhorial nos Rios de Sena na segunda metade do século XVIII”, em *O Município no Mundo Português*, Funchal, Centro de Estudos de História do Atlântico e Secretaria Regional do Turismo e Cultura, pp. 587-608.
- RODRIGUES (2002), Eugénia, *Portugueses e Africanos nos Rios de Sena. Os prazos da Coroa nos séculos XVII e XVIII*, Universidade Nova de Lisboa, Dissertação de Doutoramento em História, 2002.
- RUIZ (2007), Rafael, “Duas percepções da justiça nas Américas: Prudencialismo e Legalismo”, *Anais Eletrônicos do VIII Encontro Internacional da ANPHLAC Vitória*, 2008 (disp. em http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/rafael_ruiz.pdf).
- RUSSELL-WOOD (1981), A. J., *Fidalgos e Filantropos: A Santa Casa da Misericórdia da Bahia, 1550-1755*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981.
- RUSSELL-WOOD (1998), A. John, “Centro e periferia no mundo luso-brasileiro, 1500-1808”. *Revista Brasileira de História*, 18. 36 (1998), São Paulo p. 187-250.
- RUSSELL-WOOD (2000a), A. John (ed.), *Local Government in European Overseas Empires, 1450-1800*, London, Variorum, 2000.
- RUSSELL-WOOD (2000b), A. John (ed.), *Government and Governance of European Empires, 1450-1800*, London, Ashgate Publishing, 2000.

- SALDANHA (1992), António Vasconcelos de, *Vincere reges et facere. Dos tratados como fundamento do império dos portugueses no Oriente. Estudo de história do direito internacional e do direito português*, Lisboa, Lisboa, Fundação Oriente, 1998.
- SANTANA (2008), Alencar, “O poder político do município no Brasil Colônia”, em *Revista Brasileira de Direito Constitucional — RBDC*, n. 12 — jul./dez. 2008. (disp. em [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-12/RBDC-12-169-Alencar_Santana_Braga_\(município\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-12/RBDC-12-169-Alencar_Santana_Braga_(município).pdf), 2.2.2012).
- SANTOS (2006), Catarina Madeira, & Tavares, Ana Paula, *A Apropriação da Escrita pelos Africanos*, Lisboa, IICT, 2006.
- SCHWARTZ (1973), Stuart B., *Sovereignty and Society in Colonial Brazil: The High Court of Bahia and Its Judges, 1609-1751*, Berkeley, University of California Press, 1973.
- SILVA (2004), Cristina Nogueira da, “« Missão civilizacional » e Codificação de usos e costumes na doutrina colonial portuguesa (séculos XIX-XX)”, em *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, n.ºs 33-34, t. II, 2004-2005, pp. 899-921.
- SILVA (2009), Cristina Nogueira da, *Constitucionalidade e Império: a cidadania no Ultramar português*, Coimbra, Almedina, 2009.
- SINGH (1986), Chhatrapati, *Law from anarchy to Utopia: an exposition of the logical, epistemological, and ontological foundations of the idea of law, by an inquiry into the nature of legal propositions and the basis of legal authority*, Delhi, Oxford University Press, 1986.
- SOUSA (1991), George Bryan de, *A sobrevivência do Império: Os Portugueses na China (1630-1754)*, Lisboa 1991.
- SOUZA (1870), António José da Silva e, *Polémica (A) acerca da Procuratura dos Negócios Sínicos de Macau*, Macau, Typ. Popular, 1870, 186 pp.
- SOUZA (2006), Laura de Mello e, *O sol e a sombra. Política e administração na América portuguesa do séc. XVIII*, São Paulo, Companhia das Letras, 2006.
- SOUZA (2007), Laura de Mello e; Bicalho, M. Fernanda & Furtado, Júnia F., *O Governo dos Povos*, São Paulo, Alameda Editorial, 2007.
- SOUZA FILHO (2006), Carlos Frederico Marés de, *O Renascer dos Povos para o Direito*, Curitiba, Juruá, 2006.
- TAU ANZOATEGUI (1992), Vitor, *Casuismo y sistema*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del derecho, 1992.
- THOMAZ (1985), Luís Filipe, “A estrutura política e administrativa do Estado da Índia no século XVI”, *II Seminário Internacional de História Indo-Portuguesa*, Lisboa, Centro de Estudos de História e Cartografia Antiga, Instituto de Investigação Científica e Tropical, 1985, pp. 511-541.
- THOMAZ (1990) Luís Filipe, “L'idée impériale manueline”, *La découverte. Le Portugal et l'Europe. Actes du Colloque*, Paris, Gulbenkian, 1990, 35-103.
- TURNER (1921), Frederick Jackson, *The Frontier In American History*, New York, Henry Holt and Company 1921.
- VILLEY (1968), MICHEL, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Sirey, 1968; nova ed. Paris, Montchretien [i.e. Montchrestien], 197; nov. ed. revista, Paris, PUF, 2003.
- WEHLING (2004), Arno & Wehling, Maria José, *Direito e Justiça no Brasil colonial. O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro — 1751/1808*. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife, Editora Renovar, 2004.
- WICKI (1969), José, *O livro do “Pai dos Cristãos”*, Lisboa, C.E.H.U, 1969.

- XAVIER, ÂNGELA BARRETO. *A invenção de Goa: poder imperial e conversões culturais nos séculos XVI e XVII*. Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais, 2008.
- ZENHA (1948), Edmundo, *O município no Brasil: [1532-1700]*, São Paulo, Instituto Progresso Editorial S.A., [1948], I.

ANDREA LANDI

UNUM ET IDEM REGNUM.
L'UNIONE DEL NUOVO MONDO ALLA CORONA
DI CASTIGLIA NELLA RIFLESSIONE
DI JUAN DE SOLÓRZANO Y PEREIRA (*)

«Vulgaris quippe doctrina est, provincias de novo quaesitas, et alicui Regno accessorie unitas, et auctas, atque (ut ita loquar) incorporatas, unum et idem Regnum censeri, eisdemque legibus, iuribus, et privilegiis gubernari, et gaudere debere».

J. DE SOLÓRZANO Y PEREIRA, *De Indiarum iure*, L. III, cap. 1, n. 47.

1. *Derecho indiano*: una preliminare noterella metodologica — 2. Il problema dell'*augmentum regni* fra medioevo ed età moderna — 3. Juan de Solórzano: il *mos italicus* nell'esperienza del *derecho indiano*; a) Il *De Indiarum iure*; b) La *Política Indiana* — 4. *In orbem terrarum*.

1. *Derecho indiano: una preliminare noterella metodologica.*

Quando si parla di *derecho indiano* c'è il rischio di incorrere in vari fraintendimenti: perché, quand'anche si possa riscontrare l'unanime accordo sulla distinzione tra *derecho indiano* in senso stretto (legislazione spagnola dettata per le Indie sia occidentali che orientali) e in un'accezione più ampia, quale complesso normativo vigente in quei territori, con norme in larga parte di provenienza spagnola

(*) Questo scritto è il risultato d'una ricerca interdisciplinare promossa, in occasione del bicentenario della guerra di indipendenza del Messico, dalla redazione della rivista «20/10 México, Nación y Modernidad» ed è pertanto destinato a comparire in lingua spagnola, con qualche variante, anche in quella sede.

ma anche con una componente autoctona (di natura consuetudinaria), resta pur sempre il problema di capire se effettivamente si possa parlare, almeno per l'esperienza giuridica che qui interessa della *Hispanoamérica*, di un vero e proprio 'sistema' normativo, secondo il modello calassiano, a suo tempo invocato da alcuni maestri spagnoli ⁽¹⁾, e riproposto anche di recente ⁽²⁾, oppure se si debba considerare tale diritto, sebbene in una sorta di proiezione europea ⁽³⁾, come un qualcosa che « no era ni mero trasplante europeo ni simple creación americana » ⁽⁴⁾, la cui ricostruzione da parte degli storici deve tener conto della vicenda storica e sociale in cui esso si collocava, al di fuori da ogni « manovra decontestualizzante » ⁽⁵⁾.

Occorre allora premettere che non intendo assolutamente addentrarmi in queste problematiche storiografiche: in questa sede, infatti, mi limiterò a saggiare il tema della estensione del diritto comune alle Indie occidentali, sulla considerazione, ormai pacifica dopo l'abbandono dell'impostazione di García Gallo ⁽⁶⁾, che il

(1) Si allude ad Alfonso García Gallo (1911-1992), il quale aveva utilizzato la visione calassiana di 'sistema', per certi versi sminuente il ruolo, invero fondamentale, della *scientia iuris* nell'esperienza di diritto comune, per sostenere una impostazione tutta statualistica del diritto vigente nelle Indie, come ricordato da L. NUZZO, *Dall'Italia alle Indie. Un viaggio del diritto comune*, in « Rechtsgeschichte », 12/2008, p. 111-112.

(2) Cfr. J. BARRIENTOS GRANDON, *El sistema del « ius commune » en las Indias occidentales*, in « Rivista internazionale di diritto comune », Anno X (1999), pp. 74-78, ora in Id., *Historia del derecho indiano del descubrimiento colombino a la codificación. Ius commune e ius proprium en las Indias occidentales*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 2000, pp. 121-124.

(3) Di « versión americana del *ius commune* europeo », ovviamente sotto l'aspetto culturale piuttosto che delle fonti classiche, ha parlato C. PETIT, *El caso del derecho indiano*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », Anno XXII (1993), p. 666.

(4) Cfr. V. TAU ANZOÁTEGUI, *El derecho indiano en su relación con los derechos castellano y común*, in *Hispania entre derechos propios y derechos nacionales*. Atti dell'incontro di studio Firenze-Lucca 25-27 maggio 1989, a cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomás y Valiente, II, Milano, Giuffrè, 1990, p. 576.

(5) Come ha scritto P. CARONI, *La storia della codificazione e quella del codice*, in « Index. Quaderni camerti di studi romanistici », Anno XXIX (2001), p. 76, a tutt'altro riguardo, con riferimento all'analisi del fenomeno codificatorio ottocentesco, ma esprimendo un principio certamente utilizzabile quale criterio storiografico generale.

(6) Ricordano la posizione del maestro madrileno, secondo il quale il diritto comune, rifiutato dai « caciques » del Cebu (o Cenú), avrebbe lasciato il posto al 'nuovo'

diritto comune romano-canonico, ovviamente nella sua particolare versione castigliana, è da annoverarsi fra gli elementi fondanti il diritto indiano (7).

In altri termini cercherò di dar conto delle elaborazioni della scienza giuridica spagnola — e principalmente del pensiero di Juan de Solórzano y Pereira (1575-1655) — che giustificò la vigenza del diritto comune nelle Indie occidentali, con gli strumenti tecnici rappresentati dalla teorica dell'*augmentum regni*, che le provenivano dalla veneranda tradizione giuridica bassomedievale (8).

diritto naturale, reso prontamente disponibile dalle elaborazioni della Seconda Scolastica, A. PÉREZ MARTÍN, *Derecho común, derecho castellano, derecho indiano*, in « Rivista internazionale di diritto comune », Anno V (1994), p. 85, e L. NUZZO, *Dall'Italia alle Indie*, cit., pp. 108-109.

(7) Scrive TAU ANZOÁTEGUI, *El derecho*, cit., p. 581, che « el Derecho común constituyó un elemento constitutivo del Derecho indiano de mucha entidad a través de sus dos componentes principales: el civil romano y el canónico. Su presencia se exteriorizó ya por vía del Derecho castellano (...), ya en forma directa ». Si veda ancora PÉREZ MARTÍN, *Derecho común*, cit., pp. 60-89 e, segnatamente sul diritto castigliano, B. BRAVO LIRA, *Vigencia de las Siete Partidas en Chile*, in ID., *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago de Chile, Editorial jurídica de Chile, 1989, pp. 89-145.

(8) Per non creare false aspettative nel benevolo lettore, occorre precisare che, nel presente saggio, non si tratteranno le problematiche relative alla legittimità della conquista e della ritenzione del Nuovo Mondo da parte della Corona di Castiglia — sulle quali nondimeno esiste un'amplissima bibliografia —, ma piuttosto verranno prese in esame soltanto le argomentazioni giuridiche sulle quali si fondò l'estensione del *ius commune* alle Indie occidentali. Le due questioni vanno tenute distinte: un conto infatti è ragionare della legittimità della conquista (bolle alessandrine e altri titoli di carattere giuridico-politico), un conto della ricostruzione teorica dell'estensione ai nuovi territori del *ius commune* e del sistema delle fonti ad esso pertinente; un fatto, questo, che semmai si pone rispetto al primo come un *posterius* — peraltro non necessario — e comunque da collocare su un piano diversissimo: quello dell'esclusiva tecnica giuridica. Quanto poi ai modi effettivi con i quali si verificò la diffusione del diritto comune in questi territori, essi sono da rinvenire — sarei tentato di soggiungere: al solito — nel ruolo svolto dalle Università e, in misura sicuramente minore, dagli interventi dei sovrani spagnoli, pensati e formulati pur sempre in un contesto romanistico. Qualche considerazione in merito a quest'ultimo aspetto in A. GUZMÁN BRITO, *Prólogo* a B. BRAVO LIRA, *Derecho común y derecho propio*, cit., pp. XXXII-XXXIII e anche in M. BELLOMO, *Al di là dell'obbligazione contrattuale in Juan de Solórzano y Pereira*, in « Rivista internazionale di diritto comune », Anno XIV (2003), pp. 205-214 e ID., *Perché lo storico del diritto europeo deve occuparsi dei giuristi indiani?*, *Ibidem*, Anno XI (2000), pp. 21-32, entrambi ripubblicati in ID., *Il doppio medioevo*, Roma, Viella, 2011, rispettz. pp. 157-165 e pp. 167-177.

2. *Il problema dell'augmentum regni fra medioevo ed età moderna.*

La conquista dei territori del Nuovo Mondo viene inquadrata dai giuristi spagnoli negli schemi dell'*augmentum regni* ⁽⁹⁾.

Questa non era certo una soluzione nuova: la teorica dell'*augmentum regni* era stata infatti ripetutamente utilizzata dalla dottrina di diritto comune per giustificare le espansioni territoriali di *regna* in senso proprio, ma anche di comunità che procedevano nella formazione di Stati territoriali nel tardo medioevo. Il caso più significativo era rappresentato dalla sottomissione di Pisa alla Repubblica fiorentina, avvenuta nel 1406, la quale vicenda aveva visto una nutrita schiera di consulenti di gran fama pronunciarsi sulla questione della applicabilità o no degli statuti fiorentini al territorio assoggettato della *civitas pisana*; anche se, come è stato notato ⁽¹⁰⁾, nel caso di specie, non era poi così semplice invocare l'*augmentum regni* per il fatto che la *civitas florentina* era ancora sfornita di quella *dignitas* che le consentisse di incorporare *ipso iure* al suo territorio, quello d'una città ricca d'una tradizione giuridica così veneranda com'era, appunto, Pisa.

La teorica in questione era stata elaborata in modo compiuto da Bartolo da Sassoferrato che, nel suo commento alla *l. Si convenierit § Si nuda ff. de pignoraticia actione* (D. 13.7.18.1) ⁽¹¹⁾, aveva sviluppato uno spunto del commentatore Guillaume de Cunh († 1336), professore ad Orléans ⁽¹²⁾, il quale, per primo, aveva collegato un frammento dettato in materia di pegno alla disciplina degli incrementi territoriali di un regno.

Il paragrafo in esame, infatti, asseriva testualmente che in caso di pegno costituito sulla nuda proprietà d'un bene, esso si sarebbe

⁽⁹⁾ Una rassegna di autori medievali e poi della Spagna d'età moderna si ha anche in BARRIENTOS GRANDON, *Historia*, cit., pp. 95-120.

⁽¹⁰⁾ M. MONTORZI, *Giustizia in contado. Studi sull'esercizio della giurisdizione nel territorio pontederese e pisano in età moderna*, Firenze, Edifir, 1997, pp. 67-68.

⁽¹¹⁾ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Commentaria in secundam Digesti Veteris partem, Venetiis* [Luc'Antonio Giunti], 1602, fo. 82 va. L'analisi puntuale dei manoscritti della *Lectura* di Guillaume sul punto in MONTORZI, *Giustizia in contado*, cit., p. 94, nt. 16.

⁽¹²⁾ Sul quale cfr. F. SOETERMEER, v. *Guillelmus de Cuneo (de Cubno, de Cugno; Guillaume de Cubn, de Cun)*, in *Biographisch-Bibliographisches Kirchenlexicon*, XXII, Nordhausen, Verlag Traugott Bautz, 2003, cc. 471-477.

esteso anche all'usufrutto del bene stesso qualora tale diritto fosse ritornato nella titolarità del debitore pignorato; e ciò avveniva, secondo il giureconsulto Paolo, con la stessa logica dell'alluvione, in base alla quale ciò che viene aggiunto ad un bene segue il regime giuridico del bene al quale si unisce.

Ma ecco che, con il modo caratteristico della dottrina del diritto comune di estrarre *rationes* dal testo romano per poi applicarle a fattispecie analoghe seppur collocate in contesti storici e istituzionali diversissimi, Guillaume de Cunh — giusta quanto racconta Bartolo —, non appena enunciata la regola che ciò che accede al pegno è pegno esso stesso (« quod accedit pignori, pignus est ») — tranquillamente ricavabile da una prima lettura del paragrafo paolino — si domanda subito dopo se, nel caso in cui il regno è aumentato, la provincia aumentata debba essere retta dalle costituzioni del Regno (« si regnum augmentatur, utrum illa Provincia augmentata debeat regi constitutionibus regni »), rispondendo in prima battuta affermativamente e notando però come si possa sostenere il contrario sulla base del paragrafo successivo (e di altri luoghi romanistici), giacché la cosa si trasferisce nella sua situazione giuridica (« res transit cum sua causa »), dichiarando, in definitiva, di preferire quest'ultima soluzione.

Bartolo, come detto, riprende il pensiero del glossatore, e con la consueta acutezza, osserva che queste unioni possono verificarsi in due modi: o « accessorie », per cui si realizza un unico regno o comitato e allora l'*augmentum* viene regolato secondo le regole del primo al quale accede, e deve essere governato dalle stesse leggi e dagli stessi privilegi, dai quali è governato il regno, giacché il regno è qualcosa di universale (« et tunc regulatur secundum regulas primi, cui accedit; et iisdem legibus et iisdem privilegiis est gubernanda, quibus regnum: quia regnum est quid universale ») ⁽¹³⁾; oppure « non accessorie », nel qual caso ciascun territorio « debet regi secundum leges, et consuetudines suas ».

Il primo tipo d'unione trova il suo fondamento in due luoghi romanistici che, ancora una volta, riguardano tutt'altro contesto: si

(13) BARTOLO, *Ibidem*, n. 3. Il corsivo è mio.

tratta della *l. peculium*, in princ. ff. *de legatis II* (D. 31.1.65[67]) e della *l. grege* ff. *de legatis I* (D. 30.1.21).

Essi costituiscono la spiegazione, con un ragionamento dialettico, della affermata natura universale del regno: secondo la logica aristotelica infatti la « totalità universale » indica quella che i giuristi chiamano una *universitas*, cioè « un insieme di cose caratterizzate da una finalità economica unitaria », le quali cose, pur non essendo omogenee tra loro, non possono fare a meno di « regole logiche identiche a quelle del tutto universale » (14).

Tanto il primo quanto il secondo frammento contenevano due esempi di *universitates*, rispettivamente il *peculium* e il gregge, e segnalavano, potremmo dire sempre usando il linguaggio dei dialettici, il rapporto tra *pars* e *totum*.

La *l. peculium* riguardava il legato del peculio, i cui aumenti o le cui diminuzioni — diceva il giureconsulto romano — sarebbero stati da considerare rispettivamente a vantaggio o in danno del legatario, mentre il secondo testo asseriva quasi paradigmaticamente che quando si è in presenza d'un legato di gregge, anche tutte le cose che accedono ad esso gregge spettano al legatario: « Grege legato, et quae postea accedunt, ad legatarium pertinent ».

La *ratio* dunque che viene estratta dal maestro marchigiano è proprio quella della consustanzialità della *pars* con l'*universitas*, di tal che ne doveva conseguire il medesimo regime giuridico dell'*accessorium* rispetto al *principale*.

Una *ratio* che emerge in modo evidentissimo anche dal commento ad un altro passo del Digesto, dove argomenti romanistici e canonistici confluiscono nel medesimo discorso interpretativo.

Leggendo la *l. Damni infecti § Si is qui vicinas* [rectius: *unas*] *aedes* ff. *De damno infecto* (D. 39.2.18.5) (15), nel quale si escludeva la possibilità di estendere la *stipulatio de damno infecto*, riguardante una certa casa, ad altre acquisite dopo la stipulazione, mentre si ammetteva che tale *stipulatio* potesse valere anche per i beni mobili che successivamente ad essa fossero stati introdotti nell'edificio,

(14) Così A. PADOVANI, *Modernità degli antichi. Breviario di argomentazione forense*, Bologna, Bononia University Press, 2006, p. 54.

(15) BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Commentaria in primam Digesti Novi partem*, Venetiis, [Luc'Antonio Giunti], 1602, fo. 35 vb-36 ra.

Bartolo aveva l'occasione di fare alcune considerazioni sui privilegi concessi ad un monastero e sulla estensione o no alle cappelle che venissero successivamente ad aggiungersi ad esso. Adottando una conclusione in linea, potremmo dire, con la natura accessoria di tali cappelle, e seguendo il dettato letterale d'una decretale *in puncto* (c. *Quia circa X. De privilegiis* [X. 5.33.22]), Bartolo risponde affermativamente, anche sull'autorità del proprio maestro Cino da Pistoia, che nella sua *Lectura super Codice* si era pronunciato a favore di questa estensione ⁽¹⁶⁾.

Il secondo tipo d'unione invece è direttamente esemplificato dal maestro marchigiano, il quale ricorda l'unione della Contea di Tolosa al Regno di Francia, che si era verificata proprio in modo che il re di Francia assumesse anche il titolo di conte di quella città: i due titoli in simultanea di re e conte stavano a significare la permanente autonomia della contea all'interno del nuovo regno.

Una situazione giuridica, questa, che era stata presa in considerazione anche in un luogo dei *Libri Feudorum* ⁽¹⁷⁾, che il maestro non manca di citare ⁽¹⁸⁾.

Un'ulteriore allegazione canonistica (c. *Novit X. Ne sede vacante* [X. 3.9.1]) consentiva infine al giurista di fare una ricognizione

⁽¹⁶⁾ CINO DA PISTOIA, *In l. Placet C. De sacrosantis Ecclesiis* (C. 1.2.5), in ID., *In Codicem, et aliquot titulos primi Pandectorum* [sic!] *Tomi, id est Digesti Veteris, doctissima Commentaria*, Francoforti ad Moenum, Impensis Sigismundi Feyerabendt, 1578 [rist. an. Torino, Bottega d'Erasmus, 1964], fo. 4a-5. Dopo essersi pronunciato a favore dell'estensione, Cino aveva riportato l'*opinio* di Pierre de Belleperche sulla natura « universale » della concessione del privilegio, che rendeva possibile l'estensione; la quale sarebbe stata da escludere invece quando la concessione fosse stata fatta « non Ecclesiae, universaliter volendo universas Ecclesias privilegiare », ma in modo 'generale'; anche se si limitava a concludere, con l'arguzia che lo contraddistingueva, che « circa istas quaestiones ad praesens non dico aliquid nisi recitando, quia ultramontani contraxerunt quae utrum procedant cogitatis ».

⁽¹⁷⁾ *De prohibita feudi alienatione per Federicum, c. Imperialem § Praeterea* (L.F. 2.54 [55]).

⁽¹⁸⁾ Sul commento di questo capitolo dei *Libri Feudorum* ritornerà anni dopo Baldo degli Ubaldi nella sua *Lectura super feudis*, distinguendo tra le aggiunte di castelli fatte al Marchesato oppure fatte al marchese, ché nel primo caso si realizza l'unione (« si uniat Marchiae, Marchia est », dice il giurista perugino), nel secondo no (cfr. BALDO DEGLI UBALDI, *In feudorum usus commentaria*, Venetiis, Apud Iuntas, 1580, fo. 86 ra, nn. 7-8).

delle situazioni pratiche che potevan verificarsi in materia di unione: nel luogo indicato da Bartolo, la glossa, commentando una decretale che aveva come presupposto del caso disciplinato da Innocenzo III, proprio l'unione di un monastero ad una chiesa con l'erezione di quest'ultima a cattedrale, aveva avuto modo di specificare i tipi d'unione che si possono verificare nella prassi, elencandone tre: quello della unione di una chiesa che si sottomette ad un'altra, assumendone tutte le regole che disciplinavano quest'ultima; quella di una chiesa che si unisce ad un'altra in modo che « ex duabus dignitatibus fiat una », anche se qui può accadere che una si unisca all'altra oppure che ciò avvenga simultaneamente (« insimul »), cosicché nel primo caso si verifica che la chiesa che va ad aggiungersi vivrà secondo la natura, la consuetudine e i privilegi della chiesa alla quale si unisce, mentre nel secondo caso le consuetudini e i privilegi che si ritengono migliori e più confacenti all'unione debbono essere estesi a tutti e mantenuti nel nuovo soggetto (« consuetudines et privilegia, quae meliora sunt et humaniora in altera eorum debent uniri, vel retineri in unitate »); quello infine che prevede che entrambe le chiese restino autonome, ancorché siano unite nella persona del vescovo che è vescovo di ambedue, nel qual caso esse mantengono inalterate le proprie situazioni giuridiche precedenti all'unione ⁽¹⁹⁾.

Il riferimento all'istituto romanistico dell'alluvione — operato, come si è visto dal giureconsulto Paolo, nel § *Si nuda* — è sicuramente il motivo che consente a Bartolo di ritornare sull'argomento dell'unione di territori all'interno del suo *Tractatus de Insula*, pedissequo a quello *De fluminibus* e perciò con esso sovente tenuto non distinto dagli interpreti successivi ⁽²⁰⁾. Dopo aver nuovamente ricordato il pensiero di Guillaume de Cunh, Bartolo si mostra attento alla effettività del diritto, consapevole che esso deve tener conto anche delle molteplici situazioni politiche e sociali che va a disciplinare.

In primo luogo afferma che, se non c'è alcunché in contrario da parte dell'occupante, si devono mantenere i diritti con i quali si

⁽¹⁹⁾ Cfr. *gl. Uniendo* ad X. 3.9.1.

⁽²⁰⁾ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Tractatus de Insula*, in ID., *Consilia, Quaestiones, et Tractatus*, Venetiis [Luc'Antonio Giunti], 1602, fo. 137 va-vb, nn. 10-11.

viveva nei luoghi successivamente acquisiti nella misura in cui siano onesti (« quatenus honesta sunt »); se tuttavia, l'occupante vuol mutare tali diritti, si dovrà vedere a che titolo si è verificata l'occupazione. Se questa è stata fatta a causa d'un delitto del signore di questi territori (« propter delictum domini, qui tunc illum locum tenebat »), egli subentrerà in tutti i diritti del precedente signore, sicché potrà ben modificare i diritti dei propri sudditi; se essa si sarà verificata a causa dei delitti dei soli sudditi (« propter delictorum subditorum, et non domini »), l'occupante subentrerà nei diritti dei sudditi, di tal che come essi possono modificare le proprie leggi, così potrà farlo egli stesso; analogamente accadrà, se essa sarà stata fatta per i delitti del precedente signore e dei sudditi, giacché si avrà la successione nei diritti di entrambi; se però l'occupazione non è avvenuta a causa di alcun delitto commesso, è evidente che in questo caso non si possono non salvaguardare i diritti di coloro che subiscono l'occupazione.

Però queste ultime considerazioni, afferma Bartolo, valgono soltanto per quegli occupanti che sono in una posizione subordinata al *princeps*, perché — ed ecco l'effettività del diritto cui accennavamo prima — il principe è sciolto dalle leggi e può tutto (« princeps enim solutus est legibus et omnia potest »).

Sulla linea interpretativa tracciata da Bartolo si pongono anche gli altri commentatori a lui successivi.

In particolare il suo allievo perugino Baldo degli Ubaldi ribadisce nel commento al § *Si nuda* ⁽²¹⁾ l'insegnamento del maestro, anche se nella *Lectura antiqua* ⁽²²⁾ aveva precisato che il principio dell'estensione degli statuti alle nuove terre si verifica soltanto se siano governate sotto un unico nome ed un solo magistrato, diversamente se si hanno più governi (« si sub uno nomine, sub uno praeside gubernentur; secus si habent diversa regimina »), secondo un'indicazione già presente in Cino. Questi infatti, trovandosi ad esporre la *l. Etiam C. De iure dotium* (C. 5.12.8), avente ad oggetto i patti aggiunti all'accordo dotale, aveva letto la regola che i patti dotali si estendono anche all'*augmentum dotis* come riconoscimento

⁽²¹⁾ BALDO DEGLI UBALDI, *In secundam Digesti Veteris partem Commentaria*, Venetiis [Luc'Antonio Giunti], 1586, fo. 87 va.

⁽²²⁾ *Ibidem*, fo. 87 vb.

del principio dell'estensibilità all'*augmentum* del regime giuridico vigente nella *res augmentata* e lo aveva applicato quindi anche alla fattispecie dell'*augmentum regni*: la legge e la consuetudine della città o del regno si estendono ai luoghi o ai territori successivamente ad essi aggiunti (« per praedicta dicimus, quod lex et consuetudo civitatis, vel regni, porrigitur ad loca sive territoria, sibi postea adiuncta »), quando tali territori fossero stati effettivamente « adiuncti » e non tenuti volutamente distinti, quanto alle normative in essi vigenti ⁽²³⁾.

Di particolare interesse si mostra poi il commento di Baldo alla *l. Cunctos populos C. De summa Trinitate* (C. 1.1.1) ⁽²⁴⁾, nel quale emerge la sua padronanza della dialettica aristotelica: trattando del valore delle leggi imperiali, Baldo si domanda ad un certo punto, se queste, dopo essere state promulgate, possano legare anche quella città che solo successivamente è stata ricondotta all'obbedienza dall'Imperatore e che quindi al momento della promulgazione si configurava come città ribelle.

Ad una prima indagine sembrerebbe di no, perché mancherebbero alcuni requisiti essenziali per l'efficacia delle leggi ⁽²⁵⁾; e tuttavia, egli ritiene di affermare che « in contrarium est veritas »,

⁽²³⁾ CINO, *In l. Etiam C. De iure dotium*, in ID., *In Codicem*, cit., fo. 305 a. Al proposito Cino aveva ricordato un esempio fatto da Riccardo Malombra (...1295-1334), secondo il quale, poiché gli statuti di Padova proibivano ai « banniti de maleficio » di risiedere in città e nel suo distretto, tale divieto si doveva considerare operante anche per il territorio di Lendinara, successivamente assoggettato da Padova e quindi, in virtù di quella disposizione, i banditi non potevano « impune » risiedervi. Si noti che qualche anno dopo Baldo avrà una posizione diversa, pur attribuendola al maestro pistoiese, puntualizzando che se l'estensione territoriale della città avviene « secundum quid », cioè con determinate franchigie, il ragionamento fatto da Riccardo può non valere, cosicché se c'è un castello che abbia ritenuto per sé il « merum et mixtum imperium », pur sottomettendosi ad un altro, qui quei banditi potranno risiedere (cfr. BALDO DEGLI UBALDI, *In l. Etiam C. De iure dotium*, in ID., *Commentaria in quartum et quintum Codicis lib.*, Lugduni [s.d.e.], 1585, fo. 217 rb, nn. 9-10).

⁽²⁴⁾ BALDO DEGLI UBALDI, *Commentaria in primum, secundum et tertium Codicis lib.*, Lugduni [s.d.e.], 1585, fo. 6 rb-6 va, nn. 13-19.

⁽²⁵⁾ Da buon 'scolastico' Baldo li individua nella « potentia causae efficientis », nella « aptitudo materiae suscipientis », nel « modus formae imprimentis » e nel « finis causae moventis »; « causae » queste che determinano l'« effectus » giuridico e dunque l'efficacia della legge.

sulla base di alcune argomentazioni che fra l'altro richiamano la logica dell'universale di cui abbiamo già detto ⁽²⁶⁾ e l'idea che non si tratta d'una vera e propria acquisizione, ma di una restituzione della città ribelle alla sua forma e al suo stato naturale, per cui è come se si fosse in presenza d'un adattamento della disposizione imperiale alla città assoggettata (« unde merito dispositio superioris adaptatur sibi »).

Anche il fratello Angelo degli Ubaldi raggiunge conclusioni identiche, sempre ancorato alla consueta opinione dottrinale ⁽²⁷⁾, fornendo tuttavia esempi nuovi d'interpretazione creativa delle fonti romane. Così, mentre nel commento alla *l. De quibus ff. De legibus* (D. 1.3.32) ⁽²⁸⁾ rimanda all'insegnamento di Guillaume de Cuhn al § *Si nuda* per affermare l'estensione degli statuti della « civitas » al « castrum » assoggettato da quest'ultima, nelle osservazioni sull'Auth. *de equalitate dotis*, la limitazione del privilegio dotale della moglie rispetto agli altri creditori del marito — privilegio che non si estende, per disposto dell'Autentica in questione, agli eventuali aumenti della dote — gli porge il destro per esaminare la questione dell'*augmentum regni* e sostenere l'automatica estensione all'*augmentum* delle *qualitates* del *regnum augmentatum*, in difetto di una specifica disposizione in contrario ⁽²⁹⁾.

⁽²⁶⁾ In termini non equivoci: « quia universali recipiunt augmentum et diminutionem » (*Ibidem*, fo. 6 rb, n. 16).

⁽²⁷⁾ Di tutta evidenza nel commento alla *l. Si fundus ff. De pignoribus* (D. 20.1.16), fo. 249 va, dove si richiama l'elaborazione dottrinale sul § *Si nuda* (ANGELO DEGLI UBALDI, *In I. atque II. Digesti Veteris partem Commentaria*, Venetiis, Ad signum Aquilae se renovantis, 1580, fo. 249 va, n. 1).

⁽²⁸⁾ *Ibidem*, fo. 11 ra, nn. 29-31.

⁽²⁹⁾ ANGELO DEGLI UBALDI, *In Auth. De equalitate dotis l. Quoniam § Aliud quoque* (Nov. 97 - Coll. VII, 8), in *Id.*, *Super Autenticis*, Lugduni, Apud Haeredes Iacobi Giuntae, 1549, fo. 33 vb-34 ra, n. 1: « Nota quod illud privilegium praelationis quod datur in dote illud idem conceditur in novo augmento (...) et sic facit quaestionem quod omne privilegium datum principali porrigitur ad eius augmentum et ideo si imperator per privilegium concedit mihi unum castrum cum certo territorio et etiam in castro et territorio concedit mihi merum et mixtum imperium. Si postea augeat mihi territorium presupposito quod in augmento mihi dicat de imperio, tum ad imperium extendit et hic corrigitur *l. si constante C. de donationibus ante nuptias* ubi permittebat simpliciter fieri augmentum dotis et donationum. Nam hodie fieri non potest augmentum ab altera parte nisi fiat reciproce in tantundem ».

Con Paolo di Castro (1360 ca.-1441) poi si compie, a mio avviso, un passaggio ulteriore, con l'enunciazione d'una vera e propria *regula iuris* ⁽³⁰⁾; il suo commento al solito § *Si nuda* ⁽³¹⁾ si apre infatti con un asserto ormai del tutto sganciato dalla materia del pegno e assunto tra i *generalia*: la situazione giuridica della cosa principale deve essere estesa alla cosa aumentata (« Quod iuris est de ipso principali, idem est de eius augmento »), pur riproponendo di séguito — e, si potrebbe dire, come cornice — i *loci* romanistici utilizzati fino a quel momento dalla dottrina, oltre al contenuto del commento di Bartolo sul paragrafo in discorso.

Una regola, questa, che non aveva faticato ad affermarsi, già da tempo, anche nella prassi consulente, sia per risolvere questioni di tipo privatistico, sia per questioni strettamente attinenti alla formazioni dei dominî territoriali.

E così, se diamo un'occhiata ai *consiliatores*, troviamo sia Baldo degli Ubaldi che il canonista Giovanni Calderini in pieno Trecento intenti a sostenere che lo statuto che dispone l'aumento della legittima, ritenuto perfettamente valido, comporta che le disposizioni di diritto comune dettate per la legittima stessa si estendano anche all'*augmentum* ⁽³²⁾; oppure, nello stesso torno di anni, ci si imbatte in Pietro d'Ancarano, il quale, occupandosi della natura definitiva d'una sentenza resa da magistrati del castello di San Romolo nel genovesato, ha modo di precisare *in puncto* che quando la sottomissione di un « castrum » ad una « civitas » non era stata

⁽³⁰⁾ Sulla problematica dell'enucleazione di *regulae iuris* e sul loro valore per i giuristi mi sono intrattenuto di recente; cfr. A. LANDI, "Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat". *Spigolature tra dottrina e prassi sull'elaborazione di regole e principi nel tardo diritto comune*, in *Principios y reglas. Investigación conjunta realizada entre la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Pisa y la Escuela Libre de Derecho*, cur. R. Estrada Michel, México, Escuela libre de Derecho, 2010, pp. 449-492.

⁽³¹⁾ PAOLO DI CASTRO, *In secundam Digesti Veteris partem Commentaria*, Venetiis, Apud Iuntas, 1593, fo. 83 ra.

⁽³²⁾ Rispettivamente BALDO DEGLI UBALDI, *Cons. In quaestione, quae vertitur*, L. I. cons. 407, in Id., *Consilia, sive Responsa*, I, Venetiis [s.d.e.] 1575 (rist. an. Torino, Bottega d'Erasmo, 1970), fo. 131 rb-132 rb, in part. n. 3; GIOVANNI CALDERINI, *Cons. 12 De constitutionibus*, inc. *Statutum disponens*, in *Consilia sive Responsa clarissimorum suo tempore iurisconsultorum et in iure praesertim canonico primas partes tenentium*, Venetiis, Apud Bernardinum Iuntam, et fratres, 1582, fo. 4 vb-5 ra e Id., *Cons. 32 De testamentis*, inc. *An si statutum*, *Ibidem*, fo. 68 rb-68 va.

completa, ma con certe garanzie (« secundum quid »), si debbono continuare ad applicare gli statuti locali, cosa che non si sarebbe verificata se si fosse stati in un'ipotesi di *augmentum* puro e semplice (33).

Nel secolo seguente, poi, Alessandro Tartagni si serve di questa teorica per sostenere la natura feudale di un « additamentum » apposto dal vassallo al proprio feudo, quando esso risulti inseparabile dal feudo stesso (qualità che sarebbe, per converso, da escludere se l'aggiunta fosse separabile) (34); mentre Paolo di Castro ricorre alla lettura dei dottori data sul § *Si nuda* per spiegare il significato del verbo « addere », così da poter sostenere che una somma disposta da un giudice o da un arbitro in aggiunta a quella indicata in un capo della sentenza assume la stessa qualità della prima somma (35).

A questo periodo, poi, risalgono anche tutte le consulenze rese in relazione al caso della sottomissione di Pisa alla dominante fiorentina, di cui dicevamo all'inizio (36).

Nel Cinquecento, al momento della riflessione sulla occupazione delle Indie occidentali, quindi, la teorica dell'*augmentum regni* era del tutto stabilizzata nella dottrina del maturo diritto comune.

(33) PIETRO D'ANCARANO, *Cons. Ista sententia*, cons. 437, in ID., *Consilia sive Responsa*, Venetiis [s.d.e.], 1585, fo. 229 vb-230 ra, spec. n. 3.

(34) ALESSANDRO TARTAGNI, *Cons. Visa facti narratione*, L. III, cons. 44, in ID., *Consilia sive Responsa*, III, Francofurti ad Moenum, Sumptibus Lazari Zetzneri, 1610, pp. 90-91, in partic. n. 8.

(35) PAOLO DI CASTRO, *Cons. Dubitatio consistit*, L. II, cons. 418, in ID., *Consilia*, II, Venetiis, Apud Io. Baptistam Somaschum, et fratres, 1580, fo. 192 va-vb.

(36) Fra le quali mi limito a segnalare soltanto BARTOLOMEO SOZZINI, *Cons. Si essemus*, L. 4, cons. 79, in ID., *Consilia seu potius Responsa*, IV, Venetiis, Apud Franciscum Zilettum, 1579, fo. 99 ra-101 vb, avente ad oggetto una « confessio de dote facta costante matrimonio » da parte d'un soggetto originario di Firenze, ma domiciliato a Pisa, dove il consulente è chiamato, fra l'altro, a decidere su quale sia la norma da applicare, se lo statuto di Firenze o quello pisano, considerato che Pisa ormai faceva parte del dominio fiorentino. Il Sozzini, argomentando dalla lettura di Bartolo al § *Si nuda* e dal *De Insula*, « ubi vult quod in dubio subiectio dicatur facta ut remaneat idem territorium, et eisdem legibus regatur », sostiene l'estensione degli statuti fiorentini (fo. 100 rb, n. 24). Per un'ampia rassegna di questi *consilia*, cfr. R. CELLI, *Studi sui sistemi normativi delle democrazie comunali. Secoli XII-XV*, I. *Pisa, Siena*, Firenze, Sansoni, 1976, pp. 138-144 e MONTORZI, *Giustizia in contado*, cit., p. 95, nt. 20.

Per dare conto di questa asserzione, possiamo prendere in esame due opere del periodo, tra loro diversissime, ma entrambe molto diffuse: il *Tractatus de antiquitate temporum* del celebre professore e consulente Aimone Cravetta (1504-1569) e le *Disceptationes forensium iudiciorum* di Stefano Graziani (sec. XVI-XVII).

La prima opera è interessante, sia per il fatto che fu scritta da un giurista che, pur essendo un famoso *consiliator*, non disdegnò anche interessi umanistici, sia, soprattutto, perché la celebrità dell'autore fu dovuta non tanto alla sua originalità di pensiero, quanto piuttosto alla straordinaria padronanza della tradizione giuridica italiana, cosicché è dato riscontrare nelle sue opere il saldo dell'intera tradizione giuridica medievale ⁽³⁷⁾.

Anche con riguardo alla questione in esame, infatti, il Cravetta non delude le aspettative, giacché ripropone in termini esattissimi la riflessione dei secoli precedenti sull'unione di territori e, dopo aver affermato che la « *consuetudo civitatis* » deve aver applicazione in tutta la provincia affinché le membra non siano separate dal capo (« *ne membra separentur a capite* »), ricorda, con dovizia di allegazioni, i due modi in cui si può verificare un'unione, vale a dire « *per modum accessorii* » oppure « *aeque principaliter* », nel quale ultimo caso il territorio unito mantiene « *antiquum nomen, et pristinas leges* » ⁽³⁸⁾.

Nella seconda opera, più specificamente di taglio pratico, il Graziani si interessa dell'argomento in questione all'interno d'una *disceptatio* dedicata ad individuare quando lo statuto d'un luogo

⁽³⁷⁾ Questo il giudizio, condivisibile, di A. OLMO, *v. Cravetta, Aimone*, in « Dizionario Biografico degli Italiani » (d'ora in avanti: DBI), XXX, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1984, pp. 580-581.

⁽³⁸⁾ A. CRAVETTA, *Tractatus de antiquitatibus temporum*, Venetiis, Apud Iacobum Sansovinum Iuniorem, 1570, pars. 4, fo. 174 r-v, nn. 53-56.

Il ragionamento del Cravetta si snoda dopo aver posto il principio che la consuetudine non è soggetta ad estensione, individuando una serie di « *limitationes* » fra le quali quelle riportate or ora nel testo. Riguardo alle unioni « *aeque principaliter* », egli pur dimostrando di conoscere l'esempio, ricordato da Bartolo, della Contea di Tolosa, ne aggiunge un altro, a lui più congeniale, relativo al Delfinato e alla Provenza, territori questi che erano stati uniti alla corona di Francia, ma avevano mantenuto la loro autonomia e i loro privilegi, sicché il re di Francia era tuttora chiamato anche 'delfino' e conte di Provenza.

particolare sia da osservare, omessa l'applicazione di quello provinciale o della città superiore, ovviamente con riguardo alla precipua realtà dello Stato della Chiesa dove egli operava.

E il ragionamento è svolto, anche qui, nei termini tradizionali, con la distinzione, appunto, tra un'unione « sine praeiudicio dictorum iurium », oppure « tamquam unum regnum », cioè « per modum accessionis », nel qual ultimo caso la nuova parte viene incorporata al regno giacché diviene parte del regno e questo viene ampliato come se si fosse verificata una sorta d'alluvione (« quia tunc efficitur pars illius, et ampliatur quasi quadam alluvione ») ⁽³⁹⁾.

Termino questa succinta analisi prendendo in considerazione, per concludere, quella grande enciclopedia giuridica rappresentata dai *Tractatus universi iuris*, che fecero la loro comparsa tra il 1584 e il 1586.

All'interno della raccolta si trova il trattato *De augmentis et rebus additis* del giurista astigiano Alberto Bruni (1467-1541) ⁽⁴⁰⁾, il quale, senza ombra di dubbio, tira le fila di tutte le elaborazioni dottrinali dei secoli precedenti.

A fronte della questione se l'aumento debba essere regolato secondo la natura della cosa preesistente alla quale accede (« augmentum regulari debet secundum naturam sui praesistentis, seu eius cui accedit »), egli rinvia alle ben note elaborazioni della *scientia iuris* sul § *Si nuda* ⁽⁴¹⁾.

L'esempio che per lui calza in modo perfetto al secondo tipo di unione è rappresentato dalla dote: infatti, tutto ciò che la riguarda (determinato magari da una *stipulatio dotis*) si estende anche al suo eventuale aumento.

E pertanto, ciò che nelle fonti romane è scritto in materia dotale fonda, ad avviso del Bruni, la regola generale che ogni privilegio riconosciuto alla cosa principale si estende al suo aumento (« quod omne privilegium, quod conceditur principali, trahitur ad

⁽³⁹⁾ S. GRAZIANI, *Disceptationes forensium iudiciorum*, I, Venetiis, Apud Paulum Balleonium, 1699, cap. 9, pp. 24-25, spec. nn. 16-21.

⁽⁴⁰⁾ Sul quale cfr. P. CRAVERI, *v. Bruno (Bruni), Alberto*, in DBI, XIV, 1972, pp. 647-649.

⁽⁴¹⁾ ALBERTO BRUNI, *De augmento rebusque additis*, in *Tractatus universi iuris*, XVII, Venetiis, [Zilletti], 1584, concl. quinta principalis, fo. 356 va-356 rb.

eius augmentum »); una regola avente valore universale, giacché quand'anche la « dispositio augmentativa » si configuri come di stretto diritto, « ex tacita iuris repetitione » contiene già al suo interno tutte le qualità e le limitazioni che sono contenute nella « dispositio augmentata ».

È in sostanza una sorta di espansione delle qualità del principale all'accessorio, come si verifica nel caso dell'ampliamento delle chiese, dove non è necessario procedere alla consacrazione della parte aggiunta perché il sacro attrae a sé il non sacro (« quia sacrum trahit ad se non sacrum ») (42).

Diverso sarebbe il discorso — prosegue il giurista piemontese — se si fosse in presenza di un « augmentum in rebus universalibus et collectivis », le quali per loro natura ricevano aumenti o diminuzioni (il gregge e simili): per queste universalità, si deve parlare d'un aumento che è regolato — è il caso di dire: ovviamente — « secundum naturam sui praesistentis » (43).

Questo dunque l'insegnamento che la *scientia iuris* bassomedievale consegnava ai giuristi dell'età moderna.

Vediamo allora l'applicazione che ne viene fatta, soprattutto dai giuristi dei territori spagnoli, riguardo all'occupazione delle Indie occidentali.

3. *Juan de Solórzano: il mos italicus nell'esperienza del derecho indiano.*

Anche di recente, Juan de Solórzano è stato ritenuto, con ragione, l'autore che per primo si è posto il problema della sistemazione di quello che la storiografia successiva chiamerà il *derecho indiano* (44), e di sicuro il suo *De Indiarum iure*, apparso a Madrid

(42) *Ibidem*, fo. 356 vb, nn. 3-4.

(43) *Ibidem*, fo. 357 vb, n. 17; la citazione è però tratta dal sommario di riferimento.

(44) Si allude a J. M. VALLEJO GARCÍA-HEVIA, *v. Solórzano Pereyra [o Pereira], Juan de*, in *Diccionario crítico de Juristas Españoles, Portugueses y Latinoamericanos (Hispanicos, Brasileños, Quebequenses y restantes francófonos)*, cur. M. J. Peláez, II, Zaragoza-Barcelona, Universidad de Málaga e al., 2006, pp. 555-558, che ha parlato del nostro come « el fundador de la ciencia del Derecho Indiano y el primer expositor de

nel 1629 e più volte ristampato rappresenta, insieme alla successiva *Política Indiana* (Madrid 1647-1648), un testimone dal quale non si può prescindere per ogni studio che voglia addentrarsi nell'esperienza giuridica del Nuovo Mondo ⁽⁴⁵⁾: con lui il *mos italicus*, filtrato dalla lettura degli autori del barocco spagnolo, penetra appieno nella

conjunto del régimen de gobierno y de justicia, normativo e istituzional, en el Nuevo Mundo » (p. 556).

⁽⁴⁵⁾ Nato a Madrid il 21 novembre 1575, Juan de Solórzano studiò leggi e canoni nell'Università di Salamanca, dove fu studente fra il 1587 e il 1599, conseguendo in quest'ultimo anno la licenza in leggi e nel 1608 il dottorato in diritto civile; lì fu anche docente in varie discipline. Nel 1609 fu nominato *Oidor de la Real Audiencia* di Lima e passò così nelle Indie, dove rimase fino al 1627, con il particolare compito di procurare l'effettiva abolizione dei *repartimientos* degli *indios*, disposta anni addietro dalla Corona di Castiglia, e di procedere anche alla redazione di una *recopilación* delle leggi destinate a quei territori. Rientrato in Ispagna ricoprì altri incarichi nell'amministrazione centrale, fra i quali quello di *Fiscal del Consejo Real de Castilla*. Morì a Madrid il 26 settembre 1655. Oltre alle opere di *derecho indiano* di cui nel testo, il Solórzano si segnala per gli *Emblemata regio-politica*, risalenti al 1651, ritenuti « el punto álgido de la literatura emblemática española » (così C. SÁNCHEZ MAÍLLO, *El pensamiento jurídico-político de Juan de Solórzano Pereira*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 2010, pp. 66-69, che però fa risalire il libro al 1653) e per la giovanile *Disputatio de parricidii crimine* (1605), alle quali vanno aggiunte altre opere minori, non solo di ambito giuridico. Sulla sua vita, oltre a SÁNCHEZ MAÍLLO, *El pensamiento*, cit., pp. 53-66, si veda adesso E. GARCÍA HERNÁN, *Consejero de ambos mundos. Vida y obra de Juan de Solórzano Pereira (1575-1655)*, Madrid, Fundación Mapfre, 2007. Circa la sua formazione salmanticense e le cattedre ricoperte in quella Università, le quali costituirono per lui, come per moltissimi altri, « un excelente trampolín para, desde ellas, acceder a los organismos superiores de la Monarquía », cfr. M. PAZ ALONSO ROMERO, *Ius commune y derecho patrio en la Universidad de Salamanca durante los siglos modernos. Trayectoria docente y métodos de enseñanza de Antonio Pichardo Vinuesa, Juan de Solórzano Pereira, Francisco Ramos del Manzano y José Fernández de Retes*, in *El derecho y los juristas en Salamanca (siglos XVI-XX). En memoria de Francisco Tomás y Valiente*, coords. S. de Dios, J. Infante, E. Torijano, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, pp. 43-148; in partic., pp. 102-110; il passo testé citato è a p. 68. Sull'attività svolta dal Solórzano per il riordino della normativa per le Indie, cfr. C. GARCÍA GALLO, *La obra recopiladora entre 1636 y 1680*, in *Recopilación de leyes de los reynos de las Indias. Estudios histórico-jurídicos*, coord. F. de Icaza Dufour, México, Miguel Ángel Porrúa, 1987, pp. 75-84. Infine, riguardo all'importanza del Solórzano nella storia del pensiero economico, si veda S. HIERRO ANIBARRO, *Economía y Derecho mercantil en la obra de Juan de Solórzano Pereira*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, che fornisce anche un approfondito inquadramento biografico dell'autore (pp. 25-56).

elaborazione degli istituti giuridici delle Indie occidentali ⁽⁴⁶⁾. Non fosse altro che per questo, egli può costituire davvero una guida per ricostruire la riflessione della dottrina giuridica spagnola in materia di accessione ⁽⁴⁷⁾ e pertanto nelle pagine che seguono tenteremo di vedere come essa viene da lui trattata.

a) *Il De Indiarum iure.*

Il Solórzano si occupa del tema di nostro interesse all'interno d'un capitolo dedicato al più generale argomento della 'giusta ritenzione' delle Indie da parte della Corona di Castiglia ⁽⁴⁸⁾:

⁽⁴⁶⁾ Ha scritto Francisco Tomás y Valiente che il Solórzano « logró en su obras un sólido equilibrio entre su formación teórica (se ha subrayado su vinculación al 'romanismo' o 'mos italicus'), su prudente espíritu de gobernante y su profundo conocimiento de la realidad indiana » (F. TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del derecho español*⁴, Madrid, Tecnos, 1992, p. 344). Sulla stessa linea anche B. BRAVO LIRA, *El Derecho Común en ultramar. Autores y obras jurídicas de la época del Barroco en Hispanoamérica*, in « Ius commune », Anno XV (1988), pp. 12-14, secondo il quale egli « fue uno de los mayores juristas de su época y, sin disputa, el primero entre los indianos. A pesar de haber tantos y tan distinguidos autores que se ocuparon del derecho indiano, ninguno trató con más profundidad y versación que Solórzano los temas fundamentales » (pp. 12-13); il medesimo giudizio riportato anche in Id., *El derecho indiano y sus raíces europeas: derecho común y propio de Castilla*, in « Anuario de historia del derecho español », Anno LVIII (1988), pp. 38-40. Entrambi gli articoli sono ristampati, con lievi varianti, pure in Id., *Derecho común y derecho propio*, cit., rispett. pp. 147-187 e pp. 3-71.

⁽⁴⁷⁾ In questo senso, riguardo al più generale profilo della *quaestio de Indiis*, anche il giudizio di A. A. CASSI, *Ius commune tra vecchio e nuovo mondo. Mari, terre, oro nel diritto della conquista (1492-1680)*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 64-65, con ampia bibliografia sul Solórzano.

⁽⁴⁸⁾ J. DE SOLÓRZANO Y PEREIRA, *De Indiarum iure sive de iusta Indiarum occidentalium Inquisitione, Acquisitione, et Retentione*, I, Lugduni, Sumptibus Laurentii Anisson, 1672, L. II, cap. 1, pp. 367-376. Sui titoli giustificativi della conquista e della ritenzione del Nuovo Mondo, in una bibliografia sterminata, fra i più recenti, oltre a A. A. CASSI, *Ius commune tra vecchio e nuovo mondo*, cit., *passim* e in partic. pp. 300-302, 373-395, si vedano F. ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO, *Dalla Reconquista alla Conquista: radici e significato del confessionalismo ispanico nel sistema giuridico delle Indie (a proposito di Bolle alessandrine e altro)*, in *Studi in onore di Francesco Finocchiaro*, II, Padova, Cedam, 2000, pp. 1689-1720, ora in Id., *Fra diritto e storia. Itinerari canonistici*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2003, pp. 9-34; le suggestive notazioni di M. MECCARELLI, *La nuova dimensione geopolitica e gli strumenti giuridici della tradizione: approcci al tema del ius belli e del ius communicationis nella Seconda Scolastica*, in « Ius gentium, ius communicationis, ius belli ». *Alberico Gentili e gli orizzonti della modernità*, Atti del

confutando in quella sede l'opinione di Jean Bodin che aveva negato la *plenitudo potestatis* dei re cattolici sulle terre acquisite ed affermato, per converso, la loro natura di feudatari della Chiesa ⁽⁴⁹⁾, egli passa quasi *d'emblée* a trattare della « vulgaris doctrina », secondo la quale le province di nuovo acquisite dalla Corona, essendo unite ed accessorie al Regno di Castiglia, vanno a costituire con questo un unico regno e devono pertanto essere governate dalle leggi vigenti nel regno aumentato ⁽⁵⁰⁾.

L'asserto, come di consueto, è supportato da ampie allegazioni di dottrina le quali spaziano dalla *scientia iuris* medievale, nei luoghi che abbiám visto al paragrafo precedente, fino a pervenire ai giuristi a lui di poco anteriori o contemporanei.

Fra i giuristi del passato il Solórzano annovera, oltre al commentatore bolognese Giovanni dalla Piazza (de Platea... 1418-1427?) — che peraltro non aveva sostenuto esattamente la sua tesi, almeno nel punto indicato ⁽⁵¹⁾ —, al canonista siciliano Andrea

Convegno di Macerata in occasione delle celebrazioni del quarto centenario della morte di Alberico Gentili (1552-1608) — Macerata, 6-7 dicembre 2007, a cura di L. Lacchè, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 51-72, in partic. pp. 68-72; e la sapida messa a punto di F. MAZZARELLA, *Europa e America: storie di colonizzazione giuridica. A proposito di integrazione fra ordinamenti e di globalizzazione*, in « Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo », Anno XLVII (2002), pp. 233-258. Infine, per un'indagine sul fronte della terminologia giuridica, cfr. L. NUZZO, *Il linguaggio giuridico della conquista. Strategie di controllo nelle Indie spagnole*, Napoli, Jovene, 2004.

⁽⁴⁹⁾ *Ibidem*, p. 372, nn. 45-46. Tale confutazione avviene invocando l'autorità del decisionista partenopeo Camillo Borrelli († 1631), il quale si era a sua volta rifatto alla dottrina del teologo Domingo de Soto per sostenere che il re di Spagna, come re delle Indie e del Nuovo Mondo, era libero da ogni dominio temporale (cfr. C. BORRELLI, *De Regis Catholici praestantia, eius Regalibus Iuribus, et praerogativis commentarii*, Mediolani, Apud Hieronymum Bordonum, 1611, cap. 47, p. 311, n. 6). La teoria di Bodin e la diversa opinione di Solórzano sull'interpretazione delle bolle alessandrine è ricordata da SÁNCHEZ MAÍLLO, *El pensamiento jurídico-político*, cit., pp. 255-257.

⁽⁵⁰⁾ SOLÓRZANO, *De Indiarum iure*, cit., p. 372, n. 47.

⁽⁵¹⁾ GIOVANNI DALLA PIAZZA, *In l. Neminem C. De decurionibus* (C. 10.32 [31].64), in ID., *Super tribus ultimis libris Codicis*, Lugduni, Iacobus Giunta, 1537, fo. 40 ra-b. Qui Giovanni aveva sostenuto che, in linea generale, il nuovo signore deve mantenere i propri sudditi nello stato in cui li ha trovati, cosicché la « civitas subiecta » deve continuare ad essere governata con le proprie leggi e consuetudini, e non con quelle della città del signore. In altra parte del suo commentario invece aveva più precisamente fatto riferimento alla teorica bartoliana sul § *Si nuda* per dire che se un regno viene

Barbazza († 1480) e all'onnipresente Giason del Maino (1435-1519) ⁽⁵²⁾, anche il francese Guy Pape (1404?-1477), consigliere dell'autorevole Senato di Grenoble, riferendosi sia ad una delle diffusissime *Decisiones Gratianopolitanae*, sia ad un suo *Consilium*.

Nella *decisio* 265 Guy Pape aveva preso in considerazione una fattispecie di unione di province al Delfinato, quasi coincidente con quella delle Indie, se non fosse per la diversa causa che l'aveva originata: si trattava delle contee di Valence e Digne, le quali erano state acquisite dal Delfino nel 1415, a séguito di disposizione testamentaria del conte di quelle città. A questo proposito egli sostiene che tali contee, entrando a far parte del Delfinato, in virtù delle solite autorità dottrinali, dovranno godere degli stessi privilegi e degli stessi diritti di cui gode il Delfinato medesimo, giacché « res unita sapit naturam et conditionem eiusdem rei cui unitur » ⁽⁵³⁾.

Nel *consilium* 134, Guy aveva invece affrontato la questione canonistica dell'unione di priorati e nello specifico di due priorati retti con due regole diverse, il primo la regola di Sant'Agostino e il secondo la benedettina. La vicenda permette al consulente di diffondersi sulla casistica delle unioni di chiese, le quali possono verificarsi « quo ad spiritualia tantum » (per esempio per celebrare le esequie dei monaci), o « per viam subiectionis » quando la chiesa soggetta rimane sotto la giurisdizione della chiesa che l'aveva in precedenza, senza nessuna modifica degli ordinamenti di quest'ultima, se nulla è disposto nell'atto d'unione; oppure « quo ad praelatum dumtaxat » quando un prelado è nominato titolare di entrambe; o, infine, quando le due chiese si uniscono simultaneamente. Nel qual caso, avverte Guy, si deve verificare se l'unione avviene da parte di una chiesa con un'altra oppure entrambe reciprocamente, giacché nella prima ipotesi la chiesa che viene unita assume la natura, il privilegio, la regola, la professione e le consuetudini della chiesa alla

accresciuto di altri territori, questi continueranno ad esser retti dalle proprie leggi, a meno che non si verifichi un'unione accessoria, così che divenga un unico regno; in questo caso — è sottinteso — si dovranno estendere ai territori le leggi della dominante (cfr. ID., *In l. Propter multas C. De metropoli Berito* [C. 11.21.1], *Ibidem*, fo. 78 ra-b).

⁽⁵²⁾ GIASON DEL MAINO, *In § In persona Inst. De actionibus* (Inst. 4.6.8), in *De actionibus, titulus Institutionum Dn. Iustiniani, Venetiis, Apud Damianum Zenarium*, 1595, p. 114, nn. 10-17, che riassume scolasticamente i termini della questione.

⁽⁵³⁾ GUY PAPE, *Decisiones*, Genevae, Sumptibus Samuelis Chouët, 1667, p. 271.

quale si unisce, e cessano i diritti, le consuetudini e le regole della chiesa che viene unita (« Ecclesia, quae unitur, assumit naturam, privilegium, regulam, professionem et consuetudines ecclesiae cui unitur. Et pereunt iura, consuetudines et regulas illius Ecclesiae, quae unitur »), mentre nella seconda ipotesi ciò non si verifica affatto ⁽⁵⁴⁾.

Come si vede dunque il tipo d'unione preso in esame nella prima ipotesi risponde proprio alla regola dell'accessorietà di cui abbiamo fatto cenno nel paragrafo precedente.

Una citazione che non poteva mancare da parte del Solórzano, prima di passare alla menzione dei suoi contemporanei, è la *Ley de las Siete partidas*, col commento di Gregorio López (1496-1560): nei luoghi da lui indicati si tratta propriamente dell'unione di monasteri, riprendendosi, sia nel testo sia nella glossa, discorsi analoghi a quello ora riportato di Guy Pape e che trovavano la loro origine nel *cap. Recolentes X. De statu monachorum* (X. 3.35.3) ⁽⁵⁵⁾ e nelle glosse a questo riferite.

Tra questi luoghi merita d'esserne preso in considerazione almeno uno ⁽⁵⁶⁾ dove Gregorio López parla dell'unione delle « aldeas », cioè di quei villaggi abitati prevalentemente da contadini, ad una città vicina: essi, a detta del commentatore, non ritengono i propri diritti, ma li trasferiscono nella città alla quale si uniscono e ciò sulla base sia del passo dell'*Extra* ora indicato, sia dell'autorità di Bartolo sul § *Si nuda*. Qui infatti il commentatore, maneggiando abilmente le fonti romane, opera un parallelismo con l'istituto romanistico della *adrogatio* che, come è noto, riguardava una specie

⁽⁵⁴⁾ GUY PAPE, *Cons. Circa processum*, cons. 134, in Id., *Consilia*, Francofurti ad Moenum, Apud Georgium Corvinum, 1574, pp. 295-300.

Per la verità Guy menziona un'ulteriore ipotesi di unione, che egli stesso però ritiene non calzante al discorso da lui svolto, ed è quella tra più chiese che porta all'erezione d'una cattedrale; un'unione in tutto disciplinata dalla Sede apostolica, alla quale spetta tale potere in via esclusiva.

⁽⁵⁵⁾ Nella decretale *Recolentes* di Alessandro III, indirizzata agli abati e ai conventi dell'ordine cistercense, si prescriveva puntualmente che le case religiose aggregate ai Cistercensi dovessero osservare la medesima regola dell'ordine al quale si univano e rinunciare così ad ogni privilegio in precedenza goduto.

⁽⁵⁶⁾ *Gl. De termino poblando* in Part. 3, tit. 20, l. 7 (*Tercera Partida*, En Salamanca, Por Andrea de Portonariis, 1555, fo. 128 v).

di adozione di un *paterfamilias* da parte d'un altro: e così, come nella *adrogatio* i diritti dell'arrogato, accessori alla sua persona, passano in capo all'arrogante, a suo avviso, altrettanto può avvenire nelle unioni di chiese o di *aldeas*, qualora non ci sia una disposizione in contrario della 'istituzione' incorporante.

Un po' meno scontata e — se vogliamo — *sui generis* è l'ultima allegazione di autori del passato: quella che si riporta ai Commentari di Matteo d'Afflito (1448?-1528) sui *Libri Feudorum* ⁽⁵⁷⁾.

Infatti la tematica affrontata da Matteo nel luogo citato è soltanto *lato sensu* riconducibile all'*augmentum regni* ed il suo sostrato teorico è comprensibilmente diverso, trattandosi di una tipica materia feudale qual è quella delle 'regalie', cioè i diritti riservati al principe.

Ed in effetti egli si interessa dei privilegi del porto di Gaeta, affermando che al nuovo porto, costruito per volontà del re di Sicilia, si estendono automaticamente i privilegi che nel corso dei secoli erano stati sanciti in favore di quello vecchio; ma la dottrina e i *loci* romanistici invocati dal giurista napoletano per sostenere le sue tesi non sono assolutamente quelli che si sono visti finora e che si riscontreranno in tutti gli altri autori indicati dal Solórzano che avremo modo di esaminare.

Passando invece al ventaglio di allegazioni di dottrina d'età moderna, occorre sin da subito notare che il Solórzano spazia da autori spagnoli ad altri di area francese o italiana, dando dimostrazione dell'esistenza di quella sorta di « mondo civile comunicabile » che caratterizzava l'esperienza del diritto comune di questo periodo ⁽⁵⁸⁾.

In primo luogo il rinvio è alla *Expositio capitum, seu legum Praetorum, ac Iudicum syndicatus* del magistrato cinquecentesco

⁽⁵⁷⁾ MATTEO D'AFFLITO, *In tit. Quae sint regalia* (L.F. 2.56), v. *Portus*, in ID., *Super III Feud. Lib. Commentaria*, Francofurti, Apud Andreae Wecheli heredes, 1598, pp. 755-757.

⁽⁵⁸⁾ L'espressione è di GIOVAN BATTISTA DE LUCA (1614-1683), *Dello Stile legale*, cap. 17, n. 25, in ID., *Theatrum veritatis et iustitiae*, XV, Venetiis, Ex Typographia Balleoniana, 1726, p. 551.

Francisco de Avilés ⁽⁵⁹⁾, il quale, proprio sulla base di tutte le argomentazioni elaborate dalla Scuola del Commento, aveva risposto affermativamente alla domanda se le Indie che erano state espugnate ai suoi tempi per opera di Hernán Cortés dovessero oppure no essere rette dalle leggi di Spagna ⁽⁶⁰⁾. Avilés dimostrava inoltre di conoscere come la vicenda dell'*augmentum regni* si era posta in modo dirompente nel caso della sottomissione di Pisa al dominio fiorentino ⁽⁶¹⁾ e come il rapporto tra il diritto statutario dei *vici* e quello della città, secondo un'assodata dottrina risalente al medioevo, dovesse essere risolto in favore di quest'ultimo, a meno che non fossero stati fatti salvi dalla *civitas* dominante alcuni statuti delle comunità assoggettate ⁽⁶²⁾.

Sulla stessa linea si collocava poi anche il canonista castigliano, ma operoso nella curia romana (fra l'altro essendo stato in stretta relazione con Clemente VIII), Jerónimo González († 1609) ⁽⁶³⁾; il quale in un'ampia glossa della sua opera principale, trattando dell'unione dei benefici, aveva avuto modo di mettere in evidenza i vari tipi di unione — « per viam subiectionis », « aequae principaliter » e « quo ad caput, et gubernatorem » — e soprattutto la diversità degli effetti che discendevano da questi, ripresentando anche lui la vicenda esemplare della sottomissione pisana ed esponendo le solite, notissime argomentazioni dottrinali ⁽⁶⁴⁾.

Per la verità fra queste due citazioni il Solórzano ne aveva operata un'altra che però mi è sembrato da posporre per le sue peculiarità più strettamente privatistiche.

⁽⁵⁹⁾ Originario di Mombeltrán, nella diocesi di Ávila; poco più d'un cenno in N. ANTONIO, *Bibliotheca Hispana Nova sive Hispanorum Scriptorum qui ab anno 1500 ad 1684 florere notitia*, I, Matriti, Apud Joachinum de Ibarra Typographum regium, 1783 (rist. an. Torino, Bottega d'Erasmus, 1963), p. 405.

⁽⁶⁰⁾ F. DE AVILÉS, *Nova, diligens ac perutilis expositio Capitum, seu legum Praetorum, ac Iudicum syndicatorum regni totius Hispaniae*, Salmanticae, Ex officina Ildefonti a Terranova e Neyla, 1581, *Proemium*, gl. *Yslas*, fo. 12 va.

⁽⁶¹⁾ *Ibidem*, fo. 13 rb.

⁽⁶²⁾ AVILÉS, *Expositio*, cit., cap. 6, gl. *Tierra*, fo. 126 vb.

⁽⁶³⁾ ANTONIO, *Bibliotheca Hispana Nova*, cit., I, p. 576.

⁽⁶⁴⁾ J. GONZÁLEZ, *Dilucidum ac perutile Glossema seu Commentatio ad regulam octavam cancellariae de reservatione mensium, et alternativa episcoporum*, Coloniae, Apud Ant. Helvidium, 1609, Glossa 5, § 7, p. 136, nn. 27-29 e p. 142, n. 121.

Egli infatti si era appoggiato all'autorità dell'avvocato di Granada Melchior Peláez de Mieres (sec. XVI-XVII) ⁽⁶⁵⁾, che nel suo trattato sul maggiorascato aveva avuto modo di fare applicazione ripetutamente della regola dell'accessorietà; in particolare quando aveva parlato dell'investitura non espressa, aveva precisato che se un monastero viene incorporato ad un altro, esso assume la natura di questo; e così pure, se una chiesa avente un feudo viene unita ad un'altra, il feudo passa a quest'ultima chiesa, a meno che non vi siano specifici impedimenti a che si realizzi questo passaggio ⁽⁶⁶⁾.

In modo ampio poi egli si era diffuso sulla natura d'un eventuale *augmentum* con riferimento sempre al maggiorascato, e anche in quella sede egli aveva fatto applicazione della regola predetta, parlando dell'*augmentum regni* e della natura propria dell'unione che è quella appunto di ridurre le cose unite ad un'unica essenza, sicché la dignità d'una contea unita al regno si estingue nel momento stesso in cui si realizza l'unione.

D'altra parte ciò che si accresce, aveva proseguito il Peláez, deve essere giudicato della stessa natura della cosa principale che va ad accrescere, nella logica appunto dell'alluvione, di cui parlava la tradizione giuridica bassomedievale ⁽⁶⁷⁾.

Particolarmente interessante è invece il rinvio che Solórzano fa ad un autore provenzale, François Clapiers di Vauvenargues (1524-1585), che, come giudice, aveva dovuto occuparsi d'un caso di albinaggio ⁽⁶⁸⁾, nella soluzione del quale aveva preso in considerazione la problematica dell'*augmentum regni*.

La questione, decisa nel 1566, riguardava l'eredità di un soggetto oriundo della contea di Avignone, poi trasferitosi nel 1538

⁽⁶⁵⁾ ANTONIO, *Bibliotheca Hispana Nova*, II, Matriti 1788 (rist. an. Torino, Bottega d'Erasmus, 1963), p. 124.

⁽⁶⁶⁾ M. PELÁEZ DE MIERES, *Trac[ta]tus maioratum et meliorationum Hispaniae*, Granatae, Excudebat Regnerius Rabut, 1575, pars 2, qu. 5, fo. 299 rb-va, nn. 11-12.

⁽⁶⁷⁾ *Ibidem*, pars 2, qu. 8, fo. 361 ra-362 ra, in partic. nn. 2 e 8.

⁽⁶⁸⁾ L'albinaggio (*ius albinagii*, *droit d'aubaine*) era una delle più gravi limitazioni a cui nel medioevo e nell'età moderna venivano sottoposti gli stranieri; esso consisteva nell'espropriazione da parte del fisco dell'eredità dello straniero che fosse morto nel regno, con esclusione d'ogni diritto dei suoi eredi. Sul punto, cfr. A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione*, III. *Storia del diritto privato*, Torino, Unione tipografico-editrice, 1894, pp. 193-194.

nella città provenzale di Arles, dove aveva posto il centro dei suoi affari e dove infine era morto. Ora, siccome la contea di Provenza e Forcalquier, dove si trovava Arles, era stata unita al regno di Francia « aequae principaliter », gli abitanti di quei territori avevano mantenuto le proprie leggi e consuetudini, fra le quali non compariva però il diritto di albinaggio, che fu esteso nel 1539 con un apposito editto comitale pubblicato l'anno successivo « in Parlamento Provinciae », quando ormai da due anni quel soggetto risiedeva ad Arles.

Nondimeno, il fisco aveva ritenuto di appropriarsi dell'eredità del defunto in forza del diritto d'albinaggio vigente nel regno di Francia ed essendo il *de cuius* uno straniero nella contea provenzale. La Corte erariale di Provenza, di fronte all'opposizione dei figli, aveva però riconosciuto il diritto di costoro di adire l'eredità paterna, perché nel caso di specie non potevano applicarsi le disposizioni del *ius Gallorum* in materia d'albinaggio in una contea che, pur essendo unita al regno di Francia, aveva mantenuto la propria autonomia normativa, posto che l'editto comitale sull'albinaggio non riguardava certamente coloro « qui ante publicationem eius edicti dictos comitatus incolebant, licet Albini essent, et extra fines regni nati » (69).

La decisione, come dicevo, è interessante perché il perno del ragionamento giuridico ad essa sotteso è costituito per l'appunto dal § *Si nuda* e da tutta l'elaborazione dottrinale che su questo era stata fatta nei secoli precedenti; e poi per il fatto che il Clapiers mette in evidenza come l'estensione delle nuove disposizioni sull'istituto in esame sia stata operata dal re di Francia non in quanto re, ma quale conte di Provenza, sul presupposto della permanente autonomia normativa di questa contea rispetto al regno (70).

Un po' meno calzanti, ma sostanzialmente esatti sono i successivi rinvii che il giurista madrileno compie nel prosieguo alle opere di due giuristi napoletani: un *consilium* di Giovanni Antonio

(69) F. CLAPIERS, *Centuriae caussarum, in summa rationum, vectigalium, et sacri aerarii Provinciae Curia decisarum*, Lugduni, Sumptibus Ioannis de Gabiano, 1616, caussa I, pp. 1-12; la citazione è a p. 11, n. 39.

(70) Rispettivamente *ibidem*, p. 7, n. 19 e p. 9, n. 26.

Lanario († 1590) ⁽⁷¹⁾ ed una *decisio* di Vincenzo de Franchi (1531-1601) ⁽⁷²⁾.

Il primo è dettato in materia di privilegi cittadini e riguarda una pretesa immunità della città di Bari nei confronti del fisco: il Lanario sostenendo le ragioni di quest'ultimo, volte a ristabilire il diritto non privilegiato, invoca anche il § *Si nuda*, con le solite *auctoritates* per sostenere l'estensione alla città delle ordinarie normative vigenti nel *Regnum* ⁽⁷³⁾.

La *decisio* 506 del de Franchi, in materia di vendita di beni con ipoteca, applica invece la regola dell'accessorietà, per così dire, nel suo campo d'origine, per cui un'obbligazione reale transita verso qualsivoglia possessore non solo gravando sulla cosa specificamente obbligata, ma anche sulle cose ad essa accessorie ⁽⁷⁴⁾.

Dopo aver invocato questi scrittori che, in linea generale, avevano ribadito nel corso del Cinquecento la dottrina medievale dell'accessorietà, il Solórzano avverte la necessità di contestualizzare il discorso in modo più attinente alla problematica delle Indie occidentali. È così che egli indica due autori che avevano trattato proprio di questo principio « in terminis de provinciis Novi Orbis »: il giurista di Guadalajara (Spagna) Ignacio de Lasarte y Molina (sec. XVI) ⁽⁷⁵⁾ e il famoso consulente canonista Juan Bautista Valenzuela Velázquez (1574-1645) ⁽⁷⁶⁾. Ma mentre il Lasarte si interessa *en passant* dell'applicazione di questo principio alle Indie, all'interno

⁽⁷¹⁾ Cenni biografici in M. N. MILETTI, *Tra equità e dottrina. Il Sacro Regio Consiglio e le « decisiones » di V. de Franchis*, Napoli, Jovene, 1995, p. 13, nt. 54.

⁽⁷²⁾ Cfr. ancora MILETTI, *Ibidem*, *passim* e spec. pp. 3-17.

⁽⁷³⁾ G. A. LANARIO, *Cons. In causa praetensae immunitatis*, cons. 76, in Id., *Consilia sive iuris Responsa*, Apud Franciscum de Franciscis Senensem, 1598, fo. 134 ra-137 vb, in part. n. 13.

⁽⁷⁴⁾ V. DE FRANCHI, *Decisiones Sacri Regii Consilii Neapolitani*, III, Venetiis, Apud Nicolaum Pezzana, 1720, pp. 132-133, spec. n. 11.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. J. C. GARCÍA, *Biblioteca de escritores de la Provincia de Guadalajara y bibliografía de la misma hasta el siglo XIX*, Madrid, Est. Tipográfico sucesores de Rivadeneyra, 1899, n. 114, pp. 239-240, il quale informa che il Nostro studiò all'Università di Tolosa ed esercitò l'avvocatura nella propria città, appartenendo ad una delle famiglie che costituirono la «secunda nobleza» di Guadalajara. Un cenno anche in ANTONIO, *Bibliotheca*, cit., I, p. 623.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. M. J. PELÁEZ, *v. Valenzuela Velázquez, Juan Bautista*, in *Diccionario crítico*, cit., II, pp. 619-620 e ANTONIO, *Bibliotheca*, cit., I, pp. 654-655.

d'un'esposizione dedicata ai regni recuperati agli arabi da parte della corona di Castiglia, ai quali, come per le Indie, si estendono le normative vigenti nel regno che li ha riconquistati (77), cosicché il rinvio sembra quasi una citazione di maniera, il rimando al Valenzuela assume invece un'importanza assai maggiore, perché in uno dei *consilia* citati, questo giurista aveva avuto modo di prendere in esame istituti giuridici spagnoli, trapiantati nella prassi indiana.

Nel *consilium* 82, infatti, il Valenzuela analizza la dignità degli *adelantados*, vale a dire dei « Praesides Provinciarum Indiarum », per concludere come l'« adelantado » non sia un qualcosa di meno importante rispetto alle onorificenze concesse in Ispagna — esso sarebbe addirittura parificabile alla dignità vescovile —, rinvenendo il fondamento di queste asserzioni nella considerazione che le Province del Nuovo Mondo sono una « pars » del Regno e quindi soggiacciono alle stesse leggi (78).

Chiarito il significato dell'unione realizzatasi « accessorie », il Solórzano passa successivamente a precisare che gli effetti che si verificano in tale tipo di unione non si verificano in quella che si realizza « aequae principaliter »; e anche a questo proposito le allegazioni di dottrina si susseguono — peraltro in modo non sempre

(77) I. DE LASARTE Y MOLINA, *Additamenta in suo tractatu de decima venditionis et permutationis, quae Alcala noncupatur*, Madriti, Apud Petrum Madrigal, 1599, praef., fo. 2 rb-va, n. 20.

(78) J. B. VALENZUELA VELÁZQUEZ, *Cons. In favorem Praesidum*, L. I, cons. 82, in ID., *Consilia sive responsa iuris*, I, Lugduni, Sumptibus Ioannis Antonii Huguetan, et Guilielmi Barbier, 1671, p. 489, nn. 70-71: « Quare cum sint Provinciae spectantem ad Regiam Coronam Castellae, et Legionis, reputantur ut res et partes illius, iuxta doct. Bart... Papae... Aviles... Et constat ex Regia ordinatione Indiarum 14 et 18 anni 1542. Et ita tituli Admiralli, Ducum et Marchionum Indiarum ut experientia rerum magistra docet, gaudent omnibus praerogativis, magnitudine, et honoribus, quibus alii titulati ipsorum similes dignitates habentes in Regnis Castellae, nec sine ratione, nam (...) honor aut titulus honorificus delatus, per Regem aut Principem supremum, non habent limitationem certi loci, nec temporis, sed generaliter observari debent ». Il discorso sull'accesione è alla base dell'altro *consilium* indicato dal Solórzano — il 79 (*Ibidem*, p. 468, nn. 36-46) — dove si riprendono le considerazioni del López in merito alle *aldeas*, e anche di un altro parere — il 146 (*Consilia sive iuris Responsa*, II, Coloniae allobrogum, Sumptibus Marci-Michaelis Bousquet et sociorum, 1727, p. 271, n. 32) — dove si parla di esenzioni dal pagamento di decime a favore delle terre di certi chierici, le quali si estendono anche alle terre successivamente aggiuntesi.

puntuale — con riferimento ai vari *regna* che erano confluiti sotto la corona di Castiglia e che però avevano mantenuto la loro autonomia, fra i quali egli menziona l'Aragona, il Napoletano, il Regno di Valenza, il Portogallo e il Ducato di Milano.

Se per l'Aragona c'è una citazione — di maniera e impropria — della raccolta delle decisioni del Senato di quel regno ⁽⁷⁹⁾, più pertinenti appaiono le allegazioni del Solórzano circa il Regno di Napoli e di Sicilia di tre decisionisti del calibro di Nicola Antonio Gizzarelli ⁽⁸⁰⁾, Francesco Milanese ⁽⁸¹⁾ e Camillo Borrelli ⁽⁸²⁾.

Quanto al primo, il riferimento è ad una *decisio* in materia ereditaria, circa il tempo di redazione dell'inventario da parte dell'erede; un tempo che può essere prorogato allorché i beni del *de cuius* si trovino all'estero o comunque in altre parti del medesimo regno, ma che si configurino però come province autonome; e il Gizzarelli ha modo di puntualizzare che ciò si potrebbe verificare, se essi si trovassero nella Sicilia ulteriore o nel Ducato di Milano dove vi sono « diversi Praesides, et consilia », ma non in una provincia interna del regno di Napoli, con ciò implicitamente rilevando la duplice essenza del termine « provincia » e l'autonomia che rimane in quei territori che, seppure facenti parte del medesimo regno, hanno ancora propri rettori e organismi giurisdizionali-amministrativi ⁽⁸³⁾.

⁽⁷⁹⁾ J. DE SESSE, *Decisiones Sacri Senatus Regii Regni aragones*, II, Caesaraugustae, Apud Ioannem a Lanaja, et Quarranet, 1615.

⁽⁸⁰⁾ Gizzarelli nacque nel 1538, ebbe « una carriera non immune da sospetti e rancori » e si presenta come continuatore dell'opera del De Franchis. Incerta è la data di morte (comunque collocabile agli inizi del Seicento); cfr. N.M. MILETTI, *Stylus iudicandi. Le raccolte di decisioni del Regno di Napoli in età moderna*, Napoli, Jovene, 1998, pp. 28-29.

⁽⁸¹⁾ Sull'autorevolezza della sua raccolta di *decisiones*, più volte stampata anche *extra Regnum* e peraltro condannata nel 1766 al « rogo » dal viceré Fogliani, cfr. A. ROMANO, « *Legum doctores* » e cultura giuridica nella Sicilia aragonese. Tendenze, opere, ruoli, Milano, Giuffrè, 1984, p. 240, nt. 64 e *ad indicem*.

⁽⁸²⁾ Sulla cui *Summa* giurisprudenziale, apparsa tra il 1618 e 1623, di carattere universalistico, in quanto volta a organizzare in modo sistematico il materiale proveniente da addirittura centoquaranta decisionisti, cfr. MILETTI, *Stylus iudicandi*, cit., pp. 37-38.

⁽⁸³⁾ N. A. GIZZARELLI, *Aureae decisiones Sacri Regii Consilii Neapolitani*, Neapoli, Ex Typographia Secundini Roncalioli, 1629, L. I, dec. 42, pp. 195-197, nn. 22-27.

Il Milanese e il Borrelli vengono invocati dal Solórzano per sottolineare che l'autonomia normativa delle province unite « aequae principaliter » porta ad una completa organizzazione giurisdizionale, del tutto separata da quella del *regnum augmentatum*, cosicché le cause riguardanti sudditi nati e viventi in quelle province debbono essere concluse, in tutti i gradi di giudizio, all'interno del proprio particolare ordinamento giudiziario ⁽⁸⁴⁾.

Per il Regno di Valenza, il Solórzano ricorre ad una *decisio* della *Audientia Valentina*, che riafferma i medesimi principî giurisdizionali dei precedenti decisionisti siciliani, ancorché la controversia verta su di un complesso intreccio di giurisdizioni laica ed ecclesiastica ⁽⁸⁵⁾, mentre per il Portogallo egli richiama un celebre parere di Miguel de Aguirre in favore di Filippo II ⁽⁸⁶⁾, una *decisio* del Senato lusitano ⁽⁸⁷⁾, ed una consulenza di Diego de Brito († 1635) ⁽⁸⁸⁾, dove, in modo più o meno diffuso, si afferma che la corona portoghese è unita a quella di Castiglia, senza però che il Portogallo abbia mai perso la propria autonomia normativa.

La nutrita serie di allegazioni si conclude con il riferimento all'*auctoritas* del giurista alessandrino Lancillotto Gallia (1532-

⁽⁸⁴⁾ Rispettivamente F. MILANESE, *Aureae decisiones Regiae Curiae Regni Siciliae*, Panormi, Apud Angelum Orlandi, 1624, pars 1, L. I, dec. 2, fo. 12 vb, n. 1, e C. BORRELLI, *Decisionum universarum, et totius christiani orbis rerum omnium iudicatarum summae*, I, Venetiis, Apud Iuntas, 1623, tit. 43, fo. 172 va, n. 158.

⁽⁸⁵⁾ F. J. LÉON, *Decisiones Sacrae Regiae Audientiae Valentinae*, I, Matriti, Apud Thomam Iuntam, 1620, dec. 2, pp. 18-27, in partic. nn. 32-33; sull'autore, cfr. ANTONIO, *Bibliotheca*, cit., I, p. 433.

⁽⁸⁶⁾ M. DE AGUIRRE, *Responsum de successione Regni Portugalliae pro Philippo Hispaniarum rege... adversus Bononiensium, Patavinorum et Perusinorum Collegia*, Venetiis, Apud Franciscum Ziletum, 1581, pars 4, fo. 104 ra, nn. 55-56. Su questo giurista, studente e poi rettore del Collegio di Spagna a Bologna, cfr. ANTONIO, *Bibliotheca*, cit., I, p. 129.

⁽⁸⁷⁾ G. PEREIRA DE CASTRO, *Decisiones Supremi Eminentissimique Senatus Portugalliae*, Ulyssipone, Apud Petrum Craesbeeck Regii Typographi, 1621, dec. 2, p. 11, n. 1. Su questo giurista, dedito anche alla musica e alla poesia, cfr. ANTONIO, *Bibliotheca*, cit., I, p. 508.

⁽⁸⁸⁾ D. DE BRITO, *Consilium in causa maioratus Regiae Coronae Regni Lusitaniae*, Olyssiponae, Ex officina Petri Crasbeeck, 1612, fo. 18 v-20 r, n. 13. Sull'autore cfr. ANTONIO, *Bibliotheca*, cit., I, p. 271.

1595) ⁽⁸⁹⁾ e alle sue riflessioni su alcune consuetudini della propria città, le quali erano state accolte nei *Tractatus universi iuris*, evidentemente perché non costituivano dei meri commentari di diritto statutario, ma potevano essere ascritte alla letteratura di diritto comune, peraltro con quella funzione riepilogativa di tutta la discussione scientifica dei secoli passati, cui abbbiam fatto cenno nel paragrafo precedente.

Lancillotto Gallia infatti parla del Ducato di Milano, considerandolo quale paradigma dell'unione «*aeque principaliter*» ed avendo ben presente l'esposizione bartoliana, con l'esempio della contea di Tolosa che questi aveva fatto, e tutta la successiva riflessione della *scientia iuris*.

Egli si sofferma quindi su alcune conseguenze che discendono da questo inquadramento, la cui spiegazione è necessaria per il discorso che sta conducendo sulle consuetudini d'Alessandria.

In primo luogo precisa che ogni disposizione del Re di Spagna che sia destinata ai territori milanesi deve recare la qualifica di «*Dux Mediolani*» per il re che la promulga; e infine rammenta che in caso di mancanza o di lacune della legislazione ducale, si deve ricorrere al diritto comune e non alle leggi di Spagna, la cui applicazione è sempre preclusa, proprio in virtù del tipo d'unione che lega Milano a quel regno ⁽⁹⁰⁾.

E questo, nello spazio d'una mezza pagina, costituiva davvero il riassunto d'un dibattito di alcuni secoli.

b) *La Política Indiana*.

Com'è risaputo, la *Política Indiana* del Solórzano non costituisce semplicemente una traduzione in castigliano del *De Indiarum iure*, ma rappresenta in realtà il frutto d'una rielaborazione, a tratti profonda, di quanto dall'autore scritto in precedenza.

⁽⁸⁹⁾ Sul quale, oltre ai cenni biografici in G. GHILINI, *Teatro d'buomini letterati*, Venetia, Per li Guerigli, 1647, p. 143, che lo indica con l'appellativo di 'Lanciarotto', si veda adesso G. STRADELLA, *Un giurista alessandrino del maturo diritto comune Lancillotto Gallia (1532-1595)*, Alessandria, Società di Storia Arte Archeologia Accademia degli Immobili, 2006.

⁽⁹⁰⁾ L. GALLIA, *In consuetudinem alexandrinam prohibentem maritum ultra certum modum uxori relinquere*, in *Tractatus universi iuris*, cit., II, fo. 293 vb, nn. 91-94.

Circa l'argomento di nostra pertinenza, che egli tratta in un capitolo dedicato all'autorità del *Consejo Supremo de las Indias* ⁽⁹¹⁾, occorre dire che le innovazioni sono veramente poche: nulle dal punto di vista dei contenuti, di un qualche rilievo semmai per l'indicazione di ulteriori fonti dottrinali che si occupano dell'accessione del Nuovo Mondo alla corona di Castiglia ⁽⁹²⁾.

Così, accanto al rinvio a quanto da lui scritto nell'opera precedente e alla bibliografia ivi citata, si trova un'ulteriore elencazione di giuristi a lui contemporanei che merita di essere presa in esame, ancorché, lo ripeto, non si abbiano novità dal punto di vista delle argomentazioni sostenute.

In primo luogo egli rinvia agli eruditi commentari al Digesto del professore di Salamanca Juan Orozco (1510/1512-1559) ⁽⁹³⁾, il quale, prendendo spunto dalla definizione di legge data da Demostene, secondo cui essa vincola tutti coloro che si trovano nella città ⁽⁹⁴⁾, aveva sostenuto che le leggi d'una città si estendono anche ai sobborghi di essa e la stessa regola si applica, secondo una « approbatissima sententia » al caso delle Indie « nuper repertae », che sono governate dalle leggi di Spagna, perché accessoriamente ad essa unite, a differenza della Sicilia o della Fiandria che hanno mantenuto la loro autonomia ⁽⁹⁵⁾.

Affermazione questa che viene confermata implicitamente anche dalla successiva allegazione, il commento alle *Leyes de Toro* di

⁽⁹¹⁾ J. DE SOLÓRZANO Y PEREIRA, *Política Indiana*, II, Madrid, En la Imprenta Real de la Gazeta, 1776, Lib. V, cap. 16, pp. 401-407.

⁽⁹²⁾ *Ibidem*, p. 404, n. 12. Qui il Solórzano sembra utilizzare addirittura la stessa terminologia che aveva usato nel *De Indiarum iure* parlando dell'accessione quale « vulgar doctrina que nos enseña ».

⁽⁹³⁾ Sul quale vedi J. GARCÍA SÁNCHEZ, *v. Orozco, Juan*, in *Diccionario crítico*, cit., II, pp. 212-213 e più ampiamente J. GARCÍA SÁNCHEZ- B. GARCÍA FUEYO, *Juan de Orozco, Legista salmantino*, in « Anuario de Facultad de Derecho de Universidade da Coruña », 2005, 9, pp. 347-439.

⁽⁹⁴⁾ La sua definizione, riportata nell'originale greco dal giureconsulto Marciano (*libro primo institutionum*), vedeva la legge oltre che come « dono della divinità » e « dottrina di uomini saggi », anche come « accordo comune della città », il quale vincola, appunto, tutti coloro che nella città vivono.

⁽⁹⁵⁾ J. DE OROZCO, *In l. Nam et Demosthenes ff. De legibus* (D. 1.3.2), in *Id.*, *Ad responsa prudentium Commentarii*, Salmanticae, In aedibus Andreae a Portonariis S.C.M. Typographi, 1558, cc. 136-138, in part. nn. 6-10.

Marco Salón (Burgos) de Paz ⁽⁹⁶⁾, il quale proprio trattando della prima di queste leggi che, com'è noto, sanciva la gerarchia delle fonti del diritto nei regni soggetti alla Corona castigliana, si era soffermato sull'esperienza giuridica dei Regni di Navarra e Aragona non sottomessi a quella Corona, ma semplicemente 'aggiunti', e che per questa ragione avevano potuto mantenere le proprie leggi e le proprie consuetudini ⁽⁹⁷⁾.

Dello stesso tenore è l'allegazione dal *De iudiciis* del professore lusitano Pedro Barbosa ⁽⁹⁸⁾, quantunque riferita all'unione del Portogallo con la Castiglia ⁽⁹⁹⁾.

Più attinente alla realtà delle Indie occidentali sono invece i rinvii ad un trattato del giurista Cristóbal de la Paz ⁽¹⁰⁰⁾ in materia di interdetti possessori e ad un commentario del giurista panamense Francisco Carrasco del Saz († 1625) ⁽¹⁰¹⁾ alla *Recopilación* del Regno di Castiglia.

Nel primo l'autore ripropone la solita distinzione tra unione accessoria e in via principale per arrivare alla conclusione che, non esistendo disposizioni specifiche del Consiglio delle Indie in materia di « tenuta » ed essendo con la conquista stati aboliti tutti gli « iura » preesistenti, anche in conseguenza del fatto che la religione era stata

⁽⁹⁶⁾ Su questo giurista cinquecentesco, originario di Burgos, avvocato a Valladolid e annoverato fra i più celebri commentatori delle *Leyes de Toro*, cfr. M. F. GÁMEZ-E. LECUONA, *v. Salón de Paz, Marcos*, in *Diccionario crítico*, cit., II, pp. 475-476.

⁽⁹⁷⁾ M. SALÓN DE PAZ, *Ad leges Taurinas insignes commentarii*, Pinciae, Apud Franciscum Fernandum a Corduba, 1568, ad legem I, fo. 124 va-b, nn. 450-451.

⁽⁹⁸⁾ Personaggio di spicco della cultura giuridica portoghese tra Cinque e Seicento ebbe notevoli incarichi nella curia di Filippo II e insegnò nell'Università di Coimbra, con una considerevole produzione scientifica; cfr. ANTONIO, *Bibliotheca*, cit., II, p. 174.

⁽⁹⁹⁾ P. BARBOSA, *Ad legem haeres absens § proinde in hoc articulo, de foro delicti*, ff. *De iudiciis* (D. 5.1.19), in ID., *Commentarii ad interpretationem tituli ff. De Iudiciis*, Ulyssipone, Ex Officina Petri Crasbeeck, 1613, fo. 229, nn. 142-144.

⁽¹⁰⁰⁾ Su questo giurista di Salamanca, la cui produzione risale tutta ai primi decenni del diciassettesimo secolo, cfr. le succinte notazioni di ANTONIO, *Bibliotheca*, cit., I, p. 249.

⁽¹⁰¹⁾ Canonista formatosi all'Università di Alcalá de Henares, nel 1591 passò nelle Indie dove rimase fino alla morte; cfr. J. CANO, *v. Carrasco del Saz, Francisco*, in *Diccionario crítico*, cit., I, 2005, p. 198 e, più ampiamente, J. BARRIENTOS GRANDÓN, *El mos italicus en un jurista indiano: Francisco Carrasco del Saz (152-1625)*, in « *Ius fugit. Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos* », Anno II (1993), pp. 43-62.

mutata, si debbono applicare le normative spagnole, argomentando da un passo della Lettera agli Ebrei, e da altri tratti dalle Istituzioni giustinianee e dal Codice ⁽¹⁰²⁾.

Nel secondo, vertendosi in materia del sacramento dell'Eucaristia e trattando delle persone che sono scusate dal precetto, Carrasco del Saz introduce il discorso sulla applicazione della normativa spagnola alle Indie anche per questa particolarissima materia, a causa dell'unione realizzatasi in primo luogo per caso fortuito e poi con la guerra di conquista (« casu primum fortuito, deinde bello »), cosicché queste province dovevano seguire la legislazione dettata per la città principale, ancora una volta — è il caso di dire — in forza di quanto sostenuto unanimemente dalla *scientia iuris* sul § *Si nuda* ⁽¹⁰³⁾.

Conclusivamente si può osservare allora come tutte le allegazioni ripropongano lo stesso *Leitmotiv*, insieme alla dottrina precedente, con stanca ripetitività, anche quando si debbono trattare argomenti 'nuovi'.

Siamo davvero ben lontani dalle pulsanti elaborazioni dei commentatori: è il periodo — com'è stato notato — del « moto tardo e pigro » del maturo diritto comune ⁽¹⁰⁴⁾, col quale anche Solórzano, in certo modo, deve fare i conti.

Insomma, quello che c'era da dire su quest'argomento, ormai era stato abbondantemente detto ⁽¹⁰⁵⁾.

⁽¹⁰²⁾ C. DE LA PAZ, *De tenuta, seu interdicto et remedio possessorio summarissimo, tam mero, quam mixto, super huius Regni primigeniis tractatus*, Pintiae, Ex Typographia Ioannis de Rueda, 1615, cap. 39, pp. 505-507, nn. 27-32. I passi sono *Ad Haebros* 7, 12: « translato sacerdotio, necesse est ut et legis traslatio fiat »; § *ult. Inst. De satisfactionibus* (Inst. 4.11) e *l. ult. C. De temporibus in integrum restitutionis* (C. 2.52 [53].7), dove si precisa rispettivamente che in materia di forma delle *satisfactiones* è da seguire anche nelle province la consuetudine invalsa nella città di Roma e che dappertutto si deve osservare il quadriennio per la *restitutio in integrum* così come disposto per Roma e Costantinopoli.

⁽¹⁰³⁾ F. CARRASCO DEL SAZ, *Interpretatio ad aliquas leges Recopilationis Regni Castellae*, Hispali, Apud Hieronymum a Contreras, 1620, cap. 1, fo. 8 ra-b, nn. 16-20.

⁽¹⁰⁴⁾ Sono parole di A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, I, *Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 170.

⁽¹⁰⁵⁾ Non tragga in inganno quanto scriverà alcuni decenni più tardi il sardo Pietro Frasso, sostenendo che le Indie occidentali sono da considerare unite « aequae principaliter » alla Castiglia: il suo ragionamento è infatti costruito intorno all'esistenza

4. *In orbem terrarum.*

Scavando dentro le pagine del Solórzano, come abbiamo tentato di fare in questa sede, verrebbe la voglia di abbozzare una risposta in merito alla funzione del diritto comune nel Nuovo Mondo, proprio in considerazione dell'uso che egli ne fa nelle sue opere.

Anche da questa pur sommaria rassegna in materia di *augmentum regni* emerge infatti come esso — con la sua metodologia, le sue *figurae*, i suoi principî — sia stato parte integrante dell'esperienza giuridica delle Indie occidentali, costituendo l'armamentario tecnico-giuridico di cui i giuristi si servivano per ricostruire quell'esperienza.

Il Solórzano si inserisce appieno in quella *scientia iuris* che, con la propria *interpretatio*, svolgeva una funzione imprescindibile in un ordinamento dove, al pari di quanto avveniva in Europa, erano presenti una pluralità di fatti di normazione che dovevano essere ricondotti ad unità.

Le ragioni della « recezione » del diritto comune nelle Indie occidentali sono state sicuramente molteplici e non è questo il luogo per indagarle in modo approfondito: di certo la *voluntas regia* — che portò all'incorporazione alla Corona di Castiglia piuttosto che a quella pattizia d'Aragona ⁽¹⁰⁶⁾ — e poi economiche, sociali, culturali.

e al ruolo del *Consejo Supremo de las Indias* che, configurandosi come tribunale regio autonomo, faceva sì che ogni provvedimento dettato per questi territori, se non esaminato da esso, non potesse essere mandato ad esecuzione. Si tratta d'un'*opinio singularis* che evidentemente teneva conto della situazione che si era consolidata nel Nuovo Mondo, successivamente però alla 'recezione' del diritto comune avvenuta nel secolo precedente. Cfr. P. FRASSO, *De regio patronatu ac aliis nonnullis regalibus, regibus catholicis, in Indiarum occidentalium pertinentibus*, I, Matriti, Ex typographia Imperiali, apud Iosephum Fernandez a Buendia, 1677, cap. 7, pp. 53-54, nn. 40-46. Su questo giurista, nativo di Porto Torres ed operoso nelle Indie, si veda P. TOLA, *Dizionario biografico degli uomini illustri di Sardegna*, II, Torino, Tipografia Chirio e Mina, 1838, pp. 107-110 e J. CANO, v. Frasso, Pedro, in *Diccionario crítico*, cit., I, pp. 331-332, che non concordano sull'anno di nascita fissato dal primo nel 1629 e dal secondo nel 1630. Sarebbe morto nel 1693.

⁽¹⁰⁶⁾ Condivisibili le avvertenze sulla particolare forma di 'recezione' del *ius commune* nelle Indie, la quale deve fare i conti con un impianto statualista, di R. ESTRADA MICHEL, *Legislación estatocéntrica y tutela principialista en Indias*, in *Principios y Reglas*, cit., pp. 493-510.

Ma, fra le tante, c'è n'è anche un'altra che non dev'essere dimenticata: quella ragione che fu alla base della diffusione del diritto romano-canonico al modo italiano in tutte le contrade d'Europa e infine in tutto il mondo conosciuto; quella ragione che Francesco Calasso, sessant'anni fa, indicò come una sorta d'intrinseca bontà delle leggi romane e della tradizione scientifica che ad esse si rifaceva ⁽¹⁰⁷⁾.

Anche Solórzano dunque — e con lui la scienza giuridica della *hispanidad* — cercava in quelle leggi quella « boa razão » di cui ogni giurista ha bisogno « ad faciendum homines bonos » ⁽¹⁰⁸⁾.

⁽¹⁰⁷⁾ F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1951, p. 340. Ho preso a prestito il titolo di questo paragrafo da quello del saggio finale della silloge calassiana.

⁽¹⁰⁸⁾ Notando la varietà di popoli che erano stati interessati dalla diffusione del diritto comune, Calasso spiegava il motivo di questa diffusione, individuandolo « con la giustificazione, molto semplice, ma anche molto profonda, che Filippo II dava alle genti più diverse del suo vastissimo impero nel rinviare alle leggi romane e alla grande tradizione scientifica italiana che faceva testo quanto esse, tutte le volte che le sue *ordenações* non disponessero: “pela boa razão em que são fundadas” ».

Le parole finali di cui nel testo — ricordate dallo stesso Calasso, *Ibidem*, p. 191 — sono del giurista tre-quattrocentesco Paolo di Castro, che concludeva: « Et si efficiuntur boni, destinantur in gloriam aeternam, propter quam capessendam homines sunt creati, non propter haec transitoria mundana ».

ALEJANDRO AGÜERO

ON JUSTICE AND “HOME RULE” TRADITION
IN THE SPANISH COLONIAL ORDER.
CRIMINAL JUSTICE AND SELF GOVERNMENT
IN CÓRDOBA DEL TUCUMÁN

I. Introduction. — II. Law and Justice in the pre-contemporary Spanish legal culture. — II.1. Law as a transcendent order and the subordinate place of positive law. — II.2. Factualism, particularism and customary law. — II.3. Justice as a preeminent function of government. The concept of *Iurisdictio*. — II.4. Flexibility and adaptation of the institutional order. *Iurisdictio* and *arbitrium*. — III. Criminal justice as a field of observation. — III.1. Religion and Law in criminal justice. — III.2. Indulgence, dissimulation and bargaining. — III.3. Utility, custom and convenience. — IV. Localization of law (A first conclusion). — V. Justice and “home rule” tradition. — V.1. King’s justice in the hands of the republic. The Tenientes in Córdoba del Tucumán. — V.2. The Justicia Mayor as Judge of appeal. — V.3. The Bourbon reforms and some reflections on the postcolonial experience. — VI. Conclusions.

I. *Introduction* (*).

As is well known, from the last decades of the 20th century to the present, the historical study of law and justice in western culture has received increasing attention by different disciplines related to history and social sciences. As social historians have recognized the relevance of legal culture and institutional practice for the comprehension of the past ⁽¹⁾, scholars enrolled in the tradition of legal history have abandoned the formalistic approach based on legal texts (that kind of retrospective dogmatic analysis that was the

(*) The original version of this essay was presented at the International Seminar on the History of the Atlantic World, Harvard University, in August 2010.

(1) As it’s been noted, i.e., R. D. SALVATORE, C. AGUIRRE, *Writing the History of Law, Crime and Punishment in Latin America*, in *Crime and Punishment in Latin America*, a cura di R. D. Salvatore, C. Aguirre and G. M. Joseph, Durham & London, Duke University Press, 2001, pp. 1-32.

traditional approach used by the discipline) to pay more attention to the cultural background, to the political imaginary weaved by fundamental belief and values, trying to understand the “local sense” of the legal discourse produced by a “different” culture. Recognizing the “otherness” of the past, the deep gap at the level of meanings opened after the enlightened revolutions in political and juridical language is one of the most important postulates for the new legal history. Among other topics, the so called “critical legal history” led to a comprehensive review of the modern age’s political institutions putting aside the bias derived from the concept of State in the description of the pre-contemporary legal culture (2).

However, the image of the old Spanish Monarchy as an absolute state and the systematic and legalist approach on the modern legal culture were still for long time present in the background of many studies about institutional practices in the Hispanic “colonial law” (3). As Spanish colonial territories were organized and governed according to the Castilian legal culture of the early modern period, research on colonial institutional practices cannot be separated from the general theoretical debate on law and political structure of the old Spanish monarchy. (4) Our understanding and

(2) In the Iberian countries these topics were mainly discussed by B. CLAVERO, *Institución política y Derecho. Acerca del concepto historiográfico del ‘Estado Moderno’*, in « Revista de Estudios Políticos », 19, 1981, pp. 43-57; A. M. HESPANHA, *Para uma teoria da história institucional do Antigo Regime*, in *Poder e Instituições na Europa do Antigo Regime. Colectânea de textos*, a cura di A. M. Hespanha, Lisboa, Gulbenkian, 1984, pp. 7-89; and by the same author, *A historiografia jurídico-institucional e a ‘morte do estado’*, in « Anuario de Filosofía del Derecho », 3, 1986, pp. 191-227. A recent review in, C. GARRIGA, *Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen*, in « Istor. Revista de Historia Internacional », 4, 2004, 16, pp. 13-44. I will use their arguments in the following section.

(3) A critical review on the academic tradition of studies about Spanish colonial law in L. NUZZO, *De Italia a las Indias. Un viaje del Derecho Común*, in « Revista de Estudios Socio-Jurídicos », 10, 2008, pp. 87-126.

(4) I will use the term “colonial law” to make reference to the normative language used by the Spanish institutions settled in the colonial domains. I will consider this language as a part of a larger cultural horizon brought to the New World by the conquerors, as it is shown by the huge amount of documentation kept in the colonial archives. I am aware of the relevance of the cultural point of view of the “conquered” to understand the whole colonial experience avoiding the risk of reproducing a Eurocentric speech, but as I am interested in discussing a particular perspective on the Spanish legal history, that point of view will remain out of my scope in the present study.

interpretations about the law and justice in the colonial world depend on the theoretical point of view we take in general terms on the legal and political culture of the Spanish Monarchy. At the same time, testimonies taken from colonial archives may provide an interesting observatory to analyze some general topics related to the characters of the legal culture and the political structure of the Monarchy ⁽⁵⁾.

From this perspective, I am going to focus on the relationship between justice administration (particularly “criminal justice”) and local autonomy, discussing the imprints derived from the classical approach that has described the penal field as an institutional area that would have been “almost entirely under direct royal control throughout the early modern period” ⁽⁶⁾. I will begin pointing out briefly some topics related to the different meanings of Law and Justice in the Spanish pre-contemporary culture. Then I will try to show the practical implications of this cultural framework in the administration of criminal justice and in its local adaptation in the colonial context. At this point I will use the legal doctrine and archival sources to show that many features of the local practices of criminal justice can be explained on the basis of the wide range of discretion granted to the judges by the flexible nature of the Spanish legal culture and its sensitiveness to local conditions. As a first conclusion, I will suggest that an effect of “localization” of the law and justice could be considered as a common pattern of the Spanish legal culture of the modern ages. If this made it possible to adapt the substantive principles to any particular context, it also affected the standards of the institutional structure. According to this, in the final

⁽⁵⁾ On the relationship between law and colonial cultures, see L. BENTON, *Law and Colonial Cultures. Legal Regimes in World History, 1400-1900*, Cambridge, University Press, 2002.

⁽⁶⁾ M. WEISSER, *Crime and Punishment in Early Modern Spain*, in *Crime and the Law. The Social History of Crime in Western Europe since 1500*, a cura di V. Gatrell, B. Lenman, and G. Parker, London, Europa Publications, 1980, pp. 77-96, p. 76. In this line, see also F. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho Penal de la Monarquía Absoluta*, Madrid, Tecnos, 1969; M. WEISSER, *Crime and punishment in Early Modern Europe*, Sussex, Harvester Press, 1982.

point I will try to show how in a peripheral colonial context, like in Córdoba del Tucumán, the King's justice remained almost under local control and fed a home rule tradition that would have left its imprints on the postcolonial time.

II. *Law and Justice in the pre-contemporary Spanish legal culture.*

II.1. *Law as a transcendent order and the subordinate place of positive law.*

The image of an Absolute State projected on the order of the Spanish monarchy has been based largely on a voluntarist conception of law (the law understood as an expression of the sovereign will of the monarch) that hardly took place in the dominant legal theory of the Hispanic world during the colonial era. A dense interpretation of the sources of legal culture of the time shows, on the contrary, that the notion of law was referred to as a vague normative camp, consisting in a long textual tradition, whose main elements were above any act of will of any human authority. The Law was not identified then with a set of human positive laws, but with a transcendent order of divine creation, partially revealed by theologian and jurists, that allowed to qualify as fair or unfair any act or standard, regardless of the institutional authority that produced it. Not needing to resort to the discourse of the great theologians to confirm this assertion. A simple lexicographical observation shows the persistence of this cultural anti voluntarist conception of the Law. In the dictionary of the Spanish Royal Academy of 1732, we find that one of the first meanings of the word Law (*Derecho*), as an adjective, is the idea of what is « just, well founded, reasonable ». Then, in the same dictionary, the word “law”, as a noun, appears to denote the different ways of manifestations of that transcendent order in a gradual hierarchy: « Law: What dictates the Nature, what God commanded, what defined our Holy Mother the Church, constituted people, established the Prince, the supreme legislator in his domains, or orders the city or town for its domestic government, or introduced by customs ».

Immediately thereafter, the dictionary adds: « Law: It is often used for Justice » (7).

From the order of nature and the mandates of religion to the statutes or customs of a city, they were all considered different forms of manifestation of that discursive camp designated as Law. Many features of institutional practice and administration of justice of the Spanish monarchy, not only in colonial order, can be explained as a result of this complex naturalistic and religious conception of law. Amongst the most significant consequences of such a conception is that of a necessary and ongoing search for consensus on what could be considered just or fair, to prevent that the positive laws, including decisions taken from the top of the royal power, were liable to be challenged as unjust and then “legitimately” disobeyed. Of course, this could ultimately lead to forceful conflicts. However, the possibility of legitimate resistance to the king’s law was given by the same religious foundations of the monarchy. Using the medieval formula “I obey but do not execute” was just one of the many consequences of the principle rooted in Catholic theology whereby an unjust law or any standard which could be considered against religion or natural law did not have to be obeyed. But the principle was also operative in the faculty granted to the royal officers to interpret any command from the King and suspend its execution at the possibility of committing an injustice.

The primacy of religion in the definition of that transcendent order in which Law was identified, led theologians and lawyers to derive some conclusions that, even when they may be of difficult application, were entirely coherent with those principles. Thus, for example, a theologian in a monographic study of criminal justice of the 16th century argued that the minister of justice, or the executioner, who thought that the condemned was innocent, was not bound to obey or execute the sentence (8). The same argument, in a more complex way, was used by a theologian in Lima, in 1604 to require the Viceroy of Peru to suspend the execution of a royal decree (Real Cedula) aimed to prohibit forced labor of the Indians,

(7) On line edition, available on *www.rae.es*, word “Derecho”.

(8) A. DE LA PEÑA, *Orden de los juicios y penas criminales* (c. 1570/80), BNE [Spain National Library] manuscript 6379, Libro I, cap. XII, n. 29.

stating that « ... in the things that are manifestly unjust or illegal and against the laws of God, no command of any man even if he is the King can oblige... And if the Pope must not be obeyed in illicit things, then even less for the King who is inferior to the Pope »⁽⁹⁾. Despite the emerging regalism in the next century, we can see how these principles were still valid in some Castilian legal treaties from the 18th century, when they advised royal magistrates to not execute royal's commands from which could result an offence to the royal conscience (that is to say, to religious standards, mainly), to law (understood in an objective and transcendental sense) or that may cause any manifest unjust injury (“manifesta injusticia”) to someone's acquired rights⁽¹⁰⁾.

These statements only make sense within that strong anti voluntarist conception of law whereby a positive statute, even if it was an expression of the King's will, would only have the force to oblige if it could be considered held in a superior transcendent order such as Divine or natural law, whose ultimate determination was to be resolved rather in a cognitive way (academic discussions, scholar's opinion, etc.) than by acts of will. For this reason, it has been said that the legal culture of the European *Ius Commune* was a rule of doctrine. Thus, the intellectual elite, ecclesiastical and secular, had a predominant weight in the determination of this legal order. If this could function as a limitation to the power of the monarch, it could provide the main argument for giving legal force to his laws, at the same time. Because of this dual role of the doctrinal discourse, providing legitimacy on the one hand, and setting limitations on the other, and due to its singular role in shaping the behavior of political institutions, Antonio Hespanha has noted the ambiguous nature of the Iberian royal bureaucracy of the modern ages, showing how

(9) M. AGÍA, *Tratado que contiene tres pareceres graves en Derecho sobre justificación de una Cedula Real que trata del servicio personal, y repartimientos de indios*, Lima, Antonio Ricardo, 1604, pp. 76-77.

(10) L. SANTAYANA BUSTILLO, *Gobierno político de los pueblos de España, y el corregidor, alcalde y juez en ellos* (1742), con un'introduzione di F. Tomás y Valiente, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1979, P. II, cap. V, n. 2, p. 218.

royal officials acted as instruments and obstacles to the deployment of the king's power on his territories ⁽¹¹⁾.

II.2. *Factualism, particularism and customary law.*

The anti-voluntarist conception of Law is also linked to another typical feature of the early modern Spanish legal culture: factualism. With this expression I mean the admitted possibility to derive normative arguments, an “ought” or a permission, from factual conditions. While this is considered today a kind of fallacy by the dominant ethical theory, it was normally accepted in pre contemporary moral language ⁽¹²⁾, and it justified modifications to general standards according to local circumstances. Studying medieval legal culture, Paolo Grossi used the notion of *reicentrism* to point out the deep connection between a certain conception about the nature of things (*res-rei* in Latin) and its central role in shaping the law. So, within this cultural framework, legal rules appeared conditioned by what was considered appropriate for each thing according to its own nature ⁽¹³⁾. Factualism, rooted in the medieval culture, is related to two typical features of the Hispanic legal culture that have a special significance in the New World rule: casuism and the high normative value assigned to the customary law.

Casuism and the topical structure of reasoning are both essential patterns of European legal tradition ⁽¹⁴⁾. In his studies on Spanish law in America, the legal historian Tau Anzoátegui noted the close semantic relationship between “case” and “fact” and the central role that both concepts played in the Spanish legal theory of the modern ages as “generators of Law”. Factual conditions of the New World would have exacerbated the possibilities of this kind of argument, as for the Spanish jurists the Indies were seen as a space characterized by diversity, mutability and distances that made it

⁽¹¹⁾ A. M. HESPANHA, *Vísperas del Leviatán: instituciones y poder político (Portugal, siglo XVIII)*, Madrid, Taurus, 1989, p. 414.

⁽¹²⁾ A. MACINTYRE, *Tras la virtud*, Barcelona, Crítica, 2004, p. 104.

⁽¹³⁾ P. GROSSI, *El orden jurídico Medieval*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 89.

⁽¹⁴⁾ T. VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1986, pp. 95-118.

impossible to enforce general standards ⁽¹⁵⁾. The concept of “New Earth” was used as well in the same direction by colonial authorities and jurists to justify exceptions to general standard ⁽¹⁶⁾. But it was due to that common cultural pattern of factualism that these notions made sense, as it was understood that the transcendent natural order, even though total and unique in its imaginary composition, had to be adapted in its concrete manifestations to the specific conditions of each place. A remarkable tendency to particularism, expressed in the conviction that “each province needs laws, and its own customs, which conform to it” ⁽¹⁷⁾, and the high normative value assigned to the customary law, (understood as a normative camp factually emerged from the body politic of each community) were two kinds of consequences derived from that frame of beliefs.

The “legalist approach” still usual in legal history, which has focused mainly on what could be considered as a “state law”, has traditionally overlapped the normative value assigned by modern age’s legal theory to local customary law. In a treatise by a prestigious 16th century Castilian jurist, we can read, for example: « municipal custom, that from the homeland, is considered as law and it makes laws and the decrees from the princes shut up... immemorial custom being founded in reason, even against law, is seen to be approved by the King... privilege and custom are equal by Law and custom even has the strength of special privilege... custom is stronger than common law... » ⁽¹⁸⁾. In the same sense, the most famous jurist in Indie’s affairs, Solórzano Pereyra, says that « what was introduced and approved by the ancient custom has always deserved tolerance, by custom often becomes licit what isn’t, and it has the

⁽¹⁵⁾ V. TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y Sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992, pp. 44-49; 97-108.

⁽¹⁶⁾ J. M. MARILUZ URQUIJO, *El concepto de tierra nueva en la fundamentación de la peculiaridad indiana*, in *IV Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1976, pp. 389-402.

⁽¹⁷⁾ J. DE SOLÓRZANO PEREYRA, *Política Indiana*, (1647) Madrid, Mateo Sacristán, 1736, Lib. II, Cap. VI, n. 23, p. 79.

⁽¹⁸⁾ J. CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para corregidores y señores de vasallos, en tiempo de paz, y de guerra* ([1597] 1704), facsimilar ed., Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1978, Lib. III, Cap. VIII, n. 194-196.

presumption that is convenient and useful »⁽¹⁹⁾. This last reference to what is “convenient” should be read under the hermeneutic frame of a long semantic tradition that linked what was considered appropriate by nature for each thing (*convenientia rerum*) with the central concept of “*aequitas*”, from which, in turn, were derived the notions of justice and law⁽²⁰⁾. The concept of *aequitas*, which catholic theologians ultimately identified with God, provided arguments to link the transcendent natural order to what could have been considered as convenient and useful for each thing in its context.

II.3. *Justice as a preeminent function of government. The concept of Iurisdictio.*

The concept of justice played a central role in the institutional structure of the Hispanic order. Semantic changes here also bring us to a completely different concept to that which emerged after the illustrated revolutions. Institutional justice in the Hispanic pre-contemporary world was not designed as a branch for applying positive rules, but as a device for government aimed to preserve the natural and social order (which was also considered part of the natural order). Justice becomes an exclusive function of political power in that the virtue which “naturally” tends toward the conservation of pre-established equilibriums and proportions is therein identified. Certainly, this discourse of power cannot be comprehended if one forgets the religious nature of the fundamental principles that gave it sense. For the jurists of a Monarchy defined as “Catholic”, the old medieval doctrines that grounded justice in those religious foundations were still valid even in the late eighteenth century, despite the emergence of new ideas concerned with a voluntarist conception of law. For example, a legal manual published in 1785 in Spain began with a definition of justice in these terms:

« (Just) As God our Lord is the beginning, middle and end of all things, so is He also infinitely good, wise and just, and in the holy

⁽¹⁹⁾ J. DE SOLÓRZANO PEREYRA, *Política*, cit., Lib. II, Cap. VI, n. 14, p. 77.

⁽²⁰⁾ “*Aequitas est rerum convenientia quae in paribus causis paria iura desiderat. Item Deus, qui secundum hoc quod desiderat, aequitas dicitur. Nihil autem est aequitas quam Deus*”, P. GROSSI, *El orden jurídico*, cit., p. 180.

Scripture He is called Fount and Sun of Justice. For this reason our Spanish Code of Las Partidas states that after God in his great wisdom made all things, He maintained each one in its state, therein showing His great goodness and Justice, and how those who are appointed to “do so on earth” must uphold it » (21).

To do justice on earth was nothing else but to keep things as God had created them giving to each one what was due to it according to its nature. The definition was held in the authority of the most important legal text of the medieval Castilian tradition (Las Siete Partidas, from the 13th century). Medieval as well (and still operative) was the theological reading (from Roman classical texts) that identified the cardinal virtue of Justice with the will « to give to each what rightfully belongs », as the assertion also held in the modern moral literature, that the « inviolable observance of justice » was « the principal foundation of the monarchy of Spain », or finally, that « the real duty of the King was to carry out Justice in His Kingdom » (22).

According to that medieval doctrine, when human power enters into action, society is already constituted and arranged according to rules that affect the whole of creation. In this sense, Justice may be much more than “giving to each one what he deserves”, or in a broad sense, this expression may mean more than our present perspective can imagine at first sight. “Justice” may be all that which fits in with the harmonious pre-understanding of creation instilled by Catholic socialization. That is why the late to 18th century practical jurist deemed it appropriate to refer in his text to the authority of the Partidas again in order to state that Justice was, for example, « mistress of life, destroyer of vices, source of the state’s peace, defender of the fatherland, protector of the common people, people’s strength, medicine for ailments, joy of vassals, mildness of the air, calm of the sea, richness of the earth... » (23). What

(21) L. GUARDIOLA Y SÁEZ, *El corregidor perfecto y juez exactamente dotado de las calidades necesarias y convenientes para el buen gobierno económico y político de los pueblos y la más recta administración de Justicia en ellos*, Madrid, Imp. de Alfonso López, 1785, pp. 1-2.

(22) Ivi, pp. 16; 35.

(23) Ivi, p. 19.

may sound nowadays like a poetic metaphor possessed at that time the full sense of moral truth in a text aimed at local judges and written, according to its title, «for the correct economic and political government of the towns, and the most upright administration of Justice in them».

The purpose of that “moral truth” was none other than to establish the ultimate reference field for determining what was just and unjust in a moment necessarily prior to any human act of power. The old roman concept of *Iurisdictio* was modified by medieval jurists to link the exercise of power to the aforesaid theological concept of justice. Defined as the power “to declare the law and establish fairness (*aequitas*)”, the notion of *Iurisdictio* designates both the public power to settle a dispute (declaring the law) and that of issuing general precepts (establishing fairness). A judge’s sentence (*quasi particularis lex*) and a *lex* (custom, statute, ordinance, etc.) are acts of jurisdiction and as such their normative value consists of reflecting, in a specific context, some aspect of a higher normative order. The value of such acts of jurisdiction does not derive so much from the institutional nature of the authority which issues them, as from the fact that they are held as the result of a process of “interpretation” of the natural order of things. Juridical dynamics are portrayed as an essentially interpretative activity that always refers to that higher order (divine, natural, order of *rudis aequitas*) which defines the framework for the possibility of a general or particular human law (*aequitas constituta*)⁽²⁴⁾.

This was the conceptual matrix used by Castilian jurists of the modern ages to create and rule political institutions which provided the model of colonial rule. We can see this background reflected in the institutional structure of the royal power (royal *iurisdictio*) in the preeminent role assigned to those royal officers invested of *ordinary jurisdiction* who were intended not only to settle judicial disputes between private litigants and punish crimes, but also to rule and govern the community by issuing local statutes (“autos” de buen

(24) J. VALLEJO, *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992. On the medieval concept of *Iurisdictio*, P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico medioevale (1100-1433)*, Milano, Giuffrè, 1969.

gobierno) and represent it as head of its body politic. All these functions could be included in one definition of justice in institutional terms. Quoting the word of one of the most known Castilian jurists of the late 16th century: « Justice is good and right governing of Corregidor (the royal officer) to protect his subjects in welfare and relieve them from evil and give each one what they deserve, and what is theirs, distinguishing just from unjust, according to the laws » (25). The definition encompassed both the so called *judicial justice* and the *civil justice*, also known as *govern by justice* (26). If in the theoretical level Justice and *Jurisdictio* played as key concepts, in the practical field of political power institutions, every public authority was conceived as a magistrate set not to apply positive rules but to keep order and govern his community.

Although from the sixteenth century a distinction between matters of governance and justice was increasingly used, to give priority to certain areas (finance, war, etc.) that required a more expeditious way of action than “doing justice”, due to its own discursive foundations a clear and definitive separation was impossible (27). As a consequence of the primacy of justice in the institutional settings of the Spanish Monarchy, every act of any public authority could be taken to a court of justice to be revised in case of injustice or injury to someone’s acquired rights. That happened not only with the acts of a governor or a *corregidor*, but also with the decrees of a Viceroy, whose decisions could be reviewed by a royal court, a *Real Audiencia*, by way of appeal. This gave the chance for those subjects socially capable of mobilizing the apparatus of justice, to open a contested trial against government decisions that might harm their status. Even in times of Bourbon reformism, this primacy

(25) J. CASTILLO DE BOVADILLA, *Política*, cit., Lib. II, Cap. II, n 13, t. 1, p. 225.

(26) About the concept of *govern by justice* in the Indies, GARRIGA, C. *Sobre el gobierno de la justicia en Indias (siglos XVI-XVII)*, in « Revista de Historia del Derecho », 34, Buenos Aires, 2006, pp. 67-160.

(27) To this conclusion arrived the Junta General de los Consejos, in 1568, when the question was submitted to the King by colonial authorities, F. MUÑOZ ROMERO, *Las Presidencias-Gobernaciones en Indias (Siglo XVI)*, Sevilla, Universidad, 1975, pp. 133-134. On the theoretical grounds of this inextricable connection, L. MANNORI, *Per una ‘preistoria’ della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell’età del tardo diritto comune*, in « Quaderni Fiorentini », 19, 1990, pp. 323-504.

of justice over governmental decisions was maintained. The power traditionally granted to the Reales Audiencias to take the ultimate decision about whether an issue should be considered as a matter of government or justice and to review in instance of appeal the Viceroy's acts, was expressly ratified by a royal decree in 1806 ⁽²⁸⁾.

II.4. *Flexibility and adaptation of the institutional order. Iurisdictio and arbitrium.*

Due to those characteristics, briefly mentioned before, the institutional order of law that Spaniards brought to the New World was flexible and adaptable. This was a consequence of its own cultural background rather than a result of a special Crown policy aimed to rule her colonial domains. Certainly, colonial factual conditions may have often influenced in taking the inherent elasticity of the Hispanic legal culture to an extreme degree but, in turn, that flexibility played a key role in making possible the institutional organization of the New World, helping the Monarchy keep the loyalty of the colonial elites on its side almost until the fall of the Spanish Atlantic Empire. Being a totalitarian order at the level of its religious foundations (that provided the main cohesion factor and the basic settings of its social structure), the legal field was like an open arena for argumentation, apt to be shaped according to common beliefs and values, and even to local or party interests elevated to the category of "convenience" or "public utility". Thus, flexibility could be stretched both from above, that is to say from the theoretical normative frame provided by religion, divine or natural law, that allowed to invoke superior principles of justices and fairness, and from below, through the customary law and the possibility of justifying exceptional measures from factual conditions and from the common needs in a certain social context.

Along with the concept of *iurisdictio*, the notion of *arbitrium iudicis* forged by the late medieval legal theory strengthened even further if possible the moment of judicial "interpretation" in the

⁽²⁸⁾ C. GARRIGA, *Patrias criollas, plazas militares: sobre la América de Carlos IV*, in *La América de Carlos IV*, a cura di E. Martiré, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2006, pp. 35-130, p. 107.

presence of the normative value of general precepts. It is impossible to comprehend the activity of the *Ancien Regime* courts and magistrates, the innovative force (in both formal and substantial aspects) of the judicial *style*, the permanent synergy between doctrine and praxis, if we don't have in mind the role played by the notion of *arbitrium iudicis*. In areas of judicial practice that were considered especially sensitive to factual conditions, as in criminal matters, there might exist the impression that « *arbitrium in iudice nihil aliud est quam iurisdictio* »⁽²⁹⁾, that is to say that in criminal matters the power of judges was assimilated to that wide capacity to decide according to the concrete circumstances of the case. « *Iurisconsultum omnes poenas considerans et causas imponendi dicit hodie arbitraria* », stated Cino Pistoensis, one of the most important jurists of the European *Ius Commune* of the 14th century. This statement was in the background of the progressive transformation in the substantive and adjective measures of punishment from the late medieval to the early modern European culture. By *arbitrium* not only an offence not provided in the ancient statutory law could be punished, but its use affected also the kind of punishment (*poena arbitraria*) and the standards of proof required⁽³⁰⁾.

The increasing justification of the *arbitrium iudicis* by the doctrine made possible that changing process while the ancient positive laws remained often unmodified but constantly and casuistically adapted to new circumstances. *Arbitrium* was helpful for a legal order that, faced with the natural and casuistic diversity dictated by its own image of the world, had to hold its judges responsible for the precise task of normative determination. If on the one hand, *arbitrium* would have helped to increase the effectiveness of the criminal justice administration in the early modern Europe, on the other, it opened another space for judicial discretion

(29) M. MECCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 13.

(30) B. SCHNAPPER, *Les Peines arbitraires du XIII au XVIIIe siècle (Doctrines savantes et usages français)*, [1st part], in « *Revue d'Histoire du Droit* », 41, 1973, pp. 237-277 and [2nd part] 42, 1974, pp. 81-112. See also, J. LANGBEIN, *Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Règime*, Chicago, University of Chicago Press, 1977.

that was often used to moderate decisions, according to superior values like mercy or compassion or even to what we could call today, reasons of “opportunity and convenience” depending on the social context in which the decision had to be taken. This was perfectly coherent in a political structure in which the functions of governance and justice rested, by definition, on the same institutional devices and discursive grounds. That is why, it has been said, that this was a rule of judges, not of laws ⁽³¹⁾.

III. *Criminal justice as a field of observation.*

To the extent that the Spanish colonial rule in the Indies reproduced that institutional structure of a government by judges, judicial records of colonial courts provide an interesting field to analyze much of the practical implications of that cultural framework whose main features have been briefly characterized before. Through the analysis of the normative language used by litigants and judges we can see how far that transcendent conception of law was operative in the daily levels of institutional activity. At the same time, records show that officers in charge of carrying out justice in the name of the king acted with a wide margin of discretion which not only allowed but actually required them to include considerations of convenience directly linked to the social context in which they had to exercise their power.

Of course, if we read these archival sources from a legalist and statalist point of view we would find that certain types of proceedings can hardly fit with the image of a “centralized criminal justice system at the service of an Absolute State”. So, we could be inclined to consider that they show local deviations adopted by peripheral and mostly lay judges. But if we consider those cultural grounds that I’ve mentioned before and that were usually expressed in the works of jurists and theologians, we would find that the institutional practice recorded on this sources was perfectly consistent with the frame of possibility offered by the Hispanic legal culture. So I think that these testimonies, although marginal, are useful to think in

⁽³¹⁾ Cfr. *De justicia de jueces a justicia de leyes. Hacia la España de 1870*, a cura di M. Lorente, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007.

general and comparative terms, about the nature of Spanish law and justice and its adaptations in the Indies.

III.1. *Religion and Law in criminal justice.*

In one of his latest essays, François-Xavier Guerra pointed out the poor sensitivity of the secularized present to “religious arguments in the field of political thought”, highlighting the remarkable presence of biblical references in the debates that arose in connection to the processes of Independence in Hispanic America ⁽³²⁾. Of course it is not new to say that the western legal tradition was grounded in the Christian medieval thinking and in the institutional development of the Catholic Church ⁽³³⁾. But in institutional studies the legalist approach tends to present the secular law as a separate field legislatively defined overlapping the full implication of those religious grounds in the pre-contemporary legal culture. Looking at the legal field without the biases of the legalistic approach, scholars of critical legal history have stressed the religious determination of Law in the modern ages, underlying its configuration through a textual tradition mobilized more by cultural agents than by political authorities ⁽³⁴⁾. From this point of view, thinking about the Law as a separate normative field from religion is a retrospective projection derived from our current categories. Beyond the differences that were then recognized, religion and law made up a single textual field from which it was possible to derive normative arguments to be used in a secular court, because of the belief in a unique and transcendent order. For this reason, in modern legal literature

⁽³²⁾ F.-X. GUERRA, ‘*Políticas sacadas de las sagradas escrituras*’. *La referencia a la Biblia en el debate político, siglos XVII a XIX*, in *Élites intelectuales y modelos colectivos. Mundo Ibérico, siglos XVI-XIX*, a cura di M. Quijada, J. Bustamante, Madrid, CSIC, 2002, pp. 155-198.

⁽³³⁾ H.J. BERMAN, *La formación de la tradición jurídica de occidente*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996; P. PRODI, *Una historia de la justicia. De la pluralidad de fueros al dualismo moderno entre conciencia y derecho*, Buenos Aires, Katz, 2008.

⁽³⁴⁾ B. CLAVERO, *Textos Antigos em Tempos Modernos: a Determinação das Transgressões*, in «*Penélope, Fazer e Desfazer a História*», 6, 1991, pp. 41-46; B. CLAVERO, *Delito y Pecado. Noción y escala de transgresiones*, in *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, a cura di F. Tomás y Valiente et. al, Madrid, Alianza Universidad, 1990, pp. 57-89.

lawyers and judges were assimilated to priests (« because they serve God who is the author of Justice ») ⁽³⁵⁾. This had practical implications in the institutional order. The framework of possibility of institutional action was defined by textual fields that were not entirely controllable through the exercise of a centralized political will.

Let's see, for example, how crime was defined in a Castilian manual designed to instruct local judges: « In all criminal prosecutions *the body of the crime* must be proved (*corpus delicti*) and in all of them crime is fact, or facts, against Divine or human laws done in detriment of a third party » ⁽³⁶⁾. The substantive definition points out the importance of the religious field, which opened an inexhaustible source of potential causes of incriminations beyond the specific definitions introduced by human laws. The reference to the “injury to a third party” provided a criterion to discern between the so called “forum of conscience” (the ecclesiastical jurisdiction to punish sins) and the external forum, however the notions of sin and crime were so closely linked in the Hispanic legal semantics that both concepts were taken almost as synonyms ⁽³⁷⁾. Hence, the criminal law of the modern ages was much more than a set of royal laws defining crimes. The governors and magistrates of the Indies, for example, were instructed to “punish public sins” ⁽³⁸⁾. But what were these public sins? A Spanish jurist, in the late eighteenth century, noted that such “public sins” were those that « ... are not the particular crimes that have their names... but sins that offend

⁽³⁵⁾ F. BERMÚDEZ DE PEDRAZA, *Arte legal para estudiar la jurisprudencia* (1612), Madrid, Civitas, 1992.

⁽³⁶⁾ G. FERNÁNDEZ DE HERRERA VILLARROEL, *Práctica criminal* (1672), Madrid, Viuda de Juan Muñoz, 1756, Lib. I, Cap. V, § 17, p. 27.

⁽³⁷⁾ S. COVARRUBIAS, *Tesoro de la Lengua Castellana* (1611), Madrid, Turner, 1979, word “Delito”. See also, B. CLAVERO, *Delito y pecado*, cit., pp. 61-62.

⁽³⁸⁾ “Instrucciones para asistentes, gobernadores, corregidores y otras justicias de las Indias de 1530”, in A. ZORITA, *Leyes y ordenanzas reales de las indias* (1574), a cura di M. A. Porrúa, México, Secretaría de Hacienda y Crédito Público, 1983-1984, Lib. III, tít. II, ley 1ª, n. 22 p. 218. Also, D. ENCINAS, *Cedulario Indiano* (1596), ed. facsimilar a cura di A. García Gallo, Madrid, Cultura Hispánica, 1945-1946, II, f. 23.

God and the Republic because of the bad example to the others »⁽³⁹⁾.

Probably, in a Catholic society the notion of sin was much more effective to shape the behavior of its members than that of crime derived from human positive laws. In the criminal records that I have observed it is a common pattern that judges ask the defendant, for example, if he did not know that « such things [the crime he was accused of] are mortal sins and offenses against God »⁽⁴⁰⁾. Even the Crown had to resort to the notion of sin to encourage the obedience of her laws. The strength of penal law was a matter long discussed by Catholic theologians⁽⁴¹⁾. But a simple example taken from the colonial laws can help us to understand the full implication of what I am saying. In 1776 the Crown sent a royal letter to order to the clergy of the Indies that, from pulpits and confessionals, should be banished the mistake of believing that “smuggling is not a sin”. The royal text urged religious authorities to convey to subjects the certainty that those who committed smuggling were unfaithful to the King and not only broke the human laws « but also the commandments of God »⁽⁴²⁾.

⁽³⁹⁾ J. ÁLVAREZ Y POSADILLA, *Practica criminal por principios, ó modo y forma de instruir los procesos criminales en sumario de las causas de oficio de justicia contra los abusos introducidos*, Valladolid, Viuda e Hijos de Santander, 1794, III, p. 171.

⁽⁴⁰⁾ AHPC, E, 1, 182, 4, 1695, f. 45 v. Archival collections from the Provincial Historical Archive of Córdoba are quoted as AHPC, followed by the letter that identifies the series as follows: “C”, for documents taken from the series called “Crime”, which contains judicial records of criminal trials from the 17th to the 19th centuries. Then the numbers of the folder, file and the year in which the case took place are indicated, followed by the number of the folio when it is possible (sometimes documents lack of these numbers); “E”, for documents taken from the series called “Escribanías” which contains the formal registries of the public notaries of the City (Escribanos). This series also contains judicial trial records, and the folder, file and year are quoted in the same way; “G”, for documents taken from the series called “Gobierno”, which contains governmental papers and acts, issued by Governors or *Tenientes*. In this case, the first number after the G, indicates the Box, followed by the number of the file and the year.

⁽⁴¹⁾ A. DE CASTRO, *De potestate legis poenalis*, (1550), edizione latina-spagnola a cura di Laureano Sánchez Gallego, Murcia, Sucesores de Nogués, 1931.

⁽⁴²⁾ J. J. MATRAYA Y RICCI, *Catálogo cronológico de Pragmáticas, Cédulas, Decretos, Ordenes y Resoluciones Reales (1819)*, con un'introduzione di J. M. Mariluz Urquijo, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1978, n. 1104, p. 357.

Invoking divine law or the textual sources of the catholic tradition to support an argument in a criminal case was also a common action among litigants and judges. The principle about the ignorance of law was not preached in relation to positive law, but to the common language of sins and acts that offended God. Thus, for example, to reject a defensive argument based on the ignorance and rusticity of the defendant, a prosecutor said, in 1708, that « every Catholic knows that to kill goes against the fifth divine commandment and that it should not be done under penalty of being punished » (43). Moreover, it was enough to be a “rational creature” to be bound by what God had commanded. In the case against a “drunk mulatto”, accused of brawls and knife attack, the prosecutor argued that « it is known among us that are rational creatures the precept we have by divine law that we should not drink such liquor... because of the damage that it cause to the human body and to other people ... », claiming the judge to act with « his usual zeal so in the divine as in the human... » (44).

The Catholic Bible was cited as a direct normative source in litigation before the secular justice. A prosecutor justified his request of death penalty for some prisoners accused of rebellion, invoking the « penalties imposed by the Divine and Supreme Judge to those who, rebelled against his commandments... as it is told in the Holy Scripture » (45). The sacred texts were also used to support arguments of procedural law. A defender invoked St. Matthew and St. John to hold an axiomatic rule of procedural law of the *Ancient Regime*: « dictum unius est dictum nullius » because, said the allegation, according to the chapters of St. Matthew and St. John: « In ore duorum vel trium stabit omne verbum (sic) » (46). With the same purpose another defender also pleaded fragments of the Old Testament (Deuteronomy) to say that one single witness was not enough to convict. Besides the scriptures, the argument was held in the

(43) AHPC, C, 2, 4, 1707, f. 234 v.

(44) AHPC, C, 8, 21, 1755.

(45) AHPC, C, 30, 15, 1775, f. 83 r.

(46) AHPC, C, 17, 3, 1762. See Gospel of St. Matthew, 18, 15-16. About the Castilian procedural law, M. P. ALONSO ROMERO, *El proceso penal en Castilla. Siglo XIII-XVIII*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1982, p. 230.

« common opinion of doctors », that is to say, the dominant doctrine among the scholars, and in the « natural law » (47). These arguments were fully consistent in a legal culture that grounded the basic elements of procedural law in the divine and natural law (48).

Finally, I would like to make brief reference to the goals that encouraged the institutional action of criminal justice. Punishing public sins and carrying out justice to maintain peace in every town was considered an obligation imposed by the divine providence to avoid collective misfortune derived from God's displeasure. The crown used to send orders to the colonial authorities to encourage the punishment of public sins to achieve "God's mercy" and "the common happiness", especially in times of need (49). In a small town like Cordoba, the same providentialism was manifest, for example, when a drought threatened the harvest of the crops of the city; the council decided to carry out processions and prayers and « punish public sins to reverse this state of disgrace » (50). By that time, in 1650, the provincial governor encouraged the authorities of the city

(47) AHPC, C, 5, 5, 1746. In this case, the reference was to Deuteronomy 17, 6 and 19, 15.

(48) M. P. ALONSO ROMERO, *El solemne orden de los juicios. La lentitud como problema en la historia del proceso en Castilla*, in *Derecho y proceso. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 5, a cura di Juan Damián Moreno, Madrid, UAM-BOE, 2001, pp. 23-53, p. 42. On the natural law foundations of procedural principles, M. SCHMOECKEL, *Procedure, proof, and evidence*, in *Christianity and Law. An introduction*, a cura di, J. Witte Jr., F. S. Alexander, Cambridge, University Press, 2008, pp. 143-162; G. GORLA, *Iura naturalia sunt immutabilia. I limiti al potere del « Principe » nella dottrina e nella giurisprudenza forense fra i secoli XVI e XVIII*, in *Diritto e potere nella storia europea. Quarto Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto*, v. 2, Firenze, L.S. Olschki, 1982, pp. 629-684, pp. 639-640.

(49) Taken from a royal letter sent in 1677 to the Viceroy of Peru and to all royal authorities in the Indies in 1679, in *Cedulario Americano del Siglo XVIII: Colección de disposiciones legales indianas desde 1680 a 1800, contenidas en los Cedularios del Archivo General de Indias*, a cura e con un'introduzione di A. Muro Orejón, Sevilla, Escuela de Estudios Hispano-Americanos de Sevilla, 1956, I, doc. 6 pp. 13-15. Similar texts ordering to punish public sins as a mean to obtain God's grace, can be seen in royals letters of 1633, 1658 y 1668, in M. J. de AYALA, *Diccionario de gobierno y legislación de las Indias* (1792), a cura di M. M. del Vas Mingo, Madrid, Cultura Hispánica, 1988-1996, t. XI, pp. 86-87.

(50) *Actas capitulares. Libro noveno*, Córdoba, Archivo Municipal de Córdoba, 1952, p. 301.

to « take care of the divine worship service » claiming for « public sins to be punished » and for « peace to be preserved » because doing this « our Lord God will be served and will use His divine mercy with this city, mostly in times of calamities and misfortune... » ⁽⁵¹⁾. Still in the manual for local judges of the 18th century, which I have mentioned before, the punishment of « public sins » was described as « the most adequate measure to ensure peace in the towns » ⁽⁵²⁾.

With these brief references I do not mean to deny what from our current perspective are the well known cruelties of the Hispanic justice of the *Ancient Regime*. I just intend to remark that the legal order was so closely linked to a set of cultural foundation provided by religion, that it can hardly be described in terms of a “state law”. Although this was in line with the religious totalitarianism that defined one of the constitutive features of the Catholic monarchy, it opened the legal reasoning to textual fields, rules and values that were not easily controlled by a central legislative authority. Hence, institutional decisions depended on the interpretative consensus of the intellectual and social elites and on the factual context within which judges had to act.

III.2. *Indulgence, dissimulation and bargaining.*

Evidence of what I have been saying is the wide range of arguments used in judicial reasoning related to virtues such as love and piety, preached as values that necessarily had to guide the task of the judges and that served to justify institutional decisions (that is to say, that played a normative function). The systematic use of arguments that appealed to the pity or commiseration that the judge had to have towards the defendants, though commonly linked to some pejorative condition assigned to them (rustic, ignorant, new in the faith, etc.), often achieved the successful outcome of closing the case without reaching the sentence or moderating the punishment or simply replacing it by a warning, a specific measure of compensation or by

⁽⁵¹⁾ *Actas capitulares. Libro décimo*, Córdoba, Archivo Municipal de Córdoba, 1953, p. 26.

⁽⁵²⁾ L. SANTAYANA BUSTILLO, *Gobierno político*, cit., II, p. 245.

prison time that the defendant had served during the process ⁽⁵³⁾. Historians familiar with colonial records have highlighted this lenitive quality of colonial criminal justice as a curious and surprising feature, which is common in the proceedings of colonial judges ⁽⁵⁴⁾.

If the social conditions of small colonial communities could encourage this lenient behavior of judges, as it has been suggested, we should look for its normative grounds in the central role that the Catholic tradition awarded to the power of “grace”. The recurrent use of royal pardons and the many topics of legal and theological literature that gave the judges the duty of acting compassionately, moderating justice with mercy, were based on the normative value of that virtue. This allowed any judge, at any level of the institutional hierarchy, to play the image of a King who, as God, had to use both Justice and Mercy. The inextricable link between piety and justice, or compassion and punishment, was a guiding principle for the exercise of criminal jurisdiction by which obedience was sought to be held through the bond of love ⁽⁵⁵⁾. Justice and mercy appeared as

⁽⁵³⁾ A. AGÜERO, *Clemencia, perdón y disimulo en la justicia criminal de antiguo régimen. Su praxis en Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII*, in « Revista de Historia del Derecho », 32, 2004, pp. 33-81, pp. 33-81.

⁽⁵⁴⁾ A. LEVAGGI, *Las instituciones de clemencia en el derecho penal rioplatense*, in *IV Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1976, pp. 243-297. See also B. TAYLOR, *Drinking, Homicide, and Rebellion in Colonial Mexican Villages*, Stanford, Stanford University Press, 1979, pp. 101-102; C. CUTTER, *The legal culture of northern New Spain 1700-1810*, Albuquerque, University of New Mexico Press, 1995, p. 145; T. HERZOG, *La administración como un fenómeno social: la justicia penal de la ciudad de Quito (1650-1750)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 246. Also in Castile the use of pardons was a systematic feature of the penal praxis, J. L. DE LAS HERAS SANTOS, *La justicia penal de los Austria en la Corona de Castilla*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1994, p. 37.

⁽⁵⁵⁾ As Castillo de Bovadilla said in the late 16th century, “*Since justice must be performed on wrongdoers, but not so severely that the praiseworthy door of clemency is closed, which makes judges loved, and if loved then feared, for no one loves another without fearing to anger him*”, J. CASTILLO DE BOVADILLA, *Política*, cit., Lib. II, Cap. III, n. 6. About this topic, A. M. HESPANHA, *La gracia del derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 203-273; 1997; A. M. HESPANHA, *La senda amorosa del Derecho: Amor y Justicia en el discurso jurídico moderno*, in *Las pasiones del jurista. Amor, memoria, melancolía, imaginación*, a cura di C. Petit, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 23-74.

two intimately linked concepts, even in the practical literature towards the end of the 18th century ⁽⁵⁶⁾. Still in that time, a manual for judges recalled that harsh penalties provided by royal laws were introduced only *ad terrorem*, and that penalty should always be tempered having a “just cause” ⁽⁵⁷⁾.

Another possibility to justify lenient behavior of the judges was provided by a meaningful concept whose signifier was quite explicit about it: *dissimulation*. Following the canonical tradition, theologians and lawyers admitted that in some cases where the punishment might result in a greater harm to the community and when the injured party was in some ways satisfied, the punishment could and still had to be *dissimulated* ⁽⁵⁸⁾. In 1698, a Mexican theologian, Agustin de Vetancurt, exposed a perfect synthesis of this doctrine, arguing that in some cases, Princes and Lords should use dissimulation because if they « would want to ban all sins, to avoid some of them, bigger ones could follow... ». For reasons of prudence, the Prince had to tolerate and *dissimulate* some sins, that is, « not to punish men who committed them », especially when those sins did not « disturb the Republic » ⁽⁵⁹⁾. All these cultural elements can help us to explain some common patterns observed in the archive, like the frequent suspension of proceedings, the appeal to “compassion” to justify a moderate punishment, or the systematic claims addressed to judges to act by “way of mercy”. The values that inspired the doctrine of dissimulation authorized the judge to suspend a process, for example, when the honor of a leading member of the community was compromised. As a judge did in Cordoba in 1750, after he

⁽⁵⁶⁾ « And it must be remarked that vindictive Justice, when born, not of cruelty, ambition or vengeance, but of zeal for the public good, does not oppose or contradict the moral virtue of mercy; because although seeming in some way contrary, they are nevertheless as united as sisters... », L. GUARDIOLA Y SÁEZ, *El corregidor perfecto*, cit., p. 9.

⁽⁵⁷⁾ L. SANTAYANA BUSTILLO, *Gobierno político*, cit., p. 232.

⁽⁵⁸⁾ J. DE MATIENZO, *El gobierno del Perú*, (1567), a cura e con un'introduzione di G. Lohmann Villena, Paris, Institut Français d'Etudes Andines, 1967, II, cap. XXIII, pp. 322-323.

⁽⁵⁹⁾ A. VETANCURT, *Teatro Mexicano: descripcion breve de los sucesos exemplares, historicos, politicos, militares, y religiosos del nuevo mundo Occidental de las Indias*, México, Viuda de Iuan de Ribera, 1698, II, tratado III, cap. XIII, n. 84, p. 89.

found out that a priest and a woman of noble family were under suspect. The judge justified his decision on « the delicate nature of the issue and on that the good name of religious people and of a woman of good quality may be exposed to risk »⁽⁶⁰⁾.

Criminal justice appeared susceptible to the characteristic social hierarchies of Hispanic communities. And so it was to the extent that the intervention in criminal proceedings of people of high social hierarchy to ask the judge to act with mercy or to persuade the parties to agree a peace deal to end the prosecution was legitimately admitted. In 1736, for example, a judge of Cordoba decided to suspend a criminal prosecution for the theft of jewels from a church, imposing as a lenient sentence on the accused the duty to return to his village to live with his family. Among the considerations justifying his decision, the judge noted that « people of great entity and jealous of the public peace » had interceded to resolve the case « using his compassion »⁽⁶¹⁾. The parents of a boy murdered in 1795, in a deed granting a pardon for the accused, after asking the judge to act compassionately, expressed that they had been persuaded to forgive the crime by « persons of authority letters, and virtue »⁽⁶²⁾. Although these kinds of interventions of important people of the community to intercede in a criminal prosecution do not usually appear in the legalist descriptions of the Hispanic criminal justice system of the modern age, as they are often more concerned with its inquisitive aspects, we can also find their normative foundations in the Castilian legal literature. For example, in the aforementioned work by Castillo de Bovadilla, who had been a judge in Castile for a long period during the 16th century, he says: « ... in criminal cases with prisoners, where piety has a place if there is no offense to the Republic, the gentleman, and religious, and anyone else who begs and asks the judge to moderate and lessen the severity of the penalty, must be admitted... ». The normative grounds for this advice were in the sacred texts, specifically in the Exodus and in letters to the emperor of Macedonia sent by St.

⁽⁶⁰⁾ AHPC, E, 1, 309, 3 1750, f. 43r.-v.

⁽⁶¹⁾ AHPC, E, 1, 279, 8, 1736, auto del 9 de abril de 1736.

⁽⁶²⁾ AHPC, C, 66, 1, 1795.

Augustine, « who for his great clemency often interceded for the felons » (63).

In disputes between parties, love, friendship and kinship were invoked as decisive reasons by the offended to pardon the accused, or to desist from the prosecution or to settle the conflict by an agreement or negotiation (64). Pacts of peace, concords, and pardons, were usual among the conflicts characterized by relative social equality between the parties (65). They were often the result of out of court agreements and not always formalized in written acts. However, some evidence has enabled us to learn about this kind of ritual. It involved local judges and domestic authorities (the father of the victim, the father in law of the aggressor, etc.) who deliberated and agreed on the need to make peace. Then the parties were called to seal the deal with a hug (66). Even though some scholars have considered this kind of social rituals as a practice used to escape from what would be the « legal system of justice » (and so they speak of *infrajustice* or *parajustice*) (67), once again the legal literature helps us to understand the cultural basis of these social practices and their inclusion within the possibility framework offered by the legal culture to a local magistrate, who was advised that « will always show his will and happiness that there will be agreement among the disparate subjects to avoid lawsuits and disputes, ... because thus God is served, and because it is at the Republic's convenience to avoid and shorten litigation, since the goal of justice is the

(63) J. CASTILLO DE BOVADILLA, *Política*, cit., Lib. III, Cap. X, n. 16, t. 2, p. 211.

(64) M. CLANCHY, *Law and Love in the Middle Ages*, in *Disputes and settlements. Law and human relations in the West*, a cura di J. Bossy, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 47-67; N. CASTAN, *The Arbitration of Disputes under the 'Ancien Régime*, in *Disputes and settlements*, cit., pp. 219-260; J. VALLEJO, *Amor de árbitros. Episodio de la sucesión de Per Afán de Ribera el Viejo*, in *Fallstudien zur spanischen und portugiesischen Justiz 15. bis 20. Jahrhundert*, a cura di J. M. Scholz, Frankfurt am Main 1994, V. Klostermann, pp. 211-269.

(65) About this kind of conflicts, S. ROBERTS, *The Study of Dispute: Anthropological Perspectives*, in *Disputes and settlements*, cit., pp. 1-24.

(66) AHPC, C, 4, 27, 1736.

(67) B. GARNOT, *Justice, infrajustice, parajustice et extrajustice dans la France d'Ancien Régime*, in « Crime, Histoire & Sociétés/ Crime, History & Societies », 4, 2000, 1, pp. 103-120.

peace » (68). Despite the prevalence of the inquisitive aspect to which institutional historiography has paid greater attention, the possibility of agreements between parties in any criminal case was an institutional practice acknowledged and supported by the late *Ius Commune* culture (69).

III.3. *Utility, custom and convenience.*

A well known feature of the Hispanic (and European) old criminal justice is the strong utilitarian character that it acquired in the transition from the late middle ages to the early modern times. The commutation of blood sentences (death or mutilation) for the increasing use of punishment consisting in the exploitation of the workforce of the offenders (galleys, mines, armies, etc.) has been one of the most important pieces of evidence for this argument (70). While these forms of punishment are usually associated with the use of criminal law in the “state-building” process of the Absolute Monarchy, it is often put aside the fact that, by invoking the customs or what could be regarded as more “convenient” for each place, according to its factual or human conditions, criminal utilitarianism could have become a powerful tool for the services of local elites as well.

A typical colonial example is the process by which the Spanish in the Indies achieved to use the forced labor (*servicio personal*) of the Indians as a kind of punishment, despite the many royal laws that attempted to ban this practice. Faced with these prohibitions, in the mid-sixteenth century, the settlers argued that the forced labor of the Indians should be permitted as a kind of penalty, because, among other reasons, in America there were « no galleys or borders or other places where they can be forced to serve... » and because

(68) J. CASTILLO DE BOVADILLA, *Política*, cit., Lib. III, Cap. XV, n. 87.

(69) Giulio Claro, of great influence in the legal culture of early modern Spain, acknowledged that by general custom of Italy “*licitum est facere pacem pro quocunque crimine*”, quoted in I. BIROCCHI, *La giustizia di tipo egemonico: qualche spunto di riflessione*, in *Penale, Giustizia, Potere. Per ricordare Mario Sbriccoli*, a cura di L. Lacchè, C. Latini, P. Marchetti e M. Meccarelli, Macerata, EUM, 2007, pp. 179-211, p. 191.

(70) R. PIKE, *Penal Servitude in Early Modern Spain*, Madison, University of Wisconsin Press, 1983.

there was no way to control the penalties of banishment (due to the features of the territory). In addition to this, they argued that Indians didn't suffer whipping penalties in the same way the Spanish did (because they lacked the same sense of honor) and that forced labor was even convenient for Indians themselves because during this time they could learn skilled trades and good manners. The Crown responded by sending a royal letter to her Reales Audiencias in the Indies stating « for everyone in their district to do and provide what they may see as more convenient and just according to what they can and ought to do » with only one limit: forced labor imposed as a penalty couldn't be perpetual ⁽⁷¹⁾. This decision, along with similar ones sent thereafter, was included in the compilation of royal laws of 1680. The Crown had to accept that the penalties of forced labor imposed on the Indians were applied to the needs of the “Republic” ⁽⁷²⁾. In spite of the limit fixed by the royal law, I have found, among the records of Córdoba del Tucumán, cases in which perpetual forced labor was imposed as a “grace measure” of the judge to Indians or “mestizos” who deserved the death penalty ⁽⁷³⁾.

Given the difficulties in applying penalties like galleys in the districts of the hinterland, as was the case of Córdoba, and given the lack of “presidios”, a prosecutor argued that the punishment should fit the “comfort of each place” for that crimes do not rest unpunished, and added: « as it is clearly seen in this city the practice followed with the prisoners sentenced to die at the gallows, as there is no executioner or other person to take over, they are sent to be shot and after that the death body is hung from the gallows... » ⁽⁷⁴⁾. The normative function played by factual circumstances and customs allowed the judges to adjust the punishment to the different conditions under which they had to act. The value of customary law was well known to the litigants. In 1762 a woman claimed she was

⁽⁷¹⁾ A. ZORITA, *Leyes y ordenanzas*, cit., Lib. VIII, tít. VI, ley 3^a, p. 355-356.

⁽⁷²⁾ *Recopilación de las leyes de los Reynos de las Indias* (1680), 4^a imp. 1791, ed. facs., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Boletín Oficial del Estado, 1998. [quoted as R. I., followed by the number of Book, title and law], R. I., 7, 8, 10.

⁽⁷³⁾ AHPC, E, 1, 6, 8, 1598, f. 207r; AHPC, C, 2, 13, 1708, 291r-v; AHPC, C, 3, 12, 1714, f. 293v - 294r.

⁽⁷⁴⁾ AHPC, C, 7, 15, 1753.

entitled to defend her husband accused of a crime and being a fugitive, despite the positive laws that required the presence of the accused to hear his defense. She invoked in her allegation the « very laudable, prescribed and well established custom in this city and its courts, according to which since more than ten years up to now, have admitted to hear the wives of an absent defendant in cases of this nature... ». In her arguments she recalled that « for the old and new law of these kingdoms, [the King] approves and declares that the customs of the cities and places are special law and that custom is even more valid when it is [more] opposed to positive law, cause with it privileged force repeals it, according to the Law and to the common opinion of the doctors... ». The *Real Audiencia* from Charcas supported her argument after reviewing the case in appeal ⁽⁷⁵⁾. These words seem to have been literally taken from some of the legal manual I mentioned above, although there is no a specific reference in the document.

Like customary law, the reasons of convenience provided a strong argument to justify decisions related to the interests and needs of each location. In Córdoba, during the eighteenth century, with the encouragement of the Bourbon reforms, penalties of forced labor applied to public works in the city had a marked increase. The same happened with penalties aimed at providing manpower for the fortress in the borderlines of the city district. A new kind of punishment, consisting in banishment with the obligation for the convict and his family to settle in a town or village close to the frontiers was also introduced. In this same context, local urgencies were invoked to justify the application of sentences of flogging and hard labor for low-status individuals without complying with the procedural steps required by the Law. A measure imposing a compulsory labor relationship to anyone who had been subjected to a criminal prosecution was implemented (*obligación de conchavo*): as a condition to be released after serving the penalty, every convicted had to undergo work for a landowner or for an “honorable” man,

⁽⁷⁵⁾ AHPC, C, 17, 3, 1762. About the strength of customary law in colonial Hispanic America, V. TAU ANZOÁTEGUI, *El poder de la costumbre. Estudios sobre el derecho consuetudinario en América Hispánica hasta la emancipación*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2001.

who would be in charge to watch over him. During the first half of the nineteenth century this measure was extended to anyone who, not being able to justify an independent way of living, could be qualified as a bum (76). Convenience, however, was still also invoked to admit the need to forgive certain crimes, as happened in 1806 when the city council requested the Viceroy to pardon deserters from the militia that had to go to defend the port of Buenos Aires. The city council claimed that the fact that so many people fled the city to avoid the punishment for this desertion had caused great damage to the community. The Viceroy granted the requested indult (77).

IV. *Localization of law (a first conclusion).*

With these brief references I have only sought to emphasize that the normative value of local customs and the possibility of invoking reasons of convenience produced an effect of “localization” of the law and justice that was fully consistent with the Hispanic legal tradition. According to this, judges were not just able to apply the laws, but to maintain the order and to keep the peace, as what was expected from them was to accomplish their mission “*punishing and forgiving when it is convenient for the Republic*” (78). That “localization” was a kind of byproduct derived from the long lasting cultural framework that shaped the possibilities of justifying an institutional action within the Spanish legal tradition. This conclusion is much more relevant if we consider that local magistrates were normally integrated into, or they were even part of, the social elite in the “republics”.

The integration of royal judges into the local elites is another field where flexibility derived from that cultural framework can show us one of its most outstanding implications in terms of the

(76) A. AGÜERO, *La justicia penal en tiempos de transición. La república de Córdoba, 1785-1850*, in *Historia y constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, a cura di C. Garriga, México, CIDE-Instituto Mora, 2010, pp. 267-305.

(77) *Actas capitulares. Libros cuadragésimo tercero y cuadragésimo cuarto*, Córdoba, Archivo Municipal de Córdoba, 1969, pp. 138-139 y 160-161.

(78) J. CASTILLO DE BOVADILLA, *Política*, cit., Lib. II, Cap. III, n. 34, t. 1, p. 258.

political structure. The process by which Creole elites took the highest positions in the colonial royal courts during the 17th century is well known and it has been related to the sale of public offices undertaken by an “impotent” Monarchy (79). However, that process can be traced back to the lesser levels of royal authorities and, as I expect to show, for the case of Tucuman province at least, that kind of “home rule” was not linked to the sale of public offices but to some casuistic decisions relied in reasons of justice derived from factual conditions, local customs and considerations on the “welfare of the republics”.

V. *Justice and “home rule” tradition.*

Studies on institutional history of the Spanish modern age have traditionally been focused on the so-called process of state-building. From this point of view, the analysis favored traits denoting the triumph of the centralized royal power over the old medieval traditions which had guaranteed a large measure of autonomy to the cities during the times of the so called *Reconquista*. These historiographical perspectives were projected on the institutional development of the Spanish New World. While it was admitted that during the period of conquest the crown granted to the new cities founded in America the same freedoms that had been used during the Middle Ages in the conquest of the Iberian Peninsula, following the statist approach, it was understood that with the consolidation of the Absolute Monarchy colonial cities lost, like the Castilians, any hint of self-government (80).

As I said before, I think this approach is still present in many studies related to the institutional and legal field of the colonial world, although its explanatory value has been seriously questioned.

(79) M. A. BURKHOLDER, D. S. CHANDLER, *De la impotencia a la autoridad. La Corona española y las Audiencias en América 1687-1808*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984.

(80) J. P. MOORE, *The Cabildo in Peru under the Hapsburgs: a study in the origins and powers of the town council in the Viceroyalty of Perú, 1530-1700*, Durham, Duke University Press, 1954, chap. I; J. LYNCH, *Spanish colonial administration, 1782-1810. The intendant system in the Viceroyalty of the Río de la Plata*, New York, Greenwood Press, 1969, p. 204.

These criticisms began questioning the real dimension and the effective scope of the absolutism and the so called centralization process of the European monarchies in the modern age ⁽⁸¹⁾. A central argument for these new approaches has been focused on the long survival of a cultural dimension that, in spite of the many topics of legal and political literature asserting the absolute power of the prince, identified in every human community the “natural” space of political life and institutional action. Accordingly, the common loyalty to the Monarch which gave a sense of unity and common belonging to these various political bodies and the acceptance of the symbolic role of the prince as a guarantor of justice in his kingdoms, did not involve the unification of the political space or the extinction of that natural source of power located in the political identity of each corporate subject, each “republic” ⁽⁸²⁾. Rediscovering the role played by the concept of Republic in the European political thought of the modern ages has been one of consequences of this change of perspective ⁽⁸³⁾.

From this point of view, and looking at the legal discourse, the legitimacy of political power in the Monarchy of the modern ages was held in two different but interconnected arguments, based on the same mythical origin. On the one hand, on the assertion of the supremacy of the prince, as the source of all jurisdictions (*fons totius iurisdictio*) which, exalted by royalist tendencies at different times, justified the institutional deployment of the monarchy on its terri-

⁽⁸¹⁾ G. OESTREICH, *Problemas estruturais do absolutismo europeu*, quoted here by the Portuguese version, in *Poder e Instituições na Europa do Antigo Regime. Colectânea de textos*, a cura di A. M. Hespanha, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, pp. 179-200, esp. pp. 185-186.

⁽⁸²⁾ P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. T. 1. Dalla civiltà comunale al settecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999, pp. 66-73. For the Castilian case, J. I. FORTEA PÉREZ, *Les villes de la Couronne de Castille sous l'ancien régime: une histoire inachevée*, in «Revue D'Histoire Moderne et Contemporaine», 41, avril-juin 1994, 2, pp. 290-312.

⁽⁸³⁾ As example, J. F. SCHAUB, *El pasado republicano del espacio público*, in *Los espacios públicos en Iberoamérica. Ambigüedades y problemas. Siglos XVIII-XIX*, a cura di F.-X. Guerra, A. Lempérière, et al., México, Centro Francés de Estudios Mexicanos y Centroamericanos, 1998, pp. 27-53; A. LEMPÉRIÈRE, *Entre Dieu et le Roi la République. Mexico, XVIe - XIXe siècles*, Paris, Belles lettres, 2004; *Monarchie et république au XVIIIe siècle*, a cura di Y. Ch. Zarka, Presses Universitaires de France, 2007.

tories and ensured its position as the highest arbiter of its kingdom. On the other, on the strong cultural conviction according to which every human community was conceived as an organic body endowed with a natural aptitude of self-government that supported the persistence of the autonomy and political identity of every “republic”. The common mythical origin was located in a topic of Roman law, used by lawyers to explain that the Roman people had given all the power to the prince (*translatio imperii*). This argument was used both to explain the supremacy of the prince (because he had received the Empire from the people), and to recall that the origin of the Prince’s power was in the people (in each republic) who had conserved a part of that power ⁽⁸⁴⁾.

Among other consequences, this meant a double order of institutions, those that belonged to the king and those belonging to the republics. While Justice, as the most powerful expression of political power was awarded to the King, the power of the republics was identified as a type of domestic power, similar to that exerted by parents in a family. For this reason it was called “economic (that is to say, domestic) governance” and, in theory, it did not encompass jurisdiction. Only in the absences of an act of the Prince, the cities could exercise by “natural law” the power to appoint their own judges. But this theoretical assessment of the royal discourse did not extinguish the aspirations of many cities to maintain their customs and their own judges. By custom, prescription or special privilege, many cities maintained their rights to appoint their own judges and other officers to “govern the republic” ⁽⁸⁵⁾. Thus, despite the undisputed power of the kings to appoint royal judges in all the

⁽⁸⁴⁾ The following statement was a common place among Hispanic jurist of modern ages: « Although the Roman People transferred to the Principe the jurisdiction to make laws, the power of the sword, and the election of the magistrates, still reserved for themselves the administration of other things concerning to minors governments of the Republic, in which the People have hand and power, though subordinated and subjected to the censorship of the Principe and His Courts of Justice ». Hevia Bolaños, J., *Curia Philípica*, (1603), Madrid, 1771, P. I, § 1, n. 7, p. 3.

⁽⁸⁵⁾ B. CLAVERO, *Tutela administrativa o diálogos con Tocqueville (a propósito de Une et indivisible de Mannoni, Sovrano tutore de Mannori y un curso mío)*, in « Quaderni Fiorentini », 24, 1995, pp. 419-465; A. AGÜERO, *Ciudad y poder político en el antiguo régimen. La tradición castellana*, in « Cuadernos de Historia », 15, 2005, pp. 237-310.

places of their kingdoms, in most of the cities, towns and villages, the old self-government tradition survived and was even consolidated by the customary law or by the acquisition of special privileges during the modern ages ⁽⁸⁶⁾.

Faced with this, the juridical language sought to reconcile the extremes, reinforcing the royal position and protecting the traditional practices of corporative society. If we look at a mid-18th century juridical manual, we'll see a complex description composed to encompass that wide range of possibilities: « In Spain only the King has authority to appoint the republic's offices; because in creating their Princes, the peoples bestowed on them all the power and jurisdiction they possessed. Through privilege, usage or prescription from immemorial time, the cities and other towns of these Kingdoms, as well as lords temporal, have also the power to appoint *alcaldes* (local judges), *regidores* (aldermen) and other officials of the republic. And so we see that this right is held by many towns that are justly entitled to it... ». Finally, according to the "natural" principles of the corporative society « still, outside custom or privilege, there are cases where it is the peoples' duty to appoint judges to govern them, such as when the Prince does not appoint them » ⁽⁸⁷⁾.

As we can see, the double legitimacy (royal and corporative) of political institutions was a long-standing feature of the traditional constitution of the *Ancient regime* monarchy. This opened a field of argumentation from which, in a casuistic way, depended the institutional order of each place, to the extent of making impossible a uniform rule throughout the kingdom. The same discourse, with its ambivalent potential, was the one which gave the keys to the institutional setting of the New World, where, if on the one hand, institutions for the exercise of royal jurisdiction (Royal Audiencias, viceroys, governors, *corregidores*, *alcaldes mayores*) were set up to rule the conquered territories converted into *provinces*, on the other, cities endowed with the liberties of the Castilian tradition were founded and awarded with their own share of jurisdiction. Under

⁽⁸⁶⁾ H. NADER, *Liberty in absolutist Spain: the Habsburg sale of towns, 1516-1700*, Baltimore and London, The John Hopkins University Press, 1990.

⁽⁸⁷⁾ L. SANTAYANA BUSTILLO, *Gobierno político*, cit., II, pp. 17-18.

the institutional levels of the Royal Audiencias, the judges of the King (governors, *corregidores* or *alcaldes mayores*) had to share their competence with judges elected by the municipal councils of each city. While the former were invested with the title of *justicia mayor*, received a salary from the exchequer and were disciplined by a similar statute to that of the Castilian *corregidores*, the latter, designated as *alcaldes ordinarios*, were honorary and their authority derived from the medieval corporative tradition, even when jurists recalled that their power was a privilege given by the King ⁽⁸⁸⁾.

The grounds of self-government offered by the Spanish “republican” tradition facilitated the expansion of colonization at a more intense pace than the structure of royal officers depending on the exchequer. In 1561 the Crown suggested that for the newly founded towns and cities in the district of the *Audiencia* of Charcas would suffice with their honorary *alcaldes ordinarios* to avoid the appointment of royal magistrates « with such inflated wages... »; also in a series of letters sent to the Viceroyalty of Peru the Crown stressed the need to avoid the appointment of *corregidores* if the new towns could be governed by their own *alcaldes ordinarios* ⁽⁸⁹⁾.

In peripheral regions, as in the vast province of Tucumán, south of the viceroyalty of Peru, the cities were like islands scattered about within a huge territory, isolated by distances, with little contact with each other and with many difficulties to reach the higher authorities of the province and the distant Royal *Audiencia*. In such context, the flexibility of the Hispanic institutional language played a key role in the preservation of the colonial order. I want to show now how in these kinds of contexts, (as was the case of Córdoba in the province of Tucumán), the institutional frame that in theory separated the offices of the King from those of the republic could have become blurred by means of arguments related to customary law and reasons concerned to the appropriateness of the

⁽⁸⁸⁾ J. DE SOLÓRZANO PEREYRA, *Política*, cit., Lib. 5, cap. I, n. 2, t. 4, p. 7. About the Castilian *corregidores*, B. GONZÁLEZ ALONSO, *El corregidor castellano (1348-1808)*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1970; M. LUNENFELD, *Keepers of the City. The Corregidores of Isabella I of Castile (1474-1504)*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987.

⁽⁸⁹⁾ D. ENCINAS, *Cedulario*, cit., III, pp. 22-25.

republics. Specifically, I am going to briefly analyze two aspects of institutional practice that marked a clear contrast with the Castilian institutional model and that strengthened the tradition of self-government through the control of the offices of justice. On the one hand, the rule guaranteeing the impartiality of the king's judges related to their status of outsiders was subverted to prefer members of the municipal corporation in the appointments for the position of *justicia mayor*. On the other, unlike the Castilian territorial judges (as *corregidores*), governors of Tucumán and other *justicias mayores* acted during most of the colonial period as judges of appeal.

V.1. *King's justice in the hands of the republic. The Tenientes in Córdoba del Tucumán.*

The city of Cordoba was founded in 1573, in the southernmost district of the Audiencia of Charcas (which had been created in 1559 in the present city of Sucre, Bolivia) in the hinterland of the Province of Tucumán (founded in 1563). According to the founding act, the governor of the province granted the new city, in the king's name, all the privileges and liberties that « the city of Cordoba in Spain and the cities of Los Reyes and Cuzco in these kingdoms of Peru » had. So the medieval language of the Castilian municipal tradition provided the institutional grounds consisting of a set of corporative freedoms to the body politic of the new collective subject. In the same act the city was entitled to the exclusive jurisdiction (*from other cities and places of his Majesty in these kingdoms*) and with the *mero et mixto imperio*, that is to say, the power of doing justice in civil and criminal cases. The founder nominated the members of the first city council (*Cabildo*), the two *alcaldes ordinarios* and other officials, establishing a statute for the elections that every year had to take place for the renewal of these offices⁽⁹⁰⁾.

The governors of the province held the title of *justicia mayor* but the exercise of this office was delegated to a lieutenant (*teniente*

⁽⁹⁰⁾ About the history of the Province of Tucumán, R. LEVILLIER, *Nueva Crónica de la Conquista del Tucumán*, Varsovia, Publicaciones Históricas de la Biblioteca del Congreso Argentino, 1926-1928. The founding act of Córdoba is published in *Actas capitulares. Libro primero*, Córdoba, Archivo Municipal de Cordoba, 1974, p. 15.

de gobernador) who was appointed to act in his name in every city of the province while he was absent. As for most of the colonial period Tucumán's governors resided in the distant city of Salta (located over 450 miles away to the north of the province), their *Tenientes* exercised regularly as *justicia mayor* in Córdoba until the Bourbon reforms and the introduction of the intendance system (1782). According to the laws dictated for the Indies following the Castilian model of territorial judge, a series of rules to ensure the impartiality of these officials were passed with prohibitions aimed at preventing the social integration of those who had to exercise them in local society. Besides the well known marriage restrictions, it was prohibited for governors of the Indies to nominate as *Tenientes*, those who were natives of the districts where they had to hold office ⁽⁹¹⁾. The lack of observance of this kind of standards, and many others dictated for the Indies, is well known feature of the institutional history of the Spanish colonial rule ⁽⁹²⁾. However, what I want to show here is that the said lack of observance in this case, and may be in many others, can be explained from the ductility of legal language, its flexibility and its multiple possibilities to be used in order to protect other values that were still in the background of the legal culture. Such arguments were used before the *Audiencia* of Charcas in the seventeenth century to modify the rule about the uprooting of the king's officers, to ensure that lieutenants (*Tenientes de gobernador*) who had to be appointed as *justicia mayor* in the cities, not only could be, but had to be natives or householders (*vecinos*).

Conflicts between cities and king's officers, as governors, *corregidores*, etc., are a well known feature of the institutional history of the cities in Spanish America. These kinds of conflicts were often related with the networks of kinship and local rivalries within which governors and their *tenientes* had to act. But many times those conflicts were carried out as, if not really originated in, institutional disputes arising from the abuse of powers on the part of the *justicia mayores* in detriment of the cities or vice versa. Cities sought to

⁽⁹¹⁾ D. ENCINAS, *Cedulario*, cit., III, pp. 10-11; R. I., 5, 2, 45.

⁽⁹²⁾ Cf. C. GIBSON, *Spain in America*, New York, Harper Colophon Books, 1966, p. 110.

safeguard their sphere of self-government against royal officers who, by definition, had to be outsiders, while these tried to use the power they had received from the higher colonial authorities (Viceroys or even the Council of the Indies in Spain) ⁽⁹³⁾. The solution was often to reach the distant Royal *Audiencia* to get a decision supporting one or another position.

In distant cities, like Cordoba, a stronger sense of self government was fed by the long absences of royal officers. Its *alcaldes ordinarios* were in those periods the only reference of justice. *Tenientes* usually delegated to them the role of *justicia mayor*. In the early years, the city had rejected some *Tenientes* appointed by provincial governors, arguing that they were “harmful people” for the welfare of the city ⁽⁹⁴⁾. During one of these conflicts that affected several cities in the province, in 1584, the Real Audiencia of Charcas ordered the removal of all the *Tenientes*, giving the *Cabildos* the power to review the new appointments of *Tenientes* and even to determine whether the lieutenants were people « suitable for the peace and harmony of the republic ». The Royal Court of Charcas authorized even the main city of the province, then Santiago del Estero, to appoint a lieutenant general (*Teniente general*) for the whole provincial district ⁽⁹⁵⁾. The border between the models of corporate and royal judges seemed to dissolve in an environment where the institutional weakness of the monarchy was bound to rely on the self-government of municipalities. Thus, in the early 17th century it is very common to see in the archive the same names acting sometimes as *alcalde ordinario* and others as *Tenientes* with the title of *justicia mayor*.

In 1619 the Council of the Indies ordered the *Audiencia* of Charcas that everyone who was nominated as *Teniente* had to get the prior approval of the Council of the Indies or of the Audiencia to be able to use the office. By these means the Royal Council sought to avoid the problems experienced by the appointment of unfit or

⁽⁹³⁾ C. BAYLE, *Los cabildos seculares en la América española*, Madrid, Sapientia, 1952, pp. 621-644.

⁽⁹⁴⁾ *Actas capitulares. Libro primero*, cit., p. 173.

⁽⁹⁵⁾ *Actas capitulares. Libro primero*, cit., pp. 510-511.

unworthy persons ⁽⁹⁶⁾. Governors could appoint *Tenientes* again, but the appointed had six months to get the approval from the Audiencia to confirm his title. Anyway, this measure did not prevent new conflicts. In 1628 the Cabildo of Córdoba sent a letter to the governor expressing its complaints about the behavior of the *Teniente* Don Sancho de Cevallos ⁽⁹⁷⁾. Similar complaints from other Cabildos in the region led the Audiencia of Charcas to decide, in 1627, that *Tenientes* appointed by governors had to be “*vecinos*” of the cities and not outsiders. In the grounds of its decision, the Audiencia considered the conflicts experienced in the region, the « damage and inconveniences » suffered by the cities and townspeople for their “*great poverty*” and that those who were outsiders, « destroy and wipe out the cities as they use their posts to enrich themselves ». In December 1628 the Cabildo of Córdoba applied this measure to remove the *Teniente* Sancho Cevallos for not being a *vecino* of the city ⁽⁹⁸⁾.

As we can see, the royal court of Charcas, invoking local factual conditions and the welfare of the republics, repealed for these territories the Castilian law (enforced in the Indies as well) which based the guarantee of impartiality of royal judges on their status of outsiders. With this precedent granted by the *Audiencia*, cities were able to resist and reject those lieutenants who did not meet the requirement of being members of the community, and so they did. Some governors pleaded that the measure limited their competences and that it was against the royal laws. After consulting the Cabildos, the *Audiencia* admitted in 1629 that governors of Tucuman could appoint lieutenants who were residents of the province although they were not *vecinos* of the city where they were to hold the office ⁽⁹⁹⁾. However, the decision of 1627 set a precedent that became a custom acquired by the Cabildos of the province. In 1644, in a new case of conflict, and upon request of all the cities in the province, the Audiencia issued a new “royal provision” ad-

⁽⁹⁶⁾ *Actas capitulares. Libro noveno*, cit., pp. 41-43.

⁽⁹⁷⁾ *Actas capitulares. Libro séptimo*, Archivo Municipal de Córdoba Córdoba, 1884, p. 12.

⁽⁹⁸⁾ *Ivi*, pp. 52-54.

⁽⁹⁹⁾ *Ivi*, pp. 89-92.

dressed to all the cities of Tucumán stating that « the custom of this province to appoint, for the post of Tenientes, their own vecinos, be observed... »”. In 1649 a *vecino* from Cordoba invoked this decision to be confirmed as *Teniente general* of the province ⁽¹⁰⁰⁾.

According to this custom, the king’s office of *justicia mayor* exercised by the *Tenientes* was so closely linked to local elites that it could barely be distinguished from that exercised by the *alcaldes ordinarios*. Archive records show us again the leading members of the community acting in different years as *alcaldes* and *Tenientes*. There are even some cases where a person uses simultaneously both titles of « *alcalde ordinario* and *Teniente* ». Social integration of the royal magistrates, even provincial governors, in the networks of kinship of the republics is a well known feature of the colonial history of the region ⁽¹⁰¹⁾. But the key point to remark on is that the practice of justice in the region, through casuistic decisions and local customs, had led to blur the institutional boundaries that separated in theory, and in the general law, both (royal and corporate) power fields. From the second decade of the 18th century no lieutenants seem to have been appointed in Córdoba. In 1737 the Governor suggested to the Cabildo that the acts belonging to the competence of *justicia mayor* were to be carried out by one of the *alcaldes ordinarios*, the so called *alcalde* of the “first vote” ⁽¹⁰²⁾.

In the mid 18th century, when a new royal office sold by the Crown with the title of Lieutenant of King (*Teniente de Rey*) was introduced in the Province, new conflicts emerged in Córdoba. The Governor had to intervene to convey to the *Teniente de Rey* that he had only military functions because “*political and justice issues*” belonged “*solely to the judges of the city of Cordoba and its jurisdiction*” ⁽¹⁰³⁾. In that context, the *alcaldes ordinarios* carried out actions that were of the exclusive jurisdiction of the governor, such as the

⁽¹⁰⁰⁾ *Actas capitulares, Libro noveno*, cit., pp. 660-667.

⁽¹⁰¹⁾ Z. MOUTOUKIAS, *Gobierno y sociedad en el Tucumán y Río de la Plata, 1550-1800*, in *La Sociedad Colonial - Nueva Historia Argentina*, vol. II a cura di E. Tandeter, Buenos Aires, Sudamericana, 2000, pp. 357-411, p. 380.

⁽¹⁰²⁾ AHPC, G, 3, 4, 68, 1737.

⁽¹⁰³⁾ AHPC, C, 7, 19, 1753, “Auto” issued by the Governor of Tucuman, in Salta, November 26 of 1753.

act of confirming the elections to the *Cabildo's* aldermen. Faced with this practice, in 1777, the Governor informed the *Cabildo* of Cordoba about a decision that had been taken by the *Audiencia* forbidding *alcaldes ordinarios* to confirm the elections and to « use the title of *justicia mayor* »⁽¹⁰⁴⁾. The case shows us how far, in the eve of the Bourbon's Intendant System, by way of practice, custom and casuistic decisions, the king's office of *justicia mayor* had been taken by the republic's institutions.

V.2. *The Justicia Mayor as Judge of appeal.*

Another adaptation that suffered the Castilian model of territorial judge in the Indies, and particularly in the provinces of the Viceroyalty of Peru, was related to the capacity exercised by the governors and their lieutenants to act as judges of appeal for the sentences passed by the local *alcaldes ordinarios*. Although there was some institutional precedent in Castile, from the time of Ferdinand and Isabella only the Royal Audiencias acted as courts of appeal. A lawyer with large experience on both sides of the Atlantic, Juan de Solorzano Pereyra expressed some perplexity about this. He said governors and *corregidores* in the Indies « hear appeals of the *alcaldes ordinarios* and for this reason and with this pretext, they are called *Justicia Mayores* »⁽¹⁰⁵⁾. The practice was based on some rules issued during the first years of the conquest in which the conquerors invested with the title of *Adelantados* were given the power to act as judges of appeal in their districts⁽¹⁰⁶⁾.

Undoubtedly, this practice was justified by the huge dimension of the districts and the long distances that separated the cities from a Royal Court like the *Audiencia*. The city of Cordoba was an extreme case, located nearly a thousand miles from the *Audiencia* of Charcas. In this context, the governor became the nearest appellate justice for most of the lawsuits resolved by the city's judges. But here the practice had gone further. As governors delegated their power to

⁽¹⁰⁴⁾ AHPC, G, 6, 2, 35, 1777.

⁽¹⁰⁵⁾ J. DE SOLÓRZANO PEREYRA, *Política*, cit., Lib. 5, cap. I, n. 23.

⁽¹⁰⁶⁾ "Ordenanzas sobre descubrimiento nuevo y población" of 1573, R. I., 4, 3, 14.

their lieutenants, these used to hear appeals as well. And it was even admitted that the judgment of a *Teniente* could be brought in appeal to the Governor. This was a clear deviation of the common standards of *Ius Commune* that did not admit appeal from a “delegate” to the delegator himself ⁽¹⁰⁷⁾. Nevertheless in the province of Tucumán it was accepted by custom. Only for those who were able to reach the distant Audiencia, was there still the possibility to have one last chance of review.

As a result, most of the lawsuits were defined in the limited institutional environment of the city, where lieutenants were fully integrated, or in the province, when the case was sent to the governor. If this facilitated the reviewing of sentences avoiding the long and expensive trip to the *Audiencia*, in certain cases it became a problem when due to their social ties and kinship network, lieutenants and Governors did not offer sufficient guarantees of impartiality. In 1701 a litigant from Cordoba brought this complaint to the *Audiencia* of Charcas. And in 1718, due to a similar case, the *Audiencia* ordered all *alcaldes ordinarios* and other judges of first instance that had to give the appeals of their sentences directly to the *Audiencia*, and not to governors or *tenientes*. In 1731 the *Audiencia* insisted in denying the competence of governors and *tenientes* to act as judges of appeal. Governors and *tenientes* took the case to the Council of the Indies in Spain. They argued that the decision taken by the *Audiencia* was against the law and against the customs of the province. Many cities supported this argument. The *Cabildo* of Córdoba sent a letter to the Council of the Indies expressing that it was an immemorial custom of the region to take the appeals to the governors, and that it must be maintained given the poverty of most of the litigants that made it impossible for them to reach the distant *Audiencia*. In turn, the governor invoked the « pity that they had to have with the poor people » cause if they were forced to go to the *Audiencia*, « their truth would be vanished and their hopes would be reduced to smoke ». After consulting the case with the Viceroy of Peru, in 1751 the Council of the Indies decided to maintain the

⁽¹⁰⁷⁾ About the standards of appeals in the Castilian Law, Aikin Araluce, S. AIKIN ARALUCE, *El recurso de apelación en el derecho castellano*, Madrid, Reus, 1982.

competence of governors to act as judges of appeal in their districts ⁽¹⁰⁸⁾.

Difficulties of getting to an Audiencia located so far away, made it possible that most of the cases were definitively resolved within the local or provincial district. Hence, until the eve of the Bourbon reforms, by casuistic decisions turned into customs and supported by arguments derived from considerations about the welfare and convenience of the republics, the effect of localization of law affected also the standards that had to shape the institutional structure of the king's justice.

V.3. *The Bourbon reforms and some reflections on the postcolonial experience.*

In the last quarter of the 18th century, with the Bourbons reforms, the institutional structure held in the customs of the region was finally modified. The territories of the former provinces were integrated into the new viceroyalty of Río de la Plata created in 1776. In 1782, with the enforcement of the Intendant System, the province of Tucumán was divided in two new province-intendances: Salta del Tucumán and Córdoba del Tucumán. The city of Córdoba became the capital of the last one. Finally, in 1785 a new Audiencia was established in Buenos Aires, the capital city of the new viceroyalty. There are many issues to be discussed about the nature and effects of the Bourbon reforms like in Spain as in its colonies ⁽¹⁰⁹⁾. I merely want to point out here what was the institutional impact of these reforms in the administration of justice in Córdoba. I would suggest that despite the traditionally centralized meaning ascribed to these reforms, they did not break with the close relationship established over the preceding centuries, between justice and the local governments.

⁽¹⁰⁸⁾ A. LEVAGGI, *El recurso de apelación en el Derecho Indiano*, in «Revista de Historia del Derecho», 12, 1984, pp. 171-198, p. 192-193. The documents about the conflicts between the Audiencia of Charcas and the governor of Tucumán, and the reports of the Cabildos, concerning to this point can be seen in the General Archive of the Indies of Seville, Spain, in the folder Charcas, n. 198.

⁽¹⁰⁹⁾ Different points of view are provided in *El reformismo borbónico: una visión interdisciplinar*, a cura di A. GUIMERA, Madrid, Alianza, 1996.

The most significant institutional change occurred in the area of judicial review. The new Intendants were deprived of the competence to act as judges of appeal. This meant that all the jurisdictional activity of appeal had to be carried out in the new royal court established in Buenos Aires. Thus, the new *Audiencia* had a more effective control over the activity of judges of first instance in Cordoba than the *Audiencia* of Charcas could have. At this point the reforms introduced an effective change that could be seen as part of a centralizing trend. But at the level of first instance justice, the trend was in the opposite sense. Intendants could not delegate their competences in matter of justice to a lieutenant. A new *Teniente letrado* was appointed according to the Intendance Ordinance to act as judge only within the district of the capital city, sharing this competence with the old *alcaldes ordinarios* that were maintained. This meant that in the rest of the cities of the Province, the *alcaldes ordinarios*, elected by the *Cabildos*, were the exclusive judges with ordinary jurisdiction. Even in the capital city, as was the case of Córdoba, criminal justice was still in the hands of the *alcaldes ordinarios*. The first Intendant of Córdoba reported to his successor in the post that he preferred to give these matters of justice to the *alcaldes ordinarios* as he was much more preoccupied with fiscal and military issues⁽¹¹⁰⁾. Records from the archive confirm this. A visit to the local prison in 1788 shows, that of about 40 prisoners for criminal cases, 31 were there for pending proceedings before the *alcaldes*⁽¹¹¹⁾.

Anyhow, beyond the sense of reform and the conflicts that occasionally arose between the Intendants and the *Cabildos*, what the reform did not change at all was that fundamental cultural conceptions according to which justice was to serve the welfare of the republics and that it had to be adjusted to what could be

⁽¹¹⁰⁾ “Memoria del Marqués de Sobre Monte escrita para su sucesor el coronel de ingenieros don José González” en I. GARZÓN, *Crónica de Córdoba*, Córdoba, La Minerva, 1898, I, pp. 351.

⁽¹¹¹⁾ Archive of the “Oficialía Mayor” (Main clerk’s office) from the Municipality of the City of Córdoba, “Libros de visitas de cárcel 1764-1789”, f. 195r-196r.

regarded as more suitable for each place ⁽¹¹²⁾. I have mentioned earlier the way in which utilitarian penalties were used for the benefit of the republic during this period. Let's say now that the cultural reasons that were in the background of that effect of "localization" of the law remained intact in the institutional language. A good example of this can be found in an issue that emerged when the *Audiencia* of Buenos Aires in 1785 decided to limit the punishment power of the local judges of the Viceroyalty. To prevent abuses, the *Audiencia* passed a general rule requiring that sentences imposing penalties of whipping or other afflictive punishments had to be confirmed in the court of Buenos Aires before being executed.

The cities soon claimed against this measure. The *alcaldes* from Córdoba argued that if they had to do so in every case, most of the crimes would remain unpunished because of the long time that it would take the confirmation proceedings, considering the distance (nearly 500 miles separated Córdoba from Buenos Aires) and the lack of security in the local jail. The Intendant of Córdoba supported these arguments. In a report of 1788 he asked the *Audiencia* to authorize the local judges to execute sentences imposing penalties of up to 25 or 30 lashes and of one or two years of forced labor without any formal proceeding for the most common crimes, like cattle rustling, that caused great damage to local landowners. The request was justified in the « circumstances of the country », « the impossibility of following a complete formal proceeding with so many cases of thefts of horses, cattle stealing and the like, commonly committed by the *plebe* and vile people... ». In adding to that, he mentioned the characteristics of the territory that provided facilities for fugitives and the « universal clamor of the landowners for punishing thefts of all kinds of cattle they suffer ». The *Audiencia* admitted the arguments, and granted an exception to authorize the local judges of Cordoba to execute, without the need to carry out the

(112) About the conservative sens of the Bourbons reform in justice administration, C. GARRIGA, *Los límites del Reformismo Borbónico: a propósito de la administración de la justicia en Indias*, in *Derecho y administración pública en las Indias hispánicas: actas del XII congreso internacional de historia del derecho indiano* (Toledo, 19 a 21 de octubre de 1998), a cura di F. Barrios Pintado, Cuenca, Cortes de Castilla La Mancha - Universidad de Castilla La Mancha, 2002, I, pp. 781-821.

confirmation proceeding, penalties of 25 lashes and four months of forced labor for crimes of theft and other misdemeanors, “according to the circumstances of the accused and his crime” under the supervision of the Intendant. The same was accepted for other cities of the Viceroyalty. To execute more severe penalties, confirmation of the sentence by the *Audiencia* was required. But the exception was interpreted and used to consolidate among the local judges an *expeditious* proceeding, almost informal, to impose penalties of whipping and forced labor. In 1786, Manuel Pérez, an *alcalde* from San Miguel de Tucuman was removed and fined 100 pesos by the *Audiencia* of Buenos Aires for abuses like executing death sentences, banishments, flogging and other penalties without any formal proceedings. In his defense, he claimed that he had been authorized by the *Cabildo* of his city to act this way and that it was not the custom in this place to formalize processes against the kind of « bad guys » like « Indians and mulatos » he had condemned. Even in this case, the Intendant supported the arguments of the *alcalde*. In his report to the *Audiencia*, he said: « I who have seen the haughty spirit reached by the Plebe of Tucumán, have to inform His Honor that if that city lives quietly today it is due to the untiring zeal of Judge Perez ». Still, in 1805 an *alcalde* of Córdoba was fined 100 pesos by the *Audiencia* for executing penalties of whipping without any kind of formal proceeding. In his defense, he argued that « it is not used in this city » to formalize proceedings for the kinds of crimes committed by *vile people*, because they were so many that there was no place for all of them in the prison and judges and clerks (*escribanos*) did not have time to do it. In the mind of this local judge, factual conditions and local needs still had a normative function to justify institutional ways of action ⁽¹¹³⁾.

⁽¹¹³⁾ The limits imposed to local judges in criminal cases by the *Audiencia* of Buenos Aires in 1785 and the subsequent claims of the cities were analyzed in J. M. MARILUZ URQUIJO, *La Real Audiencia de Buenos Aires y la administración de justicia en lo criminal en el interior del Virreinato*, in *Primer Congreso de Historia de los Pueblos de la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires, 1952, II, 271-291. The whole issue is analyzed in A. AGÜERO, *Castigar y Perdonar cuando conviene a la república. La justicia penal de Córdoba, siglos XII y XVIII*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, pp. 423-448.

I think these examples show that the Bourbon reforms did not change the cultural foundations concerned with the localization of law and justice. The normative strength of the factual conditions and the value assigned to customs and needs of each place, still functioned to justify local adaptation of the law, despite the more strict control intended by the *Audiencia*. For new Intendants, justice was still the mission to keep the peace and calm of each republic. In institutional terms, justice, and specifically criminal justice, was still conceived as a tool primarily for the service the local elites, regardless of the status or character of the royal officer that held the title of *Justicia mayor*. Moreover, the close link between justice (still a central concept of political power) and local autonomy was also fueled by many other practices that, for space restrictions, I can't detail. I have been talking just about ordinary judges, but we have to take into account that also the appointments of prosecutors, public defenders for the poor and Indians, advisors, commissioners for rural areas (called *alcaldes de hermandad* at first and then *jueces pedáneos*) and for the neighborhoods of the city (*alcaldes de barrio*) depended on the Cabildo and the local elite as well. For most of these appointments the Cabildo proposed a list of people to be approved by the Intendant. Hence, a strong institutional link bound the republic's leaders to the general mission to uphold justice.

If we look a little beyond the colonial period, we will see how that local structure of justice remains unchanged throughout the first half of the 19th century, despite the emergence of a liberal rhetoric that fueled the discourse of the new governments in the Río de la Plata after the crisis of the Spanish empire. In the legislative texts passed between 1810 and 1820 by the different governments that, from Buenos Aires, sought to maintain the unity of the old Viceroyalty district, there is a clear trend to preserve the institutional structure of justice inherited from the colonial era. We could summarize these conservative patterns in four points that are present in all of the principal legal acts passed in that time: a) the Catholic religion was declared as the « fundamental law of the country » and as the official religion of the State, banning public worship of any other faith; b) all regulations stated that the jurisdiction of the ordinary judges « shall be the same they have had until now » with no « expansion or restriction » and that the administration of justice

« shall be ruled by the same principles in accordance with the laws »; c) despite the introduction of some standards concerning the legality principle of French inspiration, the laws and customs that allowed the imposition of penalties according to the « prudent discretion (*arbitrium*) of judges » were explicitly upheld; d) finally, it was stated that « all the laws, general and particular provisions of the former Spanish government shall remain in force », if they were not in opposition to the freedom and independence of the provinces and new laws enacted since 1810 ⁽¹¹⁴⁾.

These patterns were kept in general terms throughout the first half of the 19th century. They were maintained even after 1820, when the attempts to establish a common government in Buenos Aires, finally failed. Since 1815, but definitely after 1820, the Rio de la Plata territories underwent a process of radical “autonomism”. Each of the ancient cities claimed their independence and their status of “sovereign” territory. The former provinces of the colonial period were divided into so many new Republics that emerged from each of the old mayor cities ⁽¹¹⁵⁾. Except for a few fleeting experiences, in these new city-provinces self-proclaimed as sovereign Republics, the attempts to establish a constitutional order based on individual rights, rule of law and separation of powers failed completely. In the case of Córdoba, despite provisions set in its Constitution of 1821, the governor served as the highest court of justice — except for a brief period in which a Court of Appeals worked — until 1855. During this time, the two *alcaldes oridnarios* in the city were maintained and the same happened with the rural judges, whose power of repression was significantly increased compared to what they had in colonial times ⁽¹¹⁶⁾.

From this point of view, I think it is possible to suggest that the close link between the exercise of justice and the self-government

⁽¹¹⁴⁾ The most important Acts of the time were the “Estatuto Provisional” of 1815 and the “Reglamento provisorio para la dirección y administración del Estado” of 1817. Available at www.cervantesvirtual.com/portal/Constituciones/

⁽¹¹⁵⁾ J. C. CHIARAMONTE, *Ciudades, provincias, estados: orígenes de la Nación Argentina (1800-1846)*, Buenos Aires, Ariel, 1997, pp. 155-165.

⁽¹¹⁶⁾ S. ROMANO, *Economía, sociedad y poder en Córdoba. Primera mitad del siglo XIX*, Córdoba, Ferreyra Editor, 2002.

sense, rooted in the institutional practice of the long colonial tradition, played a significant role even in the constitutional organization of the new Argentine State. The adoption of the French inspired system of national codification of the substantive law (civil, criminal, commercial and mining law) in the Argentinean Constitution of 1853 was justified by the difficulties that were seen in maintaining the multiplicity of divergent laws and customs among the provinces and by the lack of trained personnel in the said provinces to provide adequate laws for the new era. However, in spite of the French model of national codification, the provinces defended their rights to maintain their autonomy with their own judicial powers and their local procedural law, creating a hybrid constitutional model (half way between American federalism and French unitarism) that still carries problems of interpretation and competence. When in 1860 the Constitution was reformed for attaining the incorporation of Buenos Aires into the new constitutional order, the article that granted the National Congress the power to make the national, civil, criminal, commercial and mining legal codes, was amended to ensure that these new legal codes could not « alter local jurisdictions » ⁽¹¹⁷⁾.

VI. *Conclusions.*

To conclude I would like to quote a recent essay by a specialist in Latin American political history, Antonio Annino. Talking about the central role that the customary law and the Hispanic conception of justice would have had in the self-government tradition of colonial societies, Annino says: « One of the major difficulties is to define “what were” and “how” local customs worked in colonial Hispanic America. But it is not unreasonable to think that their role has been more important than in the peninsula: it suffices to recall that the old principle of Hispanic “consensus” was practiced in America and guaranteed by a body ultimately very short of judges (mostly natives) and without even the presence of an army. Three centuries of unquestioned loyalty to the Crown on this basis suggest that justice

⁽¹¹⁷⁾ A. BIANCHI, *Historia de la Formación Constitucional Argentina (1810-1860)*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2007, p. 217.

was rather the interpretation of local societies than a will of “centralization” of the Monarchy, as it was held for decades by the historiography of Indie’s Law. Actually it was this justice, along with the church, that endowed the Empire with three centuries of cohesion and with local autonomy to the communities and cultures that were a part of it » ⁽¹¹⁸⁾.

If we look at the colonial experience from the wide framework provided by the legal culture of the Spanish modern ages, removing the bias of the absolutist approach, many features and adaptations of the law and justice in the colonial world can be explained on the basis of the common cultural foundations that gave meaning to the institutional practices in the different areas of the Catholic monarchy. Under the religious totalitarian rule of its traditional constitution, the transcendent conception of law, the normative value of local customs, the dominant casuism in legal reasoning, and the possibility of invoking reasons of convenience related to the local context, produced an effect of “localization” of law and justice that fueled a strong sense of self-government. The case of Córdoba, and the cities of Tucuman, shows that this effect of localization was not only related to the substantive standards, as we have seen in the analysis of criminal justice, but also affected the standards that had to shape the institutional structure of the king’s justice. Although it is just a hypothesis that needs deeper analysis, I think that this relationship between justice and local autonomy inherited from the colonial era has left its imprints on the Argentine constitutional model currently in force.

⁽¹¹⁸⁾ A. ANNINO, *Imperio, constitución y diversidad en la América Hispana*, in «Nuevo Mundo Mundos Nuevos», Debates, 2008, online URL: <http://nuevomundo.revues.org/33052>, § 24.

JOAQUÍN VARELA SUANZES-CARPEGNA

LA COSTITUZIONE DI CADICE
NEL CONTESTO SPAGNOLO ED EUROPEO (1808-1823) (*)

1. *Afrancesados* e patrioti. — 2. Le *Cortes* di Cadice. — 3. La Costituzione del 1812. — 4. Il ritorno all'assolutismo. — 5. Il Triennio liberale. — 6. Fonti e Bibliografia.

1. *Afrancesados e patrioti.*

In primo luogo, conviene sottolineare che il fattore che provocò la nascita del costituzionalismo spagnolo non fu endogeno bensì esogeno: l'invasione francese. Questo costituì un fatto notevole che va tenuto in considerazione per meglio comprendere la portata e i limiti della rivoluzione liberale spagnola. È pur vero che le idee costituzionali iniziarono a diffondersi all'interno dell'*élite* intellettuale spagnola a partire dalla seconda metà del XVIII secolo, ma fu solo dopo l'invasione francese che in Spagna cominciò a delinearsi uno Stato costituzionale. Le sequenza dei fatti è nota, ma conviene pur sempre rammentarla. Tra il 17 e il 19 marzo del 1808 si verificò il cosiddetto "Motín de Aranjuez", a causa del quale il re Carlo IV fu costretto ad abdicare in favore del figlio Fernando VII e ad esonerare dal potere il suo Primo Ministro Godoy. Una settimana dopo, le truppe di Napoleone, con il pretesto di dirigersi in Portogallo e sotto la protezione del Trattato di Fontainebleau che, sia la Francia sia la Spagna avevano sottoscritto l'anno precedente, entrarono a Madrid, al comando di Murat. Il 10 aprile Fernando VII decideva di lasciare la città seguito dai membri del suo più stretto *entourage*, per incontrarsi con l'Imperatore dei francesi, allo scopo di ottenere da quest'ultimo il proprio riconoscimento quale legitti-

(*) Traduzione dallo spagnolo di Simonetta Scandellari.

mo re di Spagna. Dieci giorni più tardi, Fernando VII raggiungeva la città francese di Bayona, mentre i suoi genitori, Carlo IV e la regina Maria Luisa vi arrivarono il 30 aprile, con la pretesa che Napoleone costringesse Fernando VII a restituire la corona al proprio padre. Tuttavia l'Imperatore, che era riuscito ad ingannare sia Fernando VII sia Carlo IV, non mirava ad altro se non alla rinuncia di entrambi i Borbone alla Corona spagnola. Un obiettivo che conseguì ai primi di maggio, e che dopo due mesi permise a suo fratello Giuseppe di essere incoronato re di Spagna e delle Indie.

Con la duplice abdicazione di Bayona crollò la monarchia spagnola e si produsse una profonda crisi all'interno della società stessa, la più importante di tutta la sua storia contemporanea fino a quella avvenuta nel 1936. È importante ricordare che poco prima che si verificasse la duplice abdicazione di Bayona, e per l'esattezza il 2 di maggio, il popolo di Madrid si era sollevato in armi contro l'esercito francese che aveva occupato la città. La dura repressione posta in atto dalle truppe di Murat provocò il diffondersi della ribellione in tutta la Spagna, e in effetti, fu l'inizio di una lunga Guerra di Indipendenza e di una autentica rivoluzione liberale, che diede l'avvio al costituzionalismo spagnolo. Per far fronte alla crisi aperta dalla duplice abdicazione di Bayona, alcuni spagnoli decisero di scendere a patti con gli invasori e di accettare la legittimità di Giuseppe I. Questa fu l'opzione di quella parte degli spagnoli cosiddetti *afrancesados*, molti dei quali ricoprivano posizioni di spicco all'interno della comunità politica o intellettuale o della struttura sociale. Gli *afrancesados* dividevano i principi politici del dispotismo illuminato, erano uomini di inclinazione moderata, contrari a qualunque velleità rivoluzionaria. Di fronte al principio di sovranità nazionale invocato dai patrioti liberali all'interno delle Cortes di Cadice, gli *afrancesados* affermarono il principio monarchico, attraverso il quale legittimare la loro fedeltà politica a Giuseppe I, nella cui monarchia autoritaria essi individuavano un necessario strumento di modernizzazione, senza i pericoli che la rivoluzione liberale avrebbe comportato. Il testo più rappresentativo di questa monarchia fu lo Statuto o Costituzione di Bayona, in realtà imposto da Napoleone ad una commissione di notabili riunita in questa città e formalmente approvato da Giuseppe I il 6 luglio 1808. Questo documento costituzionale si ispirava al principio monarchi-

co che si affermava in forma esplicita all'inizio del testo e a partire dal quale al re si attribuiva la direzione politica dello Stato, mentre le *Cortes* erano un organo rappresentativo-cetuale. Nonostante il suo carattere autoritario, la Costituzione di Bayona riconosceva, sebbene in forma poco organica, alcuni principi e alcune libertà chiaramente ispirate al nuovo ordine liberal-borghese, quali la libertà personale, la libertà di stampa, l'uguaglianza fiscale e dei *fueros*, l'inviolabilità del domicilio, la soppressione dei privilegi e l'accesso agli incarichi pubblici secondo un principio meritocratico.

L'articolo 143 prevedeva la graduale entrata in vigore della Costituzione attraverso Decreti o Editti del re che non vennero mai emanati, per cui è possibile affermare che la Costituzione di Bayona non fu mai pienamente vigente nella Spagna occupata dai francesi. Man mano che le truppe francesi vennero sconfitte, cosa che avvenne soprattutto dopo la battaglia di Bailén, e il territorio spagnolo venne liberato, si venne riducendo sempre più il territorio e la popolazione sui quali il codice di Bayona doveva essere applicato.

Gli spagnoli che, al contrario degli *afrancesados*, preferirono una soluzione costituzionale patriottica alla crisi provocata dall'invasione francese, riconobbero Fernando VII quale legittimo re di Spagna e negarono validità alla duplice abdicazione di Bayona. Per tutto il paese si vennero costituendo delle Giunte Provinciali, che si autoproclamarono sovrane ponendo in discussione l'autorità concorrente del Consiglio di Castiglia, la più importante istituzione di antico regime, e quella della Giunta di Governo creata da Fernando VII prima di partire per la Francia. Con l'obiettivo di coordinare la direzione politica e la resistenza militare — quest'ultima posta in essere sia dall'esercito regolare spagnolo, a sua volta sostenuto dall'Inghilterra, sia dalle truppe di guerriglia popolari — le Giunte Provinciali decisero di dar vita ad una Giunta Centrale, composta da trentacinque membri, la maggior parte dei quali di estrazione nobiliare, il 25 settembre del 1808, nella cittadina di Aranjuez, vicina a Madrid e presieduta dal vecchio conte di Floridablanca.

Nel dicembre di quello stesso anno, la Giunta Centrale si trasferì a Siviglia, divenuta capitale della Spagna non occupata dai francesi. Tutti i suoi membri, pur convenendo sulla necessità di convocare le *Cortes*, erano in disaccordo relativamente alla struttura, alla composizione e all'ampiezza dei poteri di questa istituzione,

argomenti oggetto di dibattito durante tutto il 1809. Nonostante l'influente Jovellanos fosse a favore di *Cortes* cetuali, la cui funzione doveva essere circoscritta a migliorare le leggi fondamentali della monarchia o della "costituzione storica" della Spagna, alla fine trionfarono coloro che sostenevano la convocazione di *Cortes* unicamerale e dotate di potere costituente.

Il 31 gennaio del 1810, una volta convocate le *Cortes*, la Giunta Centrale decise di sciogliersi non prima di aver nominato un Consiglio di Reggenza, al quale con un decreto dello stesso giorno trasferiva tutta l'autorità e il potere senza alcuna limitazione.

2. *Le Cortes di Cadice.*

Le *Cortes* Generali e Straordinarie si riunirono per la prima volta il 24 settembre del 1810 nella Isla de León, vicina alla città di Cadice, una delle più liberali di tutta la Spagna. Le elezioni furono abbastanza complicate data la situazione di guerra e la mancanza di esperienza, con particolare riferimento al complesso ed innovativo sistema elettorale approvato dalla Giunta Centrale, secondo cui le elezioni dei deputati erano attribuite alle Giunte Provinciali, alle città con voto nelle *Cortes* e ai *Regni*. Era stata inoltre regolamentata la figura del "deputato supplente" che doveva eleggersi in rappresentanza delle province spagnole di oltreoceano e delle province peninsulari occupate dai francesi.

Vennero eletti all'incirca trecento deputati. Il numero esatto non si conosce con certezza, è più probabile che non si siano mai riuniti tutti insieme. Centoquattro deputati sottoscrissero l'Atto di apertura delle sessioni, altri ottanta firmarono l'approvazione della Costituzione il 19 marzo del 1812, mentre duecentoventi risultano dall'Atto di scioglimento delle *Cortes* in data 14 settembre 1813.

Un terzo dei membri faceva parte delle cariche più elevate del clero.

Tra i deputati, abbondavano altresì i giuristi, una sessantina circa, e i funzionari pubblici, tra le file dei quali risultano sedici professori ordinari. Una trentina abbondante era costituita da militari e da otto rappresentanti dell'alta nobiltà del regno, vi erano inoltre quindici proprietari, cinque commercianti, quattro scrittori,

due medici e cinque appartenenti della Marina. Era dunque un'assemblea di notabili.

Nelle *Cortes* di Cadice non si può parlare ancora propriamente di partiti politici, mancando l'organizzazione necessaria a connotarli. Si può però ed è altresì necessario farlo, parlare di tendenze costituzionali, di gruppi di deputati uniti tra di loro da una comune seppur non identica filiazione dottrinale. A questo proposito, all'interno delle *Cortes*, si potevano osservare tre tendenze: in primo luogo, la tendenza costituita dai deputati "realisti", la cui base dottrinale era una mescolanza di dottrina scolastica e di storicismo nazionalista, che si concretizzava nella difesa della dottrina di Suarez della *translatio imperii* e della sovranità condivisa tra Re e *Cortes* e nella necessità di rispettare l'essenza delle leggi fondamentali della monarchia ovvero della Costituzione storica della Spagna, nel momento di redigere il testo costituzionale, come aveva sostenuto Jovellanos nella sua *Memoria in difesa della Giunta Centrale*. I deputati "realisti" criticavano sia il pensiero rivoluzionario francese sia le dottrine assolutiste: né rivoluzione né reazione, bensì riforma dell'esistente, questo veniva ad essere il suo carattere distintivo, nonostante non pochi di loro, come Inguanzo, fossero molto lontani dall'ideale illuminista di Jovellanos, come si manifestò soprattutto nel dibattito sulla Inquisizione.

La seconda tendenza era formata dai deputati liberali, i cui principi costituzionali erano fondamentalmente gli stessi di quelli difesi dai patrioti francesi durante l'Assemblea del 1789, con particolare riferimento alla sovranità nazionale e con una concezione della divisione dei poteri destinata a trasformare le *Cortes* unicamerale nel fulcro istituzionale del nuovo Stato, nonostante tali principi venissero difesi con un linguaggio molto diverso da quello impiegato dai patrioti francesi. In effetti, pur non mancando riferimenti ai luoghi comuni del giusnaturalismo razionalista (stato di natura, patto sociale, diritti naturali, etc.) da parte di alcuni deputati liberali, la maggior parte di essi preferì legittimare le proprie tesi incluso i concetti di sovranità nazionale e di divisione dei poteri, secondo un supposto "liberalismo medievale spagnolo", come si vedrà più avanti. In realtà, il richiamo al Medio Evo era comune a realisti e liberali, sebbene i primi, seguendo le teorie di Jovellanos, deformavano molto meno dei secondi la realtà storica, i secondi erano più vicini

alle tesi sostenute da Francisco Martínez Marina nella *Teoría de las Cortes*.

I deputati ispano-americani formavano la terza tendenza costituzionale rappresentata nelle *Cortes*. Bisogna in primo luogo ricordare che l'invasione francese del 1808 aveva dato l'avvio, nelle colonie spagnole, all'inizio di un processo di emancipazione politica che sarebbe culminato novanta anni più tardi con l'indipendenza di Cuba, di Porto Rico e delle Filippine. Una parte delle *élite* creole continuava però a sperare di mantenere i legami con la madrepatria, pur attraverso una Costituzione fondata sui principi dell'autogoverno dei territori coloniali d'oltremare che garantisse una rappresentanza politica delle popolazioni ispano-americane all'interno delle istituzioni dello Stato e in particolare nelle *Cortes*. Su entrambi questi due punti concordavano i deputati ispano-americani presenti all'interno delle *Cortes* di Cadice, nelle cui premesse costituzionali si mescolavano dettami desunti dalla neoscolastica spagnola e dal diritto delle Indie insieme a principi rivoluzionari, tratti per esempio da Rousseau, a cui si deve sommare l'influenza di alcuni giusnaturalisti olandesi e tedeschi, con particolare riferimento a Grozio e a Pufendorff.

In relazione alla filiazione dottrinale e ai modelli costituzionali di riferimento di ciascuna delle tre tendenze è necessario fornire alcune precisazioni. I deputati realisti simpatizzavano per il costituzionalismo inglese o meglio per la versione che di questo ne aveva dato Montesquieu. Ciò che interessava ai realisti non era tanto la posizione costituzionale del re britannico, bensì l'organizzazione del suo Parlamento. A questo proposito, trassero ispirazione dalla teoria dei corpi intermedi, esposta dall'autore de *Lo Spirito delle Leggi*, e insistettero non tanto sull'importanza di un esecutivo monarchico forte, secondo lo stile britannico, quanto sulla necessità di una rappresentanza speciale per la nobiltà e soprattutto per il clero, ceto al quale apparteneva la maggior parte dei realisti. Una rappresentanza speciale simile alla Camera dei *Lords* che Jovellanos aveva difeso nella sua citata *Memoria*.

I deputati liberali tenevano in grande considerazione alcuni aspetti del costituzionalismo inglese, come il giurì e la libertà di stampa, mentre non ne condividevano altri come l'ampiezza della prerogativa regia e il carattere aristocratico della Camera dei *Lords*.

Questi deputati non erano completamente anglofili, a differenza di Jovellanos e del deputato Ángel del la Vega Infanzón, i quali a partire dall'invasione francese, avevano cercato di introdurre in Spagna una monarchia simile a quella inglese, in accordo con i suggerimenti di Lord Holland e del suo amico nonché collaboratore dottor Allen.

In realtà le idee centrali dei deputati liberali, come Argüelles, Toreno e Juan Nicasio Gallego, traevano fondamento dal giusnaturalismo razionalista (Locke, Rousseau), da Montesquieu e dalla cultura enciclopedista (Voltaire, Diderot), che si erano venute diffondendo in tutta la Spagna a partire dalla seconda metà del secolo XVIII. Questa influenza straniera si venne poi mescolando allo storicismo di impronta medievale e, in alcuni casi, come in quello degli ecclesiastici Muñoz Torrero e Espiga, alla neoscolastica spagnola, mentre in quello di Argüelles si trovano tracce del positivismo di Bentham.

Non risulta strano, quindi, che il modello costituzionale più diffuso tra i liberali fautori della Costituzione del 1812 fosse quello che si era formato in Francia a partire dalla Dichiarazione dei Diritti del 1789 e della Costituzione del 1791. Un testo, quest'ultimo, tenuto in grande considerazione al momento di redigere la Costituzione spagnola del 1812, nonostante che tra le due costituzioni vi fossero notevoli differenze, come si dimostrerà più avanti.

Ai deputati ispano-americani, invece, non soddisfaceva né il modello britannico né quello francese del 1791. Il primo era incompatibile con la loro mentalità antiaristocratica, incline ad un egualitarismo che superava i limiti del primigenio liberalismo; il secondo, ispirato al dogma giacobino della sovranità nazionale, non poteva piacere per il suo radicale uniformismo politico ed amministrativo. In realtà i deputati ispano-americani sembravano guardare più alla monarchia semi-federale degli Asburgo, messa da parte dal centralismo borbonico, che ai modelli costituzionali vigenti. Dovendo scegliere tra questi ultimi, le loro simpatie si sarebbero rivolte alla costituzione degli Stati Uniti.

Un modello che non convinceva né i realisti né i liberali. Ai primi non convinceva soprattutto il suo repubblicanesimo, ai secondi per il federalismo, espressamente rifiutato in quelle *Cortes*. A questo proposito, Agustín Argüelles, nel dibattito costituzionale sui

Municipi e sulle Deputazioni provinciali, che ebbe luogo nel gennaio del 1812 insistette, polemizzando con i deputati ispano-americani, sui supposti pericoli del federalismo e sulla necessità di allontanarsi dal modello della “federazione anglo-americana”. Dal canto suo, Toreno, nello stesso dibattito, sottolineava che la Costituzione nascente intendeva escludere in tutti i modi « il federalismo, dal momento che abbiamo voluto creare una Nazione sola e unica ».

« L'ampiezza della Nazione [spagnola], aggiungeva questo deputato, la spinge sotto l'egida di un sistema liberale verso il federalismo; e se non lo evitiamo si verrà a creare, soprattutto con le province di Oltremare, una federazione come quella degli Stati Uniti, che presto passerebbe ad imitare il più indipendente dei Cantoni svizzeri e finirebbe per costituire degli Stati separati ».

Il frutto più prezioso delle *Cortes* di Cadice fu la Costituzione del 1812, di cui si parlerà più avanti, ma è necessario tenere presente che queste *Cortes*, prima, durante e dopo il dibattito costituzionale, approvarono molti e fondamentali Decreti, come quello del 24 settembre del 1810, il primo tra questi, redatto da Muñoz Torrero e Manuel Luján, che dichiarava la legittima costituzione delle *Cortes* Generali e Straordinarie e la loro sovranità, e riconosceva « di nuovo » Fernando VII come « unico e legittimo » Re di Spagna, annullando la sua rinuncia alla Corona,

« che si dice fatta in favore di Napoleone, non solo per la violenza che intervenne in quei fatti ingiusti e illegali [nella duplice abdicazione di Bayona], ma mancandogli principalmente il consenso della Nazione ».

In questo importantissimo Decreto si formulava, inoltre, il principio della divisione dei poteri, in virtù del quale le *Cortes* si riservavano il potere legislativo, attribuivano il potere esecutivo ad un Reggenza responsabile di fronte alla Nazione, « in maniera suppletiva e fino a quando le *Cortes* non avessero eletto il Governo che più convenisse », e affidavano « per il momento » a « tutti i Tribunali e i Giudici (*Justicias*) in carica nel Regno, perché continuassero ad amministrare la giustizia secondo le leggi ».

Nonostante quanto disposto in questo Decreto, le *Cortes*, allo stesso modo di quanto era accaduto per l'Assemblea francese del 1789, non si limitarono ad agire come una Camera investita di potere costituente e legislativo, bensì agirono anche come organo di gover-

no e come tribunale di giustizia, come osserverà criticamente José María Blanco-White da Londra, diventando la più elevata istanza politica della Spagna non occupata dai francesi. Questa situazione produsse costanti frizioni tra le *Cortes* e il Consiglio di Reggenza, che obbligò le prime a sciogliere il Consiglio il 28 ottobre del 1810 e a sostituirlo con un Reggente (Agar) e un supplente (Puig), più facili da controllare. Tra i Reggenti destituiti si annoveravano due dei maggiori nemici delle *Cortes* e della Costituzione: Lardizábal e il Vescovo di Orense.

Altri Decreti di grande rilevanza furono quello che proclamava l'uguaglianza di diritti tra gli spagnoli e i cittadini delle province ispano-americane, quello che decretava la libertà di stampa, quello che incorporava gli antichi territori con amministrazione signorile (*señoríos*) alla Nazione e quello che aboliva le prove di nobiltà per accedere all'Esercito.

Una decisione, quest'ultima, che comportava una trasformazione molto importante per la società cetuale basata sul privilegio, aprendo così la carriera delle armi a settori sociali fino ad allora esclusi. Le *Cortes* approvarono altri importanti Decreti, come quello che aboliva la tortura nei processi giudiziari e il commercio di schiavi, quello che stabiliva la libertà di industria, commercio e lavoro, quello che dava l'avvio all'alienazione della proprietà ecclesiastica e ordinava la lottizzazione dei beni demaniali ed incolti, quello che sopprimeva il cosiddetto "voto di Santiago" e quello più importante che aboliva il Tribunale dell'Inquisizione. Questi ultimi due vennero approvati dopo l'entrata in vigore della Costituzione.

3. *La Costituzione del 1812.*

Il 9 dicembre del 1810, il deputato liberale Antonio Oliveros propose alle *Cortes* la nomina di una Commissione incaricata di redigere un progetto di Costituzione politica della Monarchia, che tenesse presente i lavori preparatori della Giunta Centrale. Le *Cortes* approvarono la proposta di Oliveros, ma non procedettero a nominare la Commissione fino al 23 dicembre. La componevano quindici membri dei quali cinque erano realisti: Francisco Gutierrez de la Huerta, Juan Pablo Valiente, Francisco Rodríguez de la Bárcena, Alonso Cañedo Vigil e Pedro María Rich; cinque erano ispano-

americani: il cileno Joaquín Fernández de Leyva, il peruviano Vincente Morales Duárez, i messicani Antonio Joaquín Pérez e Mariano Mendiola Velarde, e il cubano Andrés Jáuregui (Mendiola e Jáuregui furono nominati il 12 marzo, e fino ad allora la rappresentanza ispano-americana era stata molto esigua); cinque erano celebri liberali: Diego Muñoz Torrero, Antonio Oliveros, Agustín Argüelles, José Espiga e Evaristo Pérez de Castro. La Commissione si costituì il 2 marzo del 1811. Il suo presidente fu Diego Muñoz Torrero (proveniente dall'Estremadura), e già rettore dell'Università di Salamanca; suoi segretari furono Francisco Gutierrez de la Huerta e Evaristo Pérez de Castro. In questa prima sessione — alla quale non assistettero numerosi deputati realisti, come avvenne in altre occasioni, cosa che contrastava con il disciplinato atteggiamento dei liberali — i deputati si accordarono nel consultare sia le Memorie e i Progetti, che aveva avuto tra le mani la Giunta di Legislazione, creata dalla Giunta Centrale, sia i rapporti circa la migliore maniera di “assicurare la migliore osservanza delle leggi fondamentali” e di migliorare la legislazione, che diverse istituzioni (Consigli, Giunte superiori delle Province, Tribunali, Municipi, Capitoli ecclesiastici, Vescovi e Università) e alcuni “saggi e persone illuminate” avevano sottoposto alla Giunta Centrale, la cui opinione era stata recepita con Decreto del 22 maggio del 1809. Allo stesso modo, la Commissione costituzionale manifestava l'intenzione di analizzare gli scritti che le sarebbero stati sottoposti in futuro e invitava a partecipare alle proprie sessioni « alcuni personaggi istruiti », permettendo con ciò la partecipazione ai dibattiti del 12 marzo di Antonio Ranz Románillos, buon conoscitore del costituzionalismo francese, autore di un progetto di Costituzione che la Commissione costituzionale prese in considerazione. Il 20 marzo cominciarono i dibattiti costituzionali in seno alla Commissione. Cinque mesi più tardi, esattamente il 18 di agosto vennero letti nelle *Cortes* i primi quattro Titoli del progetto di Costituzione (tra i quali quelli relativi alle *Cortes* e al Re) e la parte corrispondente dell'esteso Discorso preliminare, il cui dibattito ebbe inizio nella riunione plenaria delle *Cortes* il 25 di agosto, allo stesso tempo in cui la Commissione costituzionale stava discutendo gli ultimi sei Titoli della Costituzione, tra i quali quelli relativi all'amministrazione della giustizia, e la parte residua del Discorso preliminare.

Questo Discorso è un documento fondamentale per conoscere la teoria costituzionale del liberalismo espresso dalla Costituzione del 1812 e, data la sua originalità e ripercussione, di grande importanza non solo per la storia costituzionale della Spagna, ma anche per tutto il mondo ispanico e per la storia costituzionale *tout court*. Il suo leit-motiv era lo storicismo, in modo tale che il progetto di Costituzione si collegasse alle leggi medievali [del paese]:

«...la Commissione costituzionale nel suo progetto non propone niente che non si trovi stabilito nel modo più autentico e solenne nei diversi corpi legislativi spagnoli... L'ignoranza, l'errore e la malizia alzeranno le loro grida contro questo progetto. Gli attribuiranno la qualifica di "innovatore", di pericoloso, contrario agli interessi della Nazione e ai diritti del Re. Ma i loro sforzi saranno inutili i loro falsi argomenti svaniranno come il fumo al vedere dimostrato in modo evidente che i principi fondamentali di questo progetto sono stati per i nostri antenati, prassi vera e riconosciuti assiomi e santificati per l'uso di molti secoli».

La Commissione costituzionale aveva incaricato due dei suoi membri, entrambi liberali, l'asturiano Agustín Argüelles y il castigliano José Espiga, della redazione di questo Discorso. Argüelles si incaricò di leggerlo nelle *Cortes*, in nome della Commissione costituzionale. In realtà, sebbene si trattasse di un testo che esprimeva un pensiero condiviso, nella redazione del quale Espiga ebbe una parte, gli storici — tra i quali Toreno, testimone dei fatti, sono concordi nell'attribuire ad Argüelles la paternità di questo importante documento che senza dubbio tenne in conto i lavori preparatori realizzati dalla Giunta Legislativa.

Al contrario, nella redazione del testo costituzionale giocarono un ruolo importante Diego Muñoz Torrero e, in misura minore, Evaristo Pérez de Castro, che lo lesse nelle *Cortes* e forse anche l'onnipresente Antonio Ranz Romanillos nonostante non facesse parte delle *Cortes*. I dibattiti in seno a questa Commissione si conclusero il 24 dicembre del 1811, proseguendo parallelamente per gli ultimi quattro mesi con il dibattito in seno alle *Cortes* riunite, che proseguì fino al 18 marzo del 1812. Il testo, che si componeva di trecentottantaquattro articoli, venne finalmente approvato e promulgato il giorno seguente, giorno di San Giuseppe, da qui il nomignolo "La Pepa" con il quale fu popolarmente denominata la nuova Costituzione.

I suoi due principi fondamentali erano la sovranità nazionale e la divisione dei poteri, due principi già recepiti dal primo ed importantissimo Decreto approvato dalle *Cortes* il 24 settembre del 1810, commentato in precedenza. Di questi due principi e delle loro conseguenze conviene occuparsene di seguito.

Il principio della sovranità nazionale si accoglieva nell'articolo terzo del testo costituzionale, che così recitava: «La sovranità risiede essenzialmente nella Nazione alla quale sola appartiene il diritto di promulgare le sue leggi fondamentali». Per difendere tale principio la maggior parte dei deputati liberali non ricorse alle tesi giusnaturaliste dello “stato di natura” e del “contratto sociale”. Nonostante alcuni deputati, come Toreno, ne facessero menzione, la maggior parte dei liberali difesero questo principio a partire dal supposto radicamento nella storia della Spagna e della sua legittimazione nella insurrezione patriottica contro i francesi. Nonostante tutto, le conseguenze che trassero dal principio di sovranità nazionale furono molto simili a quelle che anni prima avevano tratto i liberali del paese vicino. La sovranità, in effetti, fu definita nei termini di una potestà originaria, perpetua e illimitata, che risiedeva unicamente ed esclusivamente nella Nazione, vale a dire, in un “corpo morale”, formato dagli spagnoli di entrambi gli emisferi, indipendentemente dalla loro estrazione sociale e provenienza territoriale, sebbene diverso dalla mera somma o aggregazione degli stessi.

La facoltà più importante della sovranità consisteva, per i liberali, nell'esercizio del potere costituente, ovvero, nella facoltà di emanare una Costituzione o, una volta approvata, di riformarla. Se il potere costituente originario era stato esercitato dalle *Cortes* Straordinarie e Generali, senza alcuna partecipazione del Re che era assente, la Costituzione del 1812, nel suo ultimo Titolo, il decimo, affidava la riforma della Costituzione ad alcune *Cortes* speciali, senza l'intervento del monarca, distinguendo in tal modo, tra la Costituzione e le leggi ordinarie così come aveva fatto anche la Costituzione francese del 1791.

In sintesi, allo stesso modo che era successo al testo costituzionale del paese vicino, il codice gaditano fu concepito come un'autentica norma giuridica, che doveva vincolare sia il potere

esecutivo sia il potere giudiziario, ma non certamente il potere legislativo.

In considerazione di ciò, è necessario ricordare che l'articolo 372 disponeva che le *Cortes* nelle sue prime sessioni avrebbero preso in considerazione « le infrazioni alla Costituzione che fossero state fatte notare per potervi così porre rimedio e rendere effettiva la responsabilità di coloro che l'avevano infranta ». Con questa disposizione, i costituenti gaditani non pretesero di stabilire un meccanismo per controllare le infrazioni costituzionali da parte delle *Cortes*, e neppure l'incostituzionalità delle leggi precostituzionali, ma almeno le infrazioni alla Costituzione da parte dei maggiori poteri dello Stato e soprattutto dell'esecutivo. Le *Cortes* si convertivano in tal modo nel guardiano della Costituzione. Le *Cortes* o la loro *Deputazione* permanente, a cui spettava il compito, negli intervalli di tempo in cui le *Cortes* non erano riunite, di « di dar conto alle *Cortes* successive delle infrazioni segnalate », sia le violazioni alla « Costituzione » sia alle « leggi », che significativamente erano sottoposte allo stesso trattamento. In Cadice, non si definì una giurisdizione costituzionale, ma era evidente che vi fosse un interesse politico nell'applicare la Costituzione.

Per quanto concerneva poi, il principio della divisione dei poteri, il Discorso preliminare lo giustificava come una tecnica di razionalizzazione e premessa imprescindibile per assicurare la libertà. Per dirla in altro modo, i liberali promotori della Costituzione del 1812, per mezzo delle dichiarazioni della stessa Commissione che aveva redatto il testo costituzionale, riconoscevano da una parte, l'esistenza delle diverse funzioni da un punto di vista materiale: legislazione, amministrazione e giurisdizione (incluso negli Stati precostituzionali), ma dall'altra parte, preferivano attribuire ciascuna di queste funzioni ad un potere distinto: « L'esperienza proveniente dai secoli — si legge nel Discorso preliminare — ha dimostrato in modo evidente che non vi può essere libertà né sicurezza, né giustizia, né prosperità in uno Stato dove l'esercizio dell'autorità sovrana sia riunito in una sola persona ».

Il principio della divisione dei poteri si cristallizzerà negli articoli dal 15 al 17 del Codice del 1812, che armonizzavano il cardine su cui ruotava la struttura organizzativa di tutto il testo: « Il potere di promulgare le leggi (art. 15) risiede nelle *Cortes* insieme al

Re ». « Il potere di fare eseguire le leggi (art. 16) risiede nel sovrano ». Infine, l'articolo 17 recitava « Il potere di fare eseguire le leggi nelle cause civili e criminali risiede nei Tribunali stabiliti dalla legge ». Disposizioni che tutti insieme, come stabiliva l'articolo 14, convertivano il governo (ossia lo Stato) della Nazione spagnola in una monarchia moderata ereditaria. Un concetto che esprimeva il carattere limitato o "costituzionale", non illimitato o "puro" della monarchia nel senso ampio che le avevano dato i rivoluzionari francesi del 1789 e Montesquieu, nonostante che nelle *Cortes* di Cadice il concetto di Monarchia venisse utilizzato come sinonimo di Nazione, di Spagna, "delle Spagne", quella europea e quella americana. In questo senso la Costituzione di Cadice venne denominata "Costituzione Politica della Monarchia Spagnola". In tale accezione, la Monarchia era l'ambito territoriale sul quale si esercitava la sovranità di Stato, o in realtà, lo Stato stesso, la comunità spagnola giuridicamente organizzata, e non solo quella istituzione risultante dal conferimento al *Capo dello Stato* (la Corona, secondo la sua denominazione giuridica) un carattere ereditario e vitalizio. Era questa una accezione propria di una Nazione che non aveva smesso di essere monarchica e che pertanto identificava lo Stato con la forma che questo rivestiva.

È altrettanto interessante segnalare che nella riunione della Commissione costituzionale, che ebbe luogo il 9 luglio 1811, Espiga propose « che sarebbe stato molto conveniente cambiare l'epigrafe che determina la divisione dei tre poteri, ponendo per esempio, al posto del *potere legislativo Cortes* o Rappresentanza Nazionale; invece di *potere esecutivo*, del sovrano o della Dignità Regia; al posto del *potere giudiziario*, dei Tribunali; in tal modo si sarebbe evitato che avesse l'aria di avere copiato la nomenclatura dal francese e si sarebbe dato alla Costituzione, anche in questa parte, un tratto originale e maggiormente accettabile ». La Commissione accettò questo suggerimento di Espiga e successivamente la terminologia proposta passò al testo costituzionale, il cui titolo III si intitolò "De las Cortes"; il IV "Del Rey"; e il V "De los Tribunales, y de la Administración de Justicia en lo Civil y Criminal".

Il principio della divisione dei poteri trasformava altresì radicalmente l'assetto della vecchia monarchia spagnola in quanto il Re da quel momento in poi non avrebbe più esercitato tutte le funzioni

dello Stato. È vero che la Costituzione attribuiva al monarca in via esclusiva l'esercizio del potere esecutivo, gli conferiva la partecipazione alla funzione legislativa, per mezzo della sanzione delle leggi, e proclamava che la giustizia si sarebbe amministrata in suo nome. Nonostante ciò, d'ora in poi, sarebbero state le *Cortes* l'organo supremo dello Stato. Un organo che, in conformità con il principio di sovranità nazionale, si sarebbe composto di una sola Camera ed eletto in virtù di alcuni criteri esclusivamente individualisti. Per far parte dell'elettorato attivo e passivo (ovvero per eleggere e per essere eletti), non era sufficiente essere spagnoli, bensì era necessario essere cittadini, criterio con il quale la Costituzione del 1812 riproduceva la distinzione tra cittadini attivi e cittadini passivi e tra diritti civili e diritti politici. Distinzione quest'ultima che fu difesa anche dai deputati liberali; sebbene indiretto, il suffragio previsto dalla Costituzione di Cadice era molto ampio se si confronta con quello che stabilirà più tardi, la legislazione elettorale della monarchia all'epoca di Isabella II, logica conseguenza del carattere più radicale, quantunque non democratico, del liberalismo del 1812 che in tale occasione era stato propiziato anche dal ruolo da protagonista avuto dal popolo durante la Guerra della Indipendenza.

Le *Cortes* avrebbero svolto la funzione legislativa, poiché solo il monarca avrebbe potuto opporre il veto sospensivo alle leggi approvate nelle *Cortes* che solo ne poteva ritardare l'entrata in vigore. Inoltre le *Cortes*, attraverso i loro Decreti, potevano regolare unilateralmente, salvo la riforma costituzionale, altri decisivi aspetti del sistema politico, alcuni dei quali potevano riguardare la posizione costituzionale del re, come avveniva con la regolamentazione costituzionale della Reggenza e altresì con la posizione della Corona, come succedeva con la regolamentazione del diritto successorio. In realtà, nelle *Cortes* risiedeva, come fonte primordiale sebbene non esclusiva, la direzione politica del nuovo Stato da loro disegnato.

Nella Costituzione di Cadice, le relazioni tra le *Cortes* e il Re si regolavano in accordo con alcune premesse molto simili a quelle che avevano sostenuto i "patrioti" francesi nell'Assemblea del 1789, nella quale si rifletteva la sfiducia del liberalismo rivoluzionario nei confronti dell'esecutivo monarchico. Per citare due esempi solamente, la Costituzione proibiva al Re lo scioglimento delle *Cortes* e impediva che i Segretari di Stato — ancora non si parlava di

“ministri” né di “governo” come organo collegiale — fossero allo stesso tempo deputati, in aperta opposizione al sistema parlamentare di governo, già consolidato in Gran Bretagna e che Mirabeau aveva difeso nell’Assemblea del 1789 e Blanco-White nelle pagine di « El Español ». Al contempo, la Costituzione di Cadice cambiava di una forma radicale l’esercizio della funzione giurisdizionale che attribuiva a giudici e magistrati indipendenti. Questa era una premessa liberale fondamentale che il Discorso preliminare difendeva associandola alla salvaguardia della libertà, in accordo con quanto teorizzato da Locke e da Montesquieu.

In conformità con i principi di sovranità nazionale e di divisione dei poteri, la Costituzione di Cadice prevedeva uno stato costituzionale molto simile a quello costruito dalla Costituzione francese del 1791. Detto questo, le differenze tra l’uno e l’altro erano notevoli e si potevano riscontrare già dallo stesso Preambolo. Qui, in effetti, oltre a reiterare l’auspicio — vero *leit-motiv* del liberalismo del 1812 di legare la Costituzione agli antichi codici della monarchia medievale spagnola — si invocava « Dio onnipotente, Padre, Figlio e Spirito Santo », come « Autore e Supremo Legislatore della Società ». In effetti, il testo complessivo di questa Costituzione era impregnato da una forte caratterizzazione religiosa inesistente nel testo del 1791.

Alla Costituzione gaditana mancava inoltre una Dichiarazione dei diritti e questo non fu una dimenticanza involontaria. Infatti, venne espressamente rifiutata una tale dichiarazione per non dare adito all’accusa, abbastanza frequente, di “francesismo”. Nonostante ciò, il codice gaditano riconosceva alcuni diritti individuali in accordo con le teorie del primo liberalismo. L’articolo quarto, di chiara ascendenza lockiana, prescriveva: « la Nazione è obbligata a conservare e a proteggere attraverso leggi giuste e sagge, la libertà civile, la proprietà oltre agli altri diritti legittimi di tutti gli individui che la compongono ».

D’altra parte, il Titolo V di questa Costituzione, “De los Tribunales y de la Administracion de la Justicia”, riconosceva alcune garanzie processuali strettamente connesse alla sicurezza personale, come il diritto ad un giudice prestabilito dalla legge, il diritto di dirimere le liti attraverso giudici arbitri, il diritto di *habeas corpus*, il divieto della tortura e la inviolabilità del domicilio. L’art. 371

riconosceva a tutti gli spagnoli la libertà « di scrivere, stampare o pubblicare le proprie idee politiche senza necessità di licenza, censura o approvazione previa alla pubblicazione ». Altre disposizioni stabilivano l'uguaglianza di tutti gli spagnoli davanti alla legge, sia si riferisse all'uguaglianza dei tribunali o, nel caso a margine del Titolo V, alla uguaglianza degli obblighi fiscali, come disposto dagli artt. 8 e 339, mentre l'art. 373 riconosceva il diritto di appello.

Tutti questi diritti venivano considerati, come nella Francia del 1789, "diritti naturali" trasformati poi in "diritti positivi" attraverso il necessario ricorso al legislatore. Incluso nell'art. 308 si prescriveva che « se in circostanze straordinarie la sicurezza dello Stato avesse reso necessario nell'intero paese o in parte di esso, la sospensione di alcune formalità stabilite in questo capitolo [il III del ricordato Titolo V] per l'arresto dei delinquenti, le *Cortes* la potranno decretare per un tempo determinato ». Con tale dispositivo, molte delle garanzie processuali anteriormente ricordate, venivano ridotte a mere "formalità" che le *Cortes* potevano sospendere.

Ciò che qui è necessario segnalare è che un diritto di tale importanza quale quello della libertà religiosa, riconosciuto nel costituzionalismo inglese, statunitense e francese, non appariva in alcuna parte del codice spagnolo del 1812; al contrario l'art. 12 di questo stesso testo, consacrava, in maniera inequivocabile, la religione cattolica come religione di stato: « La religione della Nazione spagnola è e sarà perpetuamente la cattolica, apostolica, romana, unica vera [religione]. La nazione la protegge con leggi sagge e giuste e proibisce l'esercizio di qualsiasi altra ». Questo precetto era una dolorosa concessione da parte dei deputati liberali, inclusi quelli di condizione ecclesiastica, ai realisti e, o onor del vero, ai sentimenti della maggioranza degli spagnoli, con il proposito di assicurare la sopravvivenza della Costituzione nei confronti della reazione assolutista, auspicata dal clero. A ben poco servì tale concessione.

4. *Il ritorno all'assolutismo.*

Il 23 maggio del 1813, con un Decreto, le *Cortes* Generali e Straordinarie rendevano pubblica la convocazione delle *Cortes* Ordinarie la cui riunione era annunciata per il 1° di ottobre del 1813. Il Decreto proibiva la rielezione dei deputati delle *Cortes* Generali e

Straordinarie e, al tempo stesso, indicava il numero [di deputati] che ogni provincia avrebbe dovuto eleggere, in accordo con il principio costituzionale che stabiliva l'elezione di un deputato per ogni settantamila abitanti. Dopo una agguerrita campagna elettorale che contrappose realisti e liberali, le *Cortes* Ordinarie iniziarono le sessioni il 1° ottobre del 1813. Il successo di queste *Cortes* non può essere confrontato neppure lontanamente con quello delle anteriori, anche perché il loro lavoro fu molto breve dal momento che dopo pochi mesi Fernando VII, abolita la Costituzione di Cadice, ristabilì l'assolutismo. Sul ritorno all'assolutismo è necessario soffermarsi un poco.

In accordo con il Trattato che nel dicembre del 1813 Napoleone e Fernando VII avevano firmato a Valençay, nel cui castello Fernando VII era rimasto prigioniero durante tutti questi anni, il "Desiderato" [come veniva denominato Fernando VII] doveva ritornare in Spagna come legittimo monarca. Ma tanto il Consiglio di Reggenza come le *Cortes* reagirono indignati alla firma di questo Trattato che metteva in discussione la competenza costituzionale dei rappresentanti della Nazione spagnola e gli accordi di alleanza con la Gran Bretagna. Anche i deputati realisti si dimostrarono in disaccordo con il Trattato di Valençay, pensando che non fosse altro che uno stratagemma di Napoleone e si unirono ai liberali per esigere che la Nazione spagnola si astenesse dal giuramento di fedeltà al Re prima che quest'ultimo avesse giurato davanti alle *Cortes*, la Costituzione.

Nel marzo del 1814, in questo ambiente apparentemente poco propizio per un ritorno all'assolutismo, Fernando VII abbandonò il suo ritiro francese e si trasferì in Spagna. Il re, invece di andare direttamente a Madrid secondo quanto gli avevano indicato le *Cortes*, preferì sviare il percorso andando prima a Saragozza, e poi a Valenza dove arrivò il 16 aprile. Tale manovra gli permise di saggiare l'ambiente e consigliarsi con i suoi più fedeli consiglieri e con l'ambasciatore inglese Henry Wellesley, fratello del duca di Wellington. Tanto i suoi consiglieri, tra i quali si distinguevano Eguía e Elío, quanto l'ambasciatore si mostrarono favorevoli ad abrogare la Costituzione di Cadice, opinione che condivideva lo stesso duca di Wellington — considerato un eroe nazionale in Spagna oltre che naturalmente, in Inghilterra — sebbene desiderasse che Fernando

VII si inclinasse verso una monarchia costituzionale di tipo inglese e come stava per essere istituita in Francia con la Carta del 1814, approvata da Luigi XVIII nel maggio dello stesso anno.

Ugualmente, nemmeno alcuni esponenti dei realisti desideravano che Fernando VII si limitasse a restaurare l'ordine anteriore al 1808. Buona prova di ciò è il chiamato "Manifiesto de los Persas" che nell'aprile del 1814 sottoscrissero sessantanove membri delle *Cortes* Ordinarie. I suoi firmatari, a capo dei quali figurava Bernardo Mozo de Rosales, suo probabile redattore, metteva alla berlina l'operato delle *Cortes* costituenti e specialmente il testo costituzionale del 1812 per sottolineare che non aveva fatto altro che introdurre in Spagna le idee sovversive ed empie della Rivoluzione francese, completamente aliene alla tradizione nazionale spagnola. Però, oltre a denunciare l'operato dell'Assemblea gaditana — i cui deputati liberali venivano accusati di essere stati « posseduti da un odio implacabile nei confronti delle teste coronate » — i così detti *Persas* sollecitavano che venissero convocate nuove *Cortes* su base cetuale con l'obiettivo di organizzare una monarchia veramente limitata o moderata non da una "Costituzione", ma dalle antiche "Leggi Fondamentali" nella quale, a loro giudizio, doveva essere rinnovato il patto o contratto sottoscritto tra il re e il regno in totale accordo con le tesi sostenute da Jovellanos, che nelle *Cortes* Straordinarie di Cadice erano state difese dai deputati realisti. Nel "Manifiesto" non mancavano neppure le risapute allusioni alla sconfitta dei *Comuneros*, alla decadenza delle *Cortes* e al "dispotismo ministeriale". Allusioni che erano già divenute un luogo comune nell'ambiente intellettuale e politico dell'epoca e che, in questo caso, provenivano dalle opere di Martinez Marina e particolarmente dalla *Teoria de las Cortes* che aveva visto la luce l'anno prima. I *Persas* non ebbero timore di utilizzare quest'opera in modo tendenzioso. Così, nonostante alcune coincidenze, più apparenti che reali, le conseguenze politiche che trassero da esse erano certamente differenti, per non dire opposte, da quelle sostenute dal saggio storico asturiano: se egli difendeva, nella sua *Teoria*, una monarchia fondata sulla sovranità nazionale nella quale il Re doveva limitarsi a dar seguito agli accordi di *Cortes* rappresentative della Nazione, i firmatari di questo "Manifiesto" non ponevano in discussione la sovranità del Re, né la monarchia assoluta, che definivano « opera della ragione e

dell'intelligenza », ma si limitavano a consigliare la moderazione e temperanza attraverso *Cortes* cetuali e dei limiti estremamente vaghi che storicamente avevano dimostrato in modo inequivocabile la propria inefficienza, né mancava un allegato a favore del ristabilimento del Tribunale dell'Inquisizione « geloso protettore stabilito per mantenere la religione senza la quale non può esistere nessun governo ». Non si trattava, dunque, di una alternativa di carattere liberale al costituzionalismo del 1812 che cercasse di costruire una monarchia del tipo esistente in Gran Bretagna o a quella che più tardi avrebbe delineato la Carta francese del 1814 — una alternativa che Blanco-White difendeva dal suo esilio londinese — ma piuttosto un tentativo vano e inane tardivo alla fine e forse già da un principio, di riformare la monarchia tradizionale, ossia quella anteriore al 1808, senza porre in discussione i suoi fondamenti dottrinali.

L'immediato obiettivo dei *Persas* era senza dubbio quello di sollecitare il monarca che, mediante un colpo di stato — il primo della storia della Spagna anche se non certo l'ultimo — abbattesse l'opera delle *Cortes*. Era questo, in fondo, quello che sollecitavano nel finale del loro testo: « ...non potendo lasciare di chiudere questo rispettoso Manifesto, in quanto consenta l'ambito della nostra rappresentanza e i nostri voti particolari, con la protesta che si consideri senza valore questa Costituzione di Cadice non da V.M. né dalle province, sebbene per delle considerazioni che per caso influissero sul pietoso cuore di V.M. si risolvesse di giurarla, poiché stimiamo che le leggi fondamentali che contiene siano di incalcolabile e trascendentale pregiudizio che richiedono la previa riunione dei *Cortes* speciali legittimamente riunite, in libertà e in accordo con le antiche leggi ».

La richiesta dei deputati *Persas* ottenne risposta in un Decreto che il monarca inviò da Valenza il 4 maggio nel quale si derogava la Costituzione del 1812 e tutti i decreti approvati nelle *Cortes* di Cadice dichiarando: « nullo e di nessuna validità né effetto ora e in ogni tempo, come se tali atti non fossero mai esistiti... ». Gli argomenti addotti da Fernando VII per giustificare tale abolizione — la legittimità delle *Cortes* di Cadice e l'attuazione intimidatoria del liberali all'interno delle *Cortes* stesse — ricordavano quelle a cui erano ricorso i *Persas*, sebbene fossero argomenti comuni nei circoli realisti dal 1810. Fernando VII accusava le *Cortes* di essersi convo-

cate — « in un modo mai utilizzato in Spagna [anche] nei tempi più difficili », né di essere stato chiamato « il ceto nobiliare, il clero sebbene lo avesse ordinato la *Junta Central* ». Le *Cortes*, secondo il giudizio del Re, l'avevano spogliato del suo diritto sovrano dallo stesso giorno della loro instaurazione « attribuendola nominalmente alla Nazione, per appropriarsene poi loro stessi e dare ad essa [Nazione], dopo tale usurpazione, le leggi che [le *Cortes*] avevano deciso ». Secondo il monarca, la Costituzione era stata imposta « per mezzo di grida, minacce, de violenze da parte di coloro che nella Galleria delle *Cortes*...e quello che era solo l'opera di una fazione, veniva rivestito con il colorito specioso della volontà generale... ». Ciò che soprattutto Fernando VII contestava in questo decreto non era tanto l'origine, quanto il contenuto della Costituzione, la radicale modifica che questa aveva introdotto nella posizione del monarca all'interno dello stato: « ...quasi tutta la forma dell'antica Costituzione della monarchia era stata innovata, rifacendosi ai principi rivoluzionari e democratici della Costituzione francese del 1791 e, mancando contemporaneamente ciò che era stato annunciato all'inizio in cui si formò a Cadice, si introdussero non le leggi fondamentali di una monarchia moderata, bensì quelle di un governo popolare, con un capo o magistrato mero esecutore e delegato, non re, sebbene gli venisse attribuito tale nome, per ingannare e sedurre gli incauti e la Nazione ».

In questo decreto, Fernando VII non si limitava solo ad annullare l'immensa opera legislatrice delle *Cortes* gaditane — nella quale si condensava tutto un programma rivoluzionario e di modernizzazione che il liberalismo spagnolo più avanzato aveva cercato di porre in pratica durante tutto il secolo — ma si mostrava favorevole a limitare la monarchia nelle direzione segnalata dai *Persas* nel loro "Manifesto": « Aborro e detesto il dispotismo: nè le luci e la cultura delle nazioni europee, lo patiscono, né mai in Spagna furono despoti i suoi sovrani, né le sue buone Leggi e Costituzioni lo hanno consentito ».

Per limitare la monarchia o per temperarla, una parola forse più esatta in relazione a tali propositi, Fernando VII prometteva di convocare le *Cortes* e fare tutto quanto possibile per assicurare la libertà e la sicurezza « il cui completo godimento distingue un governo moderato da un governo arbitrario e dispotico ».

Il Re, in realtà, non ottemperò a queste vaghe promesse di riforma, così che appena iniziato il suo regno diede impulso — o in questo caso sarebbe più corretto dire che continuò — la repressione politica contro gli *afrancesados* che ancora erano in Spagna ma la maggior parte di loro, come Javier de Burgos, Leandro Fernández Moratín e il poeta Meléndez Valdés, si erano visti obbligati ad emigrare in Francia nel 1813, seguendo l'esercito invasore sconfitto.

La repressione fu particolarmente crudele nei confronti dei liberali; quelli che riuscirono a salvare la loro vita, furono obbligati all'esilio a partire dal 1814, come dovette fare, tra i tanti, il conte di Toreno e Álvaro Flórez Estrada i quali fuggirono in Inghilterra da dove poi il primo passò in Francia. Alcuni celebri liberali, come Agustín Argüelles, Francisco Martínez de la Rosa e Calatrava conobbero una sorte peggiore e furono imprigionati in lontane e oscure carceri nelle quali ebbero tempo in abbondanza per riflettere sulla sconfitta del sistema costituzionale.

Mentre portava a termine questa politica politicamente repressiva, Fernando VII e la sua *camarilla* si disposero a ristabilire l'antico ordine delle cose, restaurando il Consiglio Reale e l'Inquisizione, restituendo l'insegnamento ai Gesuiti che tornarono in Spagna per la prima volta dopo l'espulsione voluta da Carlo III e, per supposto, restituendo alla nobiltà e al clero i privilegi che le *Cortes* di Cadice avevano soppresso, abolendo le amministrazioni dei nobili nei loro territori e il maggiorasco, approvando inoltre molte altre disposizioni adottate per liquidare la vecchia società cetuale. Le pubbliche libertà vennero limitate completamente, proibendo in pratica la pubblicazione di tutti i periodici, ad eccezione della « Gaceta de Madrid » e del « Diario de Madrid ». A differenza di quanto avvenne in Francia con il ritorno di Luigi XVIII, la venuta di Fernando VII produsse una autentica "restaurazione" della monarchia assoluta e, in realtà, una radicalizzazione dei suoi aspetti più reazionari, come quelli di carattere repressivo e clericale, di momento che i precedenti re della casa di Borbone avevano appoggiato buona parte del programma illuminista, per lo meno fino al 1789.

5. *Il triennio liberale.*

Nemmeno l'assolutismo ebbe lunga vita, dopo i falliti tentativi

di Mina, Porlier, Richart, Renovaldes, Lacy y Vidal di concluderlo violentemente, il 1° gennaio del 1820, la sollevazione di Riego ottenne il desiderato obiettivo. La caduta dell'assolutismo trasse con sé il ristabilimento della Costituzione di Cadice. Fernando VII che tanto la odiava, si vide costretto ad accettarla il 10 marzo dello stesso anno; ma nonostante le sue promesse di fedeltà a questa Costituzione, cominciò a cospirare contro di essa poco dopo essere stata ripristinata, per raggiungere il suo scopo non dubitò neppure a ricorrere alla collaborazione della Santa Alleanza, formata dalla Russia, Austria, Prussia e Francia. Tutte nazioni che non potevano guardare con favore un codice così rivoluzionario com'era quello del 1812 che nemmeno piaceva troppo al governo *tory* di Lord Liverpool. La Gran Bretagna, in realtà, non aveva grande interesse che si consolidasse lo stato costituzionale in Spagna, non tanto per pregiudizi ideologici, quanto piuttosto perché la instabile politica spagnola favoriva l'emancipazione dell'America ispanica. Un vasto territorio ambito dal commercio britannico anche se gli Stati Uniti non erano disposti a permettere che in quell'emisfero tornassero a sventolare le bandiere di nessuna nazione europea, come dichiarava chiaramente il Presidente Monroe nel 1823. Né alla Santa Alleanza, né alla Gran Bretagna poteva piacere l'ammirazione che suscitava il testo gaditano al di fuori della Spagna. In Portogallo, a Napoli e in Piemonte, la Costituzione di Cadice non avrebbe tardato ad essere adottata come propria, nello stesso modo in cui, più tardi, avrebbero fatto i *decembristi* russi. In realtà, la promulgazione di questo testo costituzionale nel 1820 suppose una luce di speranza per i liberali radicali e per i democratici di tutta Europa, estromessi o perseguitati come conseguenza della politica reazionaria che la Santa Alleanza aveva imposto al vecchio continente. La Costituzione del 1812 si convertì, nel triennio che va dal 1820 al 1823 in un punto di riferimento per tutto il movimento liberale e nazionalista europeo e ispano-americano, marcando una pietra miliare nella storia del liberalismo occidentale.

L'ostilità di Fernando VII al nuovo regime costituzionale e il contesto internazionale così poco favorevole all'assestamento di questo regime in Spagna non sono sufficienti a spiegare l'insuccesso del Triennio. È necessario tenere presente anche la divisione del liberalismo spagnolo tra "esaltati" e "moderati" che risultò funesta

per la sopravvivenza del nuovo regime e che si manifestò all'inizio del 1820 a motivo dello scioglimento dell'“Esercito de la Isla”, ossia delle truppe comandate dall'eroe della Rivoluzione: Rafael de Riego, al primissimo posto, Quiroga, Arco-Agüero y López Baños. Gli “esaltati” volevano fare di questo esercito un bastione della rivoluzione, opponendosi alla sua dissoluzione. I “moderati”, al contrario, temevano il ruolo che questo esercito avrebbe potuto giocare come gruppo di pressione davanti alle *Cortes* e al governo. Per questa ragione avevano interesse a scioglierlo e fu quello che successivamente avvenne. Oltre a questo fatto ve ne furono molti altri che durante questi tre anni divisero i liberali spagnoli, come la nomina di alti funzionari dell'Amministrazione civile e militare, la legalizzazione delle Società Patriottiche e, soprattutto, la strategia da seguire per il processo sociale in Spagna. Gli “esaltati” — le cui premesse stavano a cavallo tra il liberalismo e il giacobinismo, richiamandosi alcune volte alle libertà individuali e altre ai diritti del popolo — volevano ristabilire integralmente il programma delle *Cortes* di Cadice, radicalizzandolo. Uno dei suoi dirigenti più famosi era Flórez Estrada, oltre a Romero Alpuente, Moreno Guerra, Istúriz e Calvo de Rozas. Gli “esaltati” ritenevano vi fosse un pericoloso iato tra potere politico e potere sociale che poteva essere risolto solamente accelerando il processo rivoluzionario e ampliando la base sociale delle nuove istituzioni, sebbene in quel momento indirizzassero le loro aspettative nelle classi popolari urbane — da lì il loro radicamento nelle milizie popolari e nelle Società Patriottiche — ma non nelle campagne dove era rappresentata l'immensa maggioranza della popolazione spagnola. I “moderati” pensavano, al contrario, che i conflitti non dovevano essere radicalizzati tra le forze dell'Antico regime e quelle favorevoli al nuovo ordine liberale, ma cercare un accordo tra loro, tenendo in conto, anche lo scarso appoggio popolare che contava lo stato costituzionale che si era manifestato in forma tragica nel 1814, quando le masse popolari avevano dato il benvenuto all'assolutismo. Tra i membri più distaccati dei “moderati” figuravano molti liberali che avevano partecipato in posizione preminente alla *Cortes* di Cadice, come Argüelles, Toreno, Muñoz Torrero e Espiga. Se gli “esaltati” accusavano i “moderati” di essere troppo accondiscendenti con le forze reazionarie e di cercare di beneficiare nel loro esclusivo interesse del potere, questi ultimi si

difendevano, accusando gli altri di favorire la caduta del regime e di eccitare l'avversione del monarca così come di buona parte dell'aristocrazia, del clero e della Santa Alleanza.

In cambio, non si può dire che la stessa esistenza della Costituzione del 1812 fosse un punto che, almeno apertamente, dividesse “esaltati” e “moderati”. Di fatto, durante il Triennio, non venne mai proposta la sua riforma nelle *Cortes*. In ogni caso, molti “moderati”, come il conte di Toreno, avevano già preso le distanze da questo Codice anche prima della sollevazione militare del 1820, mentre altri se ne andranno allontanando durante il Triennio. D'altro canto, non pochi “esaltati”, sebbene forse non la maggior parte, erano coscienti che il Codice del 1812 non era il più adatto alla Spagna del momento. I costanti conflitti tra il fra il Re e i suoi ministri e tra questi ultimi e le *Cortes* contribuirono a che buona parte dei liberali spagnoli, soprattutto i più conservatori, sebbene non solo loro, si andasse allontanando dal modello del 1812 e ne cercasse un altro più efficace per edificare uno stato costituzionale de più in accordo ai venti che soffiavano in Europa.

Quello che si pose di manifesto, in modo inequivocabile, durante il Triennio fu che il sistema di governo solo poteva funzionare sotto la Costituzione gaditana se l'esecutivo (re e ministri) e le *Cortes* coincidevano nella direzione politica dello Stato. Se non fosse avvenuto così, era sicuro il collasso del sistema; un collasso irrimediabile nel quadro della legalità del 1812, posto che in Spagna, come prima in Francia, alla cuspide del potere esecutivo si accedeva di forma ereditaria e vitalizia, a differenza di quanto avveniva negli Stati Uniti d'America. Davanti a questo grave problema che fu posto in evidenza in forma drammatica fin dai primi mesi del Triennio, i liberali potevano solo adottare due soluzioni (per gli assolutisti era apparso chiaro sin dal principio che l'unica soluzione era cancellare semplicemente e senza condizioni lo stato costituzionale): la prima, verso la quale si indirizzavano gli “esaltati” era di far scivolare lo Stato verso un modello assembleare, accelerando le trasformazioni economiche e sociali che rendessero possibile un autentico liberalismo popolare — vera contraddizione in termini nella Spagna di allora e in generale in quella del secolo XIX — capace di far fronte ai poderosi nemici interni ed esterni, infrangendo, se necessario, la Costituzione, o almeno, interpretandola in accordo con le premesse

assembleari di governo. La seconda soluzione, che sembrava imporsi nella misura in cui l'esegesi presidenzialista della Costituzione di Cadice si andava dissolvendo, era quella di abbandonare il modello monarchico strutturato in questa Costituzione e tracciare un altro modello costituzionale di ispirazione inglese. Questa soluzione sarà quella che si imporrà in Spagna dopo la morte di Fernando VII.

Per il momento, quello che trionfò nel 1823 fu il ripristino dell'assolutismo fernandino per mano del duca di Angoulême, nipote di Luigi XVIII e dei suoi *Cien hijos de San Luis* che cominciarono a occupare la Spagna nella primavera del 1823. L'intervento francese era stato deciso nell'autunno del 1822 dalle Cancellerie dell'Austria, Prussia, Russia, Francia, Regno delle due Sicilie, e Ducato di Modena, riunite nel Congresso di Verona, con il dissenso dell'Inghilterra, rappresentata in tale Congresso da Canning, il quale fin dall'estate del 1822 era a capo del *Foreign Office*, dopo il suicidio di Castlereagh. In Francia, l'intervento militare aveva dato luogo ad accalorati dibattiti nelle due Camere del Parlamento. I dottrinari si erano opposti a tale intervento, ma gli "ultras" che avevano la maggioranza dopo le elezioni del 1821, lo appoggiarono. Chateaubriand, ministro degli esteri nel governo Villele, fu il più ardente difensore dell'intervento francese dopo la sconfitta che dieci anni prima gli aveva inflitto il popolo spagnolo.

6. *Fonti e Bibliografia.*

- ARGÜELLES, Agustín, *Examen histórico de la reforma constitucional de España*, Londres, 1835, edición de Miguel Artola, Junta General del Principado de Asturias (JGPA), Oviedo, 1999, 2 vols.
- ARTOLA, Miguel, *Los Orígenes de la España Contemporánea*, Instituto de Estudios Políticos, 2ª edición, Madrid, 1975, 2 vols.
- La España de Fernando VII. La Guerra de la Independencia y los orígenes del constitucionalismo*, en Historia de España, fundada por Ramón Menéndez Pidal y dirigida por José Mª Jover Zamora, España-Calpe, vol. XXXII, Madrid, 1968.
- y FLAQUER, Rafael, *La Constitución de Cádiz (1812)*, Iustel, Madrid, 2008.
- BLANCO VALDÉS, Roberto L, *Rey, Cortes y Fuerzas Armadas en los orígenes del constitucionalismo español (1808-1823)*, Siglo XXI, Madrid, 1988.
- BREÑA, Roberto, *El primer liberalismo español y los procesos de emancipación de América, 1898-1824*, El Colegio de México, México, 2006.
- Colección de Decretos y Órdenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias, 1810-1814*, Imprenta Nacional, Madrid, 1820, 4 volúmenes.

- Constitución Política de la Monarquía española, promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812*, Cádiz en la Imprenta Real, 1812, pp. 2-120.
- Constituciones y Leyes Fundamentales*, Iustel, Madrid, 2011, edición y estudio preliminar de Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, volumen 1º de la colección “Leyes Políticas Españolas.1808-1978”, dirigida por el mismo autor.
- Diario de las Discusiones y de las Actas de las Cortes, 1810-1813*, Imprenta Real, Cádiz, 23 volúmenes.
- Decretos del Rey Don Fernando VII. Año Primero de su Restitución Al Trono de las Españas*, Imprenta Real, Madrid, 1819.
- DE FRANCESCO, Antonio, *La Constitución de Cádiz en Nápoles*, José M^a INURRÍTEGUI Y JOSÉ M^a PORTILLO (Eds.) *Constitución en España: orígenes y destinos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC)*, Madrid, 1998, pp. 273-286.
- DIPPEL, Horst, *Die Bedeutung der spanischen Verfassung von 1812 für den deutschen Frühliberalismus und Frühkonstitutionalismus in denken und Umsetzung des Konstitutionalismus in Deutschland und anderen europäischen Ländern in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, “Schriften zur Europäischen Rechts und Verfassungsgeschichte”, Martin Kirsch, Pierangelo Schiera, Berlin, 1999, pp. 219-237.
- ESCUADERO, José Antonio (Director), *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*, Fundación Rafael del Pino/Espasa Libros, Madrid, 2011, 3 volúmenes.
- FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio, *Estudio Preliminar a los Escritos Políticos de Jovellanos, Instituto Feijoo del Siglo XVIII-Ayuntamiento de Gijón*, KRK ediciones, Oviedo, 2006.
- La Constitución de Bayona (1808)*, Iustel, Madrid, 2007.
- La Constitución de 1812. Origen, contenido y proyección internacional*, CEPC, Madrid, 2011.
- (Coordinador), *La dimensión internacional de la Constitución española de 1812, “Historia Constitucional”* (<http://www.historiaconstitucional.com>), n° 13, 2012.
- JOVELLANOS, Gaspar Melchor de, *Memoria en Defensa de la Junta Central, 1811, Escritos Políticos de Jovellanos*, Instituto Feijoo del Siglo XVIII-Ayuntamiento de Gijón, KRK ediciones, Oviedo, 2006, edición de Ignacio Fernández Sarasola.
- LA PARRA LÓPEZ, Emilio, *El primer liberalismo y la Iglesia. Las Cortes de Cádiz*, Instituto de Estudios Juan Gil- Albert, Alicante, 1985.
- LORENTE SARIÑENA, Marta, *Las infracciones a la Constitución de 1812. Un mecanismo de defensa de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
- Manifiesto de los Persas (1814) en Vicente Marrero, *El tradicionalismo español del siglo XIX*, Madrid, 1955.
- MARTÍNEZ MARINA, Francisco, *Teoría de las Cortes*, Madrid, 1813, edición de José Antonio Escudero, JGPA, Oviedo, 1997, 3 vols.
- MIRKINE GUETZÉVITCH, Boris, *La Constitution espagnole de 1812 et les debuts du liberalisme européen*, « Recueil d'Études en l'honneur d'Edouard Lambert », Sirey, Paris, 1938, vol. II, pp. 211-219.
- PORTILLO VALDÉS, José M^a, *Crisis Atlántica. Autonomía e independencia en la crisis de la monarquía hispánica*, Fundación Carolina/Marcial Pons, Madrid, 2006.
- SCANDELLARI, Simonetta, *Da Bayona a Cadice. Il proceso di trasformazione costituzionale in Spagna: 1808-1812*, Scania University Press, Messina, 2009.
- SUÁREZ VERDAGUER, Federico, *Las Cortes de Cádiz*, Rialp, Madrid, 1982.

- TOMÁS Y VALIENTE, *Francisco, Génesis de la Constitución de 1812. De muchas leyes fundamentales a una sola Constitución*, "Anuario de Historia del Derecho Español", t. LXV, Madrid, 1995, pp. 56 y ss.
- QUEIPO DE LLANO, José M^a (VII conde de Toreno), *Historia del Levantamiento, Guerra y Revolución de España*, Madrid, segunda edición, Madrid, 1848, reedición digital del CEPC, Madrid, 2008, Presentación de Joaquín Varela Suanzes-Carpegna.
- Textos básicos de la historia constitucional comparada*, edición, presentación e introducción de Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, CEPC, Madrid, 1998.
- VARELA SUANZES-CARPEGNA, Joaquín, *Rey, Corona y monarquía en los orígenes del constitucionalismo español: 1808-1814*, "Revista de Estudios Políticos", n^o 55, Madrid, 1987.
- La monarquía imposible. La Constitución de Cádiz de 1820 a 1823*, "Anuario de Historia del Derecho Español", tomo LXVI, Madrid, 1996, pp. 653-687.
- El Conde de Toreno. Biografía de un liberal (1786-1843)*, Marcial Pons, Madrid, 2005, prólogo de Miguel Artola.
- Asturianos en la política española. Pensamiento y acción*, KRK ediciones, Oviedo, 2006.
- Política y Constitución en España. 1808-1978*, CEPC, Madrid, 2007, prólogo de Francisco Rubio Llorente.
- Las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812*, en Antonio Moliner (ed), "La Guerra de la Independencia en España (1808-1814)", Nabla ediciones, Barcelona, 2007, pp. 385-423.
- La Teoría del Estado en las Cortes de Cádiz. Orígenes del constitucionalismo hispánico*, 2^a edición, CEPC, Madrid, 2011, prólogo de Ignacio de Otto.
- La monarquía doceañista. 1810-1837*, Marcial Pons Historia, Madrid, 2012.

PIERRE-NICOLAS BARENOT, NADER HAKIM

LA JURISPRUDENCE ET LA DOCTRINE:
RETOUR SUR UNE RELATION CLEF
DE LA PENSÉE JURIDIQUE FRANÇAISE CONTEMPORAINE

I. L'exclusion du tiers praticien. — II. Une liaison léonine.

L'historiographie classique de la pensée juridique française contemporaine, essentiellement élaborée dans la première moitié du XX^e siècle, nous présente un schéma chronologique clair et simple. Le système juridique transformé par la révolution codificatrice, soumis au règne incontesté de la loi et n'accordant qu'une place minimale à la coutume, connaîtrait deux acteurs problématiques qui seraient, si ce n'est opposés, du moins situés l'un en face de l'autre ou, si l'on préfère une autre métaphore, deux faces d'un juriste regardant dans des directions opposées tel un Janus incarnant une pensée juridique quelque peu schizophrène. D'un côté donc la jurisprudence, de l'autre la doctrine, d'un côté le Palais et de l'autre l'École. Ces deux protagonistes seraient aujourd'hui relativement unis après avoir connu un long divorce qui correspond globalement au XIX^e siècle. La science juridique serait ainsi passée par deux phases historiques opposées.

La première séquence historique débute en 1804 avec un triple événement: la création des écoles de droit par la loi du 22 ventôse an XII (13 mars 1804), la promulgation du Code civil le 22 ventôse an XII (21 mars 1804) et la promotion des juridictions supérieures au rang de cours donnant des arrêts et non plus de simples décisions par le sénatus-consulte du 28 floréal an XII (18 mai 1804). L'École aurait pratiqué une exégèse des codes, spécialement du Code civil, tout enfermée qu'elle aurait été dans une pensée codiciste souvent

obsessionnelle et parfois assez pauvre. La jurisprudence serait devenue le fait d'un juge à la fois soumis aux dogmes légalistes révolutionnaires et libéré par les transformations du rôle de la Cour de cassation, le rapide déclin du référé législatif ⁽¹⁾, la motivation et la publicité des arrêts ⁽²⁾.

Tout change ensuite dans la seconde séquence historique ayant pour point de départ les années 1880 pour ne s'achever qu'avec la Première Guerre mondiale, voire au-delà. Doctrine et jurisprudence se réconcilient alors, car l'École prend conscience de l'inéluctable mouvement historique faisant du juge l'acteur privilégié d'un système juridique devant reprendre sa marche en avant, et non plus rester figé dans un passé politique, social et économique révolu. La réconciliation de la doctrine et de la jurisprudence devient alors le signe d'une mutation essentielle d'une pensée juridique enfin apte à se parer des atours et des symboles de la science et des faits sociaux ⁽³⁾.

Cette présentation, quoique sommaire, nous semble bien exprimer l'historiographie dominante et l'opinion majoritaire des juristes contemporains. En témoigne notamment le jugement très autorisé d'un acteur essentiel de cette histoire: Adhémar Esmein ⁽⁴⁾.

(1) Sur cette question, V° Y.-L. HUFTEAU, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Paris, 1965 et, plus récemment, P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Torino, Giappichelli, 2005.

(2) V° notamment J.-L. HALPERIN, *Le Tribunal de cassation et la naissance de la jurisprudence moderne, in Une autre Justice, sous la direction de Robert Badinter*, Paris, Fayard, 1989, pp. 225-241 et récemment J. KRYNEN, *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle, II, L'emprise contemporaine des juges*, Paris, Gallimard, 2012.

(3) Sur cette question, V° J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, Quadriga, 2001, pp. 54 ss.; R. FERRANTE, *Dans l'ordre établi par le Code civil. La scienza del diritto al tramonto dell'illuminismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 2002; Ph. JESTAZ et Chr. JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 128 et ss.; F. AUDREN, *Les juristes et les mondes de la science sociale en France. Deux moments de la rencontre entre droit et science sociale au tournant du XIX^e siècle et au tournant du XX^e siècle*, thèse droit, Dijon, dactyl., 2005; et, en dernier lieu, F. CHERFOUH, *Le juriste entre science et politique: la Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger (1877-1938)*, thèse droit, Bordeaux, dactyl., 2010.

(4) Sur Esmein, V° notamment J.-L. HALPERIN, *Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit*, « Revue historique du droit français et étranger », 1997, n° 3, pp.

Dans un célèbre article publié dans le premier numéro de la *Revue trimestrielle de droit civil*, étude intitulée « La jurisprudence et la doctrine » ⁽⁵⁾, il analyse ainsi les rapports de la jurisprudence et de la doctrine: une fois le Code civil promulgué, une doctrine nouvelle s'est formée. Son premier travail a été naturellement de fixer le sens exact et la portée précise des dispositions du Code. Ce faisant, une « tradition du nouveau droit civil » a été fixée grâce à l'utile travail réalisé par cette doctrine. Toutefois, en marge de celle-ci, la pratique, hors de l'École, a évolué en prenant « pour régulateur les sentences des tribunaux », car le magistrat n'occupe pas la « chaire paisible du Professeur », il n'est pas face à un cas d'école mais devant deux hommes, des intérêts pécuniaires ou moraux et doit répondre aux demandes formulées par les avocats. Au plus près de la vie et de la réalité, le juge concilie, tranche et adapte le droit. Ainsi, « s'est formée la jurisprudence à côté de la doctrine » ⁽⁶⁾. La terminologie d'Esmein est essentielle: « à côté », « en marge », les expressions sont révélatrices. Continuons cependant à suivre Esmein: il souligne ensuite que la jurisprudence est la véritable interprétation du Code civil. Non seulement le premier rôle lui revient en la matière, mais « la jurisprudence dans son ensemble [...] forme un véritable système, harmonique et consistant ». Il poursuit: « Pendant bien des années, durant toute la première moitié du XIX^e siècle, la doctrine et la jurisprudence ont été séparées. C'étaient presque deux sœurs rivales, jalouses l'une de l'autre. La doctrine en particulier, surtout dans les chaires de l'École, faisait un peu la fière et ne se compromettait pas volontiers dans le commerce de la jurisprudence » ⁽⁷⁾. Aux yeux d'Esmein, s'il fallait accabler un acteur, la faute reviendrait à la doctrine enfermée dans une tour d'ivoire depuis laquelle elle croyait dominer le système juridique. Détentrice de la vérité, de la pureté des principes et de la rigueur de

415-433; S. PINON et P.-H. PRELOT (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Montchrestien, 2009; et J. BOUDON, *La méthode juridique selon Adhémar Esmein, in Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, Etudes réunies par Nader Hakim et Fabrice Melleray, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2009, pp. 263-279.

⁽⁵⁾ 1902, pp. 5-19.

⁽⁶⁾ *Ibid.*, p. 8.

⁽⁷⁾ *Ibid.*, p. 9.

la méthode, la doctrine était toute tournée vers la Loi incarnée dans un code renfermant tout le Droit. Certes, de son côté, le monde du Palais respectait l'École, mais il était de mise de penser que la doctrine était formée de rêveurs, voire de pédants, en somme d'ignorants de la pratique et donc de la réalité (8).

Bien heureusement, pour Esmein, la seconde moitié du XIX^e siècle connaît un progrès en la matière. La cause de la jurisprudence gagne inéluctablement l'École à la fin du Second Empire. C'est ici qu'il nous indique un tournant essentiel de la pensée juridique. Grâce aux notes d'arrêts la « littérature de notre droit civil français » (9) a été renouvelée, notamment par l'action décisive d'auteurs alliant la théorie et la pratique, tel Labbé (10). Se produit ainsi un rapprochement salvateur de l'École et du Palais. Dans un sursaut scientifique et dans une clairvoyance tardive mais réelle, la doctrine parvient à se défaire du carcan d'une exégèse appauvrissante.

Dans la dernière partie de son article, Esmein livre enfin son sentiment personnel en estimant que s'il faut louer ce « rapprochement », il ne faut pas considérer celui-ci comme suffisant. Il écrit notamment: « Il faut que la doctrine aille plus loin et prenne la jurisprudence pour son principal objet d'étude », car « c'est elle qui est la véritable expression du droit civil; elle est la loi réelle et positive, tant qu'elle n'est pas changée » (11). La principale tâche de la doctrine est donc la critique et l'amélioration de la jurisprudence (12). « Pur produit historique », qu'il faut donc étudier par la méthode historique, la jurisprudence « est une œuvre collective et progressive qui [...] s'est faite par un apport continu de décisions fragmentaires ». Changeant d'objet de prédilection, passant de la loi à la jurisprudence, la doctrine trouve son rôle et parvient à restaurer son utilité et son autorité. Ce n'est d'ailleurs qu'à défaut de jurisprudence qu'elle « reprend alors le premier rang » (13) et peut mener le mouvement d'adaptation du système juridique.

(8) *Ibid.*, p. 10.

(9) *Ibid.*, p. 11.

(10) Sur Labbé, V^o notamment Chr. JAMIN, *Relire Labbé et ses lecteurs*, « Archives de Philosophie du Droit », tome 37, Droit et économie, 1992, pp. 247-267.

(11) *Ibid.*, p. 12.

(12) *Ibid.*, p. 14.

(13) *Ibid.*, p. 16.

L'analyse que nous offre Esmein nous éclaire sur les rapports qu'entretiennent « la doctrine et la jurisprudence » et assigne à leurs places ces « deux sœurs rivales ». Indéniablement et globalement vrai, le propos d'Esmein n'en demeure pas moins sujet à interrogations. Ne nous dit-il pas avec un sens historique remarquable que la pensée juridique contemporaine ne peut faire l'erreur de négliger le phénomène incontournable qu'est la jurisprudence? Ne pointe-t-il pas l'opposition fondamentale devant être nécessairement dépassée entre ces deux autorités que sont doctrine et jurisprudence?

S'il fallait résumer l'essence de sa démonstration, quatre propositions pourraient être retenues: tout d'abord la jurisprudence n'est pas la doctrine; ensuite la jurisprudence détient seule une légitimité pleine et entière; de plus et logiquement, la doctrine doit alors prendre comme objet premier de ses travaux la jurisprudence; enfin, la doctrine n'a donc qu'un rôle second dans ce couple.

Cette présentation repose donc entièrement sur un point qui semble acquis, une sorte d'évidence sémantique. Or, si l'on veut faire la part de la construction intellectuelle sur laquelle repose cette analyse d'Esmein et ce que nous révèlent les sources du XIX^e siècle, cette proposition liminaire mérite un examen plus attentif, ne serait-ce que parce qu'elle détermine toute la démonstration qui en découle.

Assurément, jurisprudence et doctrine forment un couple historiquement déterminant. Si l'on retient notre vocabulaire actuel, les juges ou l'activité juridictionnelle ou encore le résultat de cette activité d'un côté, et les auteurs ayant une réflexion sur le droit, de l'autre côté, sont parfaitement identifiables. Il y a l'École d'un côté et le Palais de l'autre, le professeur et le juge si l'on préfère.

Est-ce pourtant si simple que cela? Cela suppose que l'on tienne pour acquise une distribution des rôles claire et stable. Cela suppose également que rien ne vienne perturber ce face à face dans lequel chacun peut admirer son reflet dans un jeu de miroirs qui est parfois aussi un jeu de dupes.

Esmein, mais il ne s'agit bien sûr que de prendre son exemple parmi d'autres, utilise en réalité un vocabulaire historiquement déterminé et répartit les rôles avec un parti pris évident. Tout à son analyse, il simplifie les relations qu'il décrit car là n'est pas l'essentiel de son propos. Son objectif est de convaincre ses contemporains de

prendre hardiment la voie de l'étude de la jurisprudence. L'historien, pour sa part, peut alors poser la question de la nature de ces notions totémiques que sont « doctrine » et « jurisprudence ». Autrement dit, ce dernier peut s'interroger sur des notions qui n'ont bien évidemment pas toujours été définies ni comme synonyme d'école ou de production académique ni comme le pur produit de l'activité juridictionnelle. Au-delà de la question sémantique apparaît ainsi la question des enjeux sous-jacents et donc la problématique des rapports de pouvoir révélés par la sémantique.

Si l'on veut examiner ces deux notions en commençant par la jurisprudence, est-il besoin de rappeler qu'Esmein utilise le terme dans une acception contemporaine fort éloignée du sens classique de la notion?

Au III^e siècle de notre ère, Ulpien définit en effet la jurisprudence comme la science du juste et de l'injuste: « *Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia iusti atque iniusti scientia* ». Puissante et évocatrice, cette formule sera inlassablement reprise à travers les siècles. Aux yeux de tous, au moins depuis le Moyen-Âge, la jurisprudence incarne la science du droit et sa matrice romaine en renforce le prestige et la légitimité. Toutefois, dans son sens originel la *prudentia iuris* est avant tout la vertu de prudence appliquée au droit, une « disposition à déterminer ce qui est bon et utile » (14). Méthode judiciaire mais aussi législative et politique qui se situe directement au stade de l'élaboration du *ius*, la jurisprudence est pragmatique, contingente, tournée vers l'action; elle ne saurait donc au sens strict être qualifiée de science. Mise en œuvre par les *jurisconsultes*, la jurisprudence va toutefois changer de sens lorsque les empereurs s'approprièrent le monopole de l'élaboration et de la production du droit. A l'œuvre *créative* des *prudentes* se substituera alors une jurisprudence *cognitive*, scientifique, principalement centrée sur la connaissance et la maîtrise d'un *ius* désormais façonné par le pouvoir. Le *Corpus Iuris Civilis* de Justinien reprendra à son compte cette définition de « jurisprudence-science » que récupérera par la suite la littérature juridique, des glossateurs aux « exégètes » du XIX^e siècle. Bien entendu, le rôle

(14) Chez Cicéron, la *prudentia* est une qualité intellectuelle permettant de distinguer le bien du mal (*Inv.*, II, 160; *N. D.*, III, 38).

créateur des jurisconsultes ne disparaît pas avec la Rome impériale, mais ce premier glissement sémantique ne saurait toutefois être ignoré, car il modifie sensiblement la place et le rôle du juriste dans la société ⁽¹⁵⁾.

Pourtant, au-delà de cette continuité millénaire, la fin de l'époque moderne et surtout l'époque contemporaine, sont le théâtre d'une nouvelle mutation sémantique déterminante. Au XVIII^e siècle, le mot *jurisprudence* change ainsi une nouvelle fois de sens chez une classe particulière de juristes, celle des jurisconsultes praticiens. En 1757, Denisart écrit : « La Jurisprudence est la science ou l'art du Droit. C'est la définition qu'en donne le *Dictionnaire Civil & Canonique*; mais nous appelons plus particulièrement *Jurisprudence*, les jugements constamment rendus, les maximes et les usages reçus dans un tribunal sur l'interprétation de la loi et sur ses différentes applications » ⁽¹⁶⁾. Denisart ne fait alors qu'entériner une mutation terminologique déjà largement répandue : au Palais, la jurisprudence désigne à présent le « phénomène judiciaire », c'est-à-dire l'action, voire l'œuvre des magistrats. Pour les hommes du barreau, la seule « science du droit » qui leur soit directement utile est en effet secrétée par les tribunaux : les arrêts, compilés et analysés dans les *recueils et répertoires*, constituent la substantifique moelle d'une *prudentia iuris* essentiellement judiciaire. Par un phénomène de « définition persuasive », opération rhétorique qui « déplace la charge émotive des termes à définir sur le contenu des termes définissants », le prestige du terme romain de jurisprudence est ainsi transporté sur les arrêts des Cours ⁽¹⁷⁾. Contribuant à la diffusion de cette définition, les recueils d'arrêts et les répertoires de jurisprudence connaissent à l'époque un large succès, tant auprès des praticiens que des étudiants. Florissante, cette prose fait l'objet de

⁽¹⁵⁾ Au sein de l'ample bibliographie sur cette question, V^o notamment Chr. GRZEGORCZYK, *Jurisprudence: phénomène judiciaire, science ou méthode?*, « Archives de Philosophie du Droit », t. 30, 1985, pp. 35 et ss.; J.-P. CORIAT, V^o *Jurisconsultes romains, in Dictionnaire de la Culture juridique*, sous la dir. de S. Rials & D. Alland, Paris, Lamy-PUF, 2003, pp. 880 et ss.; M. DEGUERGUE, V^o *Jurisprudence, ibid.*, pp. 883 et ss.; A. SCHIAVONE, *Ius. L'invention du droit en Occident*, Paris, Belin, 2008.

⁽¹⁶⁾ J.-B. DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, t. 2, Paris, chez Desaint, 1766.

⁽¹⁷⁾ Chr. GRZEGORCZYK, op. cit., p. 41.

multiples rééditions et occupe une place de choix dans la littérature juridique ⁽¹⁸⁾.

La jurisprudence demeure toutefois un terme confusément polysémique car elle continue à être définie comme science ou art, même s'il ne s'agit souvent que d'un simple rappel historique ou formel, comme chez Guyot ou de Ferrières ⁽¹⁹⁾, pour lesquels la jurisprudence est « la science du droit », mais aussi, et surtout, les « principes » dégagés par les tribunaux, « l'habitude où l'on est de juger de telle ou telle manière une question ». Parfois définie séparément, la « jurisprudence des arrêts » s'apparente de la même manière à « un usage formé par une suite d'arrêts uniformes, intervenus sur une même question ». Dans le contexte de la nomophilie des Lumières, du primat d'une philosophie rationaliste hostile aux juristes et éminemment méfiante envers leur science et leur justice ⁽²⁰⁾, la priorité est en réalité donnée à une jurisprudence devenue le produit de l'activité contentieuse.

⁽¹⁸⁾ V° sur le sujet S. DAUCHY & V. DEMARS-SION (dir.), *Les recueils d'arrêts et dictionnaires de Jurisprudence, XVI^e-XVIII^e siècles*, Paris, Editions la Mémoire du Droit, 2005 et S. DAUCHY, *L'arrestographie, un genre littéraire?*, « Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique », n° 31, 2011, pp. 41-53.

⁽¹⁹⁾ GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale, ouvrage de plusieurs Jurisconsultes*, t. 33, Paris, chez Panckoucke & chez Dupuis, 1780; C.-J. de FERRIERE, *Dictionnaire de droit et de pratique, contenant l'explication des termes de Droit, d'Ordonnances, de Coutumes & de Pratique avec les juridictions de France*, troisième édition revue, corrigée et augmentée, t. 2, Paris, chez Brunet, 1749.

⁽²⁰⁾ Un pamphlet paru en 1785 dans le *Mercure de France* illustre la perte de prestige d'une jurisprudence dépossédée de ses anciennes prétentions: « Les Stoïciens définissaient la philosophie générale, la connaissance des choses humaines et divines. Les Jurisconsultes appliquèrent cette définition à la Jurisprudence; et la Jurisprudence fut définie la connaissance des choses humaines & divines: définition bien étrange pour la connaissance des lois civiles & positives d'un Peuple, & qu'on trouve cependant encore au premier titre des Institutes de Justinien. » *Mercure de France*, Variétés — Réponse de M. Garat à la lettre du Docteur de Province à un Docteur de Paris, sur un Article du *Mercure*, 1785, p. 172-173. V° également l'exemple célèbre de Robespierre: « Ce mot jurisprudence des tribunaux, dans l'acception qu'il avait dans l'ancien régime, ne signifie rien dans le nouveau, il doit être effacé de notre langue. Dans un Etat qui a une constitution, une législation — la jurisprudence n'est autre chose que la loi, alors il y a identité de jurisprudence ». Il faut noter que Robespierre parlait ici de la « jurisprudence des tribunaux », production qui pouvait varier d'une juridiction à l'autre, et non de la

Quant au terme « doctrine », la difficulté rencontrée par l'historien est assez similaire puisque rien ne semble acquis avant le milieu du XIX^e siècle (21). En effet, si le sens actuel du mot renvoie, par une double métonymie, à la fois aux opinions et aux auteurs de ces opinions, ce vocable n'est pas d'usage courant dans la littérature juridique. Aux frontières floues et au sens mal défini, le terme « doctrine » ayant pour équivalent l'expression « doctrine des auteurs » n'entre véritablement en usage que dans le second tiers du siècle pour désigner les opinions émises dans les ouvrages de droit, leurs auteurs et les ouvrages eux-mêmes (22). Ce n'est qu'avec la fin du siècle que l'emploi par les juristes du terme doctrine devient fréquent. Les auteurs peuvent alors en proposer des définitions qui ne cesseront d'être reprises jusqu'à aujourd'hui. Marcel Planiol, notamment, écrit ainsi dans son *Traité élémentaire de droit civil*: « On appelle doctrine les opinions et les idées émises par les jurisconsultes dans leurs ouvrages » (23).

En réalité, le terme doctrine, souvent confondu avec « doctrinaire », renvoie non pas à toute littérature, à toute opinion juridique, mais bien plus précisément aux ouvrages et aux opinions de ceux qui prétendent faire œuvre de science ou, du moins, se distinguent

jurisprudence dans son sens postrévolutionnaire, subordonnée à la législation positive et unifiée par le pouvoir législatif et la Cour suprême. Sur ce point, V^o Chr. GRZEGORCZYK, op. cit., pp. 41 et J.-L. HALPERIN, *Haro sur les hommes de loi*, « Droits. Revue française de théorie juridique », n^o 17, *La Révolution française et le droit*, 1993, p. 55-65.

(21) Sur ce point, nous nous permettons de renvoyer à N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, Paris, LGDJ, 2002.

(22) V^o par exemple Ch. AUBRY et F.-Ch. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 4^{ème} éd. revue et complétée, Paris, 1869, tome 1, p. VIII et §15, p. 24; Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, Paris, 2^{ème} éd., 1860, tome 1, pp. I, III-IV, V ou XII; Fr. MOURLON, *Répétitions écrites sur le premier examen du Code Napoléon contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs, et la solution des questions théoriques*, 5^{ème} éd. revue et corrigée, Paris, 1858, tome 1, p. 63; V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, 6^{ème} éd., Paris, 1868, tome 1, p. VI; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil. Contenant dans une première partie l'exposé des principes et dans une deuxième partie les questions de détail et les controverses*, Paris, 1882, tome 1, n^o 99, p. 56. V^o également E. LITTRE, *Dictionnaire de la langue française*, Paris, 1878, tome 2, p. 1205.

(23) *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1900, t. 1, n^o 42, p. 14.

de la pratique du Palais. La doctrine est alors principalement le fait de l'École ou de ceux qui souhaitent proposer une analyse distanciée, et nul hasard donc si l'une des formes principales de cette littérature est le manuel ou le traité, œuvres par essence didactiques. Homme de son temps, Esmein use ainsi naturellement du vocabulaire de son époque puisqu'effectivement, au début du XX^e siècle, il est possible de distinguer d'un côté la jurisprudence, fait du Palais, et de l'autre la doctrine, fait de l'École ou du moins de ceux qui adoptent le point de vue de l'École.

Est-il toutefois possible de faire l'histoire de la pensée juridique contemporaine en utilisant une sémantique postérieure? S'il est sans doute impossible de s'abstraire de sa propre culture, n'est-il pas nécessaire de reconsidérer cette histoire à l'aide du vocabulaire mouvant des protagonistes eux-mêmes?

L'analyse de l'abondante littérature juridique du XIX^e siècle permet dès l'abord de constater que jurisprudence et doctrine ne renvoient pas réellement au couple formé par le professeur et le juge. La belle image est aussitôt écornée par l'apparition d'un tiers fort gênant: le praticien, ou plus précisément le praticien publiant: l'arrêtiériste. Or, chose plus gênante encore, le couple devenu trio, se dispute un seul et même emblème, un seul et même étendard, un seul et même mot: la jurisprudence. Tous prétendent être d'abord juriconsultes, acteurs principaux d'une *iuris prudentia* qui demeure, pour quelque temps encore, le modèle dominant de la pensée juridique malgré les transformations révolutionnaires et malgré la codification.

Pour que le schéma décrit par Esmein devienne réalité, il faut donc d'abord que se réalise une double mutation sémantique, fixant avec certitude le sens du terme jurisprudence et faisant de la doctrine une œuvre essentiellement professorale, c'est-à-dire que soit exclu du jeu l'intrus praticien, qu'il soit auteur d'une publication isolée ou arrêtiériste. Autrement dit, pour que les relations entre doctrine et jurisprudence puissent être pensées comme un rapport de concurrence ou de complicité, encore faut-il que l'identité des deux entités soit fixée et tenue pour évidente.

Or, il n'en est rien puisque parler de doctrine comme de jurisprudence oblige l'historien à préciser chacun de ces termes. L'objet de la présente étude sera de tenter de montrer que le XIX^e

siècle français est le théâtre d'une évolution de la pensée juridique qui n'est pas simplement le fait de la codification, mais bien d'un changement substantiel non seulement de son vocabulaire, mais également et surtout de ses acteurs et de leurs rôles respectifs (24). Articulée autour de la notion de jurisprudence, c'est-à-dire dans un rapport à la fonction juridictionnelle, et de sa place dans la réflexion sur le droit et dans la vie du droit, cette évolution, pour être comprise, doit d'abord être décrite comme une exclusion progressive du tiers praticien, mouvement par lequel la doctrine se forme dans sa physionomie actuelle. Cette première étape pendant laquelle la doctrine se constitue permet alors de comprendre les enjeux du vocable jurisprudence dont l'appauvrissement conceptuel exprime avant tout la victoire d'un juge qui devient son seul acteur, et dont l'emploi révèle une querelle de pouvoir ne laissant finalement qu'une problématique légitimité à la doctrine.

I. *L'exclusion du tiers praticien.*

En 1789, le passage de l'Ancien au Nouveau Régime modifie radicalement les contours et la physionomie de la science juridique. Le culte de la loi, qui dans ses excès révolutionnaires a pu conduire à rejeter l'idée même de jurisprudence, aboutit en 1804 à la mise en place d'un droit unifié et codifié. Le légalisme napoléonien et l'éminence des « masses de granit » n'auront toutefois pas raison de la jurisprudence, qu'elle soit d'origine judiciaire ou doctrinale (25). Dans son fameux *Titre préliminaire*, c'est en effet aux juges que Portalis confie explicitement l'interprétation « par voie de doctrine » des dispositions du Code. Corollaire de l'article 4 du Code (26),

(24) Pour une comparaison avec l'Italie, cf. spécialement P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998; *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000; *La cultura del civilista italiano*, Milano, Giuffrè, 2002; N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 2^e éd., 1999; P. CAPPELLINI et B. SORDI (dir.), *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Milano, Giuffrè, 2002; U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Torino, Giappichelli, 2002.

(25) Et ce, malgré l'attitude réservée, voire hostile, de l'empereur envers les commentateurs, accusés de « gâter » le Code.

(26) « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

exercée dans les limites de l'article 5 ⁽²⁷⁾, cette interprétation est le cœur de la « science du magistrat », indispensable complément de l'imparfaite « science du législateur » ⁽²⁸⁾: « Il faut que le législateur veille sur la jurisprudence: il peut être éclairé par elle, et il peut, de son côté, la corriger; mais il faut qu'il y en ait une », puisque « on ne peut pas plus se passer de jurisprudence que des lois » ⁽²⁹⁾. De façon très claire, et sans doute à contrepied de l'idéologie impériale ⁽³⁰⁾, Portalis associe la jurisprudence du juge à l'œuvre du législateur. Bien que le terme de jurisprudence demeure parfois ambigu dans son discours ⁽³¹⁾, il renvoie principalement au *Palais*. Présents en filigrane, les auteurs et jurisconsultes sont appelés à œuvrer sur le droit en doctrine ⁽³²⁾; mais leur fonction purement cognitive est désormais subordonnée au couple moteur, formé par le législateur et le magistrat.

Un autre changement de paradigme issu de la Révolution vient considérablement renforcer le poids de la jurisprudence, entendue dans son sens judiciaire: il s'agit du Tribunal de cassation. Créé en 1790, ce dernier va très tôt assurer le rôle de « Cour suprême » ⁽³³⁾,

⁽²⁷⁾ « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ».

⁽²⁸⁾ J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, Bordeaux (rééd.), éditions Confluences, collection Voix de la cité, 1999, pp. 23 et ss.: « La science du législateur consiste à trouver, dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun[...] la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées; d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue, et de ne pas s'exposer à être tour à tour esclave et rebelle, et à désobéir par esprit de servitude ».

⁽²⁹⁾ J.-E.-M. PORTALIS, *ibid.*

⁽³⁰⁾ V^o notamment sur ce point P. REMY, *La part faite au juge*, « Pouvoirs », n°107, 2003/4, pp. 22-36.

⁽³¹⁾ L'auteur l'utilise parfois au sens de « science du droit » ou de production doctrinale: « On fait à ceux qui professent la jurisprudence le reproche d'avoir multiplié les subtilités, les compilations et les commentaires... Si l'on peut pardonner à l'intempérance de commenter, de discuter et d'écrire, c'est surtout en jurisprudence ».

⁽³²⁾ « Tout cela suppose des compilations, des recueils, des traités, de nombreux volumes de recherches et de dissertations ».

⁽³³⁾ Et ce, bien avant la loi de 1837. V^o notamment J. HILAIRE, *Le Code civil et la Cour de cassation durant la première moitié du XIXe siècle*, in *Le Code Civil 1804-2004, un passé, un présent, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 157 et ss.

tant dans les faits que dans l'esprit de ses contemporains ⁽³⁴⁾, malgré les réticences du pouvoir à abandonner *en droit* le système du référé législatif. De l'aveu même de certains arrêtistes jusqu'au début du XIX^e siècle, c'est à la Cour de cassation que revient de former la nouvelle jurisprudence ⁽³⁵⁾. Enfin, la motivation des décisions de justice constitue un autre élément qui va directement affecter le rapport des juristes, mais aussi de la société civile et politique à l'égard de la justice. Rompant avec les pratiques de l'Ancien Régime, cette motivation rend les sentences directement intelligibles, ce qui va radicalement transformer la manière de les diffuser. Toute une littérature périodique *politico juridique* fleurit alors pendant la période révolutionnaire ⁽³⁶⁾, au sein de laquelle se distinguent trois publications privées qui annoncent par leur objet, leur physionomie et leur périodicité les recueils de jurisprudence à venir: il s'agit de la *Gazette des Nouveaux Tribunaux* de Drouet et Jauffret; du *Journal des Tribunaux et du Tribunal de cassation réunis* et du *Journal de la justice civile, criminelle, commerciale et militaire* de l'avocat criminaliste Scipion Bexon. Cependant, c'est le *Journal du Palais* qui inaugure en l'An IX une littérature nouvelle, celle des recueils périodiques d'arrêts. Il s'agit d'ouvrages à publication rapprochée diffusant une sélection chronologique et choisie de la jurisprudence nationale et internationale, en réservant une place particulière aux arrêts de la Cour de cassation. Les décisions y sont, le plus souvent, scrupuleusement détaillées en fait et en droit, et font parfois l'objet d'annotations analytiques et critiques.

Pour les praticiens qui les rédigent, la jurisprudence désigne clairement l'activité juridictionnelle et constitue le point d'ancrage de l'étude du droit nouveau. Les arrêtistes modernes vont alors s'approprier le contrôle de sa diffusion, mais également contribuer à la modeler avec leurs notes et leurs travaux critiques. Bien plus que

⁽³⁴⁾ A quelques voix discordantes près, et non des moindres, notamment celle de François-Nicolas Bavoux. V° F.-N. BAVOUX, *De la Cour de cassation et du Ministère public, avec quelques considérations générales*, Paris, Chez Antoine, 1814.

⁽³⁵⁾ J.-L. HALPERIN, *Le Tribunal de cassation et la naissance de la jurisprudence moderne*, cit., pp. 237-238.

⁽³⁶⁾ E. SERVERIN en a dressé un tableau indicatif, V° *De la jurisprudence en droit privé — théorie d'une pratique*, Lyon, collection Critique du droit, publié avec le concours du CNRS, Presses Universitaires de Lyon, 1985, pp. 97-101.

la décision textuelle de la Cour, la jurisprudence devient cet ensemble indissoluble composé de l'arrêt et de son commentaire publié dans les recueils. Elle nourrit une réflexion qui s'inscrit au-delà du Code, dans la vie judiciaire, mettant au grand jour les insuffisances du droit et traduisant les aspirations sociales du temps. Consciente de son retard, la doctrine va alors intervenir pour en récupérer l'étude. Pour les *théoriciens* en effet, la jurisprudence ne saurait être appréhendée sans le concours de la *science*. Il revient donc aux spécialistes de la « haute jurisprudence »⁽³⁷⁾ d'étudier avec de meilleurs outils intellectuels que les arrêlistes la basse jurisprudence du prétoire. Ce projet s'exprimera au sein des revues scientifiques qui tenteront de concurrencer les recueils d'arrêts sur leur terrain. À travers cette lutte méthodologique et éditoriale, ce sont en définitive deux conceptions de la jurisprudence qui s'affrontent: celle d'une *prudentia iuris* pragmatique, élaborée par les arrêlistes de concert avec les juges; et celle d'une jurisprudence scientifique, détachée du monde judiciaire et constituée d'études théoriques sur les arrêts.

A) *Les arrêlistes, maîtres de la jurisprudence.*

Alors que Dupin⁽³⁸⁾ signalait déjà dix recueils de jurisprudence pour Paris en 1812, Meynial, dans sa célèbre étude de 1904, précise qu'un phénomène semblable se développe aussi en Province, où les principales Cours d'appel voient leurs arrêts rapportés dans des recueils locaux⁽³⁹⁾. Entre 1800 et 1814, nous pouvons considé-

(37) La formule se retrouve notamment chez Eugène Lerminier: elle désigne la science du droit qui transcende la simple exégèse, ou la seule technique juridique.

(38) LOISEAU, DUPIN & LAPORTE, *Dictionnaire des arrêts modernes en matière civile et criminelle, de procédure et de commerce, ou Recueil des arrêts rendus par la Cour de cassation et les Cours impériales sur les principales Questions de Droit Civil et Criminel, de Procédure, de Commerce etc.,..., avec l'indication des diverses compilations où ces arrêts se trouvent rapportés avec plus d'étendue*, Paris, Chez Nève — Libraire de la Cour de cassation, 1814, p. XVIII.

(39) Ed. MEYNIAL, *Les recueils d'arrêts et les arrêlistes*, in *Le Code Civil — le livre du centenaire*, Dalloz (rééd.), Paris, 2004, p. 12. Dans la *Bibliothèque choisie des livres de droit* (5e édition, 1832), Dupin en mentionne 21. À comparer avec la liste donnée par L. Leclerc, qui n'en mentionne plus que 16 en 1858 (L. LECLERC, *De la Jurisprudence — Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée du 3 novembre 1858 à la Cour*

rer qu'il existe déjà cinq grands recueils généraux ⁽⁴⁰⁾: il s'agit (dans l'ordre de leur création) du *Journal du Palais*, fondé en l'An IX par Lebret de Saint-Martin; du *Journal des Audiences de la Cour de cassation* de Denevers et du *Recueil Général des Lois et arrêts* de Sirey; de la *Jurisprudence du Code Napoléon* de François Nicolas Bavoux et Jean Simon Loiseau en 1803, et enfin de la *Bibliothèque (ou Journal) du Barreau*, revue créée en 1808 et principalement animée par Mauguin et Dumoulin ⁽⁴¹⁾. Les recueils *Sirey*, *Dalloz*, et le *Journal du Palais* furent les trois collections les plus importantes du XIX^e siècle: fondées quelques années avant le Premier Empire ⁽⁴²⁾, elles connurent un indiscutable succès. Leurs remarquables longévité et stabilité en firent de véritables institutions, des « Maisons », qui inventèrent et perfectionnèrent tout au long du siècle ce genre littéraire nouveau. Si les grands recueils sont les médias privilégiés de la jurisprudence générale, nombre de périodiques portant sur la jurisprudence spécialisée paraissent à la même période. Certains d'entre eux connaîtront une exceptionnelle longévité, tel le *Journal des Avoués* (1810-1902) centré sur les questions procédurales, ou encore le *Journal de l'Enregistrement et des Domaines* (1806-1940).

Impériale de Metz, Metz, Typographie et Lithographie de Nouvian, rue Neuve-St-Louis, 1858, p. 21). V° aussi sur le sujet L. SOULA, *Les recueils d'arrêts et de jurisprudence des Cours d'Appel, miroirs de la formation et de l'évolution de la jurisprudence au XIX^e siècle, in Histoire, théorie et pratique du droit. Études offertes à Michel Vidal*, Etudes réunies par E. Burgaud, Y. Delbrel et N. Hakim, Pessac, Presses Universitaires de Bordeaux, 2010, pp. 989-1015.

⁽⁴⁰⁾ Tous ces recueils sont d'ailleurs recensés comme des « ouvrages scientifiques » dans le *Cours de Droit Civil Français d'après la méthode de Zachariae* d'Aubry et Rau (op. cit., pp. 173 et ss.). En plaçant le Sirey ou le Dalloz dans la même catégorie que la *Thémis* et la *Revue Critique de Jurisprudence*, les professeurs strasbourgeois prennent à contre-pied un discours diffusé par certains périodiques concurrents, qui tendent à considérer les recueils d'arrêts comme de sèches compilations antiscientifiques, et les arrêtistes comme des « annotateurs plutôt que [des] jurisconsultes ». V° J.-L. HALPERIN, *La place de la jurisprudence... cit.*, pp. 376-377.

⁽⁴¹⁾ Elle fusionne au 1er juillet 1812 avec la *Jurisprudence du Code Napoléon* et sera rédigée « par les rédacteurs des deux recueils ». L'aventure éditoriale s'arrête toutefois en 1814.

⁽⁴²⁾ Le *Dalloz* s'inscrit en effet dans la continuité du *Journal des Audiences* de Denevers.

Rédigés en même temps que les premiers commentaires du Code, ces périodiques sont l'œuvre de juristes dont le profil n'est pas sensiblement différent des Toullier, Delvincourt et autres Proudhon. Praticiens et provinciaux fraîchement installés à Paris ⁽⁴³⁾, les arrêtistes sont avant tout des *Jurisconsultes* formés à l'Ancien droit, des juristes éclairés dont la culture encyclopédique ne peut se satisfaire d'un légalisme étroit ou d'une conception purement utilitaire de la jurisprudence. Leurs activités au Palais ne les éloignent pas de l'étude théorique qu'ils affectionnent, et à laquelle ils contribuent par leurs publications. Jean-Baptiste Sirey, proche de Jacques de Maleville et ancien secrétaire de Merlin de Douai, sera à l'origine des *Codes annotés* et des premières études de fond sur le Conseil d'Etat ⁽⁴⁴⁾; le professeur François Nicolas Bavoux rédigera quant à lui un recueil au contenu théorique particulièrement riche avant de collaborer au *Journal du Palais* puis de rejoindre la Faculté de droit de Paris; que dire encore de Désiré Dalloz, parrainé par Loiseau, Bavoux et Proudhon, qui reprendra à son compte le *Journal des Audiences*, rédigera des articles à la *Thémis* et élaborera le *Répertoire*, œuvre majeure et synthèse colossale de la science du droit? Sociologiquement et intellectuellement très proches des premiers commentateurs du Code, ces auteurs entreront très rapidement en rivalité avec ceux qu'ils appelleront les « doctrinaires », et revendiqueront une identité propre de jurisconsultes *de terrain*, à l'avant-garde de la vie juridique.

Les recueils sont le fruit d'un travail collectif. Généralement anonymes durant la première moitié du siècle, les collaborateurs du Sirey ou du Dalloz sont toutefois nombreux. Il s'agit la plupart du temps de jeunes et talentueux avocats qui perfectionnent leur art au sein des cabinets des maîtres parisiens: ce sera notamment le cas chez Sirey de Charles de Perrot, futur professeur et Conseiller d'Etat

⁽⁴³⁾ À l'exception notable du professeur suppléant François Nicolas Bavoux et du parisien Denevers, la grande majorité des fondateurs de recueils sont des avocats (à la Cour de cassation ou à la Cour de Paris), ou des hommes du Palais comme Denevers, Greffier de la section civile de la Cour de cassation.

⁽⁴⁴⁾ Pour une bibliographie complète, V° A. de ROUMEJOUX, P. de BOSREDON & F. VILLEPELET, *Bibliographie générale du Périgord*, Genève, Slatkine Reprints, 1971, pp. 113-115.

à Neuchâtel, ou encore de Jean-Baptiste Duvergier. L'expérience acquise dans ces recueils ouvrira à certains d'entre eux les portes du monde de l'édition. Ainsi, les anciens collaborateurs de Sirey, Charles Comte et Duvergier, lanceront leurs propres entreprises éditoriales ⁽⁴⁵⁾, tandis que Grün chez Dalloz deviendra le rédacteur en chef du *Moniteur Universel*. A partir des années 1830, et dès la seconde moitié du siècle, les recueils deviennent de véritables entreprises: le cabinet d'avocat cède progressivement la place au comité de rédaction organisé et aux géants de l'édition juridique ⁽⁴⁶⁾.

Reste alors à déterminer ce qu'est un arrêtiiste. De l'Ancien Régime au XIX^e siècle et dans la plupart des dictionnaires, il est défini comme un « compilateur » ou un « commentateur d'arrêt » ⁽⁴⁷⁾. En 1833, une classification des auteurs de littérature juridique publiée dans *l'Encyclopédie des gens du monde* ⁽⁴⁸⁾ définit de façon assez restrictive les arrêtiistes: « Un arrêtiiste est l'auteur d'un recueil d'arrêts ou jugements. Comme il faut que l'exposé précis et néanmoins complet du fait et des moyens de droit précède ordinairement chaque arrêt, le talent de l'arrêtiiste peut encore s'exercer en de certaines limites; mais ce talent n'est plutôt qu'une habitude routinière. Pour le posséder dans toute sa perfection, il faut y asservir son esprit ou son génie; le mieux et le plus ordinaire en

⁽⁴⁵⁾ Le *Censeur*, qui deviendra le *Censeur Européen* en 1817 pour le libéral Charles Comte; la *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat* pour Duvergier.

⁽⁴⁶⁾ V^o notamment J.-Y. MOLLIER, *Éditer le droit après la Révolution française, in Histoire et civilisation du livre (revue internationale) — Production et usages de l'écrit juridique en France du Moyen Age à nos jours*, sous la dir. de J.-D. MELLOTT & M.-H. TESNIERE, Genève, Droz, vol. I, 2005, pp. 137 et ss.; R. CHARTIER & H.-J. MARTIN (dir.), *Histoire de l'édition française — Le temps des éditeurs, du romantisme à la Belle époque*, Paris, Fayard, t. 3, 1990.

⁽⁴⁷⁾ V^o par exemple *Dictionnaire Universel François et Latin etc.*, nouvelle édition corrigée et considérablement augmentée, t.1, Paris, 1743, p. 702; *Dictionnaire de l'Académie Française*, 6^{ème} éd., t. 1, Paris, Firmin Didot père & fils — imprimeurs de l'Institut de France, 1835, p. 107.

⁽⁴⁸⁾ *Encyclopédie des Gens du Monde, Répertoire universel des sciences, des lettres et des arts; avec des notices sur les principales familles historiques et sur les personnages célèbres, morts et vivants*, par une société de savants, de littérateurs et d'artistes, français et étrangers, Paris, Librairie de Treuttel et Würtz, t. 2, 1833, pp. 567-568.

même temps est de ne se trouver heureusement embarrassé ni par l'un ni par l'autre. Aussi MM. Sirey et Dalloz, nos premiers arrêtiſtes modernes, ſont-ils utilement aidés dans la confection de leurs recueils, qu'ils ſe contentent de diriger et auxquels ils impriment cependant le cachet de leur habile conception ». La mauvaſe réputation des arreſtographes et des recueils d'Ancien Régime continue ainſi de déteindre ſur l'aura des arreſtiſtes modernes. Ces derniers ſont relégués au rang de compilateurs d'arrêts au talent limité, dont le travail eſt certes utile, mais peu intellectuel. Dans l'ombre de la *doctrine* incarnée par le prestigieux *commentateur* ⁽⁴⁹⁾, l'arreſtiſte eſt pourtant au cœur des rapports entre la théorie et la pratique. Plus que tout autre acteur du droit, il tente au XIX^e ſiècle de ſe construire une identité que ſa position ambiguë ſemble lui interdire. Tantôt défenſeur ſervile de la jurisprudence, tantôt annotateur critique, l'arreſtiſte eſt continuellement tiraillé entre les deux « ſœurs rivales » décrites par Esméin.

Dans un premier temps ſous le poids du régime impérial, les arreſtiſtes ſemblent faire preuve d'une certaine prudence dans leurs ouvrages et recueillent pieuſement les « *oracles* » de la Cour de caſſation ⁽⁵⁰⁾ ſans oſer en faire ouvertement la critique ⁽⁵¹⁾. En effet, en matière de caſſation l'arreſtiſte ſ'interdit de ruiner l'œuvre unificatrice de la Cour en alimentant la controverſe. De plus, l'idée très légaliſte de l'arrêſt formant le « commentaire officiel » de la loi tient le jurisconſulte à l'écart de la critique jurisprudentielle. Pendant les premières années de l'Empire, la miſſion de l'arreſtiſte ſemble ſe réſumer à mettre les arrêts en ordre, les expliquer, ou au mieux à les ſystématiser. Ce travail diſtingue toutefois les recueils privés d'un Denevers ou d'un Sirey du *Bulletin officiel de la Cour de caſſation*,

⁽⁴⁹⁾ « Un commentateur eſt celui qui, *ex professo*, explique et développe le texte des lois. Cujas, Pothier, Toullier, Loçré *etc.* ſont des commentateurs », *ibid.*

⁽⁵⁰⁾ L'arrêſt de la Cour eſt d'ailleurs ſouvent accompagné de rapports ou réquiſitoires, qui conſtituent des documents de première main et de haute volée ſcientifique (ceux de Merlin en particulier). Ces éléments forment déjà un commentaire officiel et approfondi du cas d'èſpèce, auquel l'arreſtiſte ſe contente d'ajouter généralement en pleine page le réſumé des faits, des plaidoiries et des motifs du jugement.

⁽⁵¹⁾ En revanche, les arrêts des Cours d'appel ſont très tôt l'objet d'analyses critiques, et les controverſes entre arreſtiſtes, praticiens ou auteurs qu'ils peuvent ſusciter ſ'étendent parfois ſur pluſieurs pages.

plus exhaustif mais par nature moins analytique. Les arrêtiſtes s'impoſent ainſi rapidement comme les principaux animateurs de la *jurisprudence* nationale ⁽⁵²⁾. La première étape pour ces praticiens entreprenants a donc été de s'approprier le texte des arrêts. Source perméable à la controverse et aux débats, source abondante et contradictoire, droit vivant, la jurisprudence du prétoire constitue le matériau le plus pertinent pour comprendre et analyſer le droit nouveau, étudier son application et en dévoiler les forces et les faiblesses. Quelques années plus tard, comme de nombreux autres commentateurs, Troplong s'inquiétera de l'influence des arrêtiſtes et de leurs recueils, interprètes et médias autoproclamés de la jurisprudence ⁽⁵³⁾.

Ayant rapidement monopolisé la diffusion nationale des décisions de justice, les arrêtiſtes se lancent alors à la fin de l'Empire dans des études analytiques et critiques d'envergure. Conſciens de

⁽⁵²⁾ V^o entre autres *Journal de l'Empire* du 4 décembre 1809 à l'occasion de la présentation de l'ouvrage de Coffinières: « Il est donc bien plus utile, pour quelqu'un qui se livre à l'étude de la jurisprudence constante et positive, de consulter les arrêtiſtes que les commentateurs. [...] Les arrêtiſtes [...] nous apprennent à appliquer la loi, et nous fournissent des lumières dans les questions incertaines, et qui pourraient fournir matière à discussion. [...] (Ils) se bornent à être les interprètes fidèles des oracles de la justice à mesure qu'ils sont rendus *etc.* ».

⁽⁵³⁾ *Le Droit Civil expliqué suivant l'ordre du Code — De la Vente, Préface*, 5^{ème} édition, t. 1, Paris, Charles Hingray — libraire-éditeur, 1856, pp. XXIII-XXIV: « Si ceux qui concourent à la collection des arrêts étaient bien convaincus de la haute importance que les praticiens et même certains juges attachent à une décision, par cela seul qu'elle est imprimée, ils sentiraient que leur mission est très grave, et que, malgré le peu d'attrait qu'elle offre dans l'exécution, on ne saurait y apporter trop d'attention, de zèle et de scrupule. » Sur Troplong, V^o Ph. RÉMY, *Préface aux préfaces de Troplong*, « Revue d'histoire des Facultés de droit », n^o 18, 1997, pp. 161-188 et pp. 189-354; A. GIUDICELLI, *Biographie expliquée de Raymond-Théodore Troplong*, « Revue d'histoire des Facultés de droit », n^o 20, 1999, pp. 93-120; E. DE MARI, *Les querelles de Monsieur Troplong*, « Cahiers des Écoles Doctorales. Faculté de Droit de Montpellier », n^o 1, *Les controverses doctrinales*, 2000, pp. 151-185; M. XIFARAS, *L'École de l'Exégèse était-elle historique? Le cas de Raymond-Théodore Troplong (1795-1869), lecteur de Friedrich Carl von Savigny, in Influences et réceptions mutuelles du droit et de la philosophie en France et en Allemagne*, sous la dir. de J-F. Kervégan et H. Mohnhaupt, Ius commune n^o 144, Frankfurt am Main, 2001, pp. 177-209; D. HOUTCIEFF, *Sic transit gloria mundi. Regards jubilaires sur l'œuvre de Raymond-Théodore Troplong*, « Revue de la recherche juridique. Droit prospectif », 2003-4, pp. 2277-2309.

leurs qualités et de la portée de leurs travaux, ils vont prendre les rennes de la jurisprudence, renouant ainsi, ne serait-ce que partiellement, avec la tradition romaine.

Pour ce faire, ils créent et perfectionnent un genre doctrinal nouveau, la note d'arrêt. Dès la fin de l'Empire en effet, la tonalité critique et analytique des observations se fait de plus en plus prégnante. Les notes d'arrêts se multiplient et prennent peu à peu leur physionomie contemporaine. Exercice emblématique des recueils de jurisprudence, elles constituent le « commentaire libre et détaillé mais néanmoins construit »⁽⁵⁴⁾ d'une ou de plusieurs décisions de justice. Outil de reconfiguration du droit prenant pour point de départ l'observation empirique de son application par les tribunaux, la note d'arrêt confronte en permanence pratique et théorie. A travers elle, l'arrêtiste joue un rôle à part dans la politique scientifique de son époque. Il livre en permanence la théorie aux praticiens, et la pratique aux théoriciens. Cet exercice aux finalités multiples demeure toutefois difficile à systématiser: comme chez les auteurs de traités ou de commentaires, chaque arrêtiste a son style, sa méthode, ses objectifs et ses conceptions du droit. Pour Edmond Meynial, les rares notes d'arrêts dans les recueils antérieurs à 1830 transpirent toujours l'Ancien Régime et ne tirent encore que trop peu d'arguments du Code civil. Une lecture approfondie des premiers recueils de jurisprudence nous amène toutefois à nuancer ce propos. En effet, les notes d'arrêts sont déjà nombreuses avant cette décennie⁽⁵⁵⁾. La présence d'arguments issus du droit romain ou de l'Ancien droit s'explique surtout par un contentieux transitoire important sur le premier tiers du siècle, et par le contexte favorable de la Restauration. L'étude détaillée de ces notes montre également que le Code et la doctrine contemporaine n'étaient pas ignorés; ces éléments étaient souvent intégrés dans une analyse holiste, comprenant la généalogie (voire l'histoire) des règles de droit en présence, et l'examen de leur interprétation par les tribunaux (nationaux et parfois étrangers) ainsi que par la doctrine. Il est intéressant de constater qu'à l'occasion de ces analyses, les arrêtistes mettent

⁽⁵⁴⁾ Chr. JAMIN et Ph. JESTAZ, *La Doctrine*, cit., p. 185.

⁽⁵⁵⁾ En voici quelques exemples pour le *Sirey* jusqu'à la Restauration: S.6.1.75; S.7.2.9; S.8.1.181; S.13.2.282; S.14.2.381; S.15.1.20, etc.

empiriquement en œuvre des mécanismes ultérieurement théorisés par l'École. Partageant parfois certains thèmes de l'école historique, ils annoncent également les travaux comparatistes de la fin du XIX^e siècle.

Quoi qu'il en soit, dès avant les années 1820 nous pouvons constater la présence de notes modernes dans le *Recueil Général des Lois et Arrêts*, présentées sous la forme de commentaires infrapaginaux joints à la décision et signés par leurs auteurs⁽⁵⁶⁾. La forme de la note d'arrêt tend à se fixer définitivement dès les années 1830, époque où les recueils se modernisent considérablement et entament des refontes d'envergure. Devilleneuve, continuateur de Sirey, est souvent présenté comme le premier arrêtiiste moderne⁽⁵⁷⁾. Il a en tout cas largement contribué à généraliser l'usage de la note d'arrêt et à en fixer la physionomie, à travers 630 commentaires d'importance inégale signés entre 1834 et 1858. A la même époque, la présence de consultations, de mémoires et de dissertations libres tend à se réduire dans les recueils au profit de la note d'arrêt, qui devient peu à peu le mode d'expression privilégié de la pensée juridique en matière de jurisprudence.

La transformation du terme de jurisprudence est donc pleinement consommée avec les arrêtiistes. Désignant clairement l'activité juridictionnelle, elle n'est plus la *science du droit*, attribut traditionnel de la *doctrine*. Les arrestographes deviennent les nouveaux *prudents*, les nouveaux experts de la jurisprudence, adossant leurs annotations et leurs analyses aux décisions du Palais. Dans le texte de l'arrêt, ils trouvent en effet l'*alpha* et l'*oméga* d'un droit en construction. Dupin (aîné), en 1822, est très clair sur ce point: « En un mot, un arrêtiiste moderne trouve dans l'Arrêt même dont il rend compte, tous les éléments nécessaires pour faire un article qui donne une idée parfaitement juste des circonstances du fait, des moyens de Droit, et des motifs de la décision »⁽⁵⁸⁾. Très liés par le fait

(56) V° N. HAKIM, *Les genres doctrinaux*, in *La doctrine en droit administratif, Actes du colloque de l'AFDA des 11 et 12 juin 2009 à la Faculté de droit de Montpellier*, Paris, Litec, 2010, p. 163.

(57) V° Ed. MEYNIAL, op. cit., pp. 198 et ss.; E. SERVERIN, op. cit., p. 111.

(58) DUPIN, *De la Jurisprudence des arrêts à l'usage de ceux qui les font et de ceux qui les citent*, Paris, Beaudouin-Frères — imprimeurs libraires, 1822, p. 69.

judiciaire, les arrêtiſtes ſont également en raiſon de leur profeſſion ⁽⁵⁹⁾ des *acteurs* à part entière de la jurisprudence. Ils connaiffent en effet les rouages du Palais et n'héſitent pas à prodiguer dans leurs obſervations des remarques et des conſeils à l'adreſſe de leurs confrères et même aux magiſtrats. Rédigeant parfois de véritables plaidoiries à l'occaſion de notes, ils ne reſſemblent guère à leurs ſucceſſeurs de l'École, commentateurs ſe voulant neutres et techniciens, œuvrant le plus ſouvent loin du Palais et de ſes agitations ⁽⁶⁰⁾.

Durant la première moitié du XIX^e ſiècle, les arrêtiſtes offrent donc une conception dynamique et pragmatique de la jurisprudence: le droit ſe fait avant tout au Palais. Il n'eſt ni immuable, ni véritablement révélé par les commentaires du Code, fuſſent-ils ſavants et laborieux. Si les travaux théoriques de l'« autre jurisprudence » ſont utiles, et même indiſpenſables, ils ne forment pas le « vrai droit »: ſtatiques, abstraits, les ouvrages de doctrine ne peuvent rendre compte du droit réel tel qu'il vit et ſe transforme au Palais. Forts de ce conſtat, les arrêtiſtes ſe donnent donc pour miſſion de dévoiler la jurisprudence, mais également de participer à ſon élaboration par leurs annotations et leurs activités praticiennes.

Conſcient de l'importance et de la portée de ſes travaux, Sirey ſera l'un des premiers à propoſer un idéal de la méthode jurisprudentielle, publié à l'occaſion des grandes ſynthèſes de jurisprudence qui paraiffent entre 1810 et 1830. Le maître ſarladais y expoſe une réflexion originale ſur la *ſcience des arrêts*, qu'il conſidère comme étant la voie la plus parfaite du *jurisconſulte*. Pour lui, l'étude de la jurisprudence eſt en effet utile: elle permet de faire le lien entre théorie et pratique, et de remonter à l'origine des principes du droit afin d'en ſaiſir toute la portée ⁽⁶¹⁾. Surtout, elle permet de ſe

⁽⁵⁹⁾ Ils ſont très ſouvent avocats consultants ou plaidants, et ſ'entourent de collaborateurs qui fréquentent aſſidûment le Barreau ou le Palais.

⁽⁶⁰⁾ De façon plus générale ſur ce point, V^o notamment E. SERVERIN, *Jurisprudence*, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de ſociologie du droit*, ſous la dir. d'A.-J. ARNAUD, 2^{ème} édition entièrement refondue, corrigée et augmentée, publiée avec le concours du C.N.R.S, Paris, L.G.D.J., 1993, pp. 325-327.

⁽⁶¹⁾ J.-B. SIREY, *Table alphabétique et raiſonnée du Recueil Général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle et commerciale ou Notices décennales de légiſlation et de jurisprudence depuis l'avènement de Napoléon (1800-1810)*, Paris, Nacquart, imprimeur du Corps légiſlatif, rue Gît-le-Cœur, 1811, p. 7: « Nous répondrions, enfin, qu'il

confronter au problème essentiel de l'application de la loi, et de renouer ainsi avec l'activité des *prudents* romains. En effet, la *prudentia* étant vertu et méthode, le juriste doit œuvrer à la bonne application du droit. Dans sa Table de 1821, Sirey formulera l'espoir de voir naître une nouvelle discipline, la « philosophie de la jurisprudence », qui viendra parfaire la formation lacunaire des jurisconsultes issus de l'École: « Peut-être faut-il ajouter que c'est aux Recueils d'arrêts que sera due, un jour, et bientôt, la possibilité de combiner une théorie-pratique de l'application des lois, pour le maintien du droit, branche essentielle de la science, et cependant branche qui manque à l'enseignement scholastique[...]. Certainement il arrivera, un peu plutôt (*sic*), un peu plus tard, que toutes ces notions usuelles soient co-ordonnées, forment un corps de doctrine, et constituent une théorie pratique de l'application des lois pour le maintien du droit. De loin, nous saluons cette théorie, du beau nom de philosophie de la jurisprudence; et nous nous réjouissons de la voir composée, pour ainsi dire, avec de la quintessence d'arrêts » (62). L'arrêtiste joue ainsi un rôle fondamental dans l'art d'appliquer la loi. Par sa connaissance de la pratique et son immense travail de synthèse au sein des recueils, il est le seul à pouvoir construire une théorie de la *prudentia*, intuitivement mise en œuvre par les praticiens mais encore ignorée de l'École. Toujours au courant de la dernière actualité juridique, à l'avant garde du droit et de ses soubresauts, l'arrêtiste est en mesure de confronter les laborieuses théories patiemment élaborées par les commentateurs à la réalité pragmatique du Palais. Les grandes déclarations de prin-

n'est pas impossible d'étudier, à la fois, et d'apprécier les arrêts (depuis qu'ils sont motivés); de saisir, dans chaque espèce jugée, le mot qui la décide; de rapprocher toutes les décisions analogues; de remonter au principe primordial qui leur sert de lien, ou qui en est la source; et de finir par se faire, à soi-même, la généalogie exacte de toutes les règles judiciaires: ce qui serait, à notre avis, la perfection de la science du jurisconsulte ». [...]. « N'exigeons pas que chacun aperçoive, comme nous, un rapport plus ou moins intime entre le positif de la jurisprudence et la félicité publique; entre les analyses d'arrêts et la métaphysique du droit, ou la législation générale des matières judiciaires ».

(62) J.-B. SIREY, J.-B. DUVERGIER & L.-M. De VILLENEUVE, *Jurisprudence du XIX^e siècle*, Paris, Bureau de l'Administration Cour de Harlay, t. 1, 1821.

cipes se succéderont ainsi sur ce modèle ⁽⁶³⁾, les arrêtiſtes défendant l'étude de la *jurisprudence* et la qualité de leurs travaux. Car dès les années 1820, l'enjeu est de taille: la doctrine entre en concurrence directe avec les arrêtiſtes pour la maîtrise de l'étude jurisprudenſielle.

B) *L'intervention de la doctrine.*

Au XIXe siècle, la doctrine n'a jamais délaissé les arrêtiſtes; l'historiographie récente l'a maintes fois prouvé ⁽⁶⁴⁾. Toutefois, dès l'époque napoléonienne apparaissent des tensions entre arrêtiſtes et commentateurs. Ce qui ſemble fondamentalement les séparer est le point de départ de leurs travaux: les uns partent de la jurisprudence, les autres du Code ou du moins du système juridique codifié. Le pic de tension entre les deux corps aura toutefois lieu entre les années 1820 et 1850, lorsqu'après un temps indispensable d'exégèſe du texte nouvellement promulgué, l'École et les commentateurs ſe trouveront forcés de constater les réalités de la vie judiciaire. Dès les années 1820, les théoriciens tentent ainsi de s'extraire du carcan du Code en investissant le champ de la jurisprudence. Or, ce domaine est depuis des décennies la chasse gardée des arrêtiſtes qui y ont imposé leur ſtyle, leurs méthodes, et qui en maîtrisent parfaitement les canaux d'information et de diffusion. La doctrine, entendue ici dans un ſens large encore synonyme de jurisconsultes, va alors engager une véritable offensive contre les praticiens. Par un schéma tout à fait classique, elle discrédite ſes concurrents du Palais en critiquant la qualité de leurs travaux, et en reléguant les arrêtiſtes au rang de techniciens-compileurs ſans envergure scientifique. Puisque la jurisprudence conſtitue désormais le pan le plus dynamique du droit, ſeuls les scientifiques diſpoſant des compétences et des outils intellectuels adaptés ſont aptes à en mener l'étude.

⁽⁶³⁾ V° notamment la célèbre *Préface* de Ledru-Rollin en 1837, mais aſſiſi celle de Devilleneuve et Gilbert en 1851, *etc.*

⁽⁶⁴⁾ V°, entre autres, l'article fondateur de P. REMY, *Éloge de l'exégèſe*, « Droits. Revue française de théorie juridique », n° 1, 1985, pp. 115-123; Chr. JAMIN, *La rupture de l'École et du Palais dans le mouvement des idées*, in *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, pp. 69 et ſſ.; N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIXe siècle*, cit., pp. 199 et ſſ.

Insuffisamment formés, n'ayant pas assez de recul sur l'objet de leurs travaux, spéculateurs de librairie favorisant les routines de la pratique, les arrêtistes sont sommés d'abandonner l'étude jurisprudentielle aux bons soins de la *doctrine* ⁽⁶⁵⁾.

Un court article publié dans la *Thémis* ⁽⁶⁶⁾ en 1826 illustre parfaitement cette lutte méthodologique et éditoriale qui oppose les revues dites *scientifiques* aux recueils d'arrêts. Au moment où Dalloz et Sirey se lancent dans une rétrospective analytique de vingt ans de jurisprudence à travers la publication de tables et de répertoires, un auteur de la revue profite de l'occasion pour mettre en cause la qualité de leurs œuvres, ainsi que celle de leurs méthodes. Selon l'auteur anonyme du pamphlet, les nouvelles compilations de Dalloz et de Sirey ⁽⁶⁷⁾ pèchent par leur ordre alphabétique. Ce choix semble illustrer pour l'auteur l'incompétence caractérisée des arrêtistes et leur compréhension lacunaire de l'institution jurisprudentielle. En effet, l'ordre alphabétique impose dans les affaires complexes un fractionnement excessif des arrêts, qui peut en dénaturer le sens originel. En prenant un « point de vue plus élevé », l'auteur explique, dans une perspective proche de l'École historique, que l'ordre alphabétique met à mal la « marche » de l'histoire: « Déplacer un arrêt du rang que lui assigne sa date, n'est-ce pas défigurer, par la confusion des époques, l'histoire de la jurisprudence? [...] Il est incontestable aujourd'hui que, pour bien connaître l'histoire d'un peuple, il faut l'apprendre juridiquement [...]. Et puisque les tribunaux constatent les usages, les opinions, les préjugés du moment, pourquoi ne pas conserver à chaque arrêt sa physionomie chronologique? Pourquoi le confondre avec d'autres arrêts que l'on doit à une législation, à des mœurs et à des connaissances diffé-

⁽⁶⁵⁾ En cela, la doctrine du XIX^e siècle emprunte les poncifs d'un discours hostile à l'arrestographie particulièrement répandu sous l'Ancien régime. Sur cette question, V^e Chr. CHENE, *L'arrestographie, science fort douteuse*, « Recueil des mémoires et travaux publiés par la Société d'Histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit », fasc. XIII, Montpellier, 1985, pp. 179-187.

⁽⁶⁶⁾ A.-S., « *Thémis* », vol. 8, 1826, pp. 140-147.

⁽⁶⁷⁾ Il s'agit de la *Jurisprudence générale du Royaume de Dalloz*, regroupant les arrêts antérieurs à 1825 publiés dans l'ancien *Journal des Audiences*, et de la *Jurisprudence du XIX^e siècle* de Sirey, qui est une évolution de la première table alphabétique du recueil publiée en 1811.

rentes »⁽⁶⁸⁾? Après un bref exposé des qualités et défauts respectifs des collections alphabétiques de Sirey et Dalloz⁽⁶⁹⁾, l'auteur continue sur sa lancée et donne une leçon aux arrêtistes en exposant sa conception de l'arrêtographie. Un recueil de jurisprudence « ne doit être qu'une compilation d'arrêts précédés d'une analyse succincte des faits et des moyens plaidés ». Le principal devoir de l'arrêtiste consiste à « signaler les variations de la jurisprudence et la disparité des espèces ». Toutefois, l'auteur précise avec condescendance « qu'on ne doit pas non plus lui refuser le droit de présenter, à l'occasion d'un arrêt, et par une courte démonstration, le résultat de ses propres réflexions ». S'il demeure bref et raisonnable, c'est-à-dire dans les limites de ses compétences juridiques, l'arrêtiste peut appliquer la « théorie à la pratique ». L'auteur fustige cependant les arrêtistes qui, à l'image de Sirey, usent et abusent de doctrine dans leurs ouvrages: « Je saisis cette occasion pour constater qu'un arrêtiste peut introduire dans sa compilation des doctrines élevées, très élevées, et même beaucoup trop élevées ».

En somme, les arrêtistes ne sont pas compétents pour analyser comme il se doit la jurisprudence. En bons techniciens, ils doivent se contenter de rapporter les arrêts avec soin. En aucun cas ils ne doivent faire œuvre de science, bien qu'ils puissent occasionnellement proposer de brèves analyses et réflexions. Si les recueils d'arrêts demeurent d'utiles médias qui diffusent en masse les décisions du Palais, l'étude sérieuse de la jurisprudence doit désormais se faire dans les revues scientifiques.

Dans la première moitié du siècle, la *Thémis*, la *Revue de Droit Français et Étranger*, la *Revue de Législation et de Jurisprudence*, la *Revue Critique* ou encore la *Revue Pratique* tentent ainsi d'en

(68) A.-S., « *Thémis* », cit., pp. 142-143.

(69) Sirey étant plus complet que son concurrent, mais aussi plus confus et moins ordonné. La critique de Sirey est d'ailleurs particulièrement sévère, l'auteur conseillant au jurisconsulte sarladais de « sacrifier son petit amour propre d'auteur » dans l'intérêt de ses lecteurs, en simplifiant ses notices et sommaires, et en prenant exemple sur la précision de Dalloz. Si les arrêtistes en général ne sont point épargnés par la verve de l'auteur, Dalloz semble toutefois moins attaqué que Sirey. Il est possible que le statut d'ancien collaborateur de Dalloz à cette revue lui ait épargné les critiques les plus dures.

rénover l'analyse à travers des chroniques plus ou moins suivies ⁽⁷⁰⁾. Dans un contexte très concurrentiel, leurs rédacteurs rappellent qu'ils sont les seuls interprètes légitimes et compétents pour dévoiler l'état de la jurisprudence. Les arrêttistes seraient en effet incapables de séparer le bon grain de l'ivraie parmi les décisions ⁽⁷¹⁾, et offrirait à leurs lecteurs des études bâclées. A la note d'arrêt trop casuistique, la doctrine privilégie alors les vastes études synthétiques ⁽⁷²⁾. Pour Faustin Hélie notamment, les faits et le texte des arrêts importent peu. La jurisprudence est un point de départ qui doit ouvrir plus largement au débat juridique ⁽⁷³⁾. Cette conception est caractéristique d'un détachement complet avec le Palais, l'annotateur ne participant plus à l'activité judiciaire; un processus d'abstraction s'accomplit ainsi entre le « fait judiciaire » et le « fait

⁽⁷⁰⁾ Sur ce point, lire J.-L. HALPERIN, *La place de la jurisprudence dans les revues juridiques en France au XIX^e siècle, Juristische Zeitschriften in Europa*, sous la dir. de M. Stolleis, T. Simon, Frankfurt am Main, 2006, pp. 374-380. V^o également Fr. AUDREN et N. HAKIM (dir.), *Les revues juridiques au XIX^e siècle*, Paris, La mémoire du droit, à paraître.

⁽⁷¹⁾ « Encombrés qu'ils sont par les immenses matériaux qui se pressent dans leurs recueils, ayant hâte de les publier, peuvent-ils avoir le temps, quelque soit d'ailleurs leur savoir, d'éclairer chaque arrêt d'une discussion, de constater l'esprit qui l'anime, la règle dont il dérive et qu'il consacre, le lien qui l'unit aux décisions antérieures? », F. HELIE, *Revue critique de la législation criminelle*, « Revue de Législation et de Jurisprudence », n^o 17, 1843, p. 355.

⁽⁷²⁾ V^o par exemple l'étude sur la jurisprudence des enfants naturels de Dalloz dans la *Thémis*, ou encore celle consacrée aux actions de propriété dirigées contre l'Etat de Cormenin. V^o également Chr. JAMIN, *La rupture de l'École et du Palais...*, cit., p. 75 et ss.

⁽⁷³⁾ « Cette mission scientifique est le partage naturel d'une revue dégagée des textes des arrêts; placée à plus de distance des faits, elle peut plus facilement en observer la tendance générale; libre de toutes conditions de temps et de cadre, elle peut porter à loisir le flambeau de la discussion sur toutes les matières; enfin, vouée au culte des principes, à la théorie du droit, il lui appartient de rattacher la pratique à cette théorie, d'analyser les rapports qui unissent chaque point spécial aux règles générales, de creuser les questions les plus contestées, et de défendre ces maximes du droit qui sont l'esprit de toutes les lois et que la justice ne peut reconnaître sans abdiquer sa puissance », F. HELIE, « Revue critique de la législation criminelle », cit., pp. 356 et ss. Cependant, Hélie reconnaît dans une note en bas de page la qualité des observations de certains arrêttistes: « Il faut toutefois mentionner les excellents travaux de MM. Devilleneuve et Carette, dans le *Recueil des lois et des arrêts*, et les savantes critiques de M. Championnière, dans le *Contrôleur de l'Enregistrement, Journal du notariat* ».

juridique », qui désormais sera la matière première de la jurisprudence (74). L'« Examen doctrinal de jurisprudence » se veut également plus théorique que la note d'arrêt, le projet des revues scientifiques étant en résumé de « mieux sélectionner les arrêts et de mieux les rattacher à la doctrine que ne le font les recueils Sirey et Dalloz » (75).

Toutefois, malgré les espérances et les efforts d'auteurs prestigieux et de diverses origines comme Rodière, Championnière, Dufour, Faustin Hélie ou Paul Pont, les arrêtistes et leurs recueils demeurent indétrônables. Conscients de la situation, les fondateurs de la *Revue critique* se donneront plus modestement pour mission de « marcher » avec les recueils d'arrêts, leur périodique constituant le « complément doctrinal des recueils de jurisprudence ». Surtout, la méthode mise en place par la doctrine n'est pas fondamentalement différente de celle suivie dans les recueils : à la même époque, les notes d'arrêts sont de plus en plus développées et riches en analyses de type doctrinal. La recherche des principes, la généalogie des normes et les synthèses juridiques existaient déjà au *Sirey* comme au *Dalloz* avant que les revues n'interviennent sur le sujet. De plus, une grande partie du lectorat praticien souhaitait disposer de la dernière actualité juridique et d'un maximum d'arrêts, quitte à ce que les annotations y soient plus courtes et moins « doctrinales ». Ne pouvant traiter autant d'informations que les recueils (76), réduites à un lectorat par nature limité, les revues scientifiques délaisseront rapidement l'étude de la jurisprudence.

Cette incursion de la doctrine dans la jurisprudence à partir des années 1820 a toutefois plusieurs conséquences. En premier lieu, elle oblige les arrêtistes à réagir : pour rester crédibles, les praticiens vont à leur tour défendre la dignité de leur magistère et la qualité de leurs travaux, tout en stigmatisant l'étroitesse d'esprit de la doctrine. L'exemple le plus célèbre demeure la « Préface » à la 3^{ème} édition du

(74) V° E. SERVERIN, *Jurisprudence*, cit., pp. 325-327.

(75) J.-L. HALPERIN, *La place de la jurisprudence ...*, cit., pp. 374-380.

(76) Aux lecteurs qui auraient souhaité un plus grand nombre d'arrêts, Ballot répond que la tâche est impossible pour une revue « militante » en « état d'infériorité manifeste avec les publications si parfaites » qui recueillaient la jurisprudence; V° J.-L. HALPERIN, *op. cit.*, p. 379.

Journal du Palais, rédigée par Ledru-Rollin en 1837. Sirey, quant à lui, pointe les lacunes de l'enseignement « exégétique » des facultés (77), et observe avec regret que les étudiants ne savent pas appliquer le droit au sortir de l'école (78). « Théoriciens », « légistes », « doctrinaires », les *commentateurs* ne sont pas des *prudents*. Leurs méthodes, dogmatiques à l'excès, sont trop éloignées des contingences et des nécessités du droit. Toutefois, l'esprit du temps incite de plus en plus les arrêttistes à s'adapter au dynamisme d'une doctrine en expansion, aiguillonnée par les travaux de l'École historique allemande et déjà fort éloignée de l'exégèse des premiers jours. Dans leurs recueils, les praticiens s'attacheront alors à exposer leurs méthodes, dont les exigences seront aussi élevées que celles des théoriciens des revues. Or, en se plaçant sous le patronage de la *science*, les arrêttistes cessent d'être des *prudents*, et se font à leur tour *théoriciens*.

C'est dans cette perspective *scientifique* que les arrêttistes, en second lieu, multiplient les grands travaux de synthèse juridique au sein de *Dictionnaires* et *Répertoires* (79) qui fonctionnent en étroite relation avec les *Recueils périodiques*. Si le phénomène prend surtout

(77) J.-B. SIREY (*et alii*), *Jurisprudence du XIXe siècle...*, cit., p. 2: « L'école, en effet, apprend bien, aux jeunes légistes, à recueillir et combiner toutes les dispositions législatives, ou la science des textes [...]. L'école enseigne aussi, ou peut enseigner, quelle fut, à chaque époque, l'intention législative (*mens legis*), positivement consignée dans les monuments historiques [...]. Elle peut aller plus loin: s'élevant jusqu'à des idées générales de législation, l'école peut, d'après l'ensemble des lois préexistantes, et des positions survenues à l'époque de l'émission d'une loi, éclairer les obscurités, ou suppléer au silence de la loi nouvelle, déterminer l'intention présumée du législateur. Mais c'est le *nec plus ultra* de l'enseignement scholastique: et jusque là, on ne trouve que des règles pour l'interprétation usuelle de la loi: il n'y a point d'enseignement précis pour son application ».

(78) J.-B. SIREY, *op. cit.*: « Leurs professeurs ont bien dû leur remplir la tête de notions élémentaires, plutôt que d'espèces jugées [...] quand on rentre au barreau, il ne faut plus se cultiver comme sur les bancs; il ne suffit plus de savoir par cœur des cahiers. [...] Celui-là ne serait pas écouté, et aurait l'air très mal habile, qui viendrait faire de grands raisonnements sur un point déjà fixé par une longue série de raisonnements judiciaires ».

(79) Il serait toutefois réducteur de ne voir dans ces répertoires qu'une œuvre d'arrêttistes. Dès l'origine, ils accueillent la collaboration des membres de l'École: le professeur Demante rédigera par exemple de nombreux articles dans *l'Encyclopédie du Droit* de Sebire et Carteret, publiée en 1836.

de l'ampleur à partir des années 1830, les premiers travaux de synthèse jurisprudentielle datent du début du XIX^e siècle. Ainsi, le *Dictionnaire de jurisprudence de la Cour de cassation* de Montainville (1805) ou le *Dictionnaire des arrêts modernes* de Loiseau⁽⁸⁰⁾ (1809) avaient déjà tenté de systématiser la jurisprudence naissante sur le droit unifié, en y joignant des renvois à la doctrine et des analyses critiques. Alors que Sirey commençait en 1817 la publication de sa série des *Codes annotés*, Favard de Langlade achevait en 1823 son *Répertoire de la Nouvelle Législation civile, commerciale et administrative*⁽⁸¹⁾. Ce projet débuté en 1811 et reporté en raison du développement encore insuffisant « de la jurisprudence sur nos Codes » à cette époque, avait pour ambition de « faire ressortir les principes généraux des lois qui nous régissent, et le mode de leur application par les différentes autorités judiciaires et administratives ». Le succès indiscutable du *Répertoire* de Merlin, réédité jusque dans les années 1830, prouve que ce genre littéraire n'a pas disparu avec la Révolution.

Le phénomène se poursuit et se perfectionne dans les années 1820. Après avoir entièrement refondu son recueil, Sirey (assisté par Duvergier et Devilleneuve) entreprend en 1821 la publication de sa *Jurisprudence du XIX^e siècle*. Cet ouvrage, dans lequel il ne faut chercher « ni théories abstraites, ni principes absolus », mais « le sommaire des décisions judiciaires qui ont été recueillies, avec tous leurs détails, pendant l'espace de vingt années », se situe à mi-chemin entre un répertoire doctrinal et une table de jurisprudence⁽⁸²⁾. En 1826, Désiré Dalloz commence la publication de son répertoire alphabétique intitulé *Jurisprudence Générale du*

⁽⁸⁰⁾ LOISEAU, *Dictionnaire des arrêts modernes, ou Répertoire analytique, sommaire et critique de la nouvelle jurisprudence française, civile et commerciale; contenant la Notice des Arrêts les plus importants de la Cour de cassation depuis 1790 jusqu'en 1809, et ceux des Cours d'Appel depuis la promulgation du Code Napoléon, etc.*, Paris, Chez Clament frères, Libraires éditeurs, Archives du droit français, t. 1, 1809.

⁽⁸¹⁾ FAVARD DE LANGLADE (et d'autres magistrats et juriconsultes), *Répertoire de la Nouvelle Législation civile, commerciale et administrative, ou analyse raisonnée des principes consacrés par le code civil, le code de commerce, et le code de procédure; par les lois qui s'y rattachent; par la législation sur le contentieux de l'administration et par la jurisprudence*, Paris, Firmin Didot-Imprimeur du Roi, t. 1, 1823.

⁽⁸²⁾ J.-B. SIREY, *etc.*, *op. cit.*, p. 2.

Royaume ⁽⁸³⁾: l'arrêteste y réunit ainsi tous les arrêts antérieurs à 1825 (appartenant à l'ancienne collection du *Journal des Audiences*), classés de façon alphabétique par ordre de matières.

Toutefois, c'est surtout le *Dictionnaire général et raisonné de Législation, de Doctrine et de Jurisprudence* d'Armand Dalloz ⁽⁸⁴⁾, publié en 1835, qui inaugure la véritable « manie du répertoire » ⁽⁸⁵⁾ s'emparant des arrêtestes entre les années 1830 et 1850. Ces collections, véritables compléments « statiques » des recueils périodiques, constituent alors la « vitrine scientifique » des recueils d'arrêts, et seront la meilleure arme des arrestographes pour conserver leur primauté sur la jurisprudence, terrain de plus en plus disputé par la doctrine. Dans la foulée, le *Journal du Palais* se dotera également son propre *Répertoire Général* comme le fera plus tard le *Sirey* sous la direction de Fuzier-Herman ⁽⁸⁶⁾. La jurisprudence, la législation et la doctrine sont évidemment les sources principales de ces ouvrages. Cependant, les répertoires renvoient également dans leurs titres à l'histoire du droit ⁽⁸⁷⁾, à la philosophie, au droit comparé ou au droit international privé en gage de leur scientificité et de leur exhaustivité. Le tandem recueil-répertoire recevra très nettement les faveurs des praticiens, qui pourront y puiser dans les uns l'actualité la plus récente, et dans les autres des articles de synthèse sur les thématiques les plus courues au Palais. L'École et les théoriciens peineront une fois encore à concurrencer les arrêtestes dans ces travaux holistes.

Avec les répertoires, les praticiens ne parlent cependant plus de la même jurisprudence: des arrêts, ils passent à la science du

⁽⁸³⁾ L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Le centenaire du Dalloz, D.*, 26e cahier, chronique XXIV, Paris, Dalloz, 1950, p. 105. Edmond Meynial indique quant à lui que le projet est initié dès 1825 (*Les recueils d'arrêts et les arrêtestes*, cit., p. 188).

⁽⁸⁴⁾ A. DALLOZ (et plusieurs avocats et juristes), *Dictionnaire général et raisonné de Législation, de Doctrine et de Jurisprudence en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public, etc.*, Paris, Bureau de la Jurisprudence Générale, 1835.

⁽⁸⁵⁾ Ed. MEYNIAL, *Les recueils d'arrêts et les arrêtestes*, cit., p. 190.

⁽⁸⁶⁾ Ed. FUZIER-HERMAN, *Répertoire Général Alfabétique du Droit Français, etc.*, Paris, Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, à partir de 1886.

⁽⁸⁷⁾ C'est notamment le cas dans les répertoires du *Dalloz* et du *Journal du Palais*.

droit. L'étude théorique prend ainsi le pas sur la *prudentia* du Palais. De plus, ces travaux plébiscités et exigeants poussent les arrêtiistes dans leurs derniers retranchements: la professionnalisation des corps juridiques dans la seconde moitié du siècle ne leur laisse plus le loisir de se consacrer pleinement à l'étude de la jurisprudence. En effet, la patente des avocats, instaurée par la loi du 15 mai 1850, mais aussi la création du concours national de l'agrégation de droit en 1855 contribuent à segmenter la figure ancienne du *jurisconsulte* pour redéfinir la place et les rôles respectifs des professionnels du droit. Alors que le *juriste* supplante le *jurisconsulte*, les praticiens ne sont plus en mesure de concurrencer les *théoriciens* d'une École en pleine construction de son identité. La dernière décennie du XIX^e siècle marque la fin de leur règne sur la jurisprudence: seule en lice, l'École investit alors massivement les recueils.

A partir des années 1870 le comité de rédaction du *Sirey* subit en effet de nombreux remaniements et s'agrandit considérablement. Le corps professoral s'y fait de plus en plus présent. En 1881, il y a six professeurs (Bufnoir, Demante, Labbé, Laurent, Lyon Caen et Renault) pour huit « praticiens » (Fuzier-Herman, C.-L. Jessionesse, O. Demangeat, Lacointa, Paul Pont, Rivière, Ruben de Couder et Louis Puech). En 1914, on compte vingt-et-un membres de l'École pour seulement sept membres du Palais ⁽⁸⁸⁾.

Au *Dalloz*, la situation est comparable. C'est surtout à partir des années 1860 que le corps professoral investit véritablement le périodique, avec des signatures de renom comme celles de Meaume, Murlon, Bertauld, et surtout Charles Beudant. Certains d'entre eux, à l'instar de Boistel (106 notes de 1873 à 1908) ou de Camille Levillain (106 notes de 1878 à 1914) seront très prolifiques et fourniront un travail considérable et régulier pendant plusieurs décennies. Parmi les professeurs-arrêtiistes les plus actifs, on retrouve beaucoup de provinciaux comme Levillain, de Loynes, Paul

⁽⁸⁸⁾ Parmi les professeurs ou Doyens, nous pouvons compter Audinet, Blondel, Bourcart, Charmont, Chavegrin, Demogue, Gaudemet, Hauriou, Hémard, Huguency, Le Courtois, Lehr, Lyon-Caen, Mestre, Meynial, Pillet, Renault, Roux, Tissier, Villey et Wahl; le corps des praticiens ou juristes non professeurs est représenté par de Gourmont, Chardenet, Dalmbert, Dourache, Naquet, Ruben de Couder, Dechezelle et Lassaigne.

Pic, Jean Appleton, Jules Valéry ou encore César-Bru, secondés par de nombreux contributeurs plus occasionnels issus des facultés régionales. Toutefois, les professeurs parisiens ne sont pas en reste, à l'image d'Alphonse Boistel, d'Edmond Thaller, d'Henri Berthélemy et surtout de Marcel Planiol (172 notes d'arrêts entre 1890 et 1914) qui participent activement à la vie du recueil. A ces contributeurs de l'École, il faut aussi associer les enseignants qui n'exercent pas dans les facultés de droit, comme Meaume, professeur à l'École des Eaux et Forêts de Nancy ou encore Charles Dupuis, secrétaire et maître de conférences à l'École des Sciences Politiques.

Bien sûr, les praticiens n'ont jamais déserté les recueils; Louis Sarrut au *Dalloz*, ou encore Naquet et Adrien Sachet au *Sirey* sont d'ailleurs des collaborateurs très actifs⁽⁸⁹⁾. Les hommes du Palais n'en sont toutefois plus les maîtres. C'est l'École qui impose à présent son modèle intellectuel: le face à face avec les juges peut désormais avoir lieu.

II. *Une liaison léonine.*

Avec l'arrétiste praticien, ce tiers gênant qui s'était approprié la diffusion et la critique des arrêts, disparaît une vision pragmatique de la jurisprudence, phénomène complexe ne se résumant pas à la seule activité du juge mais au sein duquel l'arrétiste — le *prudent* — jouait également un rôle actif.

Le nouveau duo décrit par Esmein, composé d'une part de la doctrine forte de sa science, et d'autre part de la pratique productrice de la jurisprudence, semble ainsi succéder dans un équilibre parfait à une longue période de tâtonnements scientifiques et parfois d'ignorances réciproques. Cependant, la jurisprudence telle que la conçoit Esmein, c'est-à-dire comme la seule activité du juge, ne constitue que l'aboutissement d'un processus continu d'appauvrissement du terme qui s'étend sur le siècle. Une fois toute acquise aux magistrats, cette nouvelle jurisprudence dépossédée de ses atours scientifiques se retrouve alors au cœur d'une lutte de pouvoir et d'autorité entre doctrine

(89) Louis Sarrut par exemple signera 377 notes au *Dalloz* entre 1884 et 1914.

et juges, et reflète les enjeux symboliques et systémiques qui animent ce couple décisif de la pensée juridique.

A) *De la jurisprudence-science à la jurisprudence faite par le juge.*

Alors que l'acception judiciaire du mot *jurisprudence* est très tôt acquise chez les juristes du Palais, les théoriciens demeurent majoritairement attachés à son sens traditionnel. La doctrine se considère en effet comme la véritable et légitime héritière de la jurisprudence romaine, c'est-à-dire de la « science du droit » au sens du *Corpus Iuris Civilis*. De Delvincourt à Gény, le sens classique du terme est alors sans cesse affirmé et rappelé. Toutefois, si certains auteurs comme Bernardi s'en tiennent encore au début du siècle à définir la jurisprudence sous l'angle unique de la « connaissance du droit », sans même mentionner l'existence d'une jurisprudence issue du prétoire ⁽⁹⁰⁾, ce cas est minoritaire. Dans un système de droit codifié, la légitimité des décisions juridictionnelles motivées et massivement publiées est en effet plus grande que jamais: les controverses de l'Ancien Régime sur l'autorité, voire l'utilité, de la science des arrêts ⁽⁹¹⁾ sont désormais révolues, ou ne subsistent plus qu'indirectement à travers les reproches adressés aux arrêtiéristes et à leurs méthodes. Devenue incontournable, la jurisprudence du Palais ne saurait être ignorée des théoriciens, ni d'un point de vue concret, ni d'un point de vue terminologique. Distinguant la *jurisprudence-science* de la *jurisprudence-art*, Toullier rappelle incidemment que la seconde définition est issue d'une déformation sémantique ⁽⁹²⁾ de la première: « La jurisprudence est la science des lois [...]. On entend

⁽⁹⁰⁾ J.-E. D. BERNARDI, *Cours de droit civil français*, tome premier, Paris Chez Garnery, 1803, p. 4: « La jurisprudence diffère cependant du droit, en ce qu'elle ne comprend que les connaissances théoriques et les principes généraux, sans aucune application particulière, tandis que le droit semble exiger cette application. La jurisprudence donne la doctrine et fournit la théorie; le droit en fait l'application aux divers cas qui se présentent ».

⁽⁹¹⁾ V^o notamment sur ce point la controverse agitée en 1763 lors d'une Conférence de l'Ordre des Avocats du Parlement de Metz, reproduite par DUPIN (aîné), *De la jurisprudence des arrêts...*, cit., pp. 19 et ss.

⁽⁹²⁾ Nous l'avons vu, Dupin rappellera la même chose en 1814: si l'activité du juge est qualifiée de jurisprudence, ce n'est qu'en raison d'un regrettable abus de langage venu du Palais!

par science un enchaînement de vérités fondées sur des principes évidents par eux-mêmes ou sur des démonstrations, une collection de vérités d'une même espèce, rangées dans un ordre méthodique. L'art est l'habitude d'appliquer les connaissances à la pratique. De là, quelques jurisconsultes ont défini la jurisprudence comme l'habitude d'interpréter les lois et de les appliquer aux espèces qui se présentent »⁽⁹³⁾. Quelques années plus tard, le professeur et arrêti- tiste Edouard Meaume évoque également la dualité de définition du terme, tout en précisant bien que l'acception « judiciaire » de la jurisprudence a supplanté dans l'usage son acception « scienti- fique »: « La connaissance du droit est l'objet de la jurisprudence. Ce mot désigne quelquefois l'ensemble des principes de droit qu'on suit dans chaque pays ou dans chaque matière. Plus souvent encore on entend par jurisprudence, la manière dont l'autorité judiciaire décide ordinairement telle ou telle question. L'uniformité de plu- sieurs décisions, dans des espèces identiques, établit la jurisprudence dans tel ou tel sens »⁽⁹⁴⁾. En 1869, dans la quatrième édition de leur *Cours de droit civil français*, Aubry et Rau semblent ne plus se référer qu'à la définition judiciaire du terme: « L'ensemble des solutions plus ou moins concordantes, données par les cours et tribunaux aux questions de droit que soulèvent les affaires qui leur sont soumises, constitue ce que l'on appelle *hoc sensu*, la jurisprudence (*interpretatio usualis nisus fori*). La jurisprudence, qui a si puissamment contribué aux progrès de la science du Droit, et qui est appelée, par la nature même de la mission confiée aux tribunaux en général, et plus particulièrement à la Cour de cassation, à suppléer aux lacunes de la législation, et à diriger le développement des principes qui y sont posés, a toujours joui en France d'une considération justement méritée »⁽⁹⁵⁾.

Il faut dire qu'entre-temps la doctrine, pourtant de moins en

⁽⁹³⁾ C.B.M. TOULLIER, *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code, ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique*, Paris, 4ème éd., 1824, t. 1, p. 2.

⁽⁹⁴⁾ E. MEAUME, *Introduction à l'étude de la Législation et de la Jurisprudence forestières*, Nancy, Raybois et Comp., 1857, pp. 2-3.

⁽⁹⁵⁾ C. AUBRY & C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, cit., pp. 128-129.

moins praticienne ⁽⁹⁶⁾, finit par s'appropriier le vocabulaire des arrêstistes dont elle reprend le flambeau. L'exemple de Demolombe est révélateur: pour lui, la *jurisprudence* n'est autre que la « *viva vox iuris civilis* » c'est-à-dire la pratique, la vie du droit. Le pas est inéluctablement franchi lorsque la doctrine dominante ne définit plus la jurisprudence que sous sa seule acception judiciaire: ce sera notamment le cas de Belime ⁽⁹⁷⁾, mais encore de Saleilles ou bien sûr d'Esmein. Le vocable tardif de *doctrine* remplace alors celui, très vieilli, de *jurisprudence*; au même moment, la jurisprudence perd définitivement son syntagme « des arrêts », car la confusion n'est guère plus possible.

Déplorant le divorce entre *l'École* et *le Palais*, désireux surtout de sauver leur magistère menacé par les nouvelles sciences politiques et sociales, les professeurs prennent, pour la majorité d'entre eux, la jurisprudence comme principal objet d'étude ⁽⁹⁸⁾. Expression la plus « vraie » et la plus vivante du droit, elle ouvre de nouvelles perspectives scientifiques qui doivent permettre aux juristes de renouer avec leur rôle traditionnel de spécialistes du fait social et politique.

⁽⁹⁶⁾ Le paradoxe est bien connu: alors que la doctrine s'intéresse de plus en plus à l'œuvre des tribunaux, elle s'éloigne dans le même temps du Palais. Certes, nombre d'enseignants sont encore avocats (ou ont provisoirement exercé cette profession), quelques-uns terminant même leur carrière dans la Haute magistrature (Josserand, Tissier, Colin). Cependant, la nouvelle doctrine qui prend progressivement les rennes de la science juridique est principalement issue d'un corps professoral, désormais solidement organisé (agrégation de 1855 et ses réformes en 1874 et 1895). Elle prend donc ses distances avec la culture praticienne et construit son autorité sur le seul magistère scientifique. V° notamment Chr. ATIAS, *Premières réflexions sur la doctrine française de droit privé (1900-1930)*, « Revue de la Recherche Juridique — Droit prospectif », 1981, p. 189 et ss.; Chr. JAMIN, *La rupture de l'École et du Palais...*, cit., p. 73. Quant aux membres de la doctrine devenus magistrats ou également magistrats, outre le cas précité de Troplong, v° J.-L. HALPERIN, *Quelques Janus au XIXe siècle entre magistrature et doctrine*, in *Figures de Justice. Etudes en l'honneur de Jean-Pierre Royer*, Lille, Centre d'histoire judiciaire, 2004, pp. 79-88; J. HILAIRE, *Pratique et doctrine au début du XIXe siècle. L'œuvre de Jean-Marie Pardessus (1772-1853)*, *ibid.*, pp. 287-294.

⁽⁹⁷⁾ W. BELIME, *Philosophie du droit ou cours d'introduction à la science du droit*, Paris, Joubert — Libraire de la Cour de cassation, 1844, t. 1, pp. 512 et ss.: « J'entends ici par jurisprudence, non pas l'ensemble de la science du droit, mais la doctrine consacrée par les arrêts des tribunaux ». L'auteur précise toutefois que les sentences des tribunaux ne peuvent pas être considérées « comme une des sources du droit positif ».

⁽⁹⁸⁾ A. ESMEIN, *La jurisprudence et la doctrine*, cit., p. 11.

En appelant ainsi à œuvrer principalement sur la jurisprudence, à l'analyser avec les outils scientifiques adaptés et à quitter le giron d'un Code vieilli et critiqué, Esmein accorde au juge une place prééminente. Dans son système, ce sont bien en effet les décisions des magistrats qui prennent en compte les réalités de la vie juridique et qui transforment en profondeur le droit codifié. Bien conscients de leur rôle premier au sein du commerce juridique, certains magistrats à l'image de Julien Sacase aspirent d'ailleurs à prendre la tête de la science du droit, contestant à l'université son autorité en la matière. En 1855, ce dernier écrit : « Il me semble même qu'envisagée comme instrument de certitude et comme élément de fécondité pour la science du Droit en général, [la jurisprudence des arrêts] l'emporte sur toutes les branches rivales de l'interprétation juridique, et que nulle, parmi elles, ne lui apporte un meilleur et plus large tribut »⁽⁹⁹⁾ car elle entre « en communauté avec le législateur lui-même » et partage, « dans une certaine limite, sa puissance créatrice »⁽¹⁰⁰⁾. Les discours de rentrée des Cours d'appel et de la Cour de cassation, qui sont autant de moments forts dans l'affirmation du corps judiciaire, sont également l'occasion de s'emparer de la question⁽¹⁰¹⁾. En un peu plus d'un siècle, quatorze interventions traiteront ainsi directement de la jurisprudence⁽¹⁰²⁾. Certains inti-

(99) J. SACASE, *Jurisprudence du XIX^e siècle ou Table générale du Recueil général des lois et arrêts (1797 à 1850)*, par MM. DEVILLENEUVE et GILBERT, « Revue critique de législation et de jurisprudence », t. VI, 1855, pp. 83 et ss.; V^o aussi N. HAKIM, *La contribution de l'université à l'élaboration de la doctrine civiliste au XIX^e siècle*, in *Les Facultés de droit inspiratrices du droit?, Les travaux de l'IFR Mutation des Normes Juridiques n° 3, actes du colloque des 28 & 29 octobre 2004 — sous la direction de M. Hecquard-Théron*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2005, pp. 15-33.

(100) J. SACASE, *Id.*, p. 84.

(101) Sur ce point, V^o notamment J.-Cl. FARCY, *Magistrats en majesté. Les discours de rentrée aux audiences solennelles des cours d'appel (XIX^e-XX^e siècles)*, Paris, 1998, p. 133 et 199-200; J. KRYNEN, *L'État de justice. France, XIII^e-XX^e siècle*, II, *L'emprise contemporaine des juges*, cit.

(102) Durand (Edmond), avocat général à la Cour de cassation, *La loi et la jurisprudence*, 16 octobre 1931 [*La Gazette des Tribunaux*, 16-17 octobre 1931]; Merveilleux Duvignaux (Pierre-Emile), avocat général, *De l'influence des tribunaux sur le progrès de la législation*, 4 novembre 1867, Angers, Laîné frères, 1867, 72 p.; Celice (Albert), substitut, *Du pouvoir législatif de la Cour de cassation ou de la permanence du*

tulés sont d'ailleurs révélateurs du rôle fondamental joué par les magistrats dans la transformation du droit: *L'importance de la jurisprudence des arrêts* en 1827, *Du pouvoir législatif de la Cour de cassation ou de la permanence du droit honoraire* en 1888, mais aussi *La loi et le juge* ou encore *La loi et la jurisprudence* dans les années 1930.

De façon évidente, l'exclusion du tiers praticien à la fin du XIX^e siècle accentue et clarifie le rôle des protagonistes restés en lice: au juge revient la *prudentia* et le prestige de former la jurisprudence; à la doctrine, la théorie et l'étude du droit. La doctrine s'éloigne alors très clairement du modèle romain classique du *jurisconsulte* comme principal acteur de l'élaboration du *ius*, en s'interdisant de se mêler de la création du droit⁽¹⁰³⁾. Se plaçant délibérément en périphérie, elle n'en est plus que la distante orchestratrice. Les universitaires de l'École développent ainsi des artefacts leur permettant d'ordonner le « social » à travers le prisme du droit. Dans les recueils, ils élaborent des notes savantes ou de longues chroniques de jurisprudence; dans les traités et manuels, ils édifient des théories générales et des constructions juridiques de grande

droit honoraire, 16 octobre 1888, Aix, B. Pust., 1888, 40 p.; Gaultier (Alexandre-Félix René), procureur général, *L'étude de la jurisprudence*, 14 novembre 1837, Angers, impr. de Victor Pavie, 1837, 19 p.; Préfeln (Charles de), avocat général, *L'importance de la jurisprudence des arrêts*, 3 novembre 1827, [Journal politique, affiches, annonces et avis divers du département du Calvados, novembre 1828]; Bornet (Charles), substitut, *La technique jurisprudentielle en droit privé, son rôle, son domaine*, 2 octobre 1937, Douai, Libr. Lauverjat, 43 p.; Gautier (Louis), substitut, *La jurisprudence*, 3 novembre 1854, Grenoble, C-P Baratier, 1854, 23 p.; Chaslus, substitut, *De la jurisprudence*, 3 novembre 1859, Limoges, J-B. Chatras, 1859, 32 p.; Valantin, avocat général, *De l'idée philosophique dans la jurisprudence au XVIII^e siècle*, 3 novembre 1854, Lyon, Louis Perrin, 1854, 54 p.; Reutenauer (Paul), conseiller, *La loi et le juge*, 2 octobre 1934, Lyon, Impr. Noirclerc et Fénétrier, 1934, 13 p.; Leclerc (Laurent), avocat général, *De la jurisprudence*, 3 novembre 1858, Metz, Impr. De Nouvian, 1858, 52 p.; Lambert (Jean), avocat général, *La coopération du législateur et du magistrat, hier et aujourd'hui*, 16 septembre 1961, Melun, Impr. Administrative, 1963, 31 p.; Baudouin, substitut, *La jurisprudence*, 4 novembre 1879, Rennes, A. Leroy fils, 1879, 59 p.; Jallon, avocat général, *De l'érudition en jurisprudence*, 3 novembre 1832, Riom, Impr. de Salles fils, 16 p. (J.-Cl. FARCY, *id.*).

(103) Sur ce point, V^o Chr. JAMIN, *Larupturedel'Écoleetdu Palais...*, cit., p. 74.

envergure ⁽¹⁰⁴⁾. Ouvertes au droit *extra codex* et à ses sources formelles, profitant partiellement de l'apport des sciences sociales, ces œuvres font la part belle à une étude de la jurisprudence intégrée dans une perspective systématique. Si le juge est l'auteur de la jurisprudence, c'est à la doctrine qu'il revient de diriger cette dernière, de l'harmoniser avec l'ensemble du droit. Partagé par la génération montante des civilistes au tournant du XX^e siècle, ce projet est toutefois rejeté par René Demogue qui considère que la tâche est impossible ⁽¹⁰⁵⁾. Dans son ouvrage consacré aux *Notions fondamentales du droit privé* ⁽¹⁰⁶⁾ publié en 1911, le professeur lillois, tout en s'inscrivant dans la continuité des idées de Gény, aboutit toutefois à la conclusion que les antinomies du droit et du commerce juridique sont irréductibles. Les constructions doctrinales en droit privé comme en droit public ne forment alors que des « artifices », qui n'apportent au mieux que des équilibres instables et imparfaits à la matière. Le livre de Demogue suscite ainsi une grave controverse, car il remet en cause la vision que la doctrine se fait d'elle-même ⁽¹⁰⁷⁾. Si la puissance cognitive et le pouvoir de systématisation, d'abstraction et d'harmonisation de cette dernière se révèlent en définitive vains et stériles, alors la doctrine est complètement dépossédée de ses derniers attributs. L'ouverture à la jurisprudence et aux forces vives des faits sociaux, qui devait permettre à l'École de rénover ses fonctions et de promouvoir son autorité, pourrait en définitive la piéger dans un projet illusoire car impossible.

En ce qui concerne spécifiquement la jurisprudence, Demogue la considère d'ailleurs comme une « source du droit » ⁽¹⁰⁸⁾. La jurisprudence comme la coutume, le contrat ou « l'opinion commune » sont en effet mis au même niveau que la loi, conduisant à une désacralisation peu orthodoxe de la norme législative que lui

⁽¹⁰⁴⁾ Chr. JAMIN, *Demogue et son temps, Réflexions introductives sur son nihilisme juridique*, « Revue interdisciplinaire d'études juridiques », n° 56, Bruxelles, 2006, p. 10.

⁽¹⁰⁵⁾ Sur ce point, V° entre autres le numéro spécial de *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, cit., pp. 1-211; Chr. JAMIN et P. JESTAZ, *op. cit.*, pp. 147 et ss.

⁽¹⁰⁶⁾ Paris, Rousseau, 1911.

⁽¹⁰⁷⁾ V° Chr. JAMIN, *Demogue et son temps...*, cit., p. 12.

⁽¹⁰⁸⁾ V° notamment R. DEMOGUE, *H. Capitant (1856-1937)*, « Revue trimestrielle de droit civil », 1938, p. 745.

reprocheront ses pairs de l'École scientifique ⁽¹⁰⁹⁾. En tout cas, le flux jurisprudentiel et le courant des faits sociaux ne sauraient, d'après l'auteur, être canalisés ou dirigés par une doctrine productrice de chimères et de systèmes aussi perfectibles qu'inutiles.

L'historiographie a montré que l'univers juridique de Demogue, dépourvu de transcendance et de cohérence, trop « réaliste », n'a guère connu de succès auprès de la pensée dominante. Si la crise initiée par les *Notions fondamentales* se dissipe ⁽¹¹⁰⁾ dès les années 1920, elle a eu le mérite de mettre en exergue un problème central, qui résulte également de la mutation sémantique du terme de jurisprudence et de son transfert. Depuis que la jurisprudence est exclusive au Palais, il est fort légitime de s'interroger sur la valeur et l'autorité d'un magistère scientifique qui en est dépourvu. Que peuvent faire les *docteurs*, sinon des « systèmes » et des « théories générales », poursuivant le réel dans une perspective plus dogmatique, plus « métaphysique » que véritablement scientifique? Si la doctrine a pu un temps, suivant les mots de Jean Rivero, « opposer avec quelque hauteur sa vérité à la vérité du juge » ⁽¹¹¹⁾, la situation semble s'inverser à partir du moment où la jurisprudence devient une source à la fois externe et centrale de sa réflexion; l'École ne peut alors plus s'absoudre de la contingence, doit composer avec les faits, et même partir de la « vérité des juges » pour établir des théories viables et recevables.

Il est d'ailleurs intéressant de constater que l'autorité et l'utilité des « faiseurs de systèmes » fait également débat en droit administratif, alors que le rapport de la doctrine à la jurisprudence y est sensiblement différent. A défaut d'un « Code administratif » attendu un temps mais qui ne vint jamais, la doctrine publiciste du XIX^e siècle façonna le droit administratif de concert avec les juges,

⁽¹⁰⁹⁾ « La loi n'est au fond qu'un acte juridique comme un autre » (R. DEMOGUE, *Notions...*, cit., p. 96). Sur ce point, V^o A. DHONTE, *Les sources du droit chez René Demogue*, « Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques », 2006. 56, pp. 89 et ss.

⁽¹¹⁰⁾ V^o Chr. JAMIN et P. JESTAZ, *La doctrine*, cit., p. 154.

⁽¹¹¹⁾ J. RIVERO, *Apologie des faiseurs de systèmes*, D., *Chronique XXIII*, 1951, pp. 99 et ss.

et en particulier avec le Conseil d'Etat ⁽¹¹²⁾. Or, en 1951, une célèbre controverse oppose le professeur Rivero au conseiller Bernard Chenot, qui avait contesté la pertinence des constructions juridiques de la doctrine aux yeux des magistrats. Ayant raillé en 1950 les propos des « faiseurs de systèmes », ce dernier opposait à « l'élaboration des 'notions' qui assurent 'la tranquillité des professeurs', une méthode soucieuse des seules 'réalités concrètes', renonçant à toute recherche sur 'l'essence des institutions' pour s'attacher seulement aux actes qui manifestent 'leur existence sociale' » ⁽¹¹³⁾. Bien conscient que le Conseil d'Etat, plus encore que la Cour de cassation en matière de droit privé, tenait une place capitale dans l'élaboration et la régulation du droit administratif, Rivero défendit le magistère d'une doctrine n'ayant pas pour simple mission d'enregistrer les faits, mais de les discipliner, d'élaborer des constructions de l'esprit que le juge, gardien de la sécurité et de la stabilité juridique, ne saurait contrarier que dans le cadre « d'un jugement équitable », et sans « gaîté de cœur » ⁽¹¹⁴⁾. Moins impressionnable par les « faits », le *docteur* a ainsi pour tâche d'élaborer des *systèmes* au service du magistrat, des justiciables et de la science. Pour Rivero, comme avant lui pour François Gény, « s'il existe un lien entre la 'tranquillité des professeurs' et la 'stabilité des catégories juridiques', la tranquillité des professeurs devient l'un des biens les plus précieux de la vie en société; car la stabilité des catégories juridiques, c'est la possibilité

⁽¹¹²⁾ Sur la part respective de la doctrine et du Conseil d'Etat dans « l'invention » du droit administratif, V° notamment J. GAUDEMET, *Les naissances du droit*, Paris, Montchrestien, coll. Domat — droit public, 1997, p. 255; B. PACTEAU, *La doctrine, auteurs, acteurs du droit administratif...*, in *Les facultés de droit inspiratrices du droit?*, cit., pp. 83 et ss.; J. KRYNEN, *Conclusions*, *id.*, pp. 227 et ss.; J. RIVERO, *id.*, p. 99: « En droit administratif, dès le moment où elle conçoit sa tâche sous un angle plus large que le simple commentaire des lois et règlements, la Doctrine s'est mise à l'école du juge; le juge, ici, c'était le Conseil d'Etat; la Doctrine a subi son prestige; il n'est pas injuste de dire qu'elle y a ajouté, et qu'il y eut peu d'épines mêlées aux fleurs des couronnes qu'elle lui tressa. Mais, en sens inverse, le Conseil n'a point ignoré la Doctrine [...]. De part et d'autre, on s'accordait sur les bases d'une collaboration jugée nécessaire: au juge de dire le Droit à travers les cas d'espèce; au commentateur de systématiser des solutions particulières, de les coordonner en un tout organisé, d'en éclairer les formules les unes par les autres, de les transformer ainsi en une matière intelligible ».

⁽¹¹³⁾ J. RIVERO, *Apologie...*, cit., p. 99.

⁽¹¹⁴⁾ *Ibid.*, p. 102.

pour l'homme de connaître la règle et de prévoir les effets de ses actes, donc d'entreprendre dans l'ordre, et d'exercer une liberté qui n'existe plus dès que celui qui prétend en user ignore les conséquences du geste qu'il pose »⁽¹¹⁵⁾.

Indispensable orchestratrice du droit, la doctrine ne serait ainsi ni à la remorque de la jurisprudence, ni à la merci des seules perspectives praticiennes. Pourtant, en redéfinissant ses rapports avec la pratique, l'École contribue à faire du juge le premier acteur de la vie juridique. Devenue un phénomène extérieur et objectif, la jurisprudence renvoie désormais au seul magistère du juge. Cette conception conduit à un véritable appauvrissement de la notion, et à un déclasserement de la doctrine qui ne joue alors plus qu'un rôle subsidiaire dans l'élaboration du droit. François GénY aura beau jeu de distinguer dans son ambitieuse théorie des sources du droit⁽¹¹⁶⁾ les sources contraignantes des simples autorités, parmi lesquelles il fait cohabiter doctrine et jurisprudence, car la bataille est déjà perdue: science en action, science de l'action, la jurisprudence est véritablement productrice de droit. Elle disqualifie ainsi une doctrine contrainte de mobiliser les textes, les images et les emblèmes d'un droit qui lui est désormais entièrement extérieur. Surtout, cette répartition des rôles entraîne une querelle de pouvoir autour d'une notion de jurisprudence plus problématique que jamais.

B) *Une querelle de pouvoir.*

Pour Portalis déjà, le magistrat et sa jurisprudence étaient indissolublement associés à la législation. Lieu commun de la pratique, cette liaison est acceptée de fait par la doctrine, malgré les protestations de principe de GénY, Ripert ou Carbonnier. En effet, dans le système issu du Code, les juges sont les seuls titulaires de la *iuris dictio*. En 1858, le magistrat Laurent Leclerc insiste sur ce point dans son discours de rentrée à la Cour impériale de Metz: « La

⁽¹¹⁵⁾ *Ibid.*, p. 101.

⁽¹¹⁶⁾ L'ensemble de son œuvre tend à poser cette théorie et à la compléter par une méthode. V° F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, A. Chevalier-Marescq et C^{ie}, 1899 (2^{ème} éd., Paris, L.G.D.J., 1919, 2 tomes); *Science et technique en droit privé positif, nouvelle contribution à la critique de la science juridique*, Paris, Sirey, 1913, 4 tomes.

jurisprudence qui ne vit pas des subtilités de l'École, mais de la vie réelle, de la vie extérieure, de ses intérêts, de ses passions, de ses misères, est riche d'espèces, et bien rarement on n'y découvre pas, ou celle qu'on cherche, ou quelqu'autre ayant avec elle une analogie assez directe pour autoriser les inductions logiques et probantes [...]. Le jugement ou l'arrêt n'est pas, en effet, un « pur » acte doctrinal; c'est un acte d'autorité, un acte de puissance, emportant obligation et produisant lien [...]. Il ne s'applique qu'aux parties entre lesquelles il a été rendu, mais cette application nécessaire et restreinte suffit pour lui donner une valeur juridique plus considérable qu'à l'opinion d'un jurisconsulte » ⁽¹¹⁷⁾. Revêtu du « masque totémique » de la souveraineté, le juge actualise le droit, il « lit les entrailles du peuple » et incarne la « loi parlante ». Dès lors, depuis la codification, le glissement sémantique de la jurisprudence est ainsi significatif du passage de la *prudence* du *jurisconsulte* au Palais.

Tenue et se tenant à l'écart du couple formé par le juge et le législateur, la doctrine est vouée désormais à la seule étude des textes, qu'ils soient législatifs ou jurisprudentiels. Elle bascule alors définitivement vers une science purement textuelle, qui trouve ses origines dans la Rome du Bas Empire, et qu'elle conduit dans ses plus extrêmes sophistications. L'autorité de cette science semble être d'autant plus forte qu'elle se fonde sur des postulats et des méthodes à la pointe de la recherche, que seule l'École est en mesure de maîtriser. En outre, l'indépendance politique et intellectuelle de la doctrine universitaire serait un gage supplémentaire de sa scientificité garantie par une méthode positiviste plus ou moins bien assimilée.

Les rôles semblent alors clairement distribués. Pourtant, le modèle promu entre autres par Esmein est porteur de nouvelles luttes de pouvoir, autour d'une notion de jurisprudence particulièrement discutable et problématique. L'École conserverait bien sûr un lien étroit avec la jurisprudence; nous l'avons vu, dans ses notes, chroniques, articles et commentaires d'arrêts, elle formule des analyses, des espoirs, des projets et des critiques qui s'adressent tant aux magistrats qu'au législateur. Pour Edmond Meynial notamment, les

⁽¹¹⁷⁾ L. LECLERC, *De la jurisprudence*, op. cit., pp. 24 et ss.

hommes de doctrine « redressent discrètement » les écarts de la jurisprudence « quand ils ne peuvent les justifier »; ils « construisent son système », et l'organisent comme ils organisaient jadis la loi ⁽¹¹⁸⁾. Même si elle n'intervient qu'*a posteriori*, la doctrine demeurerait donc la conseillère informelle, le guide autorisé d'un juge qui ne saurait se passer de ses lumières et de ses constructions savantes. Selon Jean Boulanger, « le juge lui-même peut ainsi puiser dans une note bien faite des enseignements précieux. Quand on loue l'œuvre accomplie par la jurisprudence dans tel ou tel domaine, on oublie trop facilement de faire leur juste part aux études doctrinales qui ont guidé cette jurisprudence au fur et à mesure qu'elle s'élaborait » ⁽¹¹⁹⁾. Ce rôle est alors bien difficile à apprécier et à quantifier. De plus, que les juges profitent ou non du travail préparatoire et des observations avisées de la doctrine ne change rien à la nature *in fine* juridictionnelle des transformations du droit. Ainsi, la fonction cognitive de la doctrine universitaire en matière de jurisprudence apparaît comme étant relativement subsidiaire. Un juge peut tout à fait dégager lui-même les solutions de sa pratique, et revêtir les attributs du *docteur* lorsque la systématisation du droit est nécessaire ⁽¹²⁰⁾, sans pour autant suivre les préconisations de l'École.

Les magistrats disposent en effet aussi bien de l'autorité déontique que de l'autorité épistémique ⁽¹²¹⁾. Or, à la différence du juge, la doctrine est dépourvue de la première, l'interprétation du *docteur* ne pouvant lier les tribunaux. Incapable de formuler des règles juridiques impératives, s'excluant d'elle-même des sources du droit, la doctrine n'a qu'une autorité épistémique, l'expression d'un savoir, d'une connaissance du droit. Elle est dès lors contrainte de s'appuyer sur l'autorité d'autrui pour valoriser son propre magistère. Sommée de démontrer que ses opinions sont fondées sur les modes légitimes de formation du droit, « l'autorité seconde » de la doctrine passe ainsi au XIX^e siècle de la promotion du Code à la mise en

⁽¹¹⁸⁾ Ed. MEYNIAL, *Les recueils d'arrêts et les arrêtistes*, cit., p. 177.

⁽¹¹⁹⁾ J. BOULANGER, V^o *Jurisprudence*, in *Encyclopédie Juridique — Répertoire de Droit Civil* Dalloz, Paris, Dalloz, 1953.

⁽¹²⁰⁾ V^o F. ZENATI, *La Jurisprudence*, Paris, Dalloz, Collection méthodes du droit, 1991, pp. 251 et ss.

⁽¹²¹⁾ V^o sur ce point N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine...*, cit., p. 356.

avant de la jurisprudence. Cependant, en captant l'œuvre du juge, plus utile et parfois plus légitime que les lois civiles et leurs systèmes usés par le temps, l'École annonce une fois de plus la victoire des praticiens. En effet, selon Stéphane Rials, « tous les juristes, d'une façon ou d'une autre, sont appelés à '*se régler*' sur la '*pratique*' comprise comme '*forme et voie*' [...]; quelle que soit son éminente dignité sociale, la *communis opinio doctorum* — qui est d'ailleurs l'opinion commune la plus difficile à discerner qui soit —, cette opinion dont se gargarisent volontiers certains, ne saurait être utilement placée [...] au-dessus de ce qu'on pourrait appeler la *communis opinio pragmaticorum* [...] » (122).

Si les juristes praticiens « ont toujours raison » (123), c'est également parce qu'ils sont, avec les étudiants, les principaux destinataires de la prose universitaire. La domination de leurs opinions et de leurs impératifs a donc une incidence directe sur la doctrine, qui doit adapter son argumentation à son auditoire (124). Ainsi, pour se faire entendre des praticiens, l'École reprend à son compte leurs idées et leur vocabulaire. Puisqu'au Palais c'est la jurisprudence qui fait autorité, et puisque chez les praticiens la jurisprudence c'est « le juge », la doctrine ne peut qu'entériner un discours, des croyances et des pratiques qui transcendent sa propre autorité.

Toujours plus abondante et spécialisée, c'est donc véritablement la jurisprudence qui précède la science; poussé dans ses excès, le système présenté par Esmein peut même entraîner la doctrine dans un véritable « suivisme jurisprudentiel » qui ne grandit ni son autorité, ni sa légitimité. Si un certain nombre d'auteurs du XIX^e siècle (125) exprimaient en effet une forme de méfiance vis-à-vis des arrêts, ce n'était pas par pur légalisme, mais parce que la doctrine se devait de conserver le premier rang dans l'analyse et les transformations du droit. Nous l'avons vu, les revues juridiques s'inscrivaient

(122) S. RIALS, *Veritas Iuris — La vérité du droit écrit. Critique philologique humaniste et culture juridique moderne de la forme*, « Droits. Revue française de théorie juridique », n° 26, *La codification* /2, 1997, pp. 153-154.

(123) S. RIALS, *id.*, p. 153.

(124) N. HAKIM, *id.*, pp. 366 et ss.

(125) Parmi lesquels nous pouvons citer, entre autres, Dupin, Troplong ou Gény.

dans une logique similaire; ouverture au « droit vivant », l'étude de la jurisprudence n'était qu'un prétexte pour amener à la controverse, à la discussion savante, et pour élargir *extra codex* le champ trop limité de la science. Au final, l'œuvre du juge demeurait en elle-même très secondaire. À partir des années 1880, pour l'École scientifique, c'est au contraire l'œuvre du magistrat qui constitue l'aliment principal de la doctrine: reflet du social, « écho de la conscience populaire » ⁽¹²⁶⁾, elle doit être analysée au même titre que la loi avec la plus stricte fidélité. La décision devient ainsi une source précieuse, et la logique du juge y est décortiquée dans une exégèse qui peut parfois virer au « positivisme jurisprudentiel » ⁽¹²⁷⁾ le plus abrupt.

La querelle de pouvoir entre l'École et le Palais se manifeste aussi sur un plan terminologique, à travers la question de la détermination de la jurisprudence. Au XVIII^e siècle, la jurisprudence définie comme « science du droit » était généralement distinguée de la jurisprudence des tribunaux, entendue comme le corps des décisions judiciaires, et de la « jurisprudence des arrêts », comprise comme le contenu doctrinal et usuel de ce corps de décisions, nécessitant l'intervention cognitive de la doctrine. A cette polysémie succède, nous l'avons vu, une définition unique, particulièrement pauvre et imprécise. En effet, confier la jurisprudence au seul juge ne délivre pas moins la notion de ses contradictions, car cette dernière est bien plus qu'un ensemble de décisions de justice: elle ne saurait se résumer aussi simplement à « ce que font les juges et les tribunaux ». Dès lors, comment sont concrètement déterminées les solutions de droit qui se dégagent de la masse des arrêts? Il semble impossible de démêler les contributions et les rôles respectifs des périodiques juridiques ⁽¹²⁸⁾, du corps judiciaire, notamment la Cour de cassation, ou du Conseil d'Etat, et bien entendu de la doctrine dans l'élaboration de la jurisprudence, sans engager une réflexion de fond sur cette notion ⁽¹²⁹⁾. La question, qui dépasse ici le cadre de

⁽¹²⁶⁾ Ed. MEYNIAL, *Les recueils d'arrêts...*, cit., p. 177.

⁽¹²⁷⁾ V^o notamment O. DUPEYROUX, *La jurisprudence, source abusive de droit*, in *Mélanges offerts à Jacques MAURY*, Paris, Librairie Dalloz & Sirey, t. 2, 1960, p. 349 et ss.

⁽¹²⁸⁾ V^o notamment F. ZENATI, *La jurisprudence*, op. cit., pp. 169 et ss.

⁽¹²⁹⁾ V^o Chr. GRZEGORCZYK, op. cit., pp. 42 et ss.

notre étude, est toutefois la conséquence directe de l'abandon par la doctrine de la jurisprudence au juge. Elle ne se pose d'ailleurs pas dans les mêmes termes en droit comparé, où la jurisprudence n'a pas connu la même mutation sémantique et institutionnelle.

Ce n'est qu'à la fin du XIX^e siècle que les concepts, les rôles et les pouvoirs sont ainsi définis et distribués. L'appauvrissement progressif de la notion de jurisprudence, processus entamé au XVIII^e siècle mais achevé à l'aube du XX^e siècle, est étroitement lié à une certaine perte de légitimité de la doctrine. Cette dernière se défait en effet inéluctablement de son magistère traditionnel à partir du moment où elle cède sa *jurisprudence* à une autre institution. Alors que pour les praticiens la jurisprudence se fait au Palais, la doctrine lutte un temps pour conserver le prestige d'un terme qui lui a si longtemps appartenu. Cet effort fut toutefois vain. Dans l'écosystème défavorable du droit codifié, la jurisprudence du *docteur*, qui n'est plus que science ou dogmatique du droit, ne saurait en effet concurrencer la jurisprudence du juge, plébiscitée par la pratique et disposant de l'autorité déontique.

Plus qu'un simple glissement sémantique, le passage de la jurisprudence de l'École au Palais procède de la transmission d'un symbole, d'une autorité, d'un pouvoir. Si dans le dernier tiers du siècle la doctrine parvient à récupérer *l'étude jurisprudentielle* dans les recueils, revues et répertoires, cette étude demeure limitée. La jurisprudence, sur laquelle l'École ne peut plus qu'agir indirectement, renvoie désormais à un avatar appauvri issu du seul contentieux.

Plus que toute autre notion, la jurisprudence est l'incarnation des relations ambiguës et complexes de la doctrine et de la pratique. Ce terme polysémique, malléable, porteur d'autorité et de prestige qui se fixe à la Belle Époque entre les mains du juge, est au cœur des rapports de force et met en lumière, sous le dogme codiciste et légaliste, la problématique faiblesse de la doctrine. L'histoire de la jurisprudence au XIX^e siècle est, en définitive, celle de la fin d'un univers juridique au sein duquel le *jurisconsulte*, homme de système comme de pratique, était un *iuris prudens*.

FLORENT GARNIER

DE LA COUTUME ET DES USAGES
DANS LA DOCTRINE COMMERCIALE FRANÇAISE
A LA FIN XIX^E SIECLE ET AU DEBUT XX^E SIECLE

I. Une unité discutée. — II. Une portée débattue.

La place et le rôle de la doctrine au cours du XIX^e siècle et dans la première moitié du XX^e siècle ont suscité de belles et riches études permettant de reconsidérer l'« Ecole de l'Exégèse » et la vision classique de civilistes attachés à la seule étude de la loi et du Code civil (1). Depuis, la réflexion s'est enrichie de nombreuses publications qui intéressent toujours le droit civil, comme la doctrine publiciste (2), mais aussi l'histoire des facultés de droit et de la

(1) L. HUSSON, « Analyse critique de la méthode de l'Exégèse », *Archives de Philosophie du Droit*, 1972, p. 115-133; Ph. RÉMY, « Éloge de l'Exégèse », *Droits*, n° 1, *Destins du droit de la propriété*, 1985, pp. 115-123; Ph. RÉMY, « Le rôle de l'Exégèse dans l'enseignement du Droit au XIX^e siècle », *Annales d'Histoire des Facultés de droit*, n° 2, *Les méthodes de l'enseignement du droit*, 1985, p. 91-105; P. DUBOUCHET, « L'École de l'Exégèse et la science du droit », *Revue de la Recherche Juridique*, 1986, n° 2, p. 209-227. Voir aussi, G. TARELLO, « La 'Scuola dell'Esegesi' e la sua diffusione in Italia », in G. TARELLO, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, il Mulino, 1988, 69, anche in *Scritti per il XL della morte di P. E. Bensa*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 239-276 et A. BELFIORE, *Interpretazione e dommatica nella teoria dei diritti reali*, Milano, Giuffrè, 1979.

(2) Parmi une importante bibliographie: M.-J. REDOR, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Paris, 1992; J.-L. MESTRE, « Aux origines de l'enseignement du droit administratif: le 'Cours de législation administrative' de Portiez de l'Oise (1808) », *Revue française de droit administratif*, 1993, p. 239 sq.; Ch. JAMIN, « L'oubli et la science. Regard partiel sur l'évolution de la doctrine positiviste à la charge des XIX^e et XX^e siècles », *RTDC Civ.*, 1994, p. 815-827; J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, 1996; J.-J. BIENVENU, « Les origines et le développement de la doctrine », *Revue administrative*,

science juridique ⁽³⁾. Dans un contexte politique de réflexion sur l'État au cours des dernières années du XIX^e siècle et des premières années du XX^e siècle ⁽⁴⁾, la culture juridique connaît une période de « crise et de renouveau » ⁽⁵⁾. C'est le moment aussi d'un point de vue doctrinal où on assiste à l'émergence d'une doctrine largement professorale, dont l'autorité va s'affirmer et qui est soucieuse d'œuvrer à la systématisation du droit ⁽⁶⁾. Entre les années 1880 et 1920, la science juridique française s'affirme par l'acquisition d'une identité doctrinale et par l'expression d'un intérêt porté aux sources du droit ⁽⁷⁾. La supériorité accordée à la loi, en particulier à partir du droit intermédiaire, n'a pas été sans conséquence tout au long du XIX^e s. sur les autres sources du droit. Obnubilée par la loi et ses enfants — les codes —, la doctrine civiliste du XIX^e s. s'est en partie détournée de la coutume. Sans l'ignorer cependant totalement

numéro spécial Le Conseil d'État et la doctrine, 1997, p. 13 sq.; N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, Paris, 2002; C.M. HERRERA, *Les juristes face au politique. Le droit, la gauche, la doctrine sous la III^e République*, Paris, 2003; Ch. JAMIN, Ph. JESTAZ, *La doctrine*, Paris, 2004; M. TOUZEIL-DIVINA, *La doctrine publiciste 1800-1880*, Paris, 2009 et les études consacrées par le même auteur au Doyen Foucart, p. 1 note 6; *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, N. HAKIM et F. MELLERAY (Études réunies par), Paris, 2009.

⁽³⁾ *La Faculté de droit de Lyon 130 ans d'histoire*, H. FULCHIRON (sous la direction de), Lyon, 2006; *De l'école de droit à la faculté de droit de Grenoble (1806-2006). Héritage historique et enjeux contemporains*, M. MATHIEU (Textes réunis par), Grenoble, 2006; *Six siècles de droit à Aix 1409-2009*, Aix-en-Provence, 2009; *Thémis dans la cité. Contribution à l'histoire contemporaine des facultés de droit et des juristes*, N. HAKIM et M. MALHERBE (Études réunies par), Bordeaux, 2009 avec une présentation de ce renouveau, p. 9.

⁽⁴⁾ J. DONZELOT, *L'invention du social*, Paris, 1994; J.-F. Spitz, *Le moment républicain en France*, Paris, 2005.

⁽⁵⁾ Ch. JAMIN, « Dix-neuf cent: crise et renouveau dans la culture juridique », D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, 2003, p. 38-384.

⁽⁶⁾ N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste...*, cit.

⁽⁷⁾ Ch. JAMIN, Ph. JESTAZ, *La doctrine*, cit., p. 120 sq. Pour une présentation élargie à l'espace européen, voir par exemple, M. ASCHERI, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo*, Torino, G. Giappichelli, 2003; A. PADOA SCHIOPPA, « La dottrina giuridica tra i due secoli », *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna, il Mulino, 2007, p. 560 sq.; A. WIJFFELS, *Introduction historique au droit. France, Allemagne, Angleterre*, Paris, 2010.

comme source du droit ⁽⁸⁾, on a pu parler à son égard d'un « tabou vieux de deux siècles pour les juristes de l'aire soumise au Code Napoléon... d'une succession répudiée » ⁽⁹⁾. Il faut attendre la fin du XIX^e siècle pour que la doctrine civiliste, engagée dans une critique du légicentrisme, reconsidère la coutume. Sa place est néanmoins limitée, les auteurs cherchent davantage à affirmer le rôle de l'interprète des sources juridiques n'entendant pas « abandonner la création du droit à l'action absolument spontanée des forces sociales... [ni] s'asservir aux convictions populaires » ⁽¹⁰⁾.

Les travaux relatifs aussi bien à la formation et au développement d'une doctrine commerciale qu'à l'intérêt porté par cette doctrine aux sources du droit, restent encore peu nombreux ⁽¹¹⁾ et limitent d'autant une étude d'ensemble de la doctrine commerciale, en particulier pour la période allant de la seconde moitié du XIX^e s. au début du XX^e siècle. L'attention suscitée récemment par Thaller, comme défenseur de la méthode constructive et promoteur d'une science du droit commercial comparé, laisse entrevoir une position en apparence plus réservée pour le développement d'une théorie des sources du droit commercial ⁽¹²⁾. Il distingue néanmoins la coutume comme source du droit et il établit la distinction entre usage et

⁽⁸⁾ N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste...*, cit., p. 316 sq.

⁽⁹⁾ A. GOURON, « La coutume en France au Moyen Âge », *La coutume*, 2^e partie, Europe Occidentale médiévale et moderne, Rec. Soc. J. Bodin, Bruxelles, 1990, p. 195.

⁽¹⁰⁾ D. DEROUSSIN, « La coutume dans la doctrine civiliste après l'Exégèse: un renouveau en trompe l'œil? », *La coutume dans tous ses états*, F. GARNIER et J. VENDRAND-VOYER (Textes réunis par), Paris, à paraître.

⁽¹¹⁾ R. SAVATIER, « La science du droit au cours du dernier siècle: France », *La scienza del Diritto Nell'Ultimo Secolo*, Padova, 1976, en particulier p. 327-329; J. HILAIRE, *Quel droit des affaires pour demain? Essai de prospective juridique, Essai historique*, Paris, 1984; *Introduction historique au droit commercial*, Paris, 1986; *Le droit, les affaires et l'histoire*, Paris, 1995. On pourra aussi se reporter pour la bibliographie aux notices, par exemple, d'Alphonse Boistel, Pierre Bravard-Veyrières, Louis-Emmanuel Delamarre, Frémery, Léon-Francis Julliot de la Morandière; Joseph Le Poitevin; Charles Lyon-Caen, Victor Molinier, Jean-Marie Pardessus, Louis Renault, Edmond Thaller, Jules Valéry, Albert Walh dans le *Dictionnaire historique des juristes français*, P. ARABEYRE, J.-L. HALPÉRIN et J. KRYNEN (sous la direction de), Paris, 2007.

⁽¹²⁾ Qu'il me soit permis de renvoyer à F. GARNIER, « Edmond-Eugène Thaller (1851-1918) et les *Annales de droit commercial* », *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, N. HAKIM et F. MELLERAY (Études réunies par), Paris, 2009, p. 159-196.

coutume, évoquant l'idée de deux sortes d'usages sans plus de précision. Avec la fin du XIX^e s. et le début du XX^e s., un renouvellement de l'analyse des sources juridiques intervient sous l'influence notamment de François Géný et de sa pensée développée en 1899⁽¹³⁾. Le monopole exclusif de la loi est remis en cause avec la formulation d'une théorie pluraliste des sources du droit. Édouard Lambert développe pour sa part une approche jurisprudentielle de la coutume⁽¹⁴⁾. Il énonce notamment une critique de la théorie traditionnelle de la coutume, qui prenait en considération les seuls éléments matériel et psychologique pour sa formation. Est-ce que la doctrine commerciale s'est intéressée à ces différents débats au profit de la coutume commerciale qui avait contribué depuis fort longtemps au développement de ce droit? Nul ne doute de l'importance des usages dans la formation du droit commercial. Pour Louis-Emmanuel Delamarre et Joseph Le Poitvin, l'usage est « le supplément de la loi ou, de la convention écrite, et qu'il obtient force de loi »⁽¹⁵⁾. L'autorité des usages n'est pas à démontrer pour Thaller tant « c'est en réalité de l'usage que tout [le droit commercial] est sorti, c'est par lui qu'il se réforme sans cesse ». La force des usages est de permettre l'évolution du droit en étant parfois repris par la loi. Il y a plus dans la doctrine commerciale de la fin du XIX^e siècle et de la première moitié du XX^e siècle. Les questions particulières de la nature, mais aussi de la portée des usages et de la coutume dans le domaine commercial, ont donné lieu à quelques articles dans la première moitié du XX^e s. Ainsi tout d'abord, Jean Escarra, en 1910, après une rapide approche historique et présentation de la formation de l'usage, s'interroge sur la place de cette « source extra législative » dans la hiérarchie des sources et sur son rapport à la loi. Pour autant, l'essentiel de son article tient à l'examen des différentes

(13) F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, 2^e éd., 1954. Voir en particulier le vol. 20 des *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* et en particulier, P. COSTA, « L'interpretazione della legge: François Géný e la cultura giuridica italiana fra ottocento e novecento », 1991, p. 367-495.

(14) E. LAMBERT, *Études de droit commun législatif. La fonction du droit civil comparé*, Paris, 1903, p. 800 *sq.*

(15) L.-E. DELAMARRE et J. LE POITVIN, *Traité théorique et pratique de droit commercial*, T. I, Paris, 1861, p. 37 et s., n° 26 p. 58.

matières commerciales dans lesquelles on rencontre des usages (assurances terrestres, vente, solidarité, compte courant, opérations de bourse, droit maritime...). Il assimile alors l'usage et la coutume. Il adopte la distinction de l'usage de fait et l'usage de droit ⁽¹⁶⁾. Ensuite Jules Valéry, titulaire de la chaire de droit commercial à Montpellier, établit une filiation entre la coutume qualifiée de droit non écrit et trois sources: les usages (adoptant la distinction usages généraux et locaux), et de manière moins développée dans son analyse, la jurisprudence et la doctrine ⁽¹⁷⁾. En 1959, Michel Pedamon, s'interrogeant sur la distinction de l'usage et de la coutume, développait l'idée que si les deux notions ont une « unité d'origine », elles diffèrent quant à leur régime juridique ⁽¹⁸⁾. Il ralliait l'opinion de la majorité de la doctrine pour considérer la distinction usage et coutume. C'est là un point d'aboutissement d'une réflexion engagée quelques décennies plus tôt. Ces différentes réflexions, rapprochées de la présentation des sources du droit dans les manuels et les traités de la fin du XIX^e s. et du début du XX^e s., peuvent-elles s'inscrire dans un effort de théorisation des sources du droit commercial par la doctrine commerciale à l'instar de la doctrine civiliste? Pour certains membres de la doctrine, les usages ne sont pas une source du droit positif ⁽¹⁹⁾. Cependant, une majorité d'auteurs considère que les usages doivent être intégrés, mais qu'ils occupent une place seconde après le Code de commerce et les lois commerciales ⁽²⁰⁾. A partir de la notion d'usage, la doctrine va s'intéresser aussi à la formation et à la portée de la coutume en droit

⁽¹⁶⁾ J. ESCARRA, « De la valeur juridique de l'usage en droit commercial », *Annales de droit commercial*, 1910, p. 97-123.

⁽¹⁷⁾ J. VALÉRY, « La coutume commerciale », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1924, p. 418-438.

⁽¹⁸⁾ M. PEDAMON, « Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial? », *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1959, p. 335-357. Voir aussi, R. HOUIN, « Usages commerciaux et loi en droit français », *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1959, p. 252 sq.

⁽¹⁹⁾ L. LACOUR et J. BOUTERON, *Précis de droit commercial*, 3^e éd., Paris, 1925, n^o 19, p. 16.

⁽²⁰⁾ P. PRADIER-FODÉRÉ, *Précis de droit commercial*, Paris, 2^e éd., 1872, p. 2. E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, 4^e éd., 1910, p. 40-45. J. ESCARRA, *Principes...*, n^o 38 p. 54.

commercial. Elle s'interroge alors sur sa distinction avec l'usage. La conception unitaire traditionnelle va être remise en cause, tout comme la distinction usages généraux et locaux, pour laisser la place à de nouvelles approches sous l'influence de la science juridique allemande et surtout italienne ⁽²¹⁾. C'est au cours de la fin du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle qu'une réflexion doctrinale se fait jour pour discuter la conception unitaire de l'usage et de la coutume commerciale (I). Elle va aussi débattre de leur portée (II).

I. *Une unité discutée.*

Après le temps de la pluralité des sources du droit, la loi voit sa primauté consacrée avec la Révolution française et les codifications napoléoniennes. On cultive la nomophilie. La conception d'une même loi pour tous présentant les caractères d'unité, de clarté, voire dans une certaine mesure de perfection, est promue. Au droit écrit, la loi avec l'autorité qui lui est conférée, on oppose le droit non écrit. Cette distinction est reprise par certains juristes dans leur présentation des sources du droit commercial (A). Pour autant, une autre conception va s'imposer au sein de la doctrine avec la distinction entre l'usage et la coutume (B).

A) *L'usage assimilé à la coutume.*

Le caractère écrit ou non de la norme coutumière a permis d'établir une distinction entre la coutume et l'usage dans l'Ancien droit ⁽²²⁾. L'usage correspond au droit non écrit, à la coutume non rédigée, alors que la coutume est synonyme de coutume rédigée devenue, selon Claude de Ferrière, « un droit écrit ayant force de loi dans la province pour laquelle elle a été faite » ⁽²³⁾. Les usages se parent alors des fonctions de la coutume et la coutume revêt

⁽²¹⁾ Voir en particulier les éléments bibliographiques sur l'usage commercial donnés par J. ESCARRA, « De la valeur juridique de l'usage en droit commercial », *Annales de droit commercial*, 1910, p. 97 n. 1.

⁽²²⁾ J. MOREAU-DAVID, « La coutume et l'usage en France de la rédaction officielle des coutumes au Code civil: les avatars de la norme coutumière », *R.H.F.D.*, n° 18, 1997, p. 125-157.

⁽²³⁾ Cl. DE FERRIÈRE, *Introduction à la pratique*, Lyon, 1697, « Coutume ».

l'autorité de la loi. Au XIX^e siècle, semblable opinion est reprise notamment dans le *Répertoire raisonné de jurisprudence* de Merlin⁽²⁴⁾ ou dans le *Répertoire de jurisprudence* de Dalloz⁽²⁵⁾. La doctrine commerciale admet la différenciation entre droit écrit et droit non écrit. Cependant cette dernière catégorie renferme la coutume et l'usage qui sont assimilés. L'examen de leur formation fait apparaître l'unité de ce droit non écrit en référence à la nature conventionnelle de ces créations extra légales.

De manière classique, la doctrine commerciale à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle ne distingue pas l'usage de la coutume. Reprenant le procureur général Dupin, Delamarre et Le Poitvin assimilent l'usage à la coutume⁽²⁶⁾. De manière tout aussi classique, les autres membres de la doctrine commerciale développent une conception unitaire. Ainsi, Paul Pradier-Fodéré⁽²⁷⁾ puis Alphonse Boistel les traitent de manière indifférenciée⁽²⁸⁾. Charles Lyon-Caen et Louis Renault dans leur *Précis de droit commercial* (1879-1885), leur *Manuel* (1887) puis leur *Traité* (1889-1999) font de même⁽²⁹⁾. Albert Wahl affirme aussi en 1922 que « le droit commercial peut être complété et corrigé par les usages, c'est-à-dire par les traditions ou coutumes qui se sont établies »⁽³⁰⁾.

(24) Cité par J. MOREAU-DAVID, « La coutume et l'usage en France de la rédaction officielle des coutumes au Code civil: les avatars de la norme coutumière », cit., p. 156: « aujourd'hui nous appelons coutumes, les règles qui se sont introduites par les mœurs du peuple, et que l'autorité législative a fait rédiger par écrit; et le nom d'Usage est resté à celles dont il n'existe point de rédaction ordonnée ou approuvée par le souverain ».

(25) Cité par J. MOREAU-DAVID, « La coutume et l'usage en France de la rédaction officielle des coutumes au Code civil: les avatars de la norme coutumière », cit., p. 156-157: « sous cette dénomination d'usage sont comprises les règles introduites par les mœurs et la tradition mais non rédigées par écrit, à la différence des coutumes proprement dites ».

(26) L.-E. DELAMARRE et J. LE POITVIN, *Traité théorique...*, cit., n° 26 p. 55.

(27) P. PRADIER-FODÉRE, *Précis de droit commercial*, Paris, 2^e éd., 1872, p. 2. La question des usages est reprise en annexe pour la loi des 13-20 juin 1866, p. 649-653.

(28) A. BOISTEL, *Précis du cours de droit commercial*, Paris, 1876, p. 11-15.

(29) Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, t. I, Paris, 1889, n° 78, p. 68.

(30) A. WAHL, *Précis théorique et pratique de droit commercial*, Paris, 1922, n° 21, p. 10.

Cette première assimilation permet de les ranger dans la catégorie des sources non écrites du droit commercial. Tel est le cas de Louis-Emmanuel Delamarre et Joseph Le Poitvin ⁽³¹⁾. Pierre Bravard-Veyrières adopte une semblable distinction ⁽³²⁾. Dans la première moitié du XX^e siècle, cette dichotomie persiste chez L. Lacour et J. Bouteron ⁽³³⁾. Pour Valéry, la loi est le « droit écrit » et la coutume-usage le droit « non écrit » ⁽³⁴⁾. Les usages ne présentent pas les caractères d'une loi qui est « un ordre auquel le juge comme les particuliers doivent se soumettre » et qui est écrite ⁽³⁵⁾.

L'usage commercial présente une valeur conventionnelle qui est mise en lumière par l'analyse de sa formation. Escarra dissocie ainsi différentes étapes dans la création de l'usage. Une première phase est constituée par l'apparition et le développement de pratiques individuelles avec l'introduction de clauses expresses dans le contrat. De particulière, cette pratique devient générale, mais les clauses de style demeurent expresses. Pour créer un usage, il faut une étape supplémentaire:

« l'usage commercial date du jour où les clauses écrites ont été sous-entendues et où la pratique générale expresse s'est détachée de la convention pour s'ériger en une disposition objective non exprimée... C'est alors qu'il sort de la volonté, qui fut sa primitive origine, pour s'objectiver en une règle dont le fondement est encore la volonté elle-même, mais une volonté collective, une conscience générale, [...] appelée la conscience générale de la place » ⁽³⁶⁾.

⁽³¹⁾ L.-E. DELAMARRE et J. LE POITVIN, *Traité théorique...* op. cit., p. 37 sq., n° 25 p. 53-54.

⁽³²⁾ P. BRAVARD-VEYRIERES, *Traité de droit commercial*, Paris, 2^e éd., 1890, p. 4.

⁽³³⁾ L. LACOUR et J. BOUTERON, *Précis de droit commercial*, 3^e éd., Paris, 1925, n° 18, p. 14.

⁽³⁴⁾ J. VALÉRY, « La coutume commerciale », cit., p. 418.

⁽³⁵⁾ J. VALÉRY, « La coutume commerciale », cit., p. 427-428 note 3.

⁽³⁶⁾ J. ESCARRA, « De la valeur juridique de l'usage en droit commercial », cit., p. 115: « l'usage, d'abord pratique individuelle, ensuite pratique plus ou moins généralisée exprimée dans les conventions, n'existe d'une façon indépendante que quand les clauses, jusqu'ici expresses, de sa constatation, deviennent sous-entendues. C'est alors qu'il sort de la volonté, qui fut sa primitive origine, pour s'objectiver en une règle dont le fondement est encore la volonté elle-même, mais une volonté collective, une conscience générale, qu'on a très heureusement appelée la conscience générale de la place » et repris dans *Principes de droit commercial*, Paris, 1934, p. 45-46.

Valéry reprend la même analyse pour distinguer l'usage des « pratiques individuelles » qui correspondent aux pratiques d'une maison de commerce ou d'une personne pour ses opérations ⁽³⁷⁾. Les usages commerciaux sont définis comme des « règles qui s'établissent entre personnes se livrant à des opérations de même nature par suite de l'habitude qu'elles ont de s'y comporter toujours de la même façon » ⁽³⁸⁾. Les usages tirent alors leur force obligatoire du fait que les parties sont présumées avoir consenti tacitement à donner leur adhésion et à s'astreindre à les respecter ⁽³⁹⁾. Cette idée est partagée par Wahl ⁽⁴⁰⁾, Lacour et Bouteron ⁽⁴¹⁾ tout comme Bonnacarrère et Laborde-Lacoste ⁽⁴²⁾. On cite à l'appui de cette position un arrêt du 23 mai 1900 de la Cour de cassation ayant précisé que « dans les transactions relatives au négoce, les contractants sont réputés se référer aux usages du commerce, à moins qu'ils n'y dérogent par un pacte exprès » ⁽⁴³⁾. Elle est rapprochée de l'article 1160 du Code civil précisant qu'« on doit suppléer dans le contrat les clauses qui sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées ». Cette position de Valéry se rencontre déjà chez Lyon-Caen et Renault pour qui « la force de l'usage vient surtout de la volonté tacite des parties » ⁽⁴⁴⁾. Elle diffère alors de la conception formulée par Géný. Les « actes volontaires » des parties sont de l'essence des usages, mais ils ne suffisent pas à révéler l'*opinio necessitatis* nécessaire à la formation de la coutume ⁽⁴⁵⁾.

Partant de la conception classique unitaire de l'usage et de la coutume, la doctrine va prendre en considération, pour progressivement l'adopter, une autre classification — usages conventionnels / usages de droit — qui amène à distinguer la coutume de l'usage.

⁽³⁷⁾ J. VALÉRY, « La coutume commerciale », cit., p. 424.

⁽³⁸⁾ J. VALÉRY, « La coutume commerciale », cit., p. 418-419.

⁽³⁹⁾ J. VALÉRY, « La coutume commerciale », cit., p. 421.

⁽⁴⁰⁾ A. WAHL, *Précis théorique...*, cit., n° 23, p. 11 et n° 451, p. 143.

⁽⁴¹⁾ L. LACOUR et J. BOUTERON, *Précis de droit commercial...*, cit., n° 19, p. 15.

⁽⁴²⁾ Ph. BONNACARRÈRE et M. LABORDE-LACOSTE, *Précis élémentaire de droit commercial*, 2^e éd., Paris, 1937, p. 8.

⁽⁴³⁾ D. 1901.1.269.

⁽⁴⁴⁾ Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, t. I, 1889, n° 82, p. 71.

⁽⁴⁵⁾ F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 2^e éd., 1954, t. I, p. 366.

B) *La coutume distinguée de l'usage.*

De manière commune, les auteurs de la doctrine commerciale évoquent les usages au regard de leur portée géographique. C'est le cas de Delamarre et Le Poitvin ⁽⁴⁶⁾ mais aussi de Boistel ⁽⁴⁷⁾. Lyon-Caen et Renault distinguent aussi les usages en fonction de l'étendue de leur application, même s'ils considèrent qu'il est plus essentiel de savoir si les parties ont eu connaissance de l'usage ⁽⁴⁸⁾. Au XX^e siècle, Wahl ⁽⁴⁹⁾ puis Lacour et Bouteron ⁽⁵⁰⁾, Bonnacarrère et Laborde-Lacoste ⁽⁵¹⁾ font référence aux usages généraux et aux usages locaux. De l'idée de présomption d'un accord tacite d'adhésion aux usages, Valéry en déduit leur sphère d'application. La classification proposée est double suivant l'influence géographique (usages généraux/usages locaux) et professionnelle (usages communs/usages spécifiques à certaines branches).

Certains auteurs, en raison de la difficulté d'envisager de manière unique tous les usages, proposent de les considérer de manière différente. Une double distinction va se développer: d'une part l'usage est dissocié de la coutume sous l'influence de l'analyse de François Gény, d'autre part l'usage de fait est distingué de l'usage de droit sous l'influence de la science juridique européenne.

L'usage constitue une étape dans la formation de la coutume, il est antérieur à l'apparition de l'élément psychologique ou *opinio juris*. On en tire ainsi la distinction entre l'usage et la coutume. L'usage est un fait (« *substratum* nécessaire de toute coutume juridique ») qui peut se muer en coutume si au premier élément matériel vient s'ajouter un élément psychologique (*opinio necessitatis*

⁽⁴⁶⁾ L.-E. DELAMARRE et J. LE POITVIN, *Traité théorique...*, cit., p. 37 et s., n° 31, p. 71.

⁽⁴⁷⁾ A. BOISTEL, *Précis du cours de droit commercial*, Paris, 1876, p. 11.

⁽⁴⁸⁾ Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, t. I, 1889, n° 81 p. 70.

⁽⁴⁹⁾ A. WAHL, *Précis théorique et pratique de droit commercial*, Paris, 1922, n° 22, p. 10.

⁽⁵⁰⁾ L. LACOUR et J. BOUTERON, *Précis de droit commercial*, 3^e éd., Paris, 1925, n° 19, p. 16 n. 2.

⁽⁵¹⁾ Ph. BONNACARRÈRE et M. LABORDE-LACOSTE, *Précis élémentaire de droit commercial*, 2^e éd., Paris, 1937, p. 8.

seu juris)⁽⁵²⁾. Gény précise ainsi que « l'usage, pour engendrer la coutume, doit avoir, chez ceux qui le pratiquent, le caractère d'exercice d'un droit subjectif, qui contienne l'expression d'une règle de droit objectif; autrement dit, que les actes composant cet usage n'ont effet, pour la création du droit, que s'ils ont lieu dans la pensée d'une sanction sociale effective »⁽⁵³⁾. Il constate que cet élément est oublié par certains auteurs de la doctrine commerciale dont Boistel, Lyon-Caen et Renault⁽⁵⁴⁾.

Cette première conception se double au tout début du XX^e siècle d'une seconde distinction usage conventionnel/de fait et usage de droit. Adoptée en Allemagne⁽⁵⁵⁾, la distinction est aussi connue en Italie de certains auteurs. Le commercialiste Cesare Vivante (1855-1944) a joué un rôle essentiel pour promouvoir une nouvelle analyse des usages. Sa réflexion sera reprise en France à partir des années 1910. C. Vivante est nommé professeur ordinaire à l'Université de Parme en 1882 puis à Bologne, avant de rejoindre l'Université de Rome en 1898. Ses travaux développent notamment l'idée polémique à la fin du XIX^e siècle d'un système unitaire par l'abandon de la distinction entre droit civil et droit commercial⁽⁵⁶⁾. Cette thèse a été présentée à l'ouverture de son cours de droit commercial à l'Université de Bologne en 1888. Elle a été critiquée par les professeurs Sacerdoti de Padoue, Goldschmidt de Berlin et Cohn de

(52) F. GÉNY, *Méthode d'interprétation...*, cit., I, n° 119, p. 364.

(53) F. GÉNY, *Méthode d'interprétation...*, cit., I, p. 361.

(54) F. GÉNY, *Méthode d'interprétation...*, cit., I, n° 119, p. 360 note 4.

(55) Vivante mentionne la distinction entre les usages qui ont une « force législative » et ceux qui ont une « force contractuelle » en citant notamment GOLDSCHMIDT, *Handbuch des Handelsrechts*, t. I, Stuttgart, 1891, § 35 note 5 et s.; LEHMANN, *Lehrbuch des Handelsrechts*, Leipzig, 1905, § 9, n. 2 et 4; LABAND, « Die Handels-Uancen », *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht*, XVII, 1873, p. 466-511 et spécialement p. 467.

(56) C. VIVANTE, *Il contratto di assicurazione*, 3 vol., Milano, 1885-1890; *Istituzioni di diritto commerciale*, Milano, 1891 et *Trattato di diritto commerciale*, 4 vol., Torino, 1893-1901; B. LIBONATI, L. FARENGA, U. MORERA, G. L. BRANCADORO, « La Rivista di diritto commerciale (1903-1922) », *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 16, 1987, p. 343-374; P. GROSSI, *La scienza del diritto privato. Una rivista progetto nella Firenze di fine secolo (1893-1896)*, Milano, 1988, p. 65 sq.

Heidelberg ⁽⁵⁷⁾. Vivante est également l'auteur remarqué d'un *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale* en 1893 présenté par Alfredo Rocco comme la première étude présentant un « caractère systématique et scientifique » du droit commercial italien établi à partir de « l'importance du fait pour la connaissance de la norme » ⁽⁵⁸⁾. Ces développements, en particulier pour les usages, ont recours principalement aux écrits d'auteurs italiens, allemands et français, mais aussi aux recueils des 11 chambres de commerce en Italie et aux décisions de différentes cours d'appel (Gênes, Venise, Bologne) et de Cours de cassation (Rome, Florence, Turin). Ce travail pionnier et novateur a eu une influence sur la doctrine ⁽⁵⁹⁾. Son analyse et sa réflexion relatives aux sources du droit commercial et tout particulièrement aux usages constituent des éléments remarquables dont la réception en France apparaît féconde.

Si Vivante évoque de manière indifférenciée la coutume et l'usage, l'intérêt de son analyse repose davantage sur la distinction entre les usages législatifs ⁽⁶⁰⁾ et les usages interprétatifs. Dans sa présentation des sources du droit commercial, Vivante consacre des

⁽⁵⁷⁾ A. ROCCO, « L'opera scientifica di Cesare Vivante », *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, vol. 1, Roma, 1931, p. XI-XIX. La pensée de Vivante est réaffirmée dans un article de la *Rivista Italiana per le scienze giuridiche* et repris dans les *Annales du droit commercial*, « Un code unique des obligations. Histoire et Polémique », 1893, p. 1-21.

⁽⁵⁸⁾ A. ROCCO, « L'opera scientifica di Cesare Vivante », *Studi di diritto commerciale...*, cit., p. XVI et p. XVII.

⁽⁵⁹⁾ A. ROCCO, « L'opera scientifica di Cesare Vivante », *Studi di diritto commerciale...* cit., p. XVII: « Ma Vivante scrisse il suo Trattato quando la maggior parte delle dottrine del diritto commerciale era stata appena sfiorata: egli dovette, si può dire, crearle *ex novo*. Più che un trattato, cioè una riorganizzazione sistematica della materia, l'opera del Vivante è una rielaborazione originale. La teoria delle fonti, quella della rappresentanza, la trattazione dei titoli di credito, quella della società furono, nel momento della loro apparizione, sistemazioni nuove di temi che non avevano mai avuto una vera ed organica elaborazione scientifica. Alcuni dei risultati sono da considerare definitivi. Cito ad esempio la ripartizione degli usi, la ricostruzione unitaria della teoria dei titoli di credito, la disciplina della società irregolari. Ma in tutti gli argomenti toccati il Trattato segnò un'orma non cancellabile ».

⁽⁶⁰⁾ Le terme est employé par VIVANTE dans son *Traité de droit commercial*, Paris, 1910, p. 94 note 39.

développements substantiels et nouveaux aux usages ⁽⁶¹⁾. Après avoir évoqué leur importance, il définit les usages perçus comme une source générale de droit commercial. Ce sont « des règles de droit constituées par suite de l'observance des marchands... Quand une règle de droit s'applique en vertu de la commune opinion de sa nécessité, on ne doit pas chercher la raison de sa force législative dans l'usage, mais dans la nature des choses ⁽⁶²⁾, et l'on doit l'appliquer sans se préoccuper de son observance antérieure » ⁽⁶³⁾. Pour Vivante, « le consentement commun [...] est le fondement juridique de l'usage ». Il semble regretter l'approche trop « idéaliste » de l'École historique allemande et qui est suivie par les auteurs italiens. Il défend l'idée selon laquelle « l'observance de l'usage [doit être considérée] comme un élément effectif et imprescriptible pour la formation du droit coutumier » ⁽⁶⁴⁾. C'est alors pour lui un processus dans lequel le juge joue un rôle en reconnaissant l'usage. Cependant la jurisprudence ne participe pas à la formation proprement dite de l'usage, seule la pratique commerciale intervient. Les usages correspondent à des « sources subsidiaires des lois commerciales » ⁽⁶⁵⁾. Vivante, en raison de l'importance qu'il accorde à la pratique, valorise la place et le rôle des usages dans le droit commercial. Il reprend une distinction classique entre les usages suivant qu'ils sont généraux ou locaux et qu'ils sont généraux ou spéciaux. Comme pour bien d'autres auteurs, les critères d'application territoriale et de l'étendue du domaine sont retenus ⁽⁶⁶⁾. L'intérêt de son analyse réside davantage dans les développements qu'il consacre à la preuve des usages. De manière incidente, il établit une distinction entre « la véritable nature juridique de la coutume » et « les usages interprétatifs » :

« Une doctrine erronée — à laquelle les auteurs français sont toujours

⁽⁶¹⁾ C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale...*, cit., t. 1, § 1 et § 6, p. 64-86, 3^e éd. Milan, 1907 repris dans *Traité de droit commercial*, Paris, 1910, n° 8-19, p. 73-97.

⁽⁶²⁾ Sur cette notion, voir en particulier J. HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, Paris, 1986, p. 20 ou encore p. 66.

⁽⁶³⁾ C. VIVANTE, *Traité...* cit., n° 9, p. 74.

⁽⁶⁴⁾ C. VIVANTE, *Traité...* cit., n° 10, p. 75 et note 2.

⁽⁶⁵⁾ C. VIVANTE, *Traité...* cit., n° 13, p. 80.

⁽⁶⁶⁾ C. VIVANTE, *Traité...* cit., n° 12, p. 79-80.

fidèles [il cite Demolombe, Aubry et Rau ou encore Lyon-Caen et Renault] — considère simplement la coutume, en ce qui concerne l'organisation de la procédure, comme un fait ou une série de faits, et par là même l'oblige à subir les règles que le Code de procédure établit pour la preuve des faits. L'erreur vient de ce que l'on a méconnu la véritable nature juridique de la coutume et de ce que l'on a confondu avec elle les usages interprétatifs, qui entrent dans le contrat comme de véritables éléments de fait » (67).

Cette distinction permet ainsi de reconnaître à la première catégorie d'usages une fonction essentielle à l'instar de la loi dans la formation du droit commercial. Il considère qu'une fois prouvés, ces usages ont valeur législative. Cette preuve peut alors être rapportée de manière variée avec les jugements précédents, « l'opinion des auteurs qui, en fondant leurs études sur la pratique commerciale, peuvent être considérés comme des organes vivants de la conscience juridique nationale », les parères des chambres de commerce, les recueils officiels des usages de place, les contrats et les documents étrangers au litige, les témoignages des commerçants, des courtiers, des capitaines experts dans la branche du commerce à laquelle se réfère la coutume (68). Une assimilation est ainsi opérée entre ces deux sources du droit. A côté de ces premiers usages qui ont une force législative, Vivante envisage les usages interprétatifs « qui ont une force purement contractuelle »:

« On doit regarder comme essentiellement distincts des usages qui ont une force législative, ceux qui ont une force purement contractuelle. Les premiers, quand ils sont prouvés, ont la valeur d'articles de loi, les seconds, celle de clauses de contrat; les premiers s'appuient sur la pratique uniforme des commerçants, les seconds sur la volonté spécifique des contractants... De cette différence nature dérive une diversité essentielle de régime juridique » (69).

Ces usages interprétatifs permettent de saisir et de comprendre la volonté des parties en prenant en considération la pratique locale. Leur portée est plus réduite mais ils peuvent être retenus par le juge

(67) C. VIVANTE, *Traité...* cit., n° 17, p. 87-88.

(68) C. VIVANTE, *Traité...* cit., n° 17, p. 89-93.

(69) C. VIVANTE, *Traité...* cit., n° 18-19, p. 94-95.

pour en faire « un élément du contrat » s'il est convaincu que les parties se sont référées à un tel usage ⁽⁷⁰⁾.

C'est en raison de cette distinction entre usages législatifs et usages interprétatifs en droit commercial que l'analyse de Vivante est critiquée par une partie de la doctrine italienne comme Franchi ou de manière moins fondamentale par Bolaffio. Elle est aussi contestée par Sacerdoti ou Cohn pour l'assimilation opérée entre les usages du droit commercial et du droit civil. Elle est cependant reprise par Gino Magri ⁽⁷¹⁾. La pensée de Vivante exprimée dans son traité va être diffusée en France et nourrir la réflexion en droit commercial sur la nature et la portée de la coutume et des usages.

La pensée de Vivante est connue en France par l'intermédiaire des *Annales de droit commercial* créées par Edmond-Eugène Thaller en 1886 ⁽⁷²⁾. Elles rendent compte des publications du professeur italien, qu'il s'agisse des *Eléments de droit commercial* ⁽⁷³⁾ mais aussi et surtout des quatre volumes de son traité dans sa version italienne et française ⁽⁷⁴⁾. Dans la diffusion de l'œuvre de Vivante, deux moments peuvent être distingués. Jusqu'en 1910, ces travaux sont connus essentiellement à partir des comptes rendus publiés dans les *Annales de droit commercial*. La présentation de la distinction entre les usages législatifs et interprétatifs dès 1894 suscite de premières réserves ⁽⁷⁵⁾. Le *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale* de

⁽⁷⁰⁾ C. VIVANTE, *Traité...* cit, n° 19, p. 95-96, le juge peut agir ainsi « encore qu'ils [les usages interprétatifs] ne soient pas observés publiquement ni d'une manière uniforme, ni d'une manière constante; encore qu'ils soient contraires aux lois commerciales et spécialement au Code de commerce, à condition qu'il ne s'agisse pas de règles d'ordre public ».

⁽⁷¹⁾ G. MAGRI, « Natura giuridica degli usi di commercio nella legislazione italiana », *Il Diritto commerciale*, fasc. 5 et 6, 1908, col. 729-746 et 853-872.

⁽⁷²⁾ F. GARNIER, « Edmond-Eugène Thaller (1851-1918) et les *Annales de droit commercial* », *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, N. HAKIM et F. MELLERAY (Études réunies par), Paris, 2009, p. 159-196.

⁽⁷³⁾ *Annales de droit commercial*, 1891, II, p. 144.

⁽⁷⁴⁾ *Annales de droit commercial*, 1894, II, p. 237-239; 1898, p. 76-78; 1900, p. 316-317; 1901, I, p. 164-165; 1903, I, p. 122-123; 1905, I, p. 102-104; 1911, p. 157-159; 1912, p. 173-174 et p. 335.

⁽⁷⁵⁾ *Annales de droit commercial*, 1894, II, p. 237: « Les usages sont soumis par lui à une étude attentive. Il les divise en usages juridiques contenant une règle de droit

1893 traduit par Jean Escarra est publié en France en 1910 dans la *Bibliothèque internationale de droit privé et criminel*. La critique formulée en 1894 dans les *Annales de droit commercial* est reprise et développée en 1911. Elle repose sur l'idée que les usages n'ont pas force de loi et sur l'argument que les usages renvoient au fait, à l'intention des parties et qu'ainsi la Cour de cassation n'a pas à en connaître. Une conception unitaire de l'usage est ainsi défendue⁽⁷⁶⁾.

La réception de l'analyse développée par Vivante en matière d'usages va prendre d'autres voies. Tout d'abord, Thaller dans son *Traité de droit commercial* va faire référence à Vivante. Son introduction présente un « Historique de la législation du commerce et ses sources actuelles » dans les différentes éditions de son *Traité*. Il consacre un développement particulier aux usages en précisant qu'il y a lieu de « distinguer la coutume de l'usage ». La première est définie comme « ... une règle de droit impérative et d'ordre public qui supplée à l'absence de loi écrite ou qui même contrevient à une

qui tire sa force obligatoire du fait que les commerçants l'observent comme maxime légale, en usages interprétatifs qui n'ont qu'une valeur contractuelle en présence de clauses ambiguës ou sous-entendues, et en usages techniques comme ceux concernant la tenue des livres, le mode d'emballage des marchandises, qui ne peuvent avoir de conséquences de droit qu'indirectement. Les premiers de ces usages, auxquels il ne reconnaît pas la vertu de déroger aux lois commerciales écrites, doivent être à peine de cassation appliqués par les juges. On voit combien nous sommes loin du système français, beaucoup plus simple, mieux en état de corriger le droit écrit, et qui, quoi qu'en pense l'auteur, laisse plus de souplesse à l'usage en ne l'immobilisant pas dans des décisions de la Cour de cassation ».

⁽⁷⁶⁾ *Annales de droit commercial*, 1911, p. 158: « L'exactitude de la doctrine de Vivante sur le fondement de l'usage commercial continue à nous laisser perplexe... Il y a des usages, ayant force législative: on les applique avec la conviction qu'on ne peut impunément les violer. Ces usages ne peuvent pas déroger aux lois commerciales. Ils ne peuvent déroger aux principes d'ordre public. La Cour de cassation est compétente pour en redresser la violation. Où sont-ils ces usages législatifs? Qu'on nous les signale, qu'on nous donne quelques exemples, pour que nous en comprenions en quoi ils se distinguent des usages interprétatifs et contractuels, échappant à tout rétablissement par la Cour de cassation lorsqu'ils sont méconnus, les seuls usages qui soient connus chez nous! Ce dualisme voulu dans les usages par les écoles étrangères, qui n'a rien de spécial à Vivante, présente quelque chose de vraiment impénétrable et anormal. C'est surtout une construction trouble dans laquelle nous nous étonnons de voir persévérer des jurisconsultes de premier ordre qui tiennent avant tout à un droit intelligible ».

disposition de cette loi » (77). Le second correspond à « ...la clause tacite, sous-entendue dans une convention, par laquelle les parties règlent leurs rapports suivant la pratique établie. Cette pratique est tantôt générale et tantôt limitée à une industrie ou à une place particulière » (78). A partir de cette distinction, il envisage à propos du seul usage deux questions: « 1° L'usage peut-il non seulement suppléer à la loi écrite en son absence mais encore y déroger?... 2° La violation d'un usage par les juges du fond donne-t-elle ouverture à cassation? ». Les solutions apportées par Thaller reposent sur la considération des usages comme une simple convention tacite. Aussi, à la seconde question, la réponse est négative. Pour autant lorsque des usages ont été légalisés, par exemple en matière de vente de marchandises avec la loi du 13 juin 1866, Thaller admet que leur violation entraîne cassation. C'est sur ce point qu'il va prendre en considération la pensée de Vivante. Celui-ci estime pour les « usages législatifs » que « la décision qui viole un usage reconnu par les premiers juges ou connu de la Cour suprême doit être cassée, parce que l'usage est une source de droit équivalant à la loi ». Pour les usages interprétatifs, il s'agit d'une appréciation de fait qui ne peut donner lieu à ouverture à cassation. Dans les trois premières éditions de son traité en 1898, 1900 et 1904, Thaller ne mentionne pas les travaux du professeur transalpin. A partir de la quatrième édition (1910), il rajoute, en référence à l'ouverture à cassation pour la violation d'un usage légalisé, une note de bas de page présentant la position de Vivante (79). La cinquième édition de Thaller en 1916 (80) mentionne le récent article de Jean Escarra publié en 1910 dans les *Annales de droit commercial* (81) alors que l'édition française

(77) E. THALLER, *Traité de droit commercial*, Paris, 4^e éd., 1910, n° 49, p. 41.

(78) E. THALLER, *Traité de droit commercial*, Paris, 4^e éd., 1910, n° 49 p. 42-43.

(79) E. THALLER, *Traité de droit commercial*, Paris, 4^e éd., 1910, n° 51, p. 44 note 1: « Contrairement à notre doctrine, la science italienne tend à reconnaître deux sortes d'usages: — ceux qui ont force de loi parce qu'ils répondent à un « état de conscience juridique obligeant les commerçants à s'y soumettre », — et les usages n'ayant qu'une valeur contractuelle et interprétative ».

(80) E. THALLER, *Traité de droit commercial*, Paris, 5^e éd., 1916, n° 51, p. 45 note 1.

(81) J. ESCARRA, « De la valeur juridique de l'usage en droit commercial », cit., p. 97-123.

du traité de Vivante n'est pas encore parue. Un des intérêts de l'approche d'Escarra est de présenter le débat doctrinal relatif à la conception unitaire ou duale des usages, mais aussi de reprendre et de discuter la distinction principale de Vivante ⁽⁸²⁾. Aux usages de fait ou interprétatifs, il oppose les usages de droit ou impératifs (Vivante parlait d'usages législatifs). Les premiers reposent sur la volonté des parties alors que les seconds trouvent leur fondement dans une volonté collective, une conscience générale, « la conscience de la place ». Escarra est partisan d'une conception duale des usages et d'une assimilation « théorique » de l'usage de droit à la coutume. A partir de ces conceptions présentées en 1910, la doctrine commerciale prend position et évolue dans sa réflexion sur les usages.

La critique formulée par Escarra à l'encontre de Gény tient à ce que seule la coutume se voit reconnaître un élément psychologique. Elle est dissociée des usages alors que pour Escarra l'usage de droit « ce n'est pas autre chose que la coutume » ⁽⁸³⁾. Il constitue une « véritable règle de droit coutumier » ⁽⁸⁴⁾. Ainsi la conception unitaire de l'usage et de la coutume est revue de manière divergente par Gény et Escarra. Pour le premier l'usage se distingue de la coutume, pour le second l'usage de fait se dissocie de l'usage de droit ou coutume. La doctrine commerciale défend tout au long du XX^e siècle une conception duale. Tel est le cas pour Lacour et Bouteron faisant directement référence à Gény ⁽⁸⁵⁾ ou encore Hamel et Lagarde ⁽⁸⁶⁾, Ripert (1880-1958) ⁽⁸⁷⁾ et Julliot de la Morandière (1885-1968) ⁽⁸⁸⁾. La dissociation ainsi progressivement opérée entre

⁽⁸²⁾ J. ESCARRA, « De la valeur juridique de l'usage en droit commercial », cit., p. 115-122.

⁽⁸³⁾ J. ESCARRA, « De la valeur juridique de l'usage en droit commercial », cit., p. 118.

⁽⁸⁴⁾ J. ESCARRA, *Principes...* cit., n° 35, p. 51.

⁽⁸⁵⁾ L. LACOUR et J. BOUTERON, *Précis de droit commercial*, 3^e éd., Paris, 1925, n° 18, p. 14.

⁽⁸⁶⁾ J. HAMEL et G. LAGARDE, *Traité de droit commercial*, t. I, n° 46-49, p. 55 et s.

⁽⁸⁷⁾ G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, 4^e éd., t. I, n° 44-50, p. 22 et s.

⁽⁸⁸⁾ L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, RODIÈRE, HOUIN, *Droit commercial*, t. I, n° 9, p. 10-11.

usage et coutume va se doubler d'une autre distinction entre les usages de fait et les usages de droit. Elle est reprise par la doctrine contemporaine voyant dans l'usage de fait des « pratiques qui correspondent à des règles habituellement suivies par un ensemble de professionnels pour l'application et l'exécution de tel ou tel contrat » et dans les usages de droit des « usages qui tirent également leur autorité du contrat et ont une valeur supérieure dans la mesure où ils se détachent de cette nature simplement conventionnelle pour acquérir une force identique à celle de la loi » (89).

L'approche traditionnelle de l'usage assimilé à la coutume a été confrontée à une analyse renouvelée des usages qui a eu le mérite d'engager une réflexion sur la dualité de l'usage et de la coutume, ainsi que sur la distinction entre usage de fait et usage de droit. Alors que l'intérêt porté par la doctrine commerciale à la nature de la coutume commerciale en relation avec la notion d'usage se manifeste progressivement au début du XX^e siècle, les rapports qu'elle entretient avec la loi et la jurisprudence font aussi l'objet de discussions doctrinales.

II. *Une portée débattue.*

La fin du XIX^e siècle est marquée par « l'éclosion de la théorie pluraliste des sources du droit » marqué par la fin de l'omnipotence de la loi et une nouvelle présentation des sources (90). Gény propose une classification des sources formelles du droit. Dans la troisième partie de sa *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (« Esquisse d'un plan de reconstitution de la méthode et d'une théorie des sources »), il envisage ces sources formelles du droit privé positif et leur interprétation en débutant par la loi écrite, puis en examinant la coutume, et enfin en s'intéressant à l'autorité (jurisprudence et doctrine) et à la tradition. Les manuels et traités de droit commercial s'efforcent aussi de saisir ces différentes sources en envisageant spécialement les rapports de l'usage et de la coutume avec la loi (A) mais aussi avec la jurisprudence (B).

(89) A. LAUDE, « Usages commerciaux: la solidarité », J. MESTRE, E. PUTMAN, D. VIDAL, *Grands arrêts du droit des affaires*, Paris, 1995, p. 89.

(90) Ch. JAMIN, Ph. Jestaz, *La doctrine...*, cit., p. 130-139.

A) *Coutume, usage et loi.*

La loi du 15 septembre 1807 n'a pas abrogé les anciens usages du commerce. Pour ceux apparus après la promulgation du Code ou ceux renouvelés par leur maintien dans la pratique, GénY considère que « la loi écrite n'a pas encore tellement pris le pas sur la coutume... et on peut s'en tenir à l'équivalence des deux sources »⁽⁹¹⁾. La position des auteurs de la doctrine commerciale sur l'existence d'un rapport « égalitaire » ou « hiérarchique » renvoie parfois de manière implicite à leur conception des relations entre droit civil et droit commercial. Delamarre et Le Poitvin défendent « le caractère non-dérogatoire du Code de commerce et la force des usages » contre la critique de Gabriel Massé:

« Le Code civil et le Code de commerce sont deux lois spéciales et en même temps générales, indépendantes l'une de l'autre... Il n'est donc pas vrai que le Code de commerce soit une exception, une dérogation au Code civil... Il n'est pas vrai, comme les auteurs l'enseignent, comme l'a dit la Cour de cassation (Chambre des requêtes, 5 juill. 1820), que toutes les lois composant le Code civil sont applicables au commerce, dans tous les cas où la loi spéciale n'y a pas dérogé »⁽⁹²⁾.

Thaller n'admet pas la force obligatoire de la coutume proprement dite. Pour lui, la coutume ne saurait être une source du droit en raison de la procédure de formation de la loi: « Aujourd'hui, l'organisation constitutionnelle, qui subordonne la confection des lois à une procédure parlementaire déterminée, ne permet plus de consacrer la coutume en tant que source du droit, au moins d'une manière franche et ostensible »⁽⁹³⁾. Lyon-Caen et Renault affirment que « l'usage n'a de valeur que par la volonté [expresse ou tacite] du législateur »⁽⁹⁴⁾. Escarra voit dans les « lois

⁽⁹¹⁾ F. GÉNY, *Méthode d'interprétation...*, cit., I, p. 413.

⁽⁹²⁾ J.-E. DELAMARRE et J. LE POITVIN, *Traité théorique...*, cit., p. 37 et s., n° 32 p. 48.

⁽⁹³⁾ E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 4^e éd., Paris, 1910, p. 42.

⁽⁹⁴⁾ Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, t. I, 1898, n° 85 p. 73.

commerciales... que la cristallisation d'usages »⁽⁹⁵⁾ et lorsque l'usage est envisagé par le juge en tant que source autonome du droit commercial, il considère qu'il présente toujours un antagonisme avec la loi. Il n'a qu'une valeur conventionnelle. Il appelle de ces vœux une évolution qui prenne modèle sur l'Italie. L'usage aura alors « une valeur objective égale à la loi elle-même que quand il aura été reconnu par celle-ci sous forme de règle de droit obligatoire, et non plus sous forme d'interprétation de volonté... le Code de commerce italien de 1882 (article 1)... reconnaît également les usages de fait et les usages de droit: « En matière de commerce on doit observer les lois commerciales. Quand celles-ci ne disposent pas, on doit observer les usages généraux. A leur défaut on doit appliquer le droit civil »⁽⁹⁶⁾.

L'examen du rapport des usages avec la loi permet à la doctrine de déterminer s'ils peuvent l'interpréter, la suppléer ou lui faire échec. La doctrine reconnaît sans difficulté à l'usage un pouvoir interprétatif. Valéry l'affirme pour les clauses du contrat comme pour la loi aux termes de l'article 1159 du Code civil (« ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé »)⁽⁹⁷⁾. Sur le même fondement, Boistel considérerait aussi que l'usage puisse permettre d'interpréter les conventions qui ne sont pas claires ou dans le cas de silence de la loi⁽⁹⁸⁾. Le pouvoir supplétif des usages est également reconnu. La justification est tirée d'un avis non publié du Conseil d'Etat du 13 décembre 1811⁽⁹⁹⁾: « les tribunaux de commerce doivent juger les questions particulières qui se présentent suivant leur conviction, et d'après les termes et l'esprit du Code, et en cas de silence de sa part, d'après le droit commun et les usages du commerce ». Cet avis a été repris de manière constante par la doctrine commerciale au XIX^e siècle depuis Pardessus par Delamarre et Le Poitvin, Molinier, Boistel,

(95) J. ESCARRA, « De la valeur juridique de l'usage en droit commercial », cit., p. 103.

(96) J. ESCARRA, « De la valeur juridique de l'usage en droit commercial », cit., p. 122.

(97) J. VALÉRY, « La coutume commerciale », cit., p. 425.

(98) A. BOISTEL, *Précis du cours de droit commercial*, Paris, 1876, p. 12.

(99) J. VALÉRY, « La coutume commerciale », cit., p. 426.

Lyon-Caen et Renault. Boistel reconnaît aux usages un pouvoir supplétif s'appuyant sur le discours préliminaire de Portalis (« à défaut de texte établi sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue tiennent lieu de loi »). Il déduit aussi de l'article 1873 du Code civil relatif à l'application des usages commerciaux en matière de société un principe général d'application à l'ensemble du droit commercial ⁽¹⁰⁰⁾. Semblable position est adoptée par Lyon-Caen et Renault ⁽¹⁰¹⁾. Enfin, la question de la reconnaissance aux usages de la possibilité de déroger à la loi est plus discutée. Wahl considère que de plus en plus de dispositions des « lois commerciales deviennent impératives et les usages cessent de pouvoir y déroger » ⁽¹⁰²⁾. La question appelle néanmoins de la part de la doctrine commerciale des distinctions. Valéry défend l'idée que les usages ont force de loi et que « s'ils sont contraires à une disposition législative, ils auront le pouvoir de l'écartier en s'y substituant » ⁽¹⁰³⁾. Une distinction doit être cependant posée suivant qu'un usage puisse écartier l'application d'une loi simplement interprétative ou déclarative et suivant qu'un usage ne puisse écartier l'application d'une loi impérative ou prohibitive. Il exprime là une position admise par la majorité de la doctrine. Boistel avait ainsi défendu la même idée au regard de la loi d'ordre public ⁽¹⁰⁴⁾. C'est ce que Lyon-Caen et Renault admettent aussi sans mal ⁽¹⁰⁵⁾. L'exemple type donné est celui de la loi du 3 septembre 1807 qui fixe le maximum du taux de l'intérêt conventionnel en matière de commerce (jusqu'à la loi du 12 janvier 1886 rendant libre le taux de l'intérêt). Une différence d'appréciation existe néanmoins entre Valéry et Thaller en relation avec la loi du 13 juin 1866 qui a codifié

⁽¹⁰⁰⁾ A. BOISTEL, *Précis...*, cit., p. 12.

⁽¹⁰¹⁾ C. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, 2^e éd., Paris, 1889, n° 77, p. 67-68 et *Manuel de droit commercial*, 3^e éd., Paris, 1894, p. 12.

⁽¹⁰²⁾ A. WAHL, Préface à C. Vivante, *Traité de droit commercial*, Paris, 1910, p. XI.

⁽¹⁰³⁾ J. VALÉRY, « La coutume commerciale », cit., p. 427.

⁽¹⁰⁴⁾ A. BOISTEL, *Précis du cours de droit commercial*, Paris, 1876, p. 13.

⁽¹⁰⁵⁾ C. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité...*, cit., n° 82, p. 71 et *Manuel...*, cit., p. 12.

les usages relatifs aux ventes commerciales ⁽¹⁰⁶⁾. Pour Thaller, ces usages « érigés en lois véritables » ne peuvent être écartés par un contre-usage mais par une convention expresse ⁽¹⁰⁷⁾, alors que Valéry considère que cela est possible. Une autre différence d'appréciation existe entre Valéry et Escarra quant à la question de savoir si un usage peut écarter les stipulations d'un contrat. Pour Valéry cela ne peut être envisagé, la convention ne pouvant être modifiée que du consentement des parties, alors qu'Escarra l'admet. Pour ce dernier, l'usage de fait en tant qu'expression de la volonté des parties ne peut déroger ni à la loi ni à la coutume. En revanche, l'usage de droit assimilé à la coutume peut déroger à la loi. Il le peut pour les lois impératives (par exemple dans le cadre du compte-courant avec la règle d'ordre public de l'article 1154 qui peut être écartée). De cette position Escarra en tire les conséquences en matière de hiérarchie des sources du droit commercial:

- « dispositions d'ordre public de la loi civile ou commerciale, ou même parfois, de certains usages de droit (...),
- convention des parties, ou leurs usages conventionnels, dans la mesure où ces conventions et usages ne sont pas contraires aux dispositions d'ordre public,
- usages de droit,
- dispositions interprétatives de la loi commerciale,
- dispositions interprétatives de la loi civile » ⁽¹⁰⁸⁾.

Ayant la force d'« une convention tacite », l'usage ne peut prévaloir contre une loi d'ordre public sauf à acquérir un caractère « légitime ». Il est considéré par une large part de la doctrine comme une coutume en devenir que la jurisprudence consacrerait.

⁽¹⁰⁶⁾ P. PRADIER-FODÉRE, précise à propos de la loi de 1866 les interrogations présentes lors du débat parlementaire des relations entre loi et usage. Il cite le commissaire du gouvernement: « La loi a eu pour objet bien plus de déclarer les usages que de les réformer. En supposant qu'un usage local, absorbé dans l'usage général, se trouve distinct de la loi, il arrivera de deux choses l'une: ou la convention le reproduira exactement, si les parties le trouvent bon, et alors ce n'est pas l'usage ancien, c'est la convention qui prévaudra; ou bien l'usage ancien n'aura pas été réservé expressément par la convention, alors l'usage général, confirmé par la loi, prévaudra: et c'est là l'utilité que présente la loi ». La loi est « déclarative des usages les plus généraux, et non pas constitutive d'usages nouveaux », *Précis de droit commercial*, Paris, 2^e éd., 1872, p. 652.

⁽¹⁰⁷⁾ E. THALLER, *Traité...*, cit., n° 51, p. 44 et n° 1001, p. 508.

⁽¹⁰⁸⁾ J. ESCARRA, *Principes...*, cit., n° 38, p. 54.

B) *Coutume, usage et jurisprudence.*

L'analyse conceptuelle et historique développée par Lambert pour combattre la théorie classique de la coutume met en lumière le rôle essentiel joué par le juge. La coutume tire alors son autorité de « la jurisprudence [qui] est l'agent nécessaire de la transmutation du sentiment juridique en normes de droit [...]. Les experts officiels — sorciers, prêtres ou pontifes des siècles anciens, juges modernes — n'assistent pas passivement à l'éclosion de la coutume; sans leur secours elle n'arriverait point à se dégager de la gaine des mœurs; ils sélectionnent, cultivent, émondent et redressent les productions spontanées de la vie juridique. Ils ont quotidiennement à faire acte de découverte et d'initiative, et à exercer au nom de la collectivité, le libre arbitre social » (109). Ce rôle du juge et les relations entre coutume et jurisprudence trouvent à s'exprimer dans la réflexion de la doctrine commerciale à la fin du XIXe et au début du XXe siècle. Thaller, comme Lambert puis Planiol (110), associe coutume et jurisprudence. C'est à travers la pratique judiciaire que Thaller envisage le phénomène coutumier. La coutume ne peut dès lors être perçue comme autonome mais simplement comme ayant un rôle supplétif et subsidiaire. Il reprend dans son traité l'idée du rôle des « jurisconsultes ou [d'une] élite en possession de la connaissance des lois » dans la formation de la coutume:

« il s'introduit, sous l'influence des hommes de loi ou des tribunaux, des préceptes de commandement ou de défense, qui comblent certaines lacunes législatives ou qui même dérogent à des textes promulgués... En principe, les règles ayant une semblable provenance ne méritent aucun égard, elles sont même attentatoires aux lois. Cependant il peut se produire en pratique un besoin sérieux de pourvoir, malgré l'abstention du pouvoir législatif, au redressement d'abus que les textes ne répriment pas. Il appartient au pouvoir judiciaire, pour aider à la marche du droit, de se substituer au Parlement et de consacrer le précepte nécessaire. Mais il ne peut le faire qu'avec extrêmement de mesure et que sous couleur d'interprétation, c'est-à-dire de façon détournée. Il doit user d'un raisonnement basé en apparence sur le droit écrit, en faisant dire par voie de scolastique aux dispositions promulguées autre chose que ce qu'elles renferment en réalité... La coutume manifestée par une seule décision judiciaire, n'est pas encore formée. Elle n'acquiert son autorité que par la reproduction d'arrêts rendus dans le même

(109) E. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, Paris, 1903, p. 802-803.

(110) N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste...*, cit., p. 325-327.

sens. Une thèse consacrée par deux ou trois décisions de la Cour de cassation, échelonnés sur une période de certaine durée, dispose d'une force difficile à ébranler » ⁽¹¹¹⁾.

Pour Jules Valéry, la jurisprudence constitue « une des sources du droit coutumier » ⁽¹¹²⁾. Elle contribue à la formation de l'usage par l'existence de plusieurs décisions constatant son existence. La jurisprudence joue un rôle lorsque les tribunaux « fixent, par une série de décisions semblables, le sens d'une clause d'un usage courant » (compte-courant). La chambre des Requêtes, par son arrêt du 20 octobre 1920 (Robin c/Serenon), a ainsi consacré la présomption de solidarité en matière commerciale:

« selon un usage antérieur à la rédaction du Code de commerce et maintenu depuis, les tribunaux de commerce sont conduits à considérer que la solidarité entre débiteurs se justifie par l'intérêt commun du créancier qu'il incite à contracter, et des débiteurs dont il augmente le crédit; qu'ils ne font ainsi qu'user du pouvoir souverain qui leur appartient en ce qui concerne l'existence de simples présomptions » ⁽¹¹³⁾.

Escarra considère que « la jurisprudence ne donne pas et ne peut pas donner une conception satisfaisante relativement à la valeur juridique de l'usage » ⁽¹¹⁴⁾. Elle adopte une attitude variable qui brouille la notion d'usage. Il s'attache à admettre que la connaissance personnelle par le juge de l'usage soit admise comme moyen de preuve ⁽¹¹⁵⁾, comme cela est le cas en Allemagne. Son opinion diffère alors de la position majoritaire des auteurs comme Lyon-Caen et Renault ⁽¹¹⁶⁾. Escarra précise que « pas plus qu'une règle de la loi écrite, l'usage de droit n'a besoin de la preuve judiciaire ».

Plus que tout autre question, celle de savoir sur la violation d'un usage donne lieu à ouverture à cassation a intéressé la doctrine à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle. Elle est aujourd'hui

⁽¹¹¹⁾ E. THALLER, *Traité de droit commercial*, Paris, 4^e éd., 1910, n° 49, p. 42 et voir aussi la note 1.

⁽¹¹²⁾ J. VALÉRY, « La coutume commerciale », cit., p. 435.

⁽¹¹³⁾ D. 1920.1.161 et S. 1922. 201.

⁽¹¹⁴⁾ J. ESCARRA, « De la valeur juridique de l'usage en droit commercial », cit., p. 115.

⁽¹¹⁵⁾ Req. 22 déc. 1903, D. 1903, 1. 149.

⁽¹¹⁶⁾ Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité...*, cit., n° 80, p. 69-70.

de manière classique abordée dans les traités et manuels. On distingue l'usage conventionnel et l'usage de droit. Pour le premier, on considère qu'il doit être souverainement apprécié par les juges du fond et qu'il échappe ainsi au contrôle de la Cour de cassation. En revanche, elle contrôle l'application de l'usage de droit. On admet l'ouverture à cassation en cas de violation des juges du fond.

Cette position est défendue par la doctrine commerciale de la fin du XIX^e siècle. Elle va revêtir une importance manifeste à partir du moment où la distinction usage conventionnel et usage de droit est adoptée. Une jurisprudence constante depuis le début du XIX^e siècle affirme que la violation d'un simple usage, non consacré par la loi, ne peut donner ouverture à cassation ⁽¹¹⁷⁾. Civilistes (Toullier, Duranton, Aubry et Rau) comme commercialistes (Massé ⁽¹¹⁸⁾, Boistel ⁽¹¹⁹⁾) expriment la même opinion. Pour Boistel, cette solution doit être retenue car la Cour de cassation n'a pas pour rôle de rendre « invariables [et] uniformes des usages » qui n'ont pas été consacrés de manière expresse par le législateur ⁽¹²⁰⁾. Thaller affirme ainsi que « appliquer un usage, c'est statuer sur les intentions des parties, sur le 'fait' » ⁽¹²¹⁾. Pour Lacour et Bouteron ⁽¹²²⁾ tout comme Bonnacarrère et Laborde-Lacoste ⁽¹²³⁾, « l'erreur que peuvent commettre les juges en matière d'usages, étant une erreur de fait, et non de droit, ne saurait donner ouverture à un pourvoi en cassation ». La question ne peut se poser que pour les usages généraux ⁽¹²⁴⁾. L'interprétation des volontés est du domaine des juges du fait ⁽¹²⁵⁾. La justification avancée pour exclure la possibilité

⁽¹¹⁷⁾ Pour une série d'arrêts en ce sens, Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité...*, cit., n° 85, p. 73 note 1.

⁽¹¹⁸⁾ G. MASSE, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, Paris, 1874, I, n° 83, p. 72.

⁽¹¹⁹⁾ A. BOISTEL, *Cours de droit commercial*, Paris, 1890, n° 22, p. 15.

⁽¹²⁰⁾ A. BOISTEL, *Précis...*, cit., p. 13.

⁽¹²¹⁾ E. THALLER, *Traité...*, cit., n° 51, p. 44.

⁽¹²²⁾ L. LACOUR et J. BOUTERON, *Précis de droit commercial*, 3^e éd., Paris, 1925, n° 19, p. 16.

⁽¹²³⁾ Ph. BONNACARRÈRE et M. LABORDE-LACOSTE, *Précis élémentaire de droit commercial*, 2^e éd., Paris, 1937, p. 8 note 2.

⁽¹²⁴⁾ L. LACOUR et J. BOUTERON, *Précis...*, cit., n° 19, p. 16, n. 2.

⁽¹²⁵⁾ Civ. 25 mars 1908, D. 1910. 1. 454.

d'un pourvoi est double. D'une part, la Cour de cassation a été instituée pour assurer l'unité de l'application de la loi (et non des usages qui varient). D'autre part, l'application d'un usage renvoie à la volonté des parties, c'est une question de fait et non une question d'application d'une règle de droit.

Valéry rejette ces deux arguments ⁽¹²⁶⁾. Sur le premier point, l'application d'un usage relève du principe de l'article 1134 Code civil et sa non application constitue une violation de la loi. Sur le second point, il considère que l'usage est une « règle de droit » que la Cour de cassation doit faire respecter. Il tire de l'interprétation de l'article 1873 du Code civil un principe commun à tous les contrats commerciaux et il en conclut que les usages du commerce et la loi sont « deux sources du droit [ayant] la même valeur ». Boistel admet aussi cette possibilité, sous peine de violation de la loi, lorsque la loi renvoie de manière expresse à l'usage ⁽¹²⁷⁾. Escarra, de manière plus générale, considère que le pourvoi en cassation doit être admis pour les usages ignorés par la loi ⁽¹²⁸⁾. De manière extensive, il préconise cette possibilité pour la violation d'un usage de droit et aussi pour les usages conventionnels. Gény a abordé aussi la question de savoir si la violation d'un usage, « juridiquement obligatoire », donne lieu à ouverture à cassation ⁽¹²⁹⁾. Il propose que la Cour de cassation vérifie l'existence ou le défaut d'une coutume contestée ⁽¹³⁰⁾. Lyon-Caen et Renault admettent que la Cour de cassation puisse contrôler l'application de l'usage une fois que les juges du fond ont vérifié l'existence de l'usage obligatoire ⁽¹³¹⁾. Lyon-Caen admet le pourvoi en cassation lorsqu'un usage contraire à une loi impérative ou prohibitive a été admis ⁽¹³²⁾. La Cour peut connaître des motifs pour lesquels les juges du fond n'ont pas tenu compte d'un usage ⁽¹³³⁾.

Enfin, la question de l'usage légalisé va aussi intéresser la

⁽¹²⁶⁾ J. VALÉRY, « La coutume commerciale », cit., p. 433.

⁽¹²⁷⁾ A. BOISTEL, *Précis...*, cit., p. 13.

⁽¹²⁸⁾ J. ESCARRA, *Principes...*, cit., n° 35, p. 50-51.

⁽¹²⁹⁾ F. GENY, *Méthode d'interprétation...*, cit., II, n° 179, p. 200.

⁽¹³⁰⁾ F. GENY, *Méthode d'interprétation...*, cit., II, n° 179, p. 202.

⁽¹³¹⁾ Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité...*, cit., n° 85, p. 84-85.

⁽¹³²⁾ C. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Manuel de droit commercial*, 3^e éd., Paris, 1894, p. 13 note 1.

⁽¹³³⁾ Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité...*, cit., n° 85, p. 73.

doctrine au regard de la loi du 13 juin 1866 relative à la vente commerciale. Thaller admet que la violation des usages insérés dans la loi donne ouverture à cassation ⁽¹³⁴⁾. Jean Escarra adopte la même solution ⁽¹³⁵⁾. Lacour et Bouteron vont dans le même sens. Ils considèrent que les usages repris par la loi de 1866 ont une « force légale supérieure à celle des usages ordinaires [...] : 1° Ils ne peuvent être considérés comme abrogés par le fait qu'il se serait établi des usages contraires; 2° Leur violation donnerait ouverture à un pourvoi en cassation, comme celle de toute loi écrite » (⁽¹³⁶⁾). Pour eux « la cassation serait encourue seulement dans le cas où un tribunal, après avoir constaté dans son jugement l'existence d'un usage, refuserait, sans aucun motif tiré des circonstances de fait, de l'appliquer au procès » ⁽¹³⁷⁾.

A considérer aujourd'hui les sources du droit commercial, et plus particulièrement les sources que l'on qualifie de non écrites, une distinction est généralement établie entre d'une part l'usage conventionnel et d'autre part l'usage de droit ⁽¹³⁸⁾. Elle suscite néanmoins quelques réserves ⁽¹³⁹⁾. A l'occasion des 200 ans du Code de commerce, François Terré a évoqué le caractère « artificiel » de la distinction usage et coutume ⁽¹⁴⁰⁾. L'analyse a aussi été renouvelée par Pascale Deumier qui préconise de substituer le droit spontané à la coutume et de mettre fin à l'idée « de prestige inhérent au terme

⁽¹³⁴⁾ E. THALLER, *Traité...*, cit., n° 1001, p. 508.

⁽¹³⁵⁾ J. ESCARRA, *Principes...*, cit., n° 35, p. 50.

⁽¹³⁶⁾ L. LACOUR et J. BOUTERON, *Précis...*, cit., n° 786, p. 585.

⁽¹³⁷⁾ L. LACOUR et J. BOUTERON, *Précis...*, cit., n° 19, p. 16.

⁽¹³⁸⁾ Pour quelques exemples, R. HOUIN et M. PEDAMON, *Droit commercial*, 9^e éd., Paris, 1990, p. 19-26. Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. 1, 12^e éd., Paris, 2003, p. 26-29. J. MESTRE, M.E. PANCRAZI, *Droit commercial*, 27^e éd., Paris, 2006, p. 11-12. J.B. BLAISE, *Droit des affaires*, 4^e éd., Paris, 2007, p. 24. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, E. BLARY-CLEMENT, *Droit commercial*, 9^e éd., Paris, 2007, p. 16-18.

⁽¹³⁹⁾ A. KASSIS, *Théorie générale des usages du commerce*, Paris, 1984. Antoine Kassis envisage, dans le cadre du droit interne et des relations internationales du commerce, les différentes conceptions théoriques développées au cours des XIX^e et XX^e s. tant pour la coutume que l'usage distingué de la coutume et la *lex mercatoria*. Il défend la thèse de l'unité de la théorie des usages du commerce.

⁽¹⁴⁰⁾ F. TERRE, « Coutume et commerce », 1807-2007. *Le Code de commerce. Livre du bicentenaire*, Paris, 2007, p. 48.

de coutume au détriment de l'usage »⁽¹⁴¹⁾. La fin du XIX^e siècle et le début du XX^e siècle ont constitué un moment important dans le renouvellement de la science juridique française et en particulier dans son approche des sources du droit. Cela est aujourd'hui bien connu pour le droit civil, tel semble aussi le cas pour le droit commercial dans une certaine mesure. L'étude de la formation et de la réflexion doctrinale pour la matière commerciale ainsi que l'examen de la réception de théories formulées par la science juridique européenne mériteraient une attention renouvelée.

(141) P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Paris, 2002, p. 442-443.

FERDINANDO MAZZARELLA

UNA CRISI ANNUNCIATA. APORIE E INCRINATURE DELLO STATO LIBERALE DI DIRITTO (*)

1. Un'utopia rivoluzionaria: la semplificazione del giuridico quale antidoto contro l'antico regime. — 2. La funzione "contemperatrice" dello Stato: il liberalismo fra costituzione, individuo e libertà. — 3. La concezione monistica del diritto nel *Rechtsstaat* del secondo Ottocento. — 4. Dimensione organizzativa e tendenze associative: industrializzazione, questione sociale, lotta politica. — 5. Interventismo statale e spazio sociale: pluralità e socialità nella dottrina giuridica dello Stato. — 6. La costituzione pluralistica del sociale: il recupero della complessità fra comunitarismo, realismo e istituzionalismo. — 7. La « crisi dello Stato moderno » e il pluralismo ordinamentale nella sintesi di Santi Romano. — 8. Il richiamo dell'unità. Ideologie e totalitarismi nella prima metà del Novecento.

1. *Un'utopia rivoluzionaria: la semplificazione del giuridico quale antidoto contro l'antico regime.*

Se si volesse cercare di condensare in un'immagine la crisi del modello liberale dello Stato di diritto, con esso intendendosi quel tipo storico di Stato che iniziò a prendere forma dopo la Rivoluzione francese per ricevere la sua compiuta formulazione teorica con la giuspubblicistica tedesca del secolo XIX, si sceglierebbe la prospettiva antinomica che assunsero Portalis (1746-1807), agli inizi dell'Ottocento, e Santi Romano (1875-1947), agli inizi del Novecento ⁽¹⁾: il primo è avvolto dal mito del « *tout simplifier* », il secondo

(*) Il saggio è stato scritto nell'ambito del progetto innovativo 2010-2011 denominato *Crisi dello Stato e della legalità e nuove forme di diritto e di sapere giuridico*, finanziato dall'Ateneo di Palermo.

(¹) Per un'analisi storiografica che dia conto delle diverse letture e delle diverse tesi sullo Stato e la sua crisi, ancora valida nonostante l'anno di pubblicazione, C. GALLI, *Lo Stato come problema storico-politico. Osservazioni su alcuni recenti contributi*, in « Il Mulino », 1983, 1, pp. 111-131. Una diversa e più generale nozione di « Stato di

condanna il modello politico dello « Stato moderno » in quanto « eccessivamente semplice » (2). Da una visione tesa a risolvere il particolarismo sociale nell'unità politica della nazione e dello Stato, si sarebbe passati, a un secolo di distanza, ad una riflessione critica intesa a valorizzare il pluralismo sociale e i suoi riflessi sul piano giuridico-istituzionale.

L'ossessione di « tutto semplificare », evocata da Portalis nel discorso pronunciato nel 1801 dinanzi al Consiglio di Stato, riassume lo spirito con cui gli architetti della modernità giuridica avevano inteso ridisegnare lo spazio sociale e l'universo giuridico della Francia post-rivoluzionaria, conformemente all'idea giusnaturalistica di uno stato di libertà ed eguaglianza, formato da « individui isolati, viventi al di fuori di qualsiasi organizzazione sociale » (3). Se l'antico regime aveva salvato il particolarismo, la diversità e la molteplicità, la Rivoluzione faceva dell'eguaglianza, dell'uniformità e della semplicità i punti salienti di un programma politico-ideologico congeniale al processo di accentramento statalistico (4).

Raccolto il monito rousseauviano secondo il quale la formazione di un'unica « volontà generale » presupponeva uno « Stato »

diritto », metastorica ed astratta, è quella contemplata da G. FASSÒ, *Stato di diritto e Stato di giustizia*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 1963, pp. 83-119.

(2) J.E. PORTALIS, *Discours préliminaire*, ora in F. EWALD, *Naissance du Code civil. La raison du législateur. Travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Flammarion, 2004, p. 39; S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Discorso inaugurale dell'anno accademico 1909-1910 nella Regia Università di Pisa, in « Rivista di diritto pubblico », 1910, poi in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 13.

(3) N. BOBBIO, *Il modello giusnaturalistico*, in N. BOBBIO e M. BOVERO, *Società e Stato nella filosofia politica moderna. Modello giusnaturalistico e modello hegel-marxiano*, Milano, Il Saggiatore, 1979, p. 44.

(4) P. GROSSI, *Dalla società di società alla insularità dello Stato fra Medioevo ed età moderna*, Napoli, Istituto Universitario Suor Orsola Benincasa, 2003. Si vedano in breve, sul graduale processo di integrazione sociale e di accentramento politico, le voci di N. MATTEUCCI, *Sovranità*, e di P. SCHIERA, *Stato moderno*, in *Il Dizionario di Politica*, a cura di N. Bobbio, N. Matteucci e G. Pasquino, Torino, Utet, 2004, rispettivamente pp. 909-917 e pp. 957-962, nonché R. RUFFILLI, *Il processo di statalizzazione nell'Europa moderna*, in « Quaderni sardi di storia », IV, 1983-84, pp. 9-24, ora in ID., *Istituzioni Società Stato*, vol. II, *Nascita e crisi dello Stato moderno: ideologie e istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 1990, pp. 591-610.

depurato di ogni « società parziale » (5), il legislatore costituente partiva la geografia socio-politica fra i due soli poli dell'individuo e della nazione, idealizzando un paesaggio giuridico « semplice, anzi semplicissimo », artificialmente diviso tra « macro-soggetto politico » e « micro-soggetto privato » (6). In questa prospettiva, l'art. 3 della Dichiarazione dell'89 riconosceva la sovranità alla nazione, « una, indivisibile e imprescrittibile » (tit. III, art. 1 della Costituzione del 1791), quasi un'entità astratta, un'astrazione idealmente lontana dalla carnalità e dalle concrete differenze dei soggetti reali (7). L'obiettivo della libertà e dell'eguaglianza, come sottolineato nel preambolo della Costituzione del 1791, presupponeva l'« irrevocabile » abolizione di tutte le « istituzioni » che minacciavano l'astratta unicità dell'individuo: « nobiltà », « paria », « distinzioni ereditarie », « distinzioni di ordine », « regime feudale », « giustizie patrimoniali », « ordini cavallereschi », « giurande », « corporazioni di professioni, arti e mestieri ». Con le leggi D'Allard e Chapelier, emanate fra il marzo e il luglio del 1791, la Francia aveva già smantellato il regime corporativo e proibito ogni forma d'associazione, azzerando una secolare tradizione di corpi, ceti e microordinamenti. Nel 1810 il Codice penale napoleonico avrebbe sanzionato con lo scioglimento le associazioni religiose, letterarie, politiche o di altra natura e punito con la reclusione i responsabili di associazioni operaie e sindacali (8). Anche per la costituzione di società per azioni, che dietro l'anonimato nascondevano una deroga al principio della responsabilità individuale, si sarebbe pretesa l'autorizzazione governativa (9).

(5) J.-J. ROUSSEAU, *Le Contrat social*, 1762, trad. it. *Il contratto sociale*, Torino, Einaudi, 1994, II.3, pp. 42-43.

(6) P. GROSSI, *Un recupero per il diritto: oltre il soggettivismo moderno*, in Id., *Società, diritto, stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 226.

(7) Sul diverso atteggiarsi, dallo specifico punto d'osservazione della rappresentanza politica, del rapporto fra i molti (corpi/ceti/individui) e l'uno (sovrano/nazione/Stato), G. DUSO, *La rappresentanza politica. Genesi e crisi del concetto*, Milano, Franco-Angeli, 2003².

(8) Artt. 291 ss., 415 e 416.

(9) Art. 37 *Code de commerce*. Cfr. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *La société anonyme au XIX^e siècle. Du Code de Commerce à la loi de 1867 histoire d'un instrument juridique du développement capitaliste*, Paris, Puf, 1985, pp. 21-61.

La semplificazione del tessuto socio-politico travolgeva in primo luogo il pluralismo della vecchia rete “amministrativa”, basata sull’autonomo attivismo di poteri e giurisdizioni concorrenti, così da ricondurre verticisticamente all’unità dell’apparato nazionale ogni periferica diramazione dell’organizzazione burocratica, il « tutto » — come aveva già preconizzato Montesquieu (1689-1755) — « a un centro e questo centro costituisce, se così si può dire, tutto lo Stato »⁽¹⁰⁾. All’indefinita molteplicità di auto-amministrazioni (feudi, comuni, università, corporazioni, borghi, comunità rurali, signorie) si sostituiva così l’unitaria amministrazione dello Stato, chiamata e legittimata a monopolisticamente esercitare funzioni e « compiti amministrativi » fino ad allora espletati dagli « interessati locali »⁽¹¹⁾. Tramontato il modello che Weber (1864-1920) avrebbe battezzato « autocefalia », in cui « il capo e l’apparato amministrativo sono stabiliti in conformità agli ordinamenti propri del gruppo », prendeva forma un modello di « eterocefalia », nel quale l’organizzazione e l’esercizio delle funzioni amministrative erano avocati da soggetti esterni al territorio, più precisamente da funzionari statali⁽¹²⁾. L’amministrazione, così, assunta per la prima volta, grazie al principio della divisione dei poteri (art. 16 della Dichiarazione), quella dimensione soggettiva e funzionale che ne faceva un potere distinto da quello giudiziario, si strutturava, per effetto della sua “statalizzazione”, secondo una fisionomia unitaria che ubbidiva a precise logiche di gerarchia⁽¹³⁾: aboliti i parlamenti e le antiche

⁽¹⁰⁾ *Esprit des Lois*, 1748, trad. it. *Lo spirito delle leggi*, a cura di S. Cotta, vol. II, Torino, Utet, 1965, libro XXXIII, capo XXIV, p. 84.

⁽¹¹⁾ M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr, 1922, trad. it. *Economia e società*, vol. II, Milano, Edizioni di Comunità, 1968², p. 298. Sulle auto-amministrazioni della Francia d’antico regime L. MANNORI e B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 17-35, e R. MOUSNIER, *Les institutions de la France sous la monarchie absolue. 1598-1789*, tome I, Paris, Puf, 1990, pp. 335-496.

⁽¹²⁾ M. WEBER, *Economia e società*, cit., vol. I, p. 48.

⁽¹³⁾ Sulla genesi storica della distinzione tra giustizia e amministrazione si vedano in primo luogo le opere di L. MANNORI, *Giudicare e amministrare: preistoria e genesi di un dualismo istituzionale*, in *Tavolarotonda. Conversazioni di storia delle istituzioni politiche e giuridiche dell’Europa mediterranea*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 119-142, *Giustizia e amministrazione tra antico e nuovo regime*, in *Magistrati e potere nella storia europea*, a cura di R. Romanelli, Bologna, Il Mulino, 1997, pp. 39-65, e *Per una ‘preistoria’ della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici*

magistrature, la Rivoluzione smantellava ogni residuo di governo consensualistico ed ogni potenziale fonte d'autonomia disgregatrice, dividendo geometricamente lo spazio amministrativo in 83 dipartimenti, a loro volta suddivisi in distretti, cantoni e comuni, non autonomi corpi di auto-gestione, ma parti di un tutto, organi di un'unica amministrazione nazionale, statale, esecutrice della volontà generale ⁽¹⁴⁾. « Il Regno » — avrebbe fugato i dubbi l'Assemblea costituente — « è uno e indivisibile: il suo territorio è diviso in 83 dipartimenti, ogni dipartimento in distretti, ogni distretto in cantoni » ⁽¹⁵⁾. La figura del prefetto, istituita da Napoleone con la riforma del 28 piovoso anno VIII (17 dicembre 1800), avrebbe completato il quadro attraverso l'introduzione di un funzionario monocratico di diretta emanazione statale, perno di quello « Stato a pubblica amministrazione » che avrebbe agito in forza di una burocrazia centralizzata e razionale di tipo weberiano ⁽¹⁶⁾.

Alla suggestione di una nazione socialmente omogenea, amministrata da una burocrazia unificata nel segno dello Stato, corrispondeva ovviamente il progetto di un diritto semplice ed uniforme, sia

apparati nell'età del tardo diritto comune, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XIX, 1990, pp. 323-504. Sul paradigma giurisdizionale fra Medioevo e prima età moderna P. COSTA, *Jurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, 1969, rist. Milano, Giuffrè, 2002.

⁽¹⁴⁾ Cfr. la legge 22 dicembre 1789 - 8 gennaio 1790. Sull'accentramento in Francia, con il suo carico di ambiguità e compromessi, P. LEGENDRE, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, Paris, Puf, 1968, trad. it. *Stato e società in Francia*, Milano, Edizioni di comunità, 1978, pp. 101-145, e S. MANNONI, *Une et indivisible. Storia dell'accentramento amministrativo in Francia*, specialmente il vol. I, *La formazione del sistema (1661-1815)*, Milano, Giuffrè, 1994, nonché, specificamente su « la fine dell'ordine antico », L. MANNONI e B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 182-221.

⁽¹⁵⁾ Tit. II, art. 1 della Costituzione del 1791.

⁽¹⁶⁾ M. FIORAVANTI, *Stato (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 708-758. Sulla razionalizzazione del potere amministrativo in Weber cfr. W. SCHLUCHTER, *Lo sviluppo del razionalismo occidentale. Un'analisi della storia sociale di Max Weber*, Bologna, Il Mulino, 1987, specialmente pp. 192-221, e *Burocrazia e democrazia. Sul rapporto tra efficienza politica e libertà politica in Max Weber*, in Id., *Il paradosso della razionalizzazione. Studi su Max Weber*, Napoli, Liguori, 1987, pp. 96-149. Sulla riforma napoleonica L. MANNONI e B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 225-276.

sotto il profilo soggettivo che sotto quello oggettivo ⁽¹⁷⁾. Data una società egualitaria, composta da individui affrancati da appartenenze, gerarchie e prerogative, uomini « liberi e eguali nei diritti » (art. 1 della Dichiarazione), veniva meno ogni ragione di differenziazione giuridica. Cadevano la molteplicità di regimi giuridici e la pluralità di fonti del diritto ⁽¹⁸⁾. Non sarebbe più stata ammessa, come proclamato nel preambolo della Costituzione del 1791, alcuna « eccezione al diritto comune di tutti i francesi »: la legge, come recitava l'art. 6 della Dichiarazione, « deve essere la medesima per tutti », sicché anche le leggi civili avrebbero dovuto essere « rivedute e riformate dai legislatori », in modo da predisporre « un codice generale di leggi semplici, chiare e adatte alla Costituzione » ⁽¹⁹⁾. Annunciato dalla Costituzione del 1791, il « Codice di leggi civili comuni a tutto il Regno » sarebbe finalmente arrivato nel 1804, con quel *Code Napoléon* che, considerato dal Primo Console un insostituibile strumento di progettualità politica, avrebbe radicalmente trasformato, nel segno del monopolio statale, il tradizionale quadro delle fonti del diritto ⁽²⁰⁾. Dopo sette secoli di vigenza del sistema del diritto comune, all'insegna del pluralismo e del particolarismo, della *interpretatio* e della fattualità, la storia virava verso un modello monistico, drasticamente spegnendo la vivacità di fonti concorrenti, e con essa la storicità e la concretezza del fenomeno giuridico. Il *Code* attraeva il diritto nell'orbita totalizzante dello Stato,

(17) Si veda il quadro delineato da I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 539-575.

(18) G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1976, pp. 18-42, nonché, dello stesso Autore, *Ideologie settecentesche della codificazione e struttura dei codici*, in ID., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1988, soprattutto pp. 41-60, e *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, Genova, Cooperativa Libreria Universitaria, 1970, pp. 14-67, sul quale cfr. la recensione di M. SBRICCOLI, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », I, 1972, pp. 422-429.

(19) Art. 19 del titolo II del decreto sull'organizzazione giudiziaria del 16-24 agosto 1790.

(20) P. GROSSI, *Code civil: una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XXXV, 2006, pp. 83-114.

imponendosi « quale vero *epicentro di un nuovo sistema delle fonti* » (21).

In questo quadro, ad ogni livello pervaso da uno statuto semplice ed unificante, anche il rapporto fra Stato, costituzione, legge e libertà, si votava all'unità, all'uniformità, all'unilinearità, quale conseguenza della drastica riduzione dei protagonisti e « dell'estrema semplificazione dei termini del problema », propedeutica ad « una concezione individualistica dello Stato » e « statualistica ... della società » (22). La strutturazione della società in senso individualistico consentiva una semplificazione dal lato del soggetto di diritto, dal lato della società e dal lato del potere pubblico: le libertà e i diritti appartenevano all'uomo, senza distinzioni né specificazioni di sorta; la società assorbiva il brulicante pullulare di corpi, gruppi e organismi, configurandosi in termini unitari ed omogenei, quale insieme indistinto di cittadini formalmente eguali ed indifferenziati; lo Stato, quale espressione politico-razionale della nazione sovrana, assumeva il ruolo di garante delle libertà individuali e di demiurgo di un diritto legislativo destinato a scandire la vita di un unico soggetto di diritto. Da qui la rappresentazione in termini semplici e dicotomici del rapporto fra Stato e società, improntato ad un dualismo che avrebbe accompagnato l'intera parabola della dottrina dello Stato liberale. Da qui, soprattutto, l'idea di una costituzione che fosse, oltre che strumento giuridico di limitazione del potere, anzitutto « principio primo di unità e di ordine politico », fondamento « di una autorità politica capace di dominio sulle particolarità frazionali » (23).

La cultura giuridica varava un « riduzionismo » ideologico che consentiva di superare le spinte centrifughe e il particolarismo disgregante dell'antico regime, ma che conteneva già, fondandosi su « mitologie giuridiche » ontologicamente distanti dalla realtà, i ger-

(21) P. CARONI, *Lezioni catalane*, in ID., *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 8.

(22) N. BOBBIO, *Il modello giusnaturalistico*, cit., pp. 91-92.

(23) M. FIORAVANTI, *Costituzione e Stato di diritto*, in ID., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, vol. II, pp. 575-576.

mi di una significativa insufficienza (24). La semplificazione avviata dalla Rivoluzione e portata a compimento sotto il regime napoleonico metteva problematicamente sul tappeto una serie di relazioni antinomiche, fra unità e pluralità, statualità e socialità, autorità e libertà, monismo e pluralismo, che le soluzioni prospettate durante l'Ottocento liberale avrebbero risolto all'insegna di un mistificante disconoscimento della realtà: disconoscimento del pluralismo sociale, disconoscimento della molteplicità ordinamentale, disconoscimento della pluralità delle fonti, disconoscimento della storicità del diritto, disconoscimento di ogni contaminazione fra Stato e società.

2. *La funzione "contemperatrice" dello Stato: il liberalismo fra costituzione, individuo e libertà.*

Già nelle formulazioni costituzionali elaborate durante la Rivoluzione, che pur ambivano all'indipendenza dell'individuo dall'arbitrio politico (libertà *dallo* Stato), affioravano, come si è visto, inequivocabili profili di statualismo e di legicentrismo (25). La società civile degli individui era ancora logicamente e politicamente antecedente all'istituzione politica, ma lo Stato risultava, già nell'approccio individualistico e contrattualistico delle libertà, un protagonista ineliminabile, tanto come « strumento positivo di lotta al privilegio » quanto come « strumento di più salda garanzia dei diritti e delle libertà » (26). Proprio questa componente statualistica, già presente nelle dottrine giusnaturalistiche e rivoluzionarie, avrebbe nel corso dell'Ottocento assunto una paradossale posizione di preminenza, sia

(24) P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2007³, ma volendo ID., *Oltre le mitologie giuridiche della modernità*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XXIX, 2000, pp. 217-240.

(25) M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, Giappichelli, 1995, pp. 59-60.

(26) Ivi, p. 33. Fermi restando i limiti entro i quali secondo la dottrina liberale avrebbe dovuto muoversi l'azione legislativa, si ha sotto questo profilo, nella visione strumentale dello Stato, un elemento teorico che stempera la differenza tra concezione pre-liberale e concezione liberale della libertà, come illustrata da M. BARBERIS, *Libertà, liberalismo, costituzionalismo*, in « Teoria politica », 2000, 3, pp. 141-159.

pur sotto forma di Stato costituzionale, limitato, neutro o immaginario (27).

La dottrina liberale, infatti, attraverso i pensatori più sensibili all'esigenza garantista, guardava la costituzione dal punto di vista della società civile, intendendola come norma di limitazione dell'arbitrio politico, ma la medesima dottrina, attraverso gli esponenti più attenti alle istanze d'ordine, vedeva nello Stato l'unico soggetto legittimato ad assicurare l'ordinato esercizio delle libertà individuali (28): due tendenze diverse, all'interno del proteiforme universo liberale, destinate a produrre quella « tensione che, col tempo, si trasformerà in una vera e propria antinomia e nell'antitesi fra liberalismo etico e liberismo economico » (29).

In un'opera compiuta nel 1806, ma rimasta inedita fino al 1980, Benjamin Constant (1767-1830), lasciate in secondo piano le forme di governo, invitava a concentrarsi sul « grado di potere » spettante all'« autorità sociale », che avrebbe dovuto essere, indipendentemente dal numero dei reggitori, circoscritto alle « funzioni necessarie » e arginato dalla sfera intangibile dei « diritti inalienabili degli individui » (libertà religiosa, di pensiero, di stampa, d'azione, garanzie giudiziarie) (30): lo Stato avrebbe dovuto essere « minimo » e « limitato », con competenza su difesa esterna e ordine interno, ma anche su proprietà, fisco, economia e istruzione, dal momento che gli individui avrebbero dovuto, sì, godere di una « libertà senza limiti », ma solo « fino a quando utilizzando la loro proprietà ed esercitando le loro attività non nuocciono agli altri, che possiedono

(27) L. LACCHÈ, *Il circolo di Coppel e gli orizzonti liberali dello Stato costituzionale*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », XLIX, 1999, pp. 529-556.

(28) Cfr., di M. FIORAVANTI, i due saggi *Costituzione: problemi dottrinali e storici e Liberalismo: le dottrine costituzionali*, entrambi in ID., *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1993, rispettivamente pp. 105-149 e 151-184.

(29) N. MATTEUCCI, *Dal costituzionalismo al liberalismo*, in *Storia delle idee politiche, economiche e sociali*, diretta da L. Firpo, vol. IV, *L'età moderna*, tomo II, Torino, Utet, 1975, p. 147.

(30) B. CONSTANT, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements*, Genève, Droz, 1980, trad. it. *Principi di politica applicabili a tutte le forme di governo*, a cura di S. De Luca, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2007, *passim*.

gli stessi diritti »⁽³¹⁾. Il liberalismo garantista di Constant, riassunto nella formula secondo cui la libertà è « ciò che gli individui hanno il diritto di fare e che la società non ha il diritto di proibire » o più tardi in quella secondo cui la libertà è « godimento pacifico dell'indipendenza privata », implicava l'intangibilità dei diritti dell'individuo, ma non fino ad escludere i limiti sanciti dalla legge dello Stato per assicurare « agli altri membri della società il godimento di questi stessi diritti »⁽³²⁾. « Libertà » — osservava infatti Constant — è per ciascuno il diritto non già di agire senza limiti, ma di non « essere sottoposto » che « alle leggi », mai alla « volontà arbitraria di uno o più individui »⁽³³⁾. In questa versione, che pur sottintendeva una vera e propria « religione della libertà »⁽³⁴⁾, lo Stato era una presenza minima e neutrale, ma era comunque una presenza necessaria, perché l'immagine mitologica di uno spazio sociale omogeneo ed uniforme avrebbe consentito di affidare alla libera iniziativa del singolo, come sul piano economico avevano sostenuto Smith (1723-1790), Ricardo (1772-1823) e Say (1767-1832), lo sviluppo equilibrato della comunità, senza per questo poter rinunciare del tutto ad un'« autorità sociale » (Stato) che temperasse le diverse sfere di arbitrio e garantisse le condizioni per il concreto esercizio delle libertà⁽³⁵⁾.

(31) *Principi di politica*, cit., pp. 503-504. Sul disegno costituzionale di Constant S. HOLMES, *Benjamin Constant and the Making of Modern Liberalism*, New Haven and London, Yale University Press, 1984, pp. 128-155.

(32) Così l'art. 4 della Dichiarazione dell'89. Le definizioni di Constant si trovano rispettivamente in *Principi di politica*, cit., p. 14, e in *De la liberté des anciens comparée a celle des modernes*, 1819, trad. it. *La libertà degli antichi, paragonata a quella dei moderni*, Torino, Einaudi, 2005, p. 15.

(33) *La libertà degli antichi*, cit., p. 6. Diverso, come argomentava lo stesso Constant, quanto aveva predicato Montesquieu, sostenendo che la libertà non consiste « affatto nel fare ciò che si vuole », ma nel « diritto di fare tutto ciò che le leggi permettono » (*Lo spirito delle leggi*, cit., vol. I, 1973, libro XI, capo III, p. 292), perché « le leggi potrebbero proibire talmente tante cose che non vi sarebbe comunque nessuna libertà », sicché occorreva prima spiegare « quello che le leggi hanno o non hanno il diritto di proibire » (B. CONSTANT, *Principi di politica*, cit., p. 14).

(34) È il celebre titolo del capitolo primo dell'opera di B. CROCE, *Storia d'Europa nel secolo decimonono*, Bari, Laterza, 1932, rist. 1965.

(35) Si vedano sul tema gli spunti suggeriti da V. FROSINI, *Da B. Constant a P. Rossi: l'idea dello Stato*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », 1993, 2, pp. 339-346.

Nel liberalismo etico di Humboldt (1767-1835) e Mill (1806-1873), il ruolo dello Stato sarebbe risultato ancor più esplicitamente definito attraverso il tentativo di « determinare i confini » della sua attività ⁽³⁶⁾. La legge dello Stato sarebbe servita a temperare e limitare, ad arrestare gli sconfinamenti di ogni singola « individualità », anche, talvolta, a sacrificare la libertà e la proprietà, se ciò fosse stato necessario a salvaguardare la « sicurezza », « la sola cosa che l'uomo isolato e abbandonato alle sue forze non può procurarsi da sé » ⁽³⁷⁾. « Occuparsi delle cose private del cittadino », perciò, sarebbe stato lecito da parte dello Stato quando fossero stati « lesi i diritti degli altri » ⁽³⁸⁾; di modo che l'unico scopo che avrebbe reso legittimo « l'esercizio del potere nei confronti di un qualsiasi membro di una comunità civile » era « quello di evitare un danno agli altri », come però accadeva, leggendo gli esempi proposti da Mill nel saggio *On Liberty* (1859), in una quantità di occasioni riguardanti il matrimonio, la famiglia, la prole, l'istruzione, il commercio, i contratti, l'ordine pubblico, la giustizia amministrativa ⁽³⁹⁾.

Il discorso liberale, con le sue diverse anime, tendeva così progressivamente a scivolare dalla costituzione verso lo Stato, lo Stato in sé, come momento politico unitario in grado di coordinare le opposte spinte individualistiche e perciò di guadagnare uno spazio sovraordinato rispetto a quello della società ⁽⁴⁰⁾. Nel cercare da un lato di contrastare la deriva democratica insita nell'originarietà di un potere costituente, dall'altro di arginare la minaccia rappresentata dal dispotismo di un re-legislatore, il costituzionalismo liberale finiva con l'identificare nello Stato « minimo » e « limitato » il punto di

⁽³⁶⁾ W. VON HUMBOLDT, *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen*, 1792 (ma pubblicato postumo nel 1851), trad. it. *Saggio sui limiti dell'azione dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 5.

⁽³⁷⁾ Ivi, p. 40. Su questa funzione della legge come strumento di protezione della sicurezza, quest'ultima considerata lo scopo essenziale, se non unico, dello Stato, cfr. P. CAPPELLINI, *Systema iuris*, vol. I, *Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 53-90.

⁽³⁸⁾ W. VON HUMBOLDT, *Saggio*, cit., p. 17.

⁽³⁹⁾ J. STUART MILL, *On Liberty*, 1859, trad. it. *La libertà*, in Id., *La libertà. L'utilitarismo. L'asservimento delle donne*, Milano, Bur, 1999, pp. 75 e 196-226.

⁽⁴⁰⁾ M. BOVERO, *Il modello hegel-marxiano*, in N. BOBBIO e M. BOVERO, *Società e Stato*, cit., pp. 111-179.

equilibrio ideale, giacché era per il tramite del suo potere regolativo, esercitato sotto forma di legge, che avrebbe potuto mantenersi quell'uniformità di trattamento e quella disciplina di « sintesi » che integravano i presupposti dell'« universalizzazione dei diritti » e della garanzia delle libertà individuali (41).

Nel generale clima di aspirazione alla certezza, all'unità, alla semplificazione e alla semplicità, il rapporto di forza tra costituzione e Stato, pertanto, andava progressivamente pendendo a favore del secondo, del quale, onde scongiurare esiti democratici o dispotici, si profilava via via una genesi autonoma. Se all'indomani della Rivoluzione erano ancora forti gli echi di una prospettiva contrattualistica, in virtù della quale la costituzione era concepita come contratto fra governanti e governati e lo Stato come potere fondato da quel contratto, con il più tardo liberalismo, contaminato da elementi del romanticismo e dello storicismo, la costituzione diventava sempre più un documento formale in forza del quale giuridicizzare i rapporti fra l'individuo ed uno Stato limitato non più da un vincolo contrattuale o da un nucleo di diritti naturali, ma dal diritto popolare, dal diritto storico, dal diritto etico (42). La pratica delle carte ottriate, come lo furono quella spagnola del 1812, quella bavarese del 1818, quella francese del 1814, quella austriaca e lo Statuto albertino del 1848, quella prussiana del 1850, non poteva che rafforzare, sotto questo profilo, l'idea di una preesistenza e di una

(41) Il testo dentro apici è ancora di B. CONSTANT, *Principi di politica*, cit., pp. 37 e 123. Cfr. G. DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo europeo*, 1925, ed. Roma-Bari, Laterza, 2003², pp. 384-391, e P.P. PORTINARO, *Profilo del liberalismo*, in B. CONSTANT, *La libertà degli antichi*, cit., pp. 73-74. Più in generale, su questa visione strumentale e antipaternalistica dello Stato, da Kant a Humboldt, da Bentham a Constant, si vedano G. BEDESCHI, *Storia del pensiero liberale*, Roma-Bari, Laterza, 1996, pp. 1-176, e N. BOBBIO, *Liberalismo e Democrazia*, Milano, Simonelli, 2006, in particolare pp. 37-44.

(42) Il complesso rapporto tra Stato e costituzione, dalla Rivoluzione alle democrazie del Novecento, è brillantemente illustrato, nelle sue diverse forme e fasi, da M. FIORAVANTI, *La crisi dello Stato liberale di diritto*, in « *Ars interpretandi* », XVI, 2011, *Lo Stato contemporaneo e la sua crisi*, pp. 81-93. Sull'evoluzione storica, dall'Illuminismo in poi, del costituzionalismo e del concetto di costituzione, cfr. almeno N. MATTEUCCI, *Costituzionalismo*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, vol. II, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1992, ora in ID., *Lo Stato moderno*, Bologna, Il Mulino, 1993, pp. 127-168, e M. TROPER, *Il concetto di costituzionalismo e la moderna teoria del diritto*, in « *Materiali per una storia della cultura giuridica* », 1988, 1, pp. 61-81.

prevalenza dello Stato rispetto alla legge costituzionale ⁽⁴³⁾: la costituzione, degradata a documento giuridico in grado di “intaccare” la pienezza dell’autorità sovrana, sarebbe stata eventualmente concessa da un potere statale che, presto acclamato quale « unità personificata della comunità umana », risultava già costituito e autonomamente fondato ⁽⁴⁴⁾.

3. *La concezione monistica del diritto nel Rechtsstaat del secondo Ottocento.*

La speranza di fondare la garanzia delle libertà in un momento pre-statalistico si sarebbe definitivamente dissolta fra il 1848 e il 1871, in mezzo alle delusioni generate dal fallimento dell’Assemblea di Francoforte e gli entusiasmi per la fondazione dell’Impero unitario tedesco ⁽⁴⁵⁾. Il primato dello Stato, fino ad allora arginato da una dottrina divisa fra rivendicazioni di libertà contro l’arbitrio politico e ricerca dell’ordine contro il particolarismo, si sarebbe fatto sempre più evidente, di pari passo con l’abbandono di ogni fondamento pre-politico della Costituzione, fosse contrattualistico

⁽⁴³⁾ L. LACCHÈ, *Le carte ottriate. La teoria dell’octroi e le esperienze costituzionali nell’Europa post-rivoluzionaria*, in « Giornale di storia costituzionale », XVIII, 2010, 2, pp. 229-254.

⁽⁴⁴⁾ Così già F.J. STAHL, *Die Philosophie des Rechts*, Band II, *Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung*, Tübingen und Leipzig, Mohr, 1878⁵, p. 194, che in quanto personalità di confine, vissuta a cavallo della Rivoluzione del ’48, rappresenta una figura emblematica, nella quale si incontrano al contempo la legittimazione divina del potere sovrano e l’identificazione organica fra popolo e Stato, la derivazione del diritto dalla religione e la centralità dello Stato come fonte del diritto. Sulla sua teoria, fra storicismo e statalismo, rappresentanza cetuale e sovranità statale, legittimismo e anti-assolutismo, C. DE PASCALE, *Sovranità e ceti in Friedrich Julius Stahl*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XIII, 1984, pp. 407-450.

⁽⁴⁵⁾ La « sconfitta della prospettiva liberale », con il conseguente profilarsi di una concezione statualistica del diritto pubblico, è sinteticamente ricostruita da G. GOZZI, *Stato di diritto e diritti soggettivi in Germania tra Otto e Novecento*, in *Diritto e filosofia nel XIX secolo*, a cura di F. Belvisi e M. Cavina, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 463-493. Per un’indagine sulle cause della fragilità del liberalismo in Germania D. BLACKBOURN, *Liberals, cattolici e mutamento sociale in Germania dal 1848 al 1914*, in *L’organizzazione della politica. Cultura, istituzioni, partiti nell’Europa liberale*, a cura di N. Matteucci e P. Pombeni, Bologna, Il Mulino, 1988, pp. 61-101.

(Rousseau), storico-organicistico (Savigny) o etico (Hegel) ⁽⁴⁶⁾: lo Stato, quale espressione organica della comunità storico-culturale (*Volk*), preesisteva alle regole che ne limitavano l'azione, come sembravano confermare la Costituzione del *Norddeutscher Bund* del 17 aprile 1867 e quella del *Reich* del 16 aprile 1871, caratterizzate dall'assenza di uno specifico catalogo di diritti e dall'affidamento della materia alla legge statale. Si apriva la strada, in Germania e da lì all'intera Europa continentale, alla teoria del *Rechtsstaat*, che identificando nell'autorità politica dello Stato non più solo uno strumento di tutela delle libertà individuali, ma il presupposto necessario della loro stessa esistenza, fissava intorno ad un paradigma statocentrico le linee teoriche di una concezione monistica del diritto ⁽⁴⁷⁾.

L'idea, già presente in Gerber (1823-1891), secondo cui « tutti i diritti pubblici », trovando « il loro fondamento, il loro contenuto, il loro fine nell'organismo statale », altro non erano che « effetti riflessi » del diritto prodotto dalla volontà statuale, preannunciava la configurazione dello Stato come « persona giuridica sovrana », « organismo morale » munito di personalità giuridica ⁽⁴⁸⁾. Se il tessuto reticolare di corporazioni e micro-ordinamenti aveva da tempo ceduto il passo ad una società individualistica, questa, unitariamente ricompattata sotto forma di popolo, si sottometteva ora alle leggi di uno Stato eticamente connotato, « custode e rivelatore di tutte le forze del popolo che sono tese al compimento etico della vita collettiva »: il popolo « valeva giuridicamente » nello Stato « come

⁽⁴⁶⁾ D. GRIMM, *Costituzione e legge fondamentale dall'Illuminismo a oggi*, in H. MOHNHAUPT, D. GRIMM, *Verfassung: Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart*, Berlin, 2002, ed. it. *Costituzione. Storia di un concetto dall'Antichità a oggi*, a cura di M. Ascheri e S. Rossi, Roma, Carocci, 2008, pp. 139-145.

⁽⁴⁷⁾ M. FIORAVANTI, *Appunti*, cit., pp. 41-49. Per l'analisi della giuspubblicistica tedesca dell'Ottocento il riferimento rimane M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, Giuffrè, 1979, ma si veda anche P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, a cura di P. Costa e D. Zolo, Milano, Feltrinelli, 2003, specialmente pp. 111-120.

⁽⁴⁸⁾ C.F. VON GERBER, *Ueber öffentliche Rechte*, Tübingen, 1852, trad. it. *Sui diritti pubblici*, e *Grundzüge des deutschen Staatsrechts*, Leipzig, 1865, trad. it. *Lineamenti di diritto pubblico tedesco*, entrambi in ID., *Diritto pubblico*, a cura di P.L. Lucchini, Milano, Giuffrè, 1971, pp. 3-87 e specialmente pp. 128-131.

un'unità etica totale », trovando in esso « la disciplina giuridica della sua vita collettiva » (49).

La residua articolazione del discorso pubblico, che con i liberali del primo Ottocento aveva oscillato fra nazione, libertà, Stato e costituzione, si contraeva nell'unità monolitica dello Stato-persona (50): lo « Stato » era « unità organizzata », « persona giuridica sovrana », « soggetto di diritto » distinto da quella mera « relazione giuridica » che era la « società » (51); la costituzione discendeva dal potere dello Stato sovrano, la cui attività « costituente » aveva « per oggetto se stesso » (52); la « legge », per la prima volta dichiaratamente affrancata da profili « materiali », degradava ad atto « formale » contenente la volontà dello Stato (53); la garanzia delle libertà scivolava nella legge di quello stesso Stato dal quale occorreva difenderla (54); l'amministrazione dello Stato e la giustizia amministrativa si consacravano rispettivamente nel ruolo di esecutore della legge e in quello di guardiano della sua corretta applicazione (55);

(49) C.F. VON GERBER, *Lineamenti*, cit., p. 95.

(50) Per una ricostruzione dell'itinerario storico che ha per protagonista il concetto di Stato-persona giuridica, da Albrecht a Ranelletti, da Laband a Romano, A. MASSERA, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, I, *Stato-persona e organo amministrativo. Profili storico-dogmatici*, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 9-192, nonché, con una prospettiva maggiormente concettuale, G. BERTI, *La parabola della persona Stato (e dei suoi organi)*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XI/XII, 1982/1983, *Itinerari moderni della persona giuridica*, vol. II, pp. 1001-1033.

(51) P. LABAND, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Band I, Freiburg, Mohr, 1888², pp. 52-54.

(52) C.F. VON GERBER, *Lineamenti*, cit., p. 105.

(53) P. LABAND, *Das Staatsrecht*, cit., Band I, §. 54, specialmente pp. 512-513, ma poi §. 56, pp. 566-573. Cfr. R. GRAWERT, *Gesetz*, in *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexicon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Band 2, pp. 863-922, ma specialmente pp. 914-922.

(54) Per una sintesi sul nesso tra Stato, libertà e legge formale nell'esperienza teorica del *Rechtsstaat* cfr. M. STOLLEIS, *Rechtsstaat*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, herausgegeben von A. Erlner und E. Kaufmann, IV. Band, Berlin, Schmidt, 1990, cc. 367-375.

(55) P. AIMO, *La giustizia nell'amministrazione dall'Ottocento a oggi*, Roma-Bari, Laterza, 2000; L. MANNORI e B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 305-373; G.S. PENE VIDARI, *Giustizia amministrativa (storia)*, in *Digesto, Discipline Pubblicistiche*, vol. VII, Torino, Utet, 1991, pp. 502-508; B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, Giuffrè, 1985.

la « scienza giuridica dello Stato » si voleva chiamata alla descrizione delle leggi e delle ordinanze statali, onde « costruire », tramite una « logica pura », un quadro dogmatico « del diritto positivo » al quale « ricondurre », messa da parte ogni contaminazione « storica, economica, politica e filosofica », il profilo concettuale dei singoli istituti giuridici ⁽⁵⁶⁾.

Il vantaggio, agli occhi di chi vedeva nella complessità sociale la più pericolosa fonte di instabilità politica, consisteva ancora una volta nell'annullamento di ogni forza disgregatrice, nella configurazione di uno Stato che attraverso il suo diritto (*Stato di diritto*) neutralizzava le spinte centrifughe e frazionali della società, « le forze che gli si oppongono all'interno » ⁽⁵⁷⁾. Lo Stato rivendicava il monopolio del giuridico, concentrava nei suoi organi la produzione del diritto, assumeva in via esclusiva la responsabilità di governare lo sviluppo industriale e la crescita sociale, schiacciava con la sua autorità ogni forma di potere concorrente, annullava la possibilità teorica di diritti e fonti del diritto di derivazione extra-statale, avvalendosi di una sovranità che designava, come teorizzato da Jellinek (1851-1911), un potere « indipendente », « supremo » e « assoluto », « illimitato e illimitabile », soggetto, semmai, a vincoli « di fatto oppure di natura morale; mai, però di natura giuridica » ⁽⁵⁸⁾. « Lo Stato » era « una unità » — « teleologica », « fisica », « continuativa » — che « vincolando i suoi organi » vincolava « se stesso » e assoggettando l'amministrazione e la giurisdizione alla legge seguiva « un processo, che, contemporaneamente, si svolge nell'interno del potere statale unitario » ⁽⁵⁹⁾. Sovranità e personalità diventavano le insegne del potere, i tratti distintivi del nuovo Leviatano, la giustificazione teorica della dimensione imperativistica e potestativa del diritto. Nessuna forza giuridica poteva esistere al di fuori dello Stato, nessun gruppo al di là di quelli giuridicamente

⁽⁵⁶⁾ Così P. LABAND nella Prefazione scritta nel settembre del 1887 alla seconda edizione di *Das Staatsrecht*, cit., Band I, pp. IX-XI.

⁽⁵⁷⁾ C.F. VON GERBER, *Lineamenti*, cit., p. 111.

⁽⁵⁸⁾ G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 1900, trad. it. *La dottrina generale del diritto dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1949, pp. 71-72.

⁽⁵⁹⁾ ID., *La dottrina generale del diritto dello Stato*, cit., p. 73, e *System der subjectiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, Mohr, 1905², trad. it. *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, Milano, Sel, 1912, p. 29.

riconosciuti, nessuna libertà a parte quelle che lo Stato-persona, secondo il principio di « auto-obbligazione » anticipato da Jhering e consacrato da Jellinek, avrebbe ritenuto di riconoscere attraverso una « manifestazione di volontà unilaterale espressa in forma legale » ⁽⁶⁰⁾.

Il processo di semplificazione, così, raggiungeva il suo culmine. « Mediante il potere unitario dello Stato », spiegava Jellinek, « la pluralità dei membri » si assommava « nell'unità del popolo » e « questa unità » era « quella del popolo dello Stato, della moltitudine statalmente unificata » ⁽⁶¹⁾. La questione dei diritti pubblici subiettivi, pertanto, atteneva ai « rapporti fra un tutto, che crea il diritto, e le unità comprese in questo tutto, e quindi in prima linea ai rapporti fra lo Stato e l'individuo » ⁽⁶²⁾. « Lo Stato moderno » — come sintetizzato da Vittorio Emanuele Orlando (1861-1952) — non aveva più « forma corporativa », perché « il potere sovrano » era « in rapporto diretto ed immediato col “soggetto” individualmente considerato nei suoi diritti e nei suoi doveri » ⁽⁶³⁾. « Il diritto

⁽⁶⁰⁾ ID., *Sistema*, cit., p. 215 e *passim*, ma su « Selbstbestimmung », da un lato, e « Selbstbeschränkung », dall'altro, il giurista di Lipsia si era già estesamente soffermato in *Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, Freiburg, Mohr, 1887, ed. New York, Elibron Classics, 2005, pp. 196-205. Prima di lui, come accennato, di « autolimitazione » ed « autocontrollo », peraltro « non più di quanto sia assolutamente necessario », aveva parlato R. VON JHERING, *Der Zweck im Recht*, 1884², trad. it. *Lo scopo nel diritto*, a cura di M.G. Losano, Torino, Einaudi, 1972, pp. 269-307.

⁽⁶¹⁾ G. JELLINEK, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, cit., p. 36.

⁽⁶²⁾ ID., *Sistema*, cit., p. 54. Sul punto, anche per la continuità con la tesi gerberiana dei « Reflexrechte », M. LA TORRE, *Jellinek e il sistema dei diritti pubblici soggettivi: il paradosso dei diritti di libertà*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », 1982, 1, pp. 79-116.

⁽⁶³⁾ V.E. ORLANDO, *Del fondamento giuridico della rappresentanza politica*, in « Revue de Droit Public et de la Science Politique », III, 1895, poi in ID., *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, Giuffrè, 1954, p. 422. Sulla figura di Vittorio Emanuele Orlando, la sua vita, il suo pensiero e la sua collocazione nel contesto culturale di fine Ottocento-primo Novecento, si veda in primo luogo, anche per riferimenti bio-bibliografici, G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1980. Per un breve profilo sia consentito rinviare ora a F. MAZZARELLA, *Vittorio Emanuele Orlando. Un giurista al servizio dell'Italia*, in « Mediterranea. Ricerche storiche », XXIII, 2011, pp. 577-582.

pubblico » non riconosceva « più alcuna forma di associazione intermedia » che si presentasse come « soggetto passivo della sovranità », di modo che « la monade costitutiva dello Stato moderno » era « l'individuo », come « individuale » era « la base dei doveri pubblici » (64). Scomposta la società in individui, essa si ricompattava sotto forma di popolo, dalla cui unità, quale insieme collettivo degli individui (« collettività dei cittadini »), si formava « direttamente lo Stato » (65).

Il termine medio, capace di unire organicamente la collettività di individui allo Stato, era per Orlando, come per la giuspubblicistica tedesca, il popolo « savignianamente » inteso, che rappresentava ormai, nel delicato asse teorico fra Stato e società, l'unico « polo sociale », predisposto, grazie alla sua omogeneità, a veder realizzato il proprio diritto interamente nello Stato (66). Anche la soluzione escogitata da Orlando, sotto certi aspetti originale rispetto alla dottrina tedesca, approdava dunque ad una nozione che, in quanto fondata anch'essa sulla sovranità dello Stato e sull'idea che la volontà dello Stato fosse quella del tutto, presupponeva necessariamente « una società semplice, omogenea al suo interno, scarsamente conflittuale, non scomponibile in interessi organizzati e in partiti » (67).

Da Gerber a Laband, da Jellinek a Orlando, la giuspubblicistica continentale confermava la centralità del dualismo tra Stato e società, ma lo risolveva ora, lungo una tradizione che risaliva a Savigny, in forza del nesso organico che collegava lo Stato al popolo, talché lo Stato cessava di essere considerato una minaccia per le libertà e diventava invece il necessario portavoce dell'ordine storico nazionale, mentre la società civile usciva « fuori nel suo contenuto

(64) V.E. ORLANDO, *Del fondamento giuridico della rappresentanza*, cit., p. 422.

(65) *Ibidem*.

(66) P. COSTA, *La giuspubblicistica dell'Italia unita: il paradigma disciplinare, in Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari, Laterza, 1990, pp. 106-107. Ma sulle novità che, in tema di sovranità e di rappresentanza popolare, sopraggiunsero nel pensiero di Orlando a seguito del ventennio fascista e della Seconda guerra mondiale, cfr. D. QUAGLIONI, *Ordine giuridico e ordine politico in Vittorio Emanuele Orlando*, in « Le Carte e la Storia », 2007, 1, pp. 17-26.

(67) M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in *Stato e cultura giuridica in Italia*, cit., p. 20.

disgregante»: « il vecchio organicismo » diventava « statualismo » (68). La diffidenza verso le potenzialità centrifughe di una società politicamente attiva aveva portato la dottrina, nel corso dell'Ottocento, a spostare la sovranità dalla nazione allo Stato, la fonte del diritto dal legislatore come espressione della volontà generale alla legge come espressione del potere neutrale dello Stato, la garanzia delle libertà dallo stato di natura al diritto dello Stato (69). La dottrina dello Stato liberale di diritto, come pensata e applicata nella Germania imperiale, nella Francia della Terza Repubblica e nell'Italia giolittiana, individuava nello Stato-persona l'espressione storica ed organica del popolo come soggetto unitario e ordinato, ravvisando nella sua sovranità la migliore garanzia delle libertà individuali e nella sua volontà la necessaria espressione della comunità storica popolare (70).

Da qui il poco peso dato al momento elettorale (e l'avversione per il suffragio universale), inteso non già come canale volto a dar rappresentanza alla pluralità di interessi, valori ed opinioni di una società complessa, ma a legittimare il governo dello Stato da parte di un ceto borghese ritenuto rappresentativo di una presunta unità di popolo (71). Da qui, ancora, il paradosso di uno Stato monoclasse al governo di una società pluriclasse, di uno Stato centripeto al vertice di una rete di forze centrifughe, di uno Stato sovrano mai « assolutamente limitato », ma mai nemmeno « assolutamente illimitato » (72).

(68) M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica*, cit., p. 231.

(69) Cfr. M. LA TORRE, *Jellinek e il sistema dei diritti pubblici soggettivi*, cit., soprattutto pp. 99-108.

(70) M. FIORAVANTI, *Lo Stato di diritto come forma di Stato. Notazioni preliminari sulla tradizione europeo-continentale*, in ID., *La scienza del diritto pubblico*, cit., vol. II, pp. 855-869.

(71) V.E. ORLANDO, *Del fondamento giuridico della rappresentanza*, cit., pp. 440-448, ma si veda anche, su questa concezione della rappresentanza come « istituzione dello Stato » e del voto come canale di « genuina » e « diretta » estrinsecazione della « coscienza popolare », ID., *La riforma elettorale*, Milano, Hoepli, 1883, soprattutto pp. 51-134. Cfr. su questi profili, anche per saggiare i collegamenti e le influenze fra le tesi orlandiane e la dottrina straniera, G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V.E. Orlando*, cit., specialmente pp. 39-149.

(72) G. JELLINEK, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, cit., p. 76.

4. *Dimensione organizzativa e tendenze associative: industrializzazione, questione sociale, lotta politica.*

La costruzione di uno statuto giuridico semplice, con cui dal modello napoleonico di Stato amministrativo al modello tedesco di Stato di diritto la cultura giuridica aveva preteso di sospendere il pluralismo di fonti, ordinamenti, soggetti, diritti, giurisdizioni e amministrazioni, culminava dunque nel parossismo di un diritto pan-statuale (legge dello Stato, amministrazione unica dello Stato, libertà concesse dallo Stato, costituzione dello Stato), ma sacrificava ingenuamente la complessità e la trasversalità del mondo reale. Se l'enfatizzazione della fisionomia unitaria dello Stato liberale di diritto era funzionale ai processi di costruzione delle identità nazionali e alle esigenze politiche derivanti dai nuovi conflitti internazionali, la negazione di ogni geometria policentrica, sul piano politico, sociale, economico e giuridico, strideva con l'articolazione complessa e pluralistica della società industriale.

Negli stessi anni in cui la dottrina dello Stato metteva a punto la nozione continentale di Stato di diritto, infatti, la società si andava risistemando secondo moduli organizzativi e statuti complessi, ribadendo il suo carico di contraddizioni, differenziazioni, spinte aggregative e tendenze autonomistiche ⁽⁷³⁾. Dalla metà dell'Ottocento alla Grande guerra, sotto l'impulso del vapore e dell'elettricità, l'industrializzazione ridisegnava la carta del mondo ricalcando le traiettorie delle reti ferroviarie e delle nuove rotte commerciali, accelerava le comunicazioni al ritmo del telegrafo e i trasporti nel segno delle prime grandi opere d'ingegneria civile, incrementava la produzione in virtù dei progressi raggiunti nell'industria chimica, meccanica e siderurgica, intensificava i processi di inurbamento facendo della città da un lato lo sfondo nel quale si consumavano le miserie del proletariato, dall'altro il luogo d'incontro privilegiato per cittadini d'ogni estrazione sociale.

Lo sviluppo economico in senso capitalistico, fondandosi su scambi, relazioni e contatti, innescava fenomeni associativi e gene-

⁽⁷³⁾ Una prima introduzione storica che tenga insieme, in una cornice europea, gli aspetti economici, sociali, politici e scientifici, può leggersi in L. GALL, *Europa auf dem Weg in die Moderne. 1850-1890*, München, Oldenbourg, 1997³.

rava forme organizzative destinate ad intrecciarsi con l'universo dei movimenti politici e delle associazioni rappresentative. L'« epopea dell'industria » sanciva « il trionfo della borghesia », ma si basava paradossalmente su un modello economico che, come rilevato da Marx (1818-1883) nel *Capitale* (1867), non poteva prescindere dall'apporto delle altre classi sociali, ciascuna « corporativamente » organizzata intorno ad un proprio interesse (74). Come già accaduto per quei movimenti cospiratori che, sotto gli ideali del patriottismo, del nazionalismo, del liberalismo e della democrazia, avevano animato i processi unitari e risorgimentali, l'associazionismo, ora ridefinito su basi economiche, rappresentava l'unico modo per avanzare rivendicazioni, esprimere esigenze collettive e tutelare interessi comuni, ma costituiva anche il mezzo più efficace e sicuro per esercitare l'attività commerciale ed industriale. Da un lato società di mutuo soccorso, cooperative, sindacati, camere del lavoro, federazioni di mestiere e leghe contadine, dall'altro banche, compagnie, imprese, consorzi, società in accomandita e società per azioni: « gruppi economici », « gruppi regolativi dell'economia », « gruppi di ordinamento », tutti basati, « in linea di principio », su un'« autonomia più o meno grande dei soggetti economici » (75).

Il dualismo con cui fin dall'età della Rivoluzione si era preteso di semplificare lo spazio politico-sociale, dividendolo fra Stato e individuo, si rivelava insufficiente a contenere una realtà sociale in ebollizione, attraversata da gruppi, organizzazioni e associazioni. Dopo l'effimero annuncio contenuto nella Costituzione del 1848 (art. 8), la Francia completava, tra il 1864 e il 1901, il percorso di riconoscimento del diritto d'associazione, sulla scia di quanto avvenuto in Inghilterra tra il 1824 e il 1871. Contenuto nella Dichiarazione dei diritti fondamentali del popolo tedesco (art. VII), approvata dall'assemblea di Francoforte nel 1848 ma rimasta in vigore solo fino al 1851, il diritto di associazione, « speranza delle classi oppres-

(74) Si vedano almeno E.J. HOBBSAWM, *The age of Capital. 1848-1875*, 1975, trad. it. *Il trionfo della borghesia. 1848-1875*, Roma-Bari, Laterza, 2003, e A. CARACCIOLLO, *L'età della borghesia e delle rivoluzioni. XVIII-XIX secolo*, Bologna, Il Mulino, 1979, soprattutto pp. 203-298.

(75) M. WEBER, *Economia e società*, cit., vol. I, p. 69.

se »⁽⁷⁶⁾, veniva contemplato anche in Germania, dalla *Gewerbeordnung* del 1869, mentre nel Regno d'Italia il Codice civile del 1865 parlava di « corpi morali legalmente riconosciuti » (art. 2) e il Codice penale del 1889 non prevedeva alcun delitto di associazione⁽⁷⁷⁾. Il favore verso forme collettive di esercizio commerciale, inoltre, spingeva il legislatore ad abolire, in Francia (1867), Spagna (1869), Germania (1870), Belgio (1873), Ungheria (1875) e Italia (1882), ogni autorizzazione governativa alla costituzione di società per azioni e ad introdurre, sul modello della *Private Company Limited* inglese, nuove forme societarie, come la società a responsabilità limitata, prevista in Francia da una legge del 1863 e in Germania da una legge del 1892⁽⁷⁸⁾. Le combinazioni organizzate di beni e persone, che tenevano insieme imprenditore e lavoratori, beni materiali e immateriali, energie e macchinari, affioravano sul piano giuridico sotto forma di *fonds de commerce*, aziende e imprese, paradigmi complessi molto più funzionali alle esigenze della produzione industriale di quanto lo fosse l'individualistico ed unilineare diritto di proprietà⁽⁷⁹⁾.

(76) T. MOMMSEN, *Die Grundrechte des deutschen Volkes*, Leipzig, 1849, trad. it. *I diritti fondamentali del popolo tedesco. Commento alla costituzione del 1848*, a cura di G. Valera, Bologna, Il Mulino, 1994, p. 73. Sulla storia dei diritti fondamentali in Germania K. KRÖGER, *Grundrechts-entwicklung in Deutschland — von ihren Anfängen bis zur Gegenwart*, Tübingen, Mohr, 1998.

(77) Sanzionato invece dal Codice albertino del 1839 (artt. 483 ss.).

(78) Sulla "liberalizzazione" delle società per azioni H. COING, *Europäisches Privatrecht 1800 bis 1914*, Band II, 19. Jahrhundert, München, Beck, 1989, pp. 95-110; A. PADOA SCHIOPPA, *Disciplina legislativa e progetti di riforma delle società per azioni in Italia (1862-1942)*, in ID., *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano, Led, 1992, pp. 205-259; P. UNGARI, *Profilo storico del diritto delle anonime in Italia*, Roma, Bulzoni, 1974, specialmente pp. 61-73; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *La société anonyme au XIX^e siècle*, cit., pp. 419-435; G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1946, pp. 48-123. Sulla società a responsabilità limitata W. SCHUBERT, *Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. — Eine neue juristische Person*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XI/XII, 1982/1983, vol. I, pp. 589-629.

(79) Oltre che a P. GROSSI, *Itinerari dell'impresa*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XXVIII, 1999, vol. II, pp. 999-1038, sia consentito rinviare a F. MAZZARELLA, *La scoperta di un paradigma complesso. L'« Unternehmen » nel diritto commerciale e nella dottrina austro-tedesca del primo Novecento*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XXXIX, 2010, pp. 299-386.

Il quadro politico, in concomitanza con l'allargamento del suffragio e la nascita dei comitati elettorali, rifletteva le nuove fibrillazioni sociali ed il particolarismo degli interessi economici, articolandosi in formazioni partitiche chiamate ad un'essenziale funzione di mediazione tra individuo e nazione, società civile e Stato ⁽⁸⁰⁾. L'aspirazione delle nuove classi a partecipare alla vita politica si traduceva nella formazione di organizzazioni rappresentative di frazioni di popolo, modelli funzionali a convogliare il consenso e a suscitare sostegno intorno a ideali, interessi economici, rivendicazioni sociali e convinzioni religiose. Il movimento operaio, già organizzato in società di mutuo soccorso, circoli, società di miglioramento, leghe di resistenza, federazioni di mestiere, Camere del lavoro e cooperative, si strutturava in veri e propri partiti di massa, come la *Sozialistische Arbeiterpartei Deutschlands* (1875), il *Parti ouvrier français* (1880), il Partito operaio italiano (1892), l'*Independent Labour Party* (1893), il Partito socialista italiano (1895).

Sollecitata dalle nuove questioni provocate dall'industrializzazione, anche la Chiesa si proponeva, in concorrenza o eventualmente in alternativa allo Stato, quale istituzione in grado di risolvere, grazie alla rete capillare di parrocchie, comitati, circoli, associazioni di carità e opere pie, i problemi sociali e assistenziali del proletariato urbano e del ceto contadino. Dal *Syllabus errorum* (1864), con cui Pio IX aveva rifiutato fra le altre cose l'idea che il cattolicesimo potesse venire a patti « col progresso, il liberalismo e la civiltà moderna », si passava all'Enciclica *Rerum novarum*, emanata da papa Leone XIII nel maggio del 1891, con la quale, nell'intento di elaborare una « dottrina sociale cattolica », la Chiesa affrontava apertamente la « questione operaia », propugnando un rinnovamen-

⁽⁸⁰⁾ È sufficiente richiamare A. BERGOUNIOUX, *Partiti*, in *Enciclopedia Einaudi*, vol. X, Torino, Einaudi, 1980, pp. 479-495, M. DUVERGER, *Les partis politiques*, Parigi, Colin, 1958, trad. it. *I partiti politici*, Milano, Edizioni di Comunità, 1961, e P. POMBENI, *Partiti e sistemi politici nella storia contemporanea (1830-1968)*, Bologna, Il Mulino, 1994. Si veda anche, con specifico riferimento all'Italia, D. CORRADINI, *Rafforzamento e crisi dello Stato di diritto. Socialisti e cattolici dall'età crispina alle soglie dell'età giolittiana*, in « Prassi e teoria », V, 1980, pp. 7-71.

to in senso corporativo del tessuto sociale, invitando gli industriali a rispettare la dignità dei lavoratori e ad assicurare loro un adeguato salario, incoraggiando esplicitamente l'associazionismo di operai e artigiani sotto principi cristiani.

Dal secondo Ottocento la dimensione organizzativa e aggregativa del fenomeno sociale si avviava così a tornare al centro del quadro politico e dell'equilibrio costituzionale, dapprima imponendosi quale oggetto teorico di nuove scienze e discipline, poi condizionando il metodo e le proposte di innovativi indirizzi "giurisprudenziali" ⁽⁸¹⁾. Configurata quale vero e proprio organismo, a immagine di quanto Darwin (1809-1882) faceva nel mondo naturale, la società, che Comte (1798-1856) aveva messo al centro della nuova scienza della sociologia, si misurava con le leggi dell'evoluzione, della selezione e dell'adattamento. Ma se l'evoluzionismo di Spencer (1820-1903) riaccendeva i temi liberali dell'individualismo e dell'anti-statalismo, conformemente all'assunto secondo cui la misura della libertà individuale sarebbe stata inversamente proporzionale all'ampiezza dell'interventismo statale, le teorie di Comte, Darwin, Marx e più tardi Durkheim (1858-1917), restituivano un'immagine complessa della società, basata su vincoli di cooperazione, interdipendenza e solidarietà, in uno scenario popolato non più da individualità indipendenti, ma da gruppi e formazioni sociali minori, non più da individui eguali, ma da soggetti divisi in classi, organizzazioni, categorie professionali ⁽⁸²⁾.

L'influenza del positivismo scientifico e della sociologia contribuiva a radicare sul terreno giuridico una visione "sociocentrica", in virtù della quale da un lato si vedeva nello Stato l'autorità capace di intervenire a favore delle categorie svantaggiate, dall'altro si sottolineava l'irrinunciabilità dei gruppi sociali come canali di

⁽⁸¹⁾ P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, vol. III, *La civiltà liberale*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 3-136.

⁽⁸²⁾ Si vedano A. GIDDENS, *Capitalism and Modern Social Theory*, Cambridge, 1971, trad. it. *Capitalismo e teoria sociale. Marx, Durkheim, Weber*, Milano, Est, 1998, pp. 78-93 e 125-149, e E. RUTIGLIANO, *Teorie sociologiche classiche. Comte, Marx, Durkheim, Simmel, Weber, Pareto, Parsons*, Torino, Bollati Boringhieri, 2001, pp. 39-55, 72-78 e 110-127.

integrazione economica e di partecipazione politica, ammortizzatori di tensioni e di conflitti, fonti di norme e di diritti ⁽⁸³⁾. Se la società era un organismo vivente, un'organizzazione composta da gruppi e da associazioni, da « cellule sociali » e da « tessuti connettivi » ⁽⁸⁴⁾, l'universo giuridico riacquistava la sua complessità, si ramificava in una moltitudine di « combinazioni » delle quali l'individuo non era che una componente, un « atomo », una « molecola », con la conseguenza che l'impostazione del diritto liberale, costruita intorno allo Stato e all'« individuo umano astratto », risultava del tutto insufficiente ⁽⁸⁵⁾: data una società di gruppi, di individui economicamente « disuguali » (« usurari » e « popolani », « proprietari » e « contadini », « imprenditori » e « operai ») ⁽⁸⁶⁾, occorrevano non solo Codici nuovi (Codice privato-sociale, Codice industriale, Codice delle obbligazioni, Codice sociale), ma anche « leggi civili speciali » ⁽⁸⁷⁾, nonché il riconoscimento di fonti del diritto innervate nel tessuto sociale, come la consuetudine, la dottrina e la giurisprudenza. Il giuridico si spostava dallo Stato alla società, dall'unità politica alla pluralità sociale, dalla legge al fatto, dal legislatore alla giurisprudenza pratica e teorica, imponendo una rilettura « in senso moderno » dello « *Stato di diritto* », che era tale, come dagli anni Trenta avevano via via illustrato Mohl, Stahl, Gneist e Stein, per « la forma » ed « il carattere » del suo agire, non per « lo scopo » ed « il contenuto » della sua azione: una volta che il « sistema dei gruppi sociali » avesse riguadagnato il suo posto, lo Stato avrebbe dovuto ridisegnare il perimetro del suo intervento, riconsiderando il rap-

⁽⁸³⁾ G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato. Influenza delle odierne dottrine socialiste sul diritto privato* (1906), edizione postuma a cura di P. Ungari, Milano, Giuffrè, 1980.

⁽⁸⁴⁾ G. VADALÀ-PAPALE, *Darwinismo naturale e darwinismo sociale. Schizzi di scienza sociale*, Roma-Torino-Firenze, Loescher, 1883, p. 329.

⁽⁸⁵⁾ E. CIMBALI, *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali*, Torino, Utet, 1895³, p. 11.

⁽⁸⁶⁾ E. GIANTURCO, *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale*, 1891, poi in Id., *Opere giuridiche*, vol. II, Roma, Libreria dello Stato, 1947, pp. 262-269.

⁽⁸⁷⁾ G. CAVAGNARI, *Leggi civili speciali*, in «La scienza del diritto privato», 1893, pp. 93-116, 229-235 e 275-283.

porto tra potere politico e forze sociali, legge e amministrazione, diritto e interpretazione ⁽⁸⁸⁾.

5. *Interventismo statale e spazio sociale: pluralità e socialità nella dottrina giuridica dello Stato.*

Tra la fine dell'Ottocento e i primi del Novecento, pertanto, il rapporto tra Stato e società andava incontro ad una trasformazione radicale, che vedeva la società articolarsi in una molteplicità di enti, istituzioni e organizzazioni, e lo Stato compenetrarsi sempre più con la società, compromettersi sempre più arditamente con uno spazio sociale che il puro liberalismo aveva fino a quel momento ordinato di lasciare all'auto-regolazione ⁽⁸⁹⁾. Socialità, complessità e pluralismo significavano differenze e diversità, implicavano la registrazione di una realtà che non era formata da individui astratti, eguali e indifferenziati, ma da soggetti concreti, diseguali e differenti: uomini e donne, fanciulli e adulti, nati e concepiti, forti e deboli, sani e malati, ricchi e poveri, figli legittimi e figli naturali ⁽⁹⁰⁾. Il ruolo dello Stato cambiava nel senso di un interventismo sempre più spinto nel settore sociale ed economico, uno « Stato provvidenza », che, come avveniva con l'emanazione di una legislazione industriale e di una legislazione sociale, avrebbe dovuto farsi mediatore e arbitro nel giuoco degli interessi contrapposti, garante e protettore dei soggetti

⁽⁸⁸⁾ F. FILOMUSI-GUELF, *La codificazione civile e le idee moderne che ad essa si riferiscono*, Discorso letto nella R. Università di Roma il giorno 3 novembre 1886, in Id., *Lezioni e saggi di Filosofia del diritto*, a cura di G. Del Vecchio, Milano, Giuffrè, 1949, in particolare pp. 196-200. Il forte nesso tra proposte metodologiche, istanze riformistiche ed esigenze di una nuova concezione dello Stato è illustrato da P. BENEDEUCE, *Questione del « metodo » e critica dello « Stato indifferente » nella cultura giuridica italiana di fine Ottocento*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », 1983, 1, pp. 57-84.

⁽⁸⁹⁾ Sui « paradossi dell'autoritarismo liberale », derivanti dalla « contrapposizione elementare » di Stato e società, R. ROMANELLI, *Il comando impossibile. Stato e società nell'Italia liberale*, Bologna, Il Mulino, 1988 (la citazione è tratta da p. 24).

⁽⁹⁰⁾ Cfr. G. ALPA, *La rinascita dello status*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica moderna*, 1992, 2, pp. 435-473.

più deboli, promotore e sempre più spesso protagonista dell'iniziativa economica ⁽⁹¹⁾.

La rapidità e la settorialità delle trasformazioni che giorno dopo giorno rinnovavano il volto dell'Europa richiedevano infatti interventi mirati, provvedimenti specifici e speciali, la frantumazione dell'unità codicistica a vantaggio di una legislazione articolata, lo spostamento del baricentro legislativo dal Codice al « diritto civile extravagante » ⁽⁹²⁾. La funzione della legge non era più quella di dettare una disciplina eguale per tutti, ma di prevedere discipline differenziate per soggetti, rapporti, cose ⁽⁹³⁾. La sfera dell'amministrazione si dilatava fino a ricomprendere l'ambito del sociale e dell'economico, articolandosi in strutture « decentrate » e « parallele », ricorrendo a moduli privatistici che preconizzavano la nascita dello Stato-impresa ⁽⁹⁴⁾.

⁽⁹¹⁾ F. EWALD, *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986, ma sull'origine della formula P. ROSANVALLON, *La crise de l'État-providence*, Paris, 1981, trad. it. *Lo Stato provvidenza. Tra liberalismo e socialismo*, Roma, Armando, 1984, pp. 124-125. Un protagonismo, quello dello Stato, che inaugurava un secondo liberalismo, il suo superamento, il suo epicidio, o forse, come ipotizzato da N. TRANFAGLIA, *Dallo stato liberale al regime fascista. Problemi e ricerche*, Milano, Feltrinelli, 1973, p. 16, semplicemente la « crisi dello stato liberale ».

⁽⁹²⁾ C. GHIGI, *Appunti ed osservazioni sul diritto civile extravagante*, in « Giurisprudenza italiana », XLII, 1890, IV, cc. 124-156. Si vedano, di G. CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, Giuffrè, 1991, e *Critiche sociali al Codice e crisi del modello ottocentesco di unità del diritto*, in ID., *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 27-65. Si leggano inoltre le considerazioni di N. IRTI, *Leggi speciali (dal mono-sistema al poli-sistema)*, in « Rivista di diritto civile », 1979, I, pp. 141-153.

⁽⁹³⁾ Sulla stretta connessione tra legislazione speciale di marca sociale e mutamento dello Stato G. GOZZI, *Legislazione sociale e crisi dello Stato di diritto in Italia*, in « Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento », X, 1984, pp. 195-230, poi con modifiche in ID., *Modelli politici e questione sociale in Italia e in Germania fra Otto e Novecento*, Bologna, Il Mulino, 1988, pp. 181-231, nonché, sui nessi fra politica sociale e questione costituzionale in Germania, specie ai fini di una conservazione dello Stato in senso autoritario, pp. 127-180 dello stesso volume.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. L. MANNORI e B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 400-452, e G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana (1861-1993)*, Bologna, Il Mulino, 1996, nonché, sulla nascita, nella prima metà del Novecento, di un « Verwaltungsrecht » chiamato a ridefinire gli equilibri fra diritto pubblico e diritto privato e a

L'ingerenza sociale dello Stato, via via più massiccia e capillare, incrinava dunque il dogma liberale della separazione tra Stato e società, riacutizzando il problema del rapporto fra eguaglianza giuridica formale e differenziazione reale, ordinamento statale e ordinamenti giuridici minori, soggetto unico di diritto e gruppi giuridicamente qualificati, unità dello Stato e pluralismo della società⁽⁹⁵⁾. Lo stesso Jellinek, attraverso la finzione dell'auto-limitazione, avrebbe avvertito l'esigenza di dare concretezza al rapporto giuridico fra Stato, cittadini e « corpi di diritto pubblico riconosciuti »⁽⁹⁶⁾. Se è vero — notava Orlando — che l'esistenza di ogni « diritto subiettivo », conformemente al « concetto di autolimitazione », sarebbe dipesa da « una norma di diritto obiettivo e che il diritto obiettivo derivi, tutto e sempre, dallo Stato », non era meno vero che « quando uno Stato positivo » avesse stabilito « il suo diritto », esso si sarebbe sempre e comunque mosso « entro limiti, predeterminati dalle condizioni svariate e complesse della coscienza giuridica del popolo, del grado di civiltà da esso raggiunto e così via »⁽⁹⁷⁾. La cosiddetta « autolimitazione », pertanto, era molto « meno libera e spontanea » di quanto volessero far credere i detrattori della teoria di Jellinek, i quali negavano « ai diritti pubblici subiettivi... un fondamento certo, solido e definitivo »⁽⁹⁸⁾. La decisione di auto-limitarsi, in altri termini, non dipendeva dal puro arbitrio del potere statale, ma rispondeva « alla concezione giuridica germanica, al fatto storico dello sviluppo graduale del potere statale », sicché la

disciplinare una burocrazia fondata su modelli consensualistici B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano, Giuffrè, 1987.

⁽⁹⁵⁾ Sul rapporto fra pluralismo, trasversalità d'interessi e forme politico-istituzionali si veda R. EISFELD, *Pluralismus zwischen Liberalismus und Sozialismus*, Stuttgart, Kohlhammer, 1972, trad. it. *Il pluralismo fra liberalismo e socialismo*, Bologna, Il Mulino, 1976, in particolare, sul superamento dell'individualismo e della presunta omogeneità di interessi propri del liberalismo, pp. 85-187.

⁽⁹⁶⁾ Ma sui « limiti del potere dello Stato » cfr. già C.F. VON GERBER, *Lineamenti*, cit., pp. 118-128.

⁽⁹⁷⁾ V.E. ORLANDO, Prefazione a G. Jellinek, *Sistema*, cit., pp. X-XI.

⁽⁹⁸⁾ Ivi, p. XII.

« libertà » non era dallo Stato « creata », sibbene semplicemente « riconosciuta » (99).

Lo Stato moderno, stretto fra l'aspirazione ad una sovranità assoluta e la constatazione di un'originaria autorità delle forze sociali, fra la pretesa di un diritto unico di matrice statale e l'obiettiva esistenza di diritti sociali, piombava nel paradosso di uno Stato al tempo stesso sovrano e limitato, vittima di un'aporìa conclamata dalla concezione di una sovranità, sì, illimitata, ma che si voleva in qualche modo assoggettata a limiti giuridici (100). Non c'era « contraddizione » — insisteva Jellinek — « nel concetto di autobbligazione dello Stato », perché la sovranità non implicava necessariamente « assenza di limiti », ma esprimeva in primo luogo la « capacità della esclusiva autodeterminazione, e quindi dell'autolimitazione del potere statale », vale a dire la potestà dello Stato, che « giuridicamente » non era « vincolato da forze esterne », di sottoporsi al diritto, così da rendere la propria attività « giuridicamente valutabile » (101).

La realtà era che i limiti cui si sottoponeva lo Stato erano quelli che derivavano dal diritto obiettivo delle organizzazioni sociali, del complesso delle forze storiche, conformemente ad una concezione della sovranità che, peraltro fin dalle “assolutistiche” tesi di Bodin, non poteva fare a meno di confrontarsi con poteri decentrati e di contemplare di conseguenza l'esistenza di limiti obiettivi derivanti dal vitalismo pluralistico della società (102). Tanto è vero che, consapevole della sempre più movimentata pluralità di soggetti sociali, Jellinek elaborava pure una « dottrina sociale dello Sta-

(99) G. JELLINEK, *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte*, München-Leipzig, Duncker & Humblot, 1927⁴, trad. it. *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 117.

(100) L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno. Crisi e metamorfosi*, in *Crisi e metamorfosi della sovranità*, Atti del XIX Congresso nazionale della società italiana di filosofia giuridica e politica, Trento, 29-30 settembre 1994, a cura di M. Basciu, Milano, Giuffrè, 1996, specialmente pp. 47-53.

(101) G. JELLINEK, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, cit., pp. 75-76.

(102) D. QUAGLIONI, *Sovranità e autolimitazione (Rileggendo la « Dottrina generale del diritto dello Stato » di G. Jellinek)*, in *Crisi e metamorfosi della sovranità*, cit., pp. 271-282.

to» (103), in virtù della quale apriva alla legittimazione di « forze sociali » e « associazioni », fino a riconoscere taluni « gruppi d'autoamministrazione » (« comuni », « chiese », « camere di commercio e d'industria », « unioni di mestieri », « Casse per malati », « associazioni professionali », « corporazioni artigiane », « sindacati operai ») (104) e ad ammettere in qualche misura l'esistenza di un « diritto non statale », innervato in formazioni sociali minori che, anche se non riconosciute giuridicamente come « persone » (« istituzioni » e « corporazioni »), rappresentavano comunque « subbietti di diritto », con un « diritto interno » composto da norme e regole di condotta cogenti per il « gruppo di persone per le quali sono destinate ad avere valore » (105).

Di fronte ad un'ingerenza « permanente, necessaria, organizzata », anche Orlando, diviso fra lo statalismo di Laband e lo storicismo di Savigny, fra l'esaltazione dell'elemento statale e la valorizzazione della componente popolare, sollecitava una rivisitazione della questione riguardante i limiti e la natura « dell'azione dello Stato sulla società » (106). Ferma restando la comune premessa dei moderni indirizzi del diritto pubblico, giusta la quale « lo Stato si afferma in netta e vigorosa antitesi della società », era innegabile il moto di avvicinamento che aveva portato « la nozione di Stato... a porsi in immediato rapporto colla nozione di società » (107). Il processo di ingerenza dello Stato era ormai diventato « trionfante ed

(103) G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 1900, trad. it. *La dottrina generale dello Stato*, vol. I, *Studi introduttivi. — Dottrina generale sociale dello Stato*, Milano, Sel, 1921, specialmente pp. 604-656. Sulla « Sozialehre » di Jellinek si veda M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica*, cit., pp. 391-423.

(104) G. JELLINEK, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, cit., p. 196.

(105) ID., *Sistema*, cit., pp. 281-282.

(106) V.E. ORLANDO, *Diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione*, in « Archivio giuridico », 1887, poi in ID., *Diritto pubblico generale*, cit., p. 153. Fondamentale, per questi diversi aspetti del pensiero di Vittorio Emanuele Orlando, il saggio di M. FIORAVANTI, *Popolo e Stato negli scritti giovanili di Vittorio Emanuele Orlando (1881-1897)*, in ID., *La scienza del diritto pubblico*, cit., vol. I, pp. 67-180, ma la necessità di considerare le diverse anime del pensiero orlandiano — razionalismo, normativismo, storicismo, istituzionalismo — all'interno di una concezione unitaria, fu autorevolmente predicata, com'è noto, già da C. ESPOSITO, *La dottrina del diritto e dello Stato di Vittorio Emanuele Orlando*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », III, 1953, pp. 69-95.

(107) V.E. ORLANDO, *Diritto amministrativo*, cit., pp. 155-165.

incontrastabile » in una serie sempre più estesa di materie (igiene, sanità, commercio, industria, assistenza ai poveri e agli orfani, prevenzione, urbanistica, appalti, comunicazioni, trasporti), al punto da giustificare anche sul piano teorico « una dottrina dell'ingerenza sociale dello Stato » (la scienza dell'amministrazione), una scienza nuova, non giuridica ma sociale, avente ad oggetto la società e non lo Stato ⁽¹⁰⁸⁾.

Lo Stato, così, si riscopriva avvinghiato alla società, la sua unità compromessa dalla pluralità di soggetti sociali interessati dall'attività di governo, la sua volontà unitaria inquinata da scelte che frantumavano l'unità del popolo, l'astrattezza della sua personalità incrinata dalla concretezza dei diversi tipi di soggetto contemplati nella legge ⁽¹⁰⁹⁾. Accanto alla legislazione in senso stretto, che aveva per contenuto la determinazione o la regolazione di « un rapporto di diritto », Orlando collocava da un lato il diritto d'ordinanza ⁽¹¹⁰⁾, con cui il potere esecutivo partecipava della funzione legislativa, dall'altro le « leggi *improprie* », che, tali « solo in virtù dell'autorità da cui emanano e della forma che assumono », erano divenute essenziali per le attribuzioni di uno « Stato moderno » impegnato « sempre più a specificare il proprio fine nel senso della tutela e dell'ingerenza nei rapporti sociali » ⁽¹¹¹⁾. Attraverso la legislazione impropria — con cui si regolava l'esercizio di una rete ferroviaria, si sovvenzionava l'industria, si disciplinava l'istruzione, si introducevano forme di assistenza e di previdenza, si moderava il lavoro delle donne e dei fanciulli, si approvava il bilancio — il Parlamento esercitava dunque una funzione di governo, una funzione esecutiva,

⁽¹⁰⁸⁾ Ivi, pp. 127-166. Sul punto P. BENEDEUCE, *Culture dei giuristi e "revisione" orlandiana: le immagini della crisi*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale fra Otto e Novecento*, a cura di A. Mazzacane, Napoli, Liguori, 1986, pp. 57-106, e G. GOZZI, *Modelli politici e questione sociale*, cit., pp. 81-126.

⁽¹⁰⁹⁾ Sulle soluzioni di compromesso che Orlando prospetta dinanzi al problema della crisi dello Stato, rimanendo all'interno della teoria giuridica, in equilibrio fra sovranità statale, tutela amministrativa dei diritti ed intervento sociale dello Stato, cfr. L. MANGONI, *La crisi dello Stato liberale e i giuristi italiani*, in « Studi storici », 1982, 1, pp. 75-100.

⁽¹¹⁰⁾ V.E. ORLANDO, *Studi giuridici sul governo parlamentare*, in « Archivio giuridico », 1886, poi in ID., *Diritto pubblico generale*, cit., pp. 388-391.

⁽¹¹¹⁾ Ivi, pp. 373-380.

da considerarsi, negli Stati progrediti, non « un'esorbitanza violatrice del diritto », né « uno sconfinamento », ma « esplicazione normale e fisiologica », purché fosse chiaro che questo avveniva per il tramite di uno Stato che non era « rappresentanza degli elementi sociali », ma espressione organica del popolo tutto ⁽¹¹²⁾. Grazie ad un'interpretazione evolutiva del principio della divisione dei poteri, Parlamento e Gabinetto, organi dello Stato unitario, avrebbero sinergicamente concorso al governo della società « in quella maniera complicata che risponde alla varietà degli interessi sociali moderni, all'intrecciarsi di tanti diversi rapporti, di tante delicate incombenze, di così molteplici funzioni » ⁽¹¹³⁾. La società, in questo modo, risultava governata da uno Stato che si presentava quale insostituibile veicolo di armonizzazione degli elementi sociali e che attraverso l'azione governativa dei più capaci si presumeva realizzare le soluzioni migliori ⁽¹¹⁴⁾. Per effetto di un procedimento ascensionale che avrebbe condotto « la forza » politica dagli « aggregati sociali minori » fino al « sommo della costituzione », la « vita giuridica » dalla « periferia » « verso il centro », le « istituzioni » dello Stato-persona da un lato « dichiaravano » il diritto contenuto nella « coscienza popolare » (« *diritto del popolo* »), dall'altro promuovevano un'azione politica tesa a ordinare e contemperare le forze sociali ⁽¹¹⁵⁾.

6. *La costituzione pluralistica del sociale: il recupero della complessità fra comunitarismo, realismo e istituzionalismo.*

L'esigenza di individuare giuridicamente la relazione di dominio fra Stato e corpi sociali, dunque, si insinuava fra gli esponenti della teoria generale dello Stato, ma per chi fosse stato meno legato

⁽¹¹²⁾ Ivi, pp. 398-400.

⁽¹¹³⁾ Ivi, p. 402.

⁽¹¹⁴⁾ Si veda la complessa posizione di Orlando sul sistema rappresentativo e sul parlamentarismo come ricostruita da F. TESSITORE, *Crisi e trasformazioni dello Stato. Ricerche sul pensiero giuspubblicistico italiano tra Otto e Novecento*, Napoli, Morano, 1963, pp. 117-173, ma in particolare pp. 120-132 e 144-160.

⁽¹¹⁵⁾ V.E. ORLANDO, *Studi giuridici sul governo parlamentare*, cit., pp. 376-412. Su questa immagine dello Stato come unità, in rapporto alla pluralità, P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986, specialmente pp. 263-278.

alla concezione monistica che faceva dello Stato una presenza giuridica esclusiva, l'articolazione pluralistica e disegualizzante della società determinava, più drasticamente, un'obiettiva necessità di riconsiderare la stessa funzionalità della nozione di Stato liberale di diritto, specialmente in ordine alla separazione fra Stato e società, alla semplificazione individualistica dello spazio sociale, alla derivazione di tutto il diritto dalla volontà dello Stato ⁽¹¹⁶⁾.

Già Gierke (1841-1921), nel 1868, aveva riscoperto il momento collettivo, constatando, nello spazio fra Stato e individuo, l'esistenza di libere comunità (« die freien Genossenschaften ») con scopi morali, religiosi, spirituali, politici, sociali ed economici, generate dall'iniziativa spontanea dei singoli, ma organicamente ricomprese nell'unità della più ampia comunità statale ⁽¹¹⁷⁾. Anche lo Stato, in questa prospettiva, non era altro che una comunità organizzata, « la più alta e la più generale », la stessa comunità organica che, a fronte dell'unità compatta di diritto pubblico, sviluppava al suo interno l'idea associativa mediante le spinte aggregative dei suoi membri ⁽¹¹⁸⁾. La tendenza associativa dell'individuo finiva così con l'attenuare l'atomizzazione della società, generando al suo posto, nel pubblico come nel privato, organizzazioni di persone, gruppi sociali, collegamenti tra forze complementari e opposte ⁽¹¹⁹⁾. Il che avveniva in forza di scelte libere e consapevoli, tali, proprio per questo, da escludere un ritorno alla società per stati e per ceti, ma sufficienti a

⁽¹¹⁶⁾ Un affresco sulle teorie "pluralistiche" di fine Ottocento primo Novecento in P. COSTA, "Oltre lo Stato": teorie "pluralistiche" del primo Novecento, in *Agire associativo e sfera pubblica*, a cura di M. Bortolini, Milano, FrancoAngeli, 2002, pp. 11-35.

⁽¹¹⁷⁾ O. VON GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, I. Band, *Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft*, Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1868, pp. 882-907. Si vedano almeno P. COSTA, *Civitas*, cit., pp. 159-168; G. DILCHER, *Genossenschaftstheorie und Sozialrecht: ein « Juristensozialismus » Otto V. Gierkes?*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », III-IV, 1974-1975, pp. 319-365; M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica*, cit., pp. 319-368.

⁽¹¹⁸⁾ O. VON GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, cit., pp. 832-833. Sull'articolazione dello Stato nella teoria di Gierke, R. EISFELD, *Il pluralismo*, cit., pp. 53-59.

⁽¹¹⁹⁾ Sulla natura di tali « unità associative umane », ritenute organismi viventi e persone reali, O. VON GIERKE, *Das Wesen der menschlichen Verbände*, Berlin, 1902, trad. it. *La natura delle associazioni umane*, in *Società e corpi*, a cura di P. Schiera, Napoli, Bibliopolis, 1986, pp. 29-56.

rievocare un modello corporativo di società in grado di esprimere una positiva tensione fra il polo dell'unità e quello della molteplicità ⁽¹²⁰⁾.

Attento alle soluzioni organicistiche del positivismo scientifico, Gierke riproponeva così, rompendo « con la concezione individualistica della società », un associazionismo di nuovo conio, che conduceva, attraverso il recupero della dimensione storica e sociale del fenomeno giuridico, a ridiscutere il sistema delle fonti, a ricollocare il fondamento dei diritti individuali, a rivedere la funzione del diritto privato ⁽¹²¹⁾. La concezione « atomistico-meccanica » di Laband, che oltre lo Stato-persona vedeva solo individui isolati, sinteticamente ricompattati in un'unità di popolo personificata dalla volontà dominatrice dello Stato, andava dunque decisamente respinta, perché trascurando il piano sociale riduceva il giuridico ad una relazione normativa di soggezione tra la persona giuridica dello Stato e il soggetto giuridico individuale ⁽¹²²⁾. Il diritto, invece, lungi dal discendere monopolisticamente dalla volontà unitaria dello Stato, scaturiva diffusamente dalla forza creatrice delle libere comunità, nella cui sfera si sviluppavano anche i diritti fondamentali dei cittadini ⁽¹²³⁾.

⁽¹²⁰⁾ O. VON GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, cit., § 54, pp. 638-657. Sul concetto di corporativismo e sul suo rapporto con quello di pluralismo si veda N. MATTEUCCI, *Corporativismo*, in « Il Mulino », 1984, 2, pp. 305-313, ora in Id., *Lo Stato moderno*, Bologna, Il Mulino, 1993, pp. 189-198.

⁽¹²¹⁾ O. VON GIERKE, *La natura delle associazioni umane*, cit., pp. 36 e 54.

⁽¹²²⁾ La posizione di Gierke, sebbene ancora senza diretti riferimenti a Laband, appare già critica verso ogni formalismo dogmatizzante che rappresenti dicotomicamente, anziché comunità e organismi sociali, lo Stato-persona e l'atomismo individualistico, in *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien*, in « Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft », 1874, pp. 265-335, di qualche anno precedente rispetto al forse più noto Id., *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft*, in « Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich », Neue Folge, VII, 1883, pp. 1097-1195, ma specialmente pp. 1125-1130. Si veda anche *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, cit., pp. 645 ss.

⁽¹²³⁾ O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I. Band, Leipzig, Duncker & Humblot, 1895, pp. 119-120, e *Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft*, cit., pp. 1133-1135. Significativamente diversa, nello stesso torno di anni, la posizione di R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto*, cit., pp. 230-231, secondo il quale « lo stato » era « l'unica fonte del diritto », con la conseguenza che « non esiste un diritto delle

Né un monopolio, né una visione monistica e semplice, dunque, ma una concezione organicistica e comunitaristica, in forza della quale mutavano inevitabilmente anche la natura e la funzione del diritto privato, che la partecipazione attiva delle libere associazioni proiettava in una dimensione pubblica e sovra-individuale, assegnandogli una funzione sociale e differenziatrice, chiamandolo a disciplinare l'ambito del sociale quanto quello dell'individuale e a conciliare le ragioni del credito con quelle dei risparmiatori, quelle della proprietà con quelle dei conduttori, quelle della produzione con quelle dei consumatori, quelle dell'industria con quelle dei lavoratori ⁽¹²⁴⁾.

Al principio del nuovo secolo, nel 1901, sarebbe toccato a Léon Duguit (1859-1928), che proprio dello storicismo e della sociologia, del « sindacalismo » e della socialità avrebbe fatto i motivi dominanti di un'originale cornice teorica, mettere a nudo gli equivoci dello Stato liberale di diritto, di un impianto concettuale diviso tra « il diritto individuale » e « l'onnipotenza dello Stato », di una concezione del diritto fondata sull'idea di uno Stato-persona che, munito di volontà e « investito di un potere sovrano », si presentava come « personificazione giuridica » della « collettività » ⁽¹²⁵⁾. Era di tutta evidenza, agli occhi di Duguit, come una tale concezione, imperniata su « finzioni » e « astrazioni », scaturisse da una semplificazione della realtà che conduceva dritta alla mistificazione più eclatante, quella secondo cui il diritto fosse il risultato di una volontà unica in quanto presuntivamente collettiva ⁽¹²⁶⁾. Per Duguit, invece, il diritto era un fatto sociale, tale da limitare il potere dello Stato e da svelare così il carattere « puramente illusorio » dell'« auto-limitazione » vagheggiata dalla giuspubblicistica

associazioni indipendente dall'autorità dello stato, ma soltanto ne esiste uno derivante da quest'ultima ».

⁽¹²⁴⁾ O. VON GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, 1889, ora in Id., *Aufsätze und kleinere Monographien*, herausgegeben von W. Pöggeler, Hildesheim, Olms-Weidmann, 2001, Band II, pp. 605-642. Cfr. T. REGEN, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts: eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts*, Tübingen, Mohr, pp. 54-64.

⁽¹²⁵⁾ L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Fontemoing, 1901, pp. 1-2.

⁽¹²⁶⁾ Ivi, pp. 1-8.

tedesca: « una regola di diritto », « una regola oggettiva », « una regola di fatto », originata e immersa nella realtà sociale, « superiore all'individuo e allo Stato », che s'imponeva agli uomini « non in virtù di un principio superiore », ma « in virtù e per la forza dei fatti, perché l'uomo vive in società e non può vivere che in società » (127). Il diritto era « la legge della vita sociale », la « legge dell'uomo sociale », « legge di scopo », a differenza di quelle che regolavano il « mondo fisico e biologico » che erano « leggi di causa » (128); derivava, sotto forma di « regola di condotta », dai vincoli di solidarietà che univano ciascun individuo agli altri, era un « prodotto dei rapporti sociali » ed esisteva come tale in ogni sorta di collettività umana, dalle primitive alle più progredite (129).

Non c'era alcuna contrapposizione, dunque, fra Stato e individuo, fra “collettivo” e “individuale”, perché lo Stato altro non era che un gruppo impegnato a realizzare l'integrazione sociale dell'individuo (130). L'individualismo giuridico del primo Ottocento non poteva essere più lontano: mentre il diritto era « un produit social », un fatto « esclusivamente sociale », le legislazioni e i codici del secolo XIX avevano riprodotto l'immagine astratta di un « diritto individuale », negando apertamente la struttura associativa della realtà umana, il « fatto primario, irriducibile e spontaneo » di un ordine sociale articolato in gruppi umani, « classi sociali » e « sindacati professionali », conformemente alla tendenza dell'uomo a

(127) Ivi, pp. 12-16. In questo, nell'essere la « regola di diritto » una « regola sociale », in quanto tale « mutevole come le società umane » ed « infinitamente variabile ... col variare delle tanto varie forme di vita che le società umane ci presentano », stava la differenza tra la concezione di Duguit ed ogni forma teorica di giusnaturalismo: si legga in questi termini la prima delle tre conferenze che Duguit pronunciò nel marzo del 1908 presso l'*École des hautes études sociales* di Parigi, riunite sotto il titolo *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, Paris, 1922², trad. it. *Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello Stato*, Firenze, Sansoni, 1950, p. 45.

(128) L. DUGUIT, *L'État*, cit., pp. 16-17 e 82-83.

(129) Ivi, pp. 92-105.

(130) Ivi, pp. 10 e 81.

vivere non già « isolato, ma unito ad altri uomini » affini a sé ma diversi da altri ⁽¹³¹⁾.

La « solidarietà sociale » esprimeva una tendenza oggettiva alla coesione e al raggruppamento sotto l'impulso di una comunanza « d'ambiente, d'origine, di credenze religiose, di pericoli, di sofferenze, di vittorie », nella convinzione sempre più forte che determinati bisogni, anche individuali, non potessero aver soddisfazione che attraverso una « via comune » ⁽¹³²⁾: la solidarietà era « un fatto, il fatto fondamentale di tutta la società umana » ⁽¹³³⁾. Il che significava, evidentemente, che gli uomini avevano interessi, attitudini, ambizioni, esigenze e bisogni diversi, che li portavano ad associarsi ai più « simili » e che li rendevano, a dispetto di quanto aveva proclamato la Dichiarazione dell'89, diseguali e differenti ⁽¹³⁴⁾. Come « la tendenza generale dell'evoluzione umana » portava « ad una diseguaglianza ogni giorno più grande », così la tendenza alla « socializzazione » e alla « individualizzazione » era andata intensificandosi a misura che si sviluppava la società industriale, quando più stretti e frequenti, per effetto del principio della divisione del lavoro teorizzato da Durkheim, si facevano i vincoli solidaristici e più numerosi e differenziati i bisogni degli individui ⁽¹³⁵⁾. « Socialità » e « solidarietà », qui senza connotazioni ideologiche né imperativi etici, rappresentavano, come con diverse sfumature predicavano in tutta Europa Cimballi e Gianturco, Salvioli e Vadalà-Papale, Menger e Unger, Burgeois e Saleilles, le chiavi di lettura del nuovo ordine

⁽¹³¹⁾ Ivi, pp. 13 e 32. Cfr. anche L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel. Théorie générale de l'État — Organisation politique*, Paris, Fontemoing, 1907, pp. 6-8, e sui concetti di « classe sociale », « sindacato professionale » e « sindacalismo economico e burocratico », quanto osservato da Duguit in occasione della terza conferenza del 1908, in *Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello Stato*, cit., pp. 119-145.

⁽¹³²⁾ L. DUGUIT, *L'État*, cit., p. 35.

⁽¹³³⁾ Ivi, p. 24.

⁽¹³⁴⁾ Ivi, p. 41.

⁽¹³⁵⁾ Ivi, pp. 40-52. Sulle relazioni e sulle reciproche influenze tra Durkheim e Duguit si veda C. DIDRY, *De l'État aux groupes professionnels. Les itinéraires croisés de L. Duguit et É. Durkheim au tournant du siècle (1880-1900)*, in « Genèses. Sciences sociales et histoire », II, 1990, pp. 5-27.

giuridico e delle nuove « doctrines du droit social »⁽¹³⁶⁾: « solidarietà per similitudine », che spingeva gli uomini ad associarsi sulla base di bisogni comuni, e « solidarietà per divisione del lavoro », che costringeva gli uomini a « cooperare » nella consapevolezza che, avendo attitudini e bisogni diversi, occorreva scambiarsi servizi e prestazioni⁽¹³⁷⁾.

Entrava così irrimediabilmente in crisi ogni concezione monistica del giuridico, ogni visione aggrappata all'idea che l'esistenza di una regola giuridica passasse da una norma coattiva formulata dall'autorità politica dello Stato, fino al paradosso di ritenere che « il diritto » derivasse « esclusivamente dallo Stato », fosse « una creazione dello Stato », sempre, solo e « unicamente la regola stabilita dallo Stato sotto la minaccia della sanzione »⁽¹³⁸⁾. Tra il monismo statualistico di Jhering, Laband e Jellinek, e il pluralismo comunitaristico di Gierke, Haenel e Preuss, Duguit, di conseguenza, non aveva il minimo dubbio: mentre i primi avevano costruito la nozione di diritto sulla volontà unitaria dello Stato-persona, ipotizzando quali unici limiti del potere quelli derivanti in via di auto-limitazione dalle regole elaborate dallo stesso legislatore statale, i secondi avevano allargato il campo giuridico alla pluralità delle « forze sociali »,

⁽¹³⁶⁾ L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, cit., pp. 8-9. Su questi aspetti del pensiero di Duguit cfr. L. BAGOLINI, *Il metodo di Léon Duguit*, introduzione a L. DUGUIT, *Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello Stato*, cit., p. 14, che spiega come « socialismo », anche per Duguit, non abbia « un significato politico specifico », ma esprima l'affermazione di presupposti filosofici e antropologici opposti rispetto a quelli dell'« individualismo metafisico contro il quale l'autore combatte. Il concetto di socialismo tende qui ad identificarsi per l'appunto con il significato di associazionismo. Per cui l'individuo anziché essere considerato in se stesso, è considerato sperimentalmente in relazione alle varie situazioni sociali nelle quali esercita la sua attività ».

⁽¹³⁷⁾ L. DUGUIT, *L'État*, cit., p. 80. Sulla nozione di « solidarietà sociale » Id., *Manuel de droit constitutionnel*, cit., pp. 9-18.

⁽¹³⁸⁾ L. DUGUIT, *L'État*, cit., pp. 106-109. « Lo Stato » — affermava enfaticamente L. DUGUIT, *Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello Stato*, cit., pp. 62-63, evocando una frase di Édouard Berth (1875-1939) — era « morto », almeno nella forma « romana, regalistica, giacobina, napoleonica, collettivistica, che sotto questi diversi aspetti non è che una sola forma dello Stato », ma era riapparso in una forma « più larga, più agevole, più protettrice, più umana », i cui elementi erano « la concezione di una regola sociale che s'imponga a tutti o *diritto oggettivo* » e « il decentramento o il *federalismo sindacalista* ».

ravvisando nel diritto obiettivo prodotto dai gruppi umani un limite giuridico valevole così per tutti gli individui, come per lo Stato ⁽¹³⁹⁾. Poiché, dunque, il diritto non discendeva dallo Stato, ma da « tutte le formazioni sociali », uno Stato avrebbe potuto considerarsi « di diritto » non quando si fosse « auto-limitato » per il tramite della propria legge, come voleva quell'assurdo « feticismo » che faceva della legge « la volontà della collettività personificata nello Stato » ⁽¹⁴⁰⁾, ma quando i contenuti della sua potestà, in forma di legge o di atto amministrativo, fossero stati conformi alle « regole di condotta » fondate « sulla coscienza della solidarietà sociale » ⁽¹⁴¹⁾. Solamente allora la legge e l'atto amministrativo sarebbero stati legittimi, solamente allora vi sarebbe stato « un ordine giuridico », solamente allora vi sarebbe stata « una giustizia » ⁽¹⁴²⁾: la « notion de droit », in senso oggettivo e soggettivo, era « donc antérieure et supérieure à la notion d'État » ⁽¹⁴³⁾.

Proprio negli stessi anni in cui Duguit metteva a punto la dottrina realista, Maurice Hauriou (1856-1929) avviava la sua riflessione scientifica intorno alle persone morali collettive, a quei « corpi » e a quelle « comunità », più precisamente, che presentavano una personalità giuridica sostanzialmente eguale a quella degli individui ⁽¹⁴⁴⁾. Accanto allo Stato e agli individui — emergeva da questa

⁽¹³⁹⁾ Id., *L'État*, cit., pp. 105-137.

⁽¹⁴⁰⁾ Così L. DUGUIT nella seconda conferenza del 1908, in *Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello Stato*, cit., p. 73.

⁽¹⁴¹⁾ L. DUGUIT, *L'État*, cit., pp. 109-114.

⁽¹⁴²⁾ Ivi, p. 109.

⁽¹⁴³⁾ Ivi, p. 227. Un « État lié par le droit » (L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, cit., pp. 48-55).

⁽¹⁴⁴⁾ M. HAURIOU, *Il fondamento della personalità morale*, 1899, ora in Id., *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, a cura di W. Cesarini Sforza, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 171-192. Ma già prima cfr. *De la personnalité comme élément de la réalité sociale*, in « Revue générale du Droit, de la Législation et de la Jurisprudence », 1898, pp. 5-23 e 119-140, mentre più tardi lo stesso tema sarebbe stato ripreso in *La liberté politique et la personnalité morale de l'État*, in « Revue trimestrielle de droit civil », XXII, 1923, pp. 331-346. Sulla personalità delle istituzioni e dello Stato nell'opera di Hauriou, fra le nozioni di « persona », « personalità » e « personificazione », « personalità » e « individualità », « personalità morale » e « personalità giuridica », A. DUFOUR, *La conception de la personnalité morale dans la pensée de Maurice Hauriou et ses fondements philosophiques*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno »,

visione complessa dell'ordine sociale — proliferavano « organismi » rappresentativi, dotati di « individualità sociale », aventi natura politica ed economica, capaci di intrattenere « rapporti organici » e « rapporti giuridici » ⁽¹⁴⁵⁾.

Alla ricerca di un equilibrio fra « diritto individuale » e « diritto sociale », Hauriou prendeva così le distanze da quella dottrina individualistica che, sorta con la Rivoluzione e proclamata dalla Dichiarazione, inseguiva « l'ideale chimerico dell'eguaglianza matematica degli uomini », riducendo il giuridico all'« autonomia della volontà individuale », ma rifiutava altresì, prendendo di mira il realismo di Duguit, una prospettiva obiettivizzata in una regola sociale impersonalmente e « monisticamente » prodotta dalla « natura delle cose sociali » ⁽¹⁴⁶⁾. La « dottrina della solidarietà sociale », intesa semplicemente come « interdipendenza degli uomini », finiva, secondo Hauriou, per sostituire una concezione monistica con un'altra, per sostituire al monismo dello Stato quello della società ⁽¹⁴⁷⁾. Se la concezione del *Rechtsstaat*, infatti, riduceva il diritto ad un prodotto della potestà di dominio dello Stato-persona, risolvendo il giuridico in manifestazioni di volontà lungo l'asse Stato-individuo, la dottrina della solidarietà sociale, contemplando unicamente il

XI/XII, 1982/1983, *Itinerari moderni*, cit., vol. II, pp. 685-719. Un profilo più generale, assai utile anche come introduzione, è quello offerto da G. GURVITCH, *Les idées-maîtresses de Maurice Hauriou*, in « Archives de Philosophie de Droit et de Sociologie Juridique », I-II, 1931, pp. 155-194, mentre per una messa a fuoco a sfondo filosofico si veda N. BOBBIO, *Istituzione e diritto (Renard e Gurvitch)*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 1936, pp. 385-418.

⁽¹⁴⁵⁾ M. HAURIOU, *Il fondamento della personalità morale*, cit., pp. 188-190. Sull'articolato insieme di maestri che emerge quale quadro culturale di riferimento dalle opere di Hauriou cfr. da ultimo C.B. GRAY, *The Methodology of Maurice Hauriou*, Amsterdam-New York, Rodopi, 2010.

⁽¹⁴⁶⁾ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1910, pp. 53-66. Specificamente, sulle divergenze dottrinali tra Hauriou e Duguit, A. DE LAUBADÈRE, *Le Doyen Maurice Hauriou et Léon Duguit*, in *La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence*, Journées Hauriou, Toulouse, Mars 1968, Paris, Pédone, 1969, pp. 209-228.

⁽¹⁴⁷⁾ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, cit., pp. 66-67. Di questo « rejection », da parte di Hauriou, di ogni forma di « monism », ha parlato M. WALINE, *Maurice Hauriou*, in *The French Institutionalists. Maurice Hauriou, Georges Renard, Joseph T. Delos*, edited by A. Broderick, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1970, pp. 139-160.

diritto obiettivizzato nella società, rischiava di instaurare un nuovo monismo, stavolta dal lato del polo sociale. Poiché nel sopprimere il pluralismo di fonti e diritti la Rivoluzione aveva creato un ordine artificialmente appiattito sulle unità elementari dello Stato e dell'individuo, occorreva, per ripristinare un ordine giuridico che riflettesse la complessità della realtà sociale, spezzare il vincolo di « indissolubilità » che circondava « il matrimonio del diritto con lo Stato unitario », senza cadere nell'errore di sostituire un'unità con l'altra, di mettere l'unità della società al posto di quella fondata sull'asse Stato-individuo ⁽¹⁴⁸⁾.

La chiave, secondo Hauriou, stava nel riconoscimento del ruolo svolto dalle « istituzioni », « sintesi tra sistema soggettivistico e sistema oggettivistico, tra elementi soggettivi ed elementi oggettivi del fenomeno giuridico » ⁽¹⁴⁹⁾. Le « istituzioni collettive » — associazioni o fondazioni — erano corpi organizzati, aventi individualità sociale e personalità morale, formati da collettività di individui che conferivano forze materiali, ideali e morali. Costituivano perciò figure giuridiche, dotate di personalità e produttive di regole, munite di una disciplina interna, organica e non solo repressiva, di un diritto statutario e di un diritto disciplinare, di origine deliberativa o consuetudinaria ⁽¹⁵⁰⁾. L'« istituzione corporativa » era « una idea di opera o di intrapresa », per la cui realizzazione un gruppo sociale (società anonima, ospedale, Stato, associazioni, sindacati) si organizzava in potere e si dotava di organi, al fine di acquisire capacità, di compiere « operazioni giuridiche di governo e di amministrazione », di assumere obblighi giuridici, di dettare « regole di diritto disciplinare e statutario », « regole morali o intellettuali » ⁽¹⁵¹⁾. Un vero e

⁽¹⁴⁸⁾ M. HAURIUO, *Principes de droit public*, cit., p. 86.

⁽¹⁴⁹⁾ F. MODUGNO, *Istituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIII, Milano, Giuffrè, 1973, p. 85.

⁽¹⁵⁰⁾ In questi termini cfr. già M. HAURIUO, *Principes de droit public*, cit., pp. 123-175 e 500-539.

⁽¹⁵¹⁾ M. HAURIUO, *Teoria della istituzione e della fondazione (Saggio di vitalismo sociale)*, 1925, ora in Id., *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, cit., pp. 12-36. Ne derivava, come in altra occasione avrebbe sintetizzato M. HAURIUO, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1923, p. 76, una definizione del seguente tenore: « une institution sociale consiste essentiellement en une idée objective transformée en une oeuvre sociale par un fondateur, idée qui, ensuite, recrute des adhérents en nombre indéterminé ».

proprio organismo complesso, luogo di perfetto equilibrio tra un momento oggettivo (« l'idea di un'opera o di un'impresa » incarnata « in un'istituzione corporativa ») e un momento soggettivo (la personificazione dell'istituzione) ⁽¹⁵²⁾.

Hauriou, in questo modo, rifiutava la concezione unilineare del rapporto tra Stato e società, focalizzando il problema della crisi dello Stato di diritto sull'aporia fra soggettività dello Stato-persona e oggettività dell'ambiente sociale. La « teoria dell'istituzione » consentiva di superare sia il sistema del « tutto alla soggettività », che riportava il diritto alla volontà politica della persona Stato, sia quello del « tutto all'oggettività », che con Duguit, sotto l'influenza del sociologismo, riconduceva il diritto all'ambiente sociale ⁽¹⁵³⁾. Con la nuova teoria, che succedeva tanto al sistema soggettivista quanto a quello oggettivista, Hauriou ribaltava la prospettiva tradizionale, passando dallo Stato alla società, che egli descriveva come una rete di gruppi e associazioni, « un corpo sociale organizzato », « il corpo obiettivo, l'individualità nella quale si sprigiona la personalità giuridica dello Stato » ⁽¹⁵⁴⁾. In questo quadro, lo Stato diventava l'esempio massimo

dans le milieu social et assujettit ainsi à son service des volontés subjectives indéfiniment renouvelées ». Elementi dell'istituzione erano dunque: l'opera, il gruppo, il potere organizzato, le manifestazioni giuridiche prodotte dal gruppo organizzato per il perseguimento dei suoi fini.

⁽¹⁵²⁾ M. HAURIOU, *Teoria della istituzione*, cit., p. 30. La combinazione fra elemento oggettivo ed elemento soggettivo dell'istituzione, fra « idée objective », da un lato, e « consciences » e « volontés subjectives », dall'altro, era un aspetto centrale, sul quale M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, cit., pp. 81-82, avrebbe insistito molto, affinché fosse chiaro che « bien que l'institution soit l'élément objectif de la société, elle ne cesse pas d'être elle-même imprégnée de subjectivisme, de même qu'en sens inverse les relations sociales les plus subjectives ne cessent point d'être mélangées d'éléments d'institutions ».

⁽¹⁵³⁾ M. HAURIOU, *Teoria della istituzione*, cit., pp. 5-12. La critica a Duguit è ampiamente sviluppata anche nei *Principes de droit public*, cit., pp. 64-69, ma non va dimenticato che L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, tome I, *La règle de droit — Le problème de l'État*, Paris, Fontemoing & C^{ie}, 1927³, pp. 25-30, avrebbe replicato ravvisando anche nella teoria istituzionalistica di Hauriou una « pure doctrine objectiviste », in considerazione del fatto che « l'institution est un fait social de formation naturelle, duquel naît le droit disciplinaire et statutaire, c'est-à-dire un ensemble de règles de droit » (p. 28). Sul problema dell'« oggettivismo » delle concezioni sociali del diritto G. FASSÒ, *La storia come esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1953, pp. 13-37.

⁽¹⁵⁴⁾ *Principes de droit public*, cit., pp. 253-255.

dell'istituzione, « l'institution des institutions »⁽¹⁵⁵⁾: Hauriou fondeva la personalità dello Stato e quella dei corpi, riconduceva lo Stato e le istituzioni corporative sul medesimo terreno della socialità, così da avvicinare, fino a fondere sul piano qualitativo, lo Stato e gli altri corpi sociali, lo Stato-istituzione e le altre istituzioni. Non era da una volontaristica scelta di auto-limitazione, di conseguenza, che discendevano i limiti giuridici dello Stato, ma da un ordine obiettivo costituito dal tessuto reticolare delle istituzioni sociali⁽¹⁵⁶⁾.

« Gli elementi » che, in ultima analisi, stavano « in prima linea » nel sistema giuridico, erano « da una parte, gli individui e, dall'altra, le istituzioni corporative, perché questi sono i personaggi viventi e creatori, a causa sia delle idee di intrapresa che rappresentano sia del loro potere di realizzazione », mentre « le regole di diritto » rimanevano « in seconda linea », in quanto non incarnavano « idee d'intrapresa e di creazione », rappresentavano « sì la continuità, ma non l'azione »⁽¹⁵⁷⁾. L'errore commesso da Duguit, quando aveva costruito « l'edificio della sua oggettività », era « stato di puntare tutto sul diritto oggettivo, sulla regola di diritto », mentre « il vero elemento oggettivo del sistema giuridico » era « l'istituzione », che per quanto contenesse « un germe di soggettività » derivante dal « fenomeno della personificazione », aveva il suo aspetto caratterizzante nell'« elemento oggettivo » costituito dal « *corpus* », per forza giuridica « molto superiore », « con la sua idea direttiva e il suo potere organizzato », alla regola di diritto: erano « le istituzioni a fare le regole di diritto », non « tali regole a fare le istituzioni »⁽¹⁵⁸⁾.

7. *La « crisi dello Stato moderno » e il pluralismo ordinamentale nella sintesi di Santi Romano.*

È in questo quadro in fibrillazione, impregnato di socialità e di storicità, che nel 1909, al cuore di un « itinerario riflessivo » comin-

⁽¹⁵⁵⁾ Ivi, p. 126. Si veda, a proposito del laborioso percorso riflessivo di Hauriou in tema di Stato, R. MASPÉTIOL, *L'idée d'État chez Maurice Hauriou*, in « Archives de philosophie du droit », XIII, 1968, *Sur les notions du contrat*, pp. 249-265.

⁽¹⁵⁶⁾ G. GURVITCH, *Les idées-maîtresses de Maurice Hauriou*, cit., pp. 182-193.

⁽¹⁵⁷⁾ M. HAURIUO, *Teoria della istituzione*, cit., p. 45.

⁽¹⁵⁸⁾ *Ibidem*.

ciato nel 1897, si inseriva l'istituzionalismo pluralistico di Santi Romano⁽¹⁵⁹⁾. Influenzato dallo storicismo savigniano e dal realismo orlandiano, affascinato dall'istituzionalismo di Hauriou e dal comunitarismo di Gierke, criticamente partecipe della dottrina giuridica dello Stato, Romano osservava, nella prolusione su *Lo Stato moderno e la sua crisi*, che la concezione ottocentesca dello Stato stava subendo « un'eclissi », l'assalto di « un movimento » costituito da « molteplici e svariate energie », sprigionate dalle nuove tendenze associative e corporative della società industriale, da un « sindacalismo integrale » che andava acquistando « movenze e forme sempre più larghe e complesse », tali da determinare « una specie di crisi nello Stato moderno »⁽¹⁶⁰⁾. Al suo interno, ma più spesso « contro di esso », si erano infatti andate moltiplicando « organizzazioni ed

(159) S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit. Sull'itinerario romaniano, avviato nel 1897 con il *Saggio di una teoria delle leggi di approvazione*, cfr. P. GROSSI, *Il diritto tra potere e ordinamento*, Napoli, Es, 2005, ora in ID., *Società, diritto, stato*, cit., in particolare pp. 143-201. L'importanza dei saggi giovanili nel periodo compreso tra il 1897 e il 1909, quando Romano avrebbe già « ideato le linee fondamentali di un nuovo sistema di diritto pubblico », è stata sottolineata anche da M. FIORAVANTI, *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive della ricerca*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », X, 1981, specialmente pp. 191-219, ora col titolo '*Stato giuridico*' e diritto costituzionale negli scritti giovanili di Santi Romano (1897-1909) anche in ID., *La scienza del diritto pubblico*, cit., vol. I, pp. 277-326, e da P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, in *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, a cura di P. Biscaretti di Ruffia, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 85-96. Per una bibliografia "romaniana", scandita da riferimenti biografici, F. COCOZZA, *Gli scritti di Santi Romano*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », XXVII, 1977, pp. 399-409.

(160) S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., pp. 9-13. Sulla prolusione di Santi Romano, tenuta il 4 novembre del 1909 presso l'Università di Pisa quale discorso inaugurale dell'anno accademico 1909/1910, si veda ora, per ben collocarla nell'itinerario riflessivo dell'Autore, il saggio di P. GROSSI, "*Lo Stato moderno e la sua crisi*" (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano), in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », LXI, 2011, pp. 1-22. La molteplicità delle influenze sparse nel pensiero di Santi Romano, pari alla varietà delle interpretazioni storiografiche della sua opera, talvolta opposte e perfino incompatibili, è stata sviscerata da M. FIORAVANTI, *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano*, cit., pp. 169-219, e già prima analizzata da M. FUCHS, *Die Allgemeine Rechtslehre Santi Romanos*, Berlin, Duncker & Humblot, 1979. Circa il mutare, con specifico riferimento al problema della crisi dello Stato, delle coordinate storiche e culturali di Romano rispetto a quelle del maestro Orlando cfr. L. MANGONI, *La crisi dello Stato liberale e i giuristi italiani*, cit., pp. 75-100.

associazioni » dagli scopi « più disparati » (« federazioni o sindacati di operai, sindacati patronali, industriali, mercantili, di agrari, di funzionari », « società cooperative, istituzioni di mutualità, camere di lavoro, leghe di resistenza o di previdenza »), sorte su base economico-professionale ed inclini ad ulteriori collegamenti ⁽¹⁶¹⁾.

Di fronte a questo tessuto complesso e disomogeneo, l'organizzazione dello Stato moderno si dimostrava del tutto superata, inadeguata e « insufficiente », compromessa dal « peccato di origine » che recava con sé dal primo Ottocento: « quello, cioè, di essere eccessivamente semplice » ⁽¹⁶²⁾. Dalla Rivoluzione in avanti si era preteso di cancellare le « forze sociali », di sopprimere « ceti e corporazioni », ponendo « di fronte allo Stato » nient'altro « che l'individuo » ⁽¹⁶³⁾. Occorreva « tener conto », invece, « delle organizzazioni sociali derivanti da vincoli diversi da quelli territoriali », fra le quali, nel contesto della moderna società industriale, « le più salde », « le più spontanee » e « le più necessarie » erano quelle « determinate dall'interesse economico degli individui che le compongono » ⁽¹⁶⁴⁾. Ne derivava un rinnovato corporativismo, capace, attraverso l'attenuazione delle rivalità e lo sviluppo del « sentimento di solidarietà », di « mitigare le dannose conseguenze dell'eccessivo individualismo » ⁽¹⁶⁵⁾.

Nell'opera della sua maturità, che giungeva nel 1917-18, il giurista palermitano poteva così dare veste tecnica alle ragioni della crisi, muovendo senza mezzi termini dalla « necessità della revisione del concetto di diritto », che andava affrancato da ipoteche normativistiche ed imperativistiche non per « esigenze d'ordine astratto », ma per dare esatta soluzione « a molti problemi concreti » ⁽¹⁶⁶⁾. Una

⁽¹⁶¹⁾ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 12.

⁽¹⁶²⁾ Ivi, p. 13.

⁽¹⁶³⁾ Ivi, pp. 13-18.

⁽¹⁶⁴⁾ Ivi, p. 19.

⁽¹⁶⁵⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁶⁶⁾ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1946², pp. 9 e 78. Le due parti di cui si compone *L'ordinamento giuridico*, apparso per la prima volta in veste unitaria nel 1918 per i tipi Mariotti (Pisa) e qui citato nella seconda edizione del 1946, nella quale l'Autore replicò in nota alle critiche ricevute nel corso di un trentennio, vennero pubblicate originariamente in due fascicoli degli *Annali delle Università Toscane* del 1917 e del 1918. Sulla genesi de *L'ordinamento giuridico* e sull'accoglienza riservata

volta scelto il piano « storico-sociale » come base di partenza per l'osservazione del fenomeno giuridico, Santi Romano ravvisava nelle molteplici organizzazioni sociali, dalla comunità internazionale allo Stato, dalla Chiesa al sindacato, altrettante istituzioni, che andavano colte e valorizzate nella loro intrinseca giuridicità, giacché « ogni ordinamento », conformemente ad un'« equazione ... necessaria ed assoluta », costituiva « un'istituzione, e viceversa ogni istituzione è un ordinamento giuridico », donde la conseguenza che « ci sono tanti ordinamenti giuridici quante istituzioni »⁽¹⁶⁷⁾. I due principali aspetti del pensiero romaniano — il diritto come istituzione e la pluralità degli ordinamenti giuridici — trovavano in questo modo ne *L'ordinamento giuridico* una perfetta coerenza teorica, svolgendosi unitariamente dal dato positivo di una società proteiforme, attraversata da un'« indefinita molteplicità di formazioni sociali, enti, organizzazioni, che erano altro dallo Stato, dal quale nemmeno ripetevano, a differenza di quanto sostenuto dal pur vicino Hauriou, la loro fisionomia di fondo »⁽¹⁶⁸⁾.

La complicazione del giuridico, pertanto, derivava direttamente dalla « molteplicità politipica » di ordinamenti sociali, enti, corpi, comunità e associazioni dai caratteri non tipizzabili, né riproducibili⁽¹⁶⁹⁾. Attraverso il « recupero della complessità » e del pluralismo, della storicità e della socialità, della concretezza e della fattualità,

alle tesi in esso propugnatte dalla cultura giuridica italiana, fra età giolittiana e Fascismo, S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de « L'ordinamento giuridico » di Santi Romano*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », I, 1972, pp. 243-283.

⁽¹⁶⁷⁾ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 23 e 86. Si veda la breve ma importante voce di W. CESARINI SFORZA, *Ordinamenti giuridici (pluralità degli)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XII, Torino, Utet, 1965, pp. 1-3.

⁽¹⁶⁸⁾ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 28. I due menzionati aspetti della teoria romaniana, come identificati e coordinati da A. MASSERA, *Contributo*, cit., pp. 166-192, sono invece considerati da N. BOBBIO, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, in *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, cit., pp. 25-43, come due teorie « distinte » e non necessariamente collegate, dal momento che non vi sarebbe incompatibilità logica « fra teoria dell'ordinamento e monismo, così come fra teoria della norma e pluralismo ».

⁽¹⁶⁹⁾ F. MODUGNO, *Pluralità degli ordinamenti*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, p. 8.

Santi Romano smontava pezzo dopo pezzo il « riduzionismo illuministico » che aveva determinato l'intero itinerario della modernità borghese, sgretolando, in quanto profili uno all'altro concatenati, il monismo statualistico, la dottrina dell'auto-limitazione, lo Stato monoclasse, la neutralità statale, l'accentramento burocratico ⁽¹⁷⁰⁾. Romano vedeva il diritto laddove gli esponenti del *Rechtsstaat* avevano visto un mero campo d'applicazione della potestà statale, ravvisava ordinamenti giuridici in tutte le formazioni sociali di cui riteneva si componesse lo spazio sociale, esaltava il ruolo dei gruppi nel processo di formazione della volontà politica.

Riconoscere l'esistenza di una molteplicità di formazioni sociali dotate di giuridicità, infatti, significava non solo ridimensionare l'unità assolutizzante dello Stato, non solo limitare con « persone » sociali la sovranità dello Stato-persona, ma anche frantumare una volta per tutte il monismo della legge, restituendo pluralità al quadro

⁽¹⁷⁰⁾ P. GROSSI, *Il diritto tra potere e ordinamento*, cit., pp. 178-187, nonché, ancora sui molteplici « recuperi » della « svolta ordinamentale » romaniana, ID., *Ordinamento*, in ID., *Società, diritto, stato*, cit., pp. 203-215. In merito al decentramento amministrativo, si ricorda come per S. ROMANO, *Decentramento amministrativo*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, vol. IV, parte I, 1897, poi in ID., *Scritti minori*, a cura di G. Zanobini, vol. II, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, rist. 1990, p. 19, « la vera ragione » per cui « solo ai nostri giorni potea sorgere » tale nozione era « la grande estensione acquistata da quell'attività dello Stato che comunemente vien detta sociale ». Tuttavia, come evidenziato da G. CIANFEROTTI, *Storia della letteratura amministrativistica*, vol. I, *Dall'Unità alla fine dell'Ottocento. Autonomie locali amministrazione e costituzione*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 679 ss., ma specialmente pp. 813-827, sul piano tecnico il decentramento viene impostato da Romano, attraverso le nozioni di « autarchia territoriale, istituzionale e di amministrazione indiretta dello Stato », in chiave statalista, sulla base di un rapporto di subordinazione dell'amministrazione locale allo Stato. Su decentramento amministrativo, pluralità di ordinamenti e limiti alla funzione legislativa nel pensiero di S. Romano, F. TESSITORE, *Crisi e trasformazioni dello Stato*, cit., pp. 190-205. La centralità, nella nuova concezione dello Stato di diritto — che è infatti da Romano considerato in primo luogo « Stato amministrativo » — del « diritto pubblico patrimoniale », costituito dal nuovo diritto amministrativo sociale, distinto tanto dal diritto privato quanto dal diritto costituzionale, è sottolineata da M. FIORAVANTI, *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale fra Otto e Novecento*, cit., pp. 311 ss., ora in ID., *La scienza del diritto pubblico*, cit., vol. I, pp. 405-449.

delle fonti del diritto ⁽¹⁷¹⁾. L'istituzionalismo, in altri termini, implicava da un lato il rifiuto di una visione statalistica del diritto, di un sistema delle fonti del diritto egemonizzato dalla legge dello Stato, dall'altro la valorizzazione di un quadro che, specchio fedele del pluralismo ordinamentale, si arricchiva di fonti sociali, fattuali, decentrate ⁽¹⁷²⁾. Il diritto andava rintracciato nel sociale, individuato nella molteplicità di quegli ordinamenti sociali che, al di là della loro personalità, costituivano altrettanti ordinamenti giuridici: « prima di essere norma, prima di concernere un semplice rapporto o una serie di rapporti sociali », il diritto era « organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità, come ente per se stante » ⁽¹⁷³⁾.

A differenza di Hauriou, che foggilandola « ad immagine e somiglianza » dello Stato moderno considerava l'istituzione una « fonte del diritto » ⁽¹⁷⁴⁾, e di Gierke, che rimanendo legato ad una concezione normativistica considerava il diritto « come il prodotto dell'istituzione », Santi Romano scorgeva dunque il diritto nell'« istituzione stessa » ⁽¹⁷⁵⁾, nello stesso fatto della società organizzata, così elidendo alla radice « il vecchio dilemma della teoria dell'autolimitazione » ⁽¹⁷⁶⁾: come fra i concetti di « istituzione », « ordinamento giuridico » e « diritto » c'era « perfetta identità », così vi sarebbe stata piena identità fra i concetti di « Stato », « ordinamento giuridico statale » e « diritto statale », sicché non vi sarebbe stata

⁽¹⁷¹⁾ P. GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », LX, 2006, pp. 377-395, ora in Id., *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 669-688.

⁽¹⁷²⁾ F. TESSITORE, *Crisi e trasformazioni dello Stato*, cit., pp. 218-227.

⁽¹⁷³⁾ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 22.

⁽¹⁷⁴⁾ Ivi, p. 28.

⁽¹⁷⁵⁾ Ivi, p. 108.

⁽¹⁷⁶⁾ F. MODUGNO, *Istituzione*, cit., p. 92. Romano muoveva dalle medesime premesse teoriche di Gierke (anti-individualismo, metodo storico, antivolontarismo), alla cui dottrina dichiarava infatti in linea generale di « accostarsi », facendone secondo alcuni addirittura derivare la propria (così M. FUCHS, *La « Genossenschaftstheorie » di Otto von Gierke come fonte primaria della teoria generale del diritto di Santi Romano*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », 1979, 1, pp. 65-80, e A. TARANTINO, *Brevi riflessioni sui precedenti dottrinali dell'istituzionalismo di Santi Romano*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 1977, pp. 682-704), ma dalla quale in realtà si allontanava « in diversi punti » (*L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 107-108).

alcuna potestà pregiuridica legittimata ad un'autolimitazione, né alcuno Stato prima del diritto, né alcun momento in cui lo Stato non fosse stato « limitato, appunto perché, sin dalla sua origine, esso è un ordinamento » e la sua legge « non è mai, come comunemente si crede, il cominciamento del diritto » (177).

La crisi colta da Santi Romano, pertanto, non implicava l'annientamento dello Stato, ma la sua degradazione a comprimario d'eccellenza, nella veste di ordinamento archetipico, organizzazione sociale paradigmatica, istituzione fra le istituzioni (178). Erano « l'unità e la sovranità » dello Stato, la pretesa della sua assolutezza e della sua esclusività, ad essere « destinate a scomparire », non la sua esistenza, né la sua utilità (179): il ruolo e la natura dello Stato, che si era voluto ingenuamente rappresentare come « il signore e l'arbitro non soltanto del suo diritto, ma di tutto il diritto » (180), andavano ridefiniti alla luce di un « movimento corporativo » che era « diretto, non già a travolgere lo Stato, nella figura che, per diritto moderno, è venuto assumendo, ma a completarne le deficienze e le lacune, che, come si è visto, presenta per necessario effetto della sua origine » (181). Anche per Romano, che sotto questo profilo tutto era fuorché « anti-statalista », lo Stato manteneva dunque un ruolo di primo piano, ma non più come ente unitario dotato di volontà dominatrice, bensì in quanto organizzazione in grado di contenere, rispettare e riflettere la complessità ordinamentale dei gruppi sociali (182): sorto per superare « gl'interessi parziali e con-

(177) S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 28 e 67-69.

(178) Sulla nuova dimensione, affrancata da dogmi monistici e soggettivistici, che assume lo Stato nella visione con cui Romano va « oltre lo Stato », ma non contro lo Stato », F. TESSITORE, *Crisi e trasformazioni dello Stato*, cit., pp. 215-234. Sulla problematicità di una simbiosi fra ordinamento giuridico statale e ordinamento sociale, Stato e istituzione, S. DE FINA, *Ordinamenti giuridici e ordinamenti sociali*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », XIX, 1969, pp. 89-154.

(179) S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 17.

(180) ID., *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 89.

(181) ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 19.

(182) V. MURA, *Pluralismo e neo-statalismo nella cultura giusfilosofica italiana del primo Novecento*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale fra Otto e Novecento*, cit., pp. 381-411, ma specialmente pp. 385-394. Secondo R. RUFFILLI, *Santi Romano e la "crisi dello Stato" agli inizi dell'età contemporanea*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », XXVII, 1977, pp. 311-325, ora in ID., *Istituzioni Società Stato*, cit., pp. 163-180, le

tingenti », l'organismo statale avrebbe ora assunto le sembianze « di un'organizzazione superiore che unisca, contemperi e armonizzi le organizzazioni minori in cui la prima va specificandosi », così da impedire « alla futura società corporativa di ritornare ad una costituzione assai simile a quella feudale » (183).

Partiti, rappresentanza e parlamento uscivano dal discorso di Romano ovviamente rivoluzionati. La rappresentanza politica aveva « il fine di mettere in immediato contatto la costituzione dello Stato e quella della società », ma il parlamentarismo aveva evidentemente fallito la sua missione, se è vero che i cittadini avevano trasferito la rappresentanza degli interessi alle formazioni associative che sempre più fittamente riempivano lo spazio sociale (184). A cagione di un'organizzazione sociale sempre più complessa e particolaristica, sarebbe stato impossibile per le assemblee elettive rappresentare « gruppi così poco omogenei e numerosi di individui », i quali andavano sviluppando, per effetto delle « migliorate condizioni economiche », del « diffondersi della pubblica opinione », dell'« allargarsi della cultura » e della « stampa quotidiana », della « facilità di riunirsi e di associarsi », « dei contatti provocati dal lavoro industriale » e della « rapidità dei mezzi di comunicazione », una coscienza civile e politica che li metteva nelle condizioni di influire direttamente, senza bisogno di diaframmi istituzionali, sulla legislazione e sull'azione dell'esecutivo (185).

La crisi dello Stato liberale di diritto, di conseguenza, scaturiva dal fatto che al « progressivo organizzarsi sulla base di particolari interessi della società che va sempre più perdendo il suo carattere atomistico » non corrispondeva un'adeguata evoluzione « dei mezzi giuridici e istituzionali, che la società medesima possiede per fare rispecchiare e valere la sua struttura in seno a quella dello Sta-

soluzioni di Romano andrebbero anzi nel senso di un rafforzamento dello Stato. Si veda anche, nel senso di un'irrinunciabilità della « sovranità dello Stato » nella teoria romaniana, M. FUCHS, *Die Allgemeine Rechtstheorie*, cit., pp. 151-152.

(183) S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., pp. 24-25.

(184) Ivi, p. 21. In generale, circa la non sovrapponibilità dei concetti di rappresentanza e parlamentarismo, D. FISICHELLA, *La rappresentanza politica*, Roma-Bari, Laterza, 1996.

(185) S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 22.

to » (186). Era il problema che già nell'ultimo scorcio dell'Ottocento era stato da più parti evidenziato, prevalentemente in termini di coordinamento fra « rappresentanza politica », determinata dalla « categoria dell'unità » ma spinta dal suffragio universale verso la complessità, e « rappresentanza degli interessi », da affidare agli organismi rappresentativi dei gruppi professionali e all'attività suppletiva della giurisprudenza (187).

La fine del secolo — aveva constatato nel 1895 Charles Benoist (1861-1936) — faceva i conti con una grave « crise de l'État moderne », che era crisi del suo « parlementarisme », della sua incapacità di riflettere nel diritto la complessità generale della base sociale (188). Se « État de droit » indicava genericamente lo Stato interamente regolato « dalla legge », la novità, con lo Stato moderno, stava nel fatto che il « potere legislativo » non risiedeva più nel potere arbitrario di un monarca, ma nel « popolo », che lo avrebbe esercitato direttamente oppure attraverso suoi rappresentanti (189). La « sovranità », dunque, derivava dal basso, spettava alla « nazione », mistificata come « una e indivisibile » dalla Rivoluzione, ma nella realtà frazionata, parcellizzata, divisa: la sovranità era indivisibile, ma non si realizzava che « nella sua divisione » (190). Il suffragio, che era l'unico modo attraverso cui la sovranità avrebbe potuto esprimersi, andava perciò riconosciuto a tutti, a milioni di elettori, « milioni di atomi di sovranità », ma andava organizzato secondo un sistema elettorale in grado di rappresentare la vita reale di individui organizzati in corpi collettivi (191). Occorreva quindi, allo scopo di

(186) Ivi, p. 23.

(187) G. DUSO, *La logica del potere. Storia concettuale come filosofia politica*, Roma-Bari, Laterza, 1999, pp. 129-135. Cfr. sul punto G. GOZZI, *Rappresentanza politica e rappresentanza degli interessi nella riflessione giuridica e politica fra Ottocento e Novecento*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale fra Otto e Novecento*, cit., pp. 231-257.

(188) C. BENOIST, *De l'Organisation du Suffrage Universel. La crise de l'État moderne*, Paris, Firmin-Didot et C^{ie}, 1895, p. 9.

(189) Ivi, pp. 11-12.

(190) Ivi, pp. 17-19.

(191) Ivi, p. 19. In particolare, al fine di conseguire una compagine politica fedelmente rappresentativa della società, Benoist proponeva la sostituzione del « suffragio universale inorganico », basato su comitati e partiti che avrebbero fatto interessi di pochi, limitato la rappresentanza a « tre o quattro categorie o professioni politicanti »,

superare un'idea « superficiale » di democrazia, introdurre nel « diritto elettorale », come più specificamente suggerito da Charles François, una serie di riforme (decentramento, riorganizzazione delle circoscrizioni elettorali, elettorato attivo e passivo delle donne, meccanismo plurimo delle preferenze, sistema proporzionale), tese a garantire la « rappresentanza degli interessi », non riducibile né a « rappresentanza professionale » né a « rappresentanza delle minoranze », così archiviando il sistema individualistico tramandato dalla Rivoluzione francese con la divisione della nazione in dipartimenti elettorali artificiali e dando valenza rappresentativa non solamente « agli individui », ma alle « associazioni », ai « gruppi », alle « unioni » e alle « nuove formazioni » generate dal « rapido sviluppo » dell'industrializzazione ⁽¹⁹²⁾.

Il rimedio — confermava Romano, sotto questo profilo in perfetta sintonia con Duguit — consisteva dunque nell'integrare e nel rinnovare la rappresentanza politica attraverso la « rappresentanza degli interessi », perfino ipotizzando l'istituzione di una camera eletta dai « colleghi professionali » o la creazione di « parlamenti speciali per ciascun ramo della legislazione », in base ad una logica di frazionamento (divisoria, distributiva) che avrebbe però fatalmente determinato lo sgretolamento della sovranità statale e l'attribuzione di « una frazione della sovranità a ciascun gruppo o classe, e che perciò è per la sua stessa natura incompatibile col principio che unifica e assomma nello Stato ogni potere pubblico » ⁽¹⁹³⁾.

prodotto « una legislazione impulsiva e incoerente » e condotto all'anarchia, con il « suffragio universale organizzato », regolato da leggi volte a fissare limiti e ad equilibrare i diversi elementi sociali.

⁽¹⁹²⁾ C. FRANÇOIS, *La représentation des intérêts dans les corps élus*, Paris-Lyon, Rousseau-Rey, 1899, *passim*. Erano temi attualissimi anche in Italia, dove, fra gli altri, F. PERSICO, *Le rappresentanze politiche e amministrative*, Napoli, Marghieri, 1885, specialmente pp. 206-252, aveva proposto una riforma elettorale in virtù della quale, trasferendo il voto dagli individui agli organi eletti presso le comunità territoriali (consigli comunali e provinciali), si rappresentassero al meglio, « nel Corpo legislativo e politico », « le forze vive e reali del paese », gli « interessi collettivi e sociali ».

⁽¹⁹³⁾ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., pp. 23-24. Anche L. DUGUIT, nella terza conferenza del 1908, in *Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello Stato*, cit., p. 128, auspicava che si organizzasse, « a fianco di una rappresentanza proporzionale dei partiti, una rappresentanza professionale degli interessi, cioè una rappresentanza delle diverse classi sociali organizzate in sindacati e in

Sulla base delle proposte già avanzate in materia di rappresentanza degli interessi, in conclusione, Santi Romano — nel clima della politica liberale giolittiana, che fra il 1903 e il 1914 si sviluppava nel senso di una graduale apertura verso la partecipazione delle classi popolari e il riconoscimento dei partiti come necessaria mediazione fra Stato e società — non condannava quindi lo Stato-soggetto all'irrelevanza, ma cercava di reinterpretarlo alla luce dei nuovi filtri istituzionalistici e pluralistici, ravvisando nel Parlamento, in una composizione rimodulata per effetto della partecipazione dei gruppi ai processi formativi della legge, il luogo di mediazione degli interessi espressi dalle organizzazioni di categoria ⁽¹⁹⁴⁾. Lo Stato, disorientato dal superamento del modello individualistico di società, manteneva la personalità, rimaneva la « vera personificazione » della « collettività ampia e integrale », ma come esso avrebbe dovuto convivere con una vasta pluralità di gruppi sociali, politici ed economici, così il suo diritto avrebbe dovuto integrarsi con quelli derivanti dai molteplici ordinamenti giuridici ⁽¹⁹⁵⁾.

8. *Il richiamo dell'unità. Ideologie e totalitarismi nella prima metà del Novecento.*

La riflessione di Romano consentiva l'elaborazione di moduli e

federazioni di sindacati », eventualmente attraverso una « Camera composta degli eletti dai gruppi sindacali » che facesse da « contrappeso alla potenza di una Camera rappresentante gli individui ». Era una decisa rottura, come rilevato da P. GROSSI, « *Lo Stato moderno e la sua crisi* », cit., p. 9, con la visione della rappresentanza politica propagandata dall'Illuminismo giuridico, che ne aveva in realtà fatto più « una delega all'esercizio del potere » che « uno strumento autenticamente rappresentativo ».

⁽¹⁹⁴⁾ R. RUFFILLI, *Santi Romano e la "crisi dello Stato"*, cit. Su questa presunta duplicità del pensiero romaniano, fra una componente teorica che spingeva per la valorizzazione del pluralismo ordinamentale ed una matrice ideologica legata all'irrinunciabilità dell'autoritarismo dello Stato, come rilevata da alcune correnti storiografiche e dottrinali (Giannini, Galizia, Cassese, Bobbio), cfr. M. FIORAVANTI, *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano*, cit., pp. 169-219, il quale chiarisce infine come non sia in alcun modo possibile, rileggendo il percorso formativo e l'itinerario concettuale di Santi Romano, « rilevare una contraddizione di fondo » tra constatazione della « 'crisi' dello Stato moderno in senso pluralistico » e difesa del « dogma della necessaria sovranità dello Stato-persona » (p. 215).

⁽¹⁹⁵⁾ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 25.

concetti tecnici in grado di sopravvivere nel tempo e di rappresentare al meglio le trasformazioni epocali subite dal nesso Stato-società fra la seconda metà dell'Ottocento e la Grande guerra ⁽¹⁹⁶⁾. In quello stesso 1918 in cui *L'ordinamento giuridico* vedeva la luce, il volto dello Stato, di questo « gigante scoronato », continuava a presentare, nell'immagine offerta da Capograssi (1889-1956), i tratti del « potere supremo », della « sovranità », dell'« imperio », del « comando », ma era un'immagine ormai sbiadita, stinta dall'azione corrosiva di una società sempre meno omogenea e sempre più frammentata, che lo Stato, « perso il criterio morale e fattosi arbitrio », aveva voluto disconoscere, ignorando « tutte le creazioni sociali, tutti i raggruppamenti e gli interessi », rimanendo « solo », non vedendo « altro che se stesso », pretendendo, infine, che la legge, al di là di ogni contenuto e di ogni valore, fosse « legge soltanto perché voluta dallo Stato » ⁽¹⁹⁷⁾.

La « strutturale ambivalenza » della « costituzione-ordine liberale post-rivoluzionario », ora « principio di unità politica contro i particolarismi vecchi e nuovi », ora « limite all'esercizio dei poteri pubblici », avrebbe dunque retto fintantoché fosse durata la fiducia in un oggettivo ordine politico e costituzionale organicamente rappresentato dallo Stato-persona, ma quando si fosse posato lo sguar-

⁽¹⁹⁶⁾ G. CIANFEROTTI, *La crisi dello Stato liberale nella giuspubblicistica italiana del primo Novecento*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale fra Otto e Novecento*, cit., pp. 161-163.

⁽¹⁹⁷⁾ G. CAPOGRASSI, *Saggio sullo Stato*, Torino, 1918, poi in ID., *Opere*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 1-147. Qualche anno più tardi lo stesso G. CAPOGRASSI, *La nuova democrazia diretta*, Roma, 1922, poi in ID., *Opere*, vol. I, cit., pp. 403-573, avrebbe constatato quanto i mutamenti socio-economici si fossero riverberati sull'« organismo costituzionale giuridico dello Stato », spostando « i cardini sui quali l'ordinamento costituzionale liberale si fondava ». A fronte dello sviluppo industriale e del parallelo complicarsi dello spazio sociale, lo Stato aveva assunto funzioni tecniche ed industriali, si era fatto regolatore e mediatore prima, imprenditore e datore di lavoro dopo, accorciando « la distanza che correva tra società e Stato ». Uscito dal suo « isolamento », che lo aveva collocato « da solo di fronte alla società », lo Stato si era ormai vigorosamente « inserito nel pieno del mondo sociale ». Gli attributi della sovranità e della personalità, che Capograssi, sotto questo profilo prendendo le distanze dallo « scetticismo giuridico » di Duguit, riteneva di dover confermare in quanto « ineliminabili categorie del diritto pubblico », andavano pertanto ripensati alla luce di uno statuto pluralistico.

do sulla realtà sociale, sarebbe subentrata l'esigenza di conseguire un ordine politico fondato non più su una base unitaria, ma su un equilibrio fra « un complesso di soggetti sociali e politici, articolati in gruppi d'interesse, in partiti, in sindacati » (198). La crisi del modello liberale, pertanto, sarebbe deflagrata, sul piano politico, fra primo dopoguerra e avvento dei regimi totalitari, quando più forti si fecero la pressione dei movimenti popolari e la domanda di partecipazione politica delle masse, insieme al rifiuto dell'idea secondo cui la borghesia liberale fosse la classe costituzionalmente delegata a fare gli interessi di un'intera nazione (199).

Tuttavia, se si eccettua l'esperienza della Repubblica di Weimar, fondata su una costituzione pluralistica e « comunitaristica », su una concezione partecipativa e sociale della « democrazia come conflitto tra valori e come contrasto tra diritti », alla crisi dello Stato liberale fecero seguito, nell'Europa continentale della prima metà del Novecento, soluzioni che sembravano prepotentemente tornare, a livello teorico e costituzionale, sul terreno di un'unità semplificante (200). Delle svariate « forme di pensiero giuridico » che nascevano « dalla crisi dello Stato liberale », solo l'istituzionalismo avrebbe cercato di sciogliere le aporie facendo leva sulla costituzione pluralistica e complessa del tessuto sociale, le altre rinnovando, sotto nuova luce, una visione monistica del giuridico, ora all'insegna del sistema normativo, ora dello Stato, ora del diritto popolare (201).

Il richiamo dell'unità, in qualche misura, riaffiorava già nel

(198) M. FIORAVANTI, *Costituzione e Stato di diritto*, cit., pp. 596-599.

(199) Sugli aspetti costituzionali della crisi si leggano i contributi raccolti nel volume *I giuristi e la crisi dello Stato liberale (1918-1925)*, a cura di P.L. Ballini, Venezia, Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti, 2005.

(200) Cfr. rispettivamente P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 232-238, e G. GOZZI, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2003, in particolare pp. 77-115. Più ampiamente, sul costituzionalismo weimariano, M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Weimarer Republik und Nationalsozialismus*, München, Beck, 2002, pp. 74-124.

(201) G. ZARONE, *Crisi e critica dello Stato. Scienza giuridica e trasformazione sociale tra Kelsen e Schmitt*, Napoli, Esi, 1982, p. 144. In questo senso anche M. FIORAVANTI, *Lo 'Stato moderno' nella dottrina della costituzione della prima metà del Novecento (1900-1940)*, in *Ordo iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 2003, specialmente pp. 197-217.

normativismo kelseniano, che pur rompendo in molti punti con la « tradizione giuridica dell'Ottocento » — dalla demitizzazione del concetto di Stato al rifiuto di una nozione omogenea di popolo — avrebbe poco valorizzato il momento pluralistico, almeno rispetto a quanto sarebbe accaduto con le costituzioni democratiche del secondo dopoguerra ⁽²⁰²⁾. Se sul piano della filosofia politica Kelsen (1881-1973) abbracciava convintamente un modello di democrazia parlamentare fondato sulla libertà politica e sull'uguaglianza, sul suffragio universale e sul sistema proporzionale, sul principio di maggioranza e sui partiti, sul piano della teoria giuridica egli approdava, nel tentativo di superare l'aporia tra assolutezza del potere statale ed efficacia limitativa del diritto, ad un « monismo formalistico » imperniato sul rispetto di parametri formali gerarchicamente collegati ⁽²⁰³⁾.

Per eliminare il « falso dualismo di stato e diritto » ⁽²⁰⁴⁾, il giurista praghese dissolveva lo Stato nel diritto, riduceva lo Stato ad un sistema di norme e identificava « il diritto » con l'« ordinamento statale », risolvendo nell'unità ordinamentale la dicotomia tra Stato e diritto ⁽²⁰⁵⁾. In questo modo egli elideva “per confusione” uno dei termini dell'aporia (lo Stato), ma non abbandonava le istanze di unità, ordine e semplicità che a partire dalla Rivoluzione francese

⁽²⁰²⁾ Sul rapporto di Kelsen con la tradizione teorica dello Stato-persona cfr. M. FIORAVANTI, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, in ID., *La scienza del diritto pubblico*, cit., vol. II, pp. 605-656.

⁽²⁰³⁾ P. COSTA, *Lo Stato di diritto*, cit., pp. 136-138. « Il problema della cosiddetta autoobbligazione dello Stato » — avrebbe sostenuto H. KELSEN, *General theory of law and State*, Cambridge, 1945, trad. it. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Etas Compass, 1966, p. 203 — « è uno di quegli pseudoproblemi che risultano dall'erroneo dualismo fra Stato e diritto ». Per la visione democratica di Kelsen si vedano specialmente i saggi *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, Mohr, 1929, trad. it. *Essenza e valore della democrazia*, e *Das Problem des Parlamentarismus*, Wien-Leipzig, Braumüller, 1924, trad. it. *Il problema del parlamentarismo*, entrambi in ID., *La democrazia*, Bologna, Il Mulino, 1984⁵, rispettivamente pp. 35-144 e 145-180.

⁽²⁰⁴⁾ H. KELSEN, *Justiz und Verwaltung*, 1929, trad. it. *Giurisdizione e amministrazione*, in ID., *Il primato del parlamento*, a cura di C. Geraci, Milano, Giuffrè, 1982, p. 124.

⁽²⁰⁵⁾ P. COSTA, *Lo Stato di diritto*, cit., pp. 131-136. Sull'abbandono, da parte di Kelsen, della nozione di Stato-persona propria della giuspubblicistica dell'Ottocento, M. FIORAVANTI, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, cit., pp. 610-625.

avevano dominato il dibattito pubblicistico. Al contrario egli ritrovava l'unità attraverso un'originale rilettura del legalismo ed una rinnovata semplificazione del quadro delle fonti: nell'unità del metodo e nell'unità dell'ordine giuridico nel suo « automovimento », nella coerenza logica del « sistema di norme », che si scopre essere privo di contraddizioni ⁽²⁰⁶⁾, in « un ordine ideale unitario » che « si contrappone alla molteplicità del reale, della natura, dell'essere » ⁽²⁰⁷⁾.

All'interno della visione dinamica e plurilivellare disegnata con la *Stufenbaulehre*, in altri termini, Kelsen ribadiva a più riprese l'« esigenza teorica di un presupposto unitario, sulla cui base si possa fondare l'unità dell'ordinamento » e ricondurre ad unità la « molteplicità degli atti statali e rapporti di potere puramente fattuali » ⁽²⁰⁸⁾. « La *norma fondamentale* », capace di ricondurre ad unità di sistema la « molteplicità di norme », avrebbe fondato, « con l'unità, la *sovranità* dello Stato » ⁽²⁰⁹⁾. Ma poiché « *sovrano* nel senso più proprio della parola » avrebbe potuto essere « un solo ordinamento », quando si fosse definito un ordinamento « come “sovrano” » avrebbe dovuto intendersi « appunto che lo si vuole far valere come ordine totale » e « unico » ⁽²¹⁰⁾. Lo Stato, « come unità », non

⁽²⁰⁶⁾ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pp. 111-126.

⁽²⁰⁷⁾ A. CARRINO, *Kelsen e il tramonto della sovranità*, in ID., *Sovranità e Costituzione nella crisi dello Stato moderno. Figure e momenti della scienza del diritto pubblico europeo*, Torino, Giappichelli, 1998, p. 81.

⁽²⁰⁸⁾ H. KELSEN, *Die Lehre von der drei Gewalten oder Funktionen des Staates*, 1923-1924, trad. it. *La dottrina dei tre poteri o funzioni dello Stato*, in ID., *Il primato del parlamento*, cit., p. 111. Sul carattere dinamico dell'ordinamento giuridico M. BARBERIS, *Kelsen, Paulson, and the Dynamic Legal Order*, in *Hans Kelsen's legal theory. A diachronic point of view*, edited by L. Gianformaggio, Torino, Giappichelli, 1990, pp. 49-61. Sul funzionamento in concreto della teoria kelseniana B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Bologna, Il Mulino, 1999.

⁽²⁰⁹⁾ H. KELSEN, *Grundriß einer allgemeinen Theorie des Staates*, Wien, 1926, trad. it. *Lineamenti di teoria generale dello Stato*, in ID., *Dottrina dello Stato*, a cura di A. Carrino, Napoli, Esi, 1994, pp. 63-64.

⁽²¹⁰⁾ Ivi, p. 65. « L'unità di un sistema di norme significa la sua unicità » — argomentava H. KELSEN, *La dottrina del diritto naturale ed il positivismo giuridico*, appendice a *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 417 — « ciò è semplicemente una conseguenza del principio di unità, principio basilare per tutta la conoscenza, ivi compresa la conoscenza delle norme ».

era altro, in questa prospettiva, che « l'espressione personificativa dell'unità di questo ordinamento », il « punto finale comune dell'imputazione di tutti gli atti statali specificamente qualificati normativi »⁽²¹¹⁾, l'« ordinamento giuridico totale », ossia la sua « unità personificata »⁽²¹²⁾: Stato e diritto non erano « entità differenti », ma l'uno la personificazione dell'altro, l'uno la rappresentazione unitaria della « pluralità » e della « molteplicità delle relazioni »⁽²¹³⁾. Con la conseguenza che il « popolo », sotto il profilo sociologico una vera e propria « molteplicità di gruppi », diventava, « dal punto di vista giuridico », un'unità « in senso normativo », un'« unità normativa »⁽²¹⁴⁾.

In maniera del tutto diversa, in Italia, la dottrina fascista rielaborava il nesso organico fra Stato e società intorno ad un modello statocentrico, facendo dello Stato totale l'elemento nel quale risolvere la dimensione pluralistica del sociale⁽²¹⁵⁾. Già nel 1920, prima ancora della marcia su Roma, Alfredo Rocco (1875-1935) confidava nella capacità unificante dello Stato per superare la crisi descritta da Santi Romano agli inizi del secolo⁽²¹⁶⁾. Se la « crisi dello Stato » derivava dal suo dissolversi « in una moltitudine di aggregati minori, partiti, associazioni, leghe, sindacati, che lo vinco-

(211) H. KELSEN, *Lineamenti di teoria generale dello Stato*, cit., p. 51.

(212) ID., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 198.

(213) ID., *Lineamenti di teoria generale dello Stato*, cit., p. 58.

(214) ID., *Essenza e valore della democrazia*, cit., p. 51.

(215) Sulla dottrina fascista dello Stato e sui diversi modelli giuspolitici del Fascismo cfr. P. COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., specialmente pp. 65-146. Ma sul perpetuarsi, ben visibile in molti giuristi del Ventennio, dell'opzione pluralistico-storicistica romaniana, in risposta alla « semplicità perduta », P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 119-214.

(216) A. ROCCO, *Crisi dello Stato e sindacati*, Discorso inaugurale dell'anno accademico 1920-21, Università di Padova, 15 novembre 1920, in ID., *Scritti e discorsi politici*, vol. II, *La lotta contro la reazione antinazionale (1919-1924)*, Milano, Giuffrè, 1938, pp. 631-645. Sul pensiero giuridico di Rocco rimane fondamentale l'opera di P. UNGARI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia, Morcelliana, 1963. Per una collocazione delle tesi di Rocco all'interno del dibattito culturale sulla crisi dello Stato, specie in rapporto alle teorie di Orlando e di Romano, cfr. L. MANGONI, *La crisi dello Stato liberale e i giuristi italiani*, cit. Sull'evoluzione politica di Rocco, in relazione al ruolo dei partiti e dello Stato, S. BATTENTE, *Alfredo Rocco. Dal nazionalismo al fascismo. 1907-1935*, Milano, FrancoAngeli, 2005.

lano, lo paralizzano, lo soffocano », andava in primo luogo abbandonato l'atteggiamento di « agnosticismo » che la dottrina politica del liberalismo aveva impresso allo Stato nei confronti della società, concepita « come una somma di individui uguali, come una grigia massa amorfa ed indifferenziata » (217).

Poiché, infatti, lo Stato non era altro che la stessa « società in quanto si organizza sotto un supremo potere », il suo trionfo si sarebbe trasmesso alla società insieme al prevalere, nella « vita degli organismi sociali », del « principio della organizzazione, rappresentato dallo Stato », rispetto a quello della « disgregazione, rappresentata dagli individui e dai gruppi » (218). Respingere l'« assalto delle nuove forze disgregatrici, che attentano alla sovranità dello Stato », pertanto, significava spegnere « lo spirito dissolvitore, individualistico, antistatale » che aveva pervaso la civiltà liberale, senza che questo implicasse un annullamento dell'organizzazione degli interessi professionali (219). Tutt'altro: l'associazionismo di coloro che esercitavano lo stesso mestiere costituiva una componente ineliminabile della società politica, « un fenomeno di tutti i tempi, naturale ed incoercibile », che andava però da parte dello Stato monopolizzato e diretto, così da trasformare il « sindacalismo », nel quale le associazioni professionali si ponevano « all'infuori dello Stato e spesso contro lo Stato », in « corporativismo », nel quale i sindacati cadevano nell'orbita dello Stato, divenendone « suoi organi » (220). Lo Stato, quale « organismo etico », avrebbe quindi dovuto, secondo Rocco, tornare alla « vecchia tradizione interrotta dal trionfo dell'ideologia liberale », assorbendo i sindacati e trasformandoli in « suoi organi », proclamandone « la obbligatorietà » e ponendoli

(217) A. ROCCO, *Crisi dello Stato e sindacati*, cit., pp. 631-636. Si tratta della stessa posizione statalista sostenuta nel medesimo anno da O. RANELLETTI (1868-1956), *I sindacati e lo Stato*, Prolusione al corso di Diritto amministrativo e Scienza dell'amministrazione letta all'Università di Napoli il 9 febbraio 1920, in « *Politica* », XV, 1920, pp. 257-279, ora in *Id.*, *Scritti giuridici scelti*, vol. I, *Lo Stato*, Napoli, Jovene, 1992, pp. 369-393.

(218) A. ROCCO, *Crisi dello Stato e sindacati*, cit., pp. 632-633.

(219) *Ivi*, pp. 634-636.

(220) *Ivi*, pp. 637-639. Cfr. G. SIMONE, *L'organizzazione delle masse al servizio dello Stato. Alfredo Rocco e l'origine del corporativismo*, in « *Clio* », XLIII, 2007, 3, pp. 439-464.

« risolutamente » sotto il suo controllo, « determinandone con precisione le funzioni, disciplinandone la vigilanza e la tutela in una forma di autarchia non eccessivamente svincolata » (221).

Quando negli anni Trenta, nel pieno del regime, Giorgio Del Vecchio (1878-1970) sarebbe tornato sulla « crisi dello Stato », le linee tracciate da Rocco avrebbero ormai rappresentato i punti fermi di un'impostazione teorica che vedeva nello Stato fascista il « centro di gravità di un sistema », il « *focus* nel quale convergono e dal quale irradiano tutti i raggi che compongono una reale unità » (222). Chiamato a misurarsi dinamicamente con una quantità crescente di forze centrifughe e disgregatrici, lo Stato avrebbe dovuto garantire unità « mediante una continua assimilazione degli elementi, anche eterogenei, che gli gravitano d'intorno, attraendoli esso in certa guisa nella sua orbita, ed imprimendo, per così dire, il proprio formale sigillo sopra le loro spontanee energie » (223). La « tendenza unitaria » imponeva un delicato lavoro « di assorbimento e di inquadramento », affinché lo Stato prevalesse su « tutti gli elementi che potrebbero trarlo a dissoluzione », incanalando, se non avesse voluto « esserne sommerso », i processi spontanei di organizzazione e produzione giuridica che individui e gruppi avrebbero incessantemente alimentato (224).

Del Vecchio così riconosceva, in quanto conforme « al naturale ordine delle cose », « l'origine parzialmente extrastatuale del diritto », la trama policentrica e la dimensione pluriordinamentale della società, la vivacità creativa delle « organizzazioni collettive » e la pluralità delle fonti giuridiche, ne rilevava anche le potenzialità di

(221) A. ROCCO, *Crisi dello Stato e sindacati*, cit., pp. 640-642.

(222) G. DEL VECCHIO, *La crisi dello Stato*, Roma, Pallotta, 1934², p. 15, ma può leggersi il testo, che riproduceva una conferenza pronunciata all'Università di Bucarest il 12 maggio 1933, anche in ID., *La crisi dello Stato*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 1933, pp. 684-706 (p. 688 per la citazione). Tornava sul tema, con tutt'altra prospettiva, anche G. INGROSSO (1877-1968), *La crisi dello Stato*, Napoli, Ceccoli, 1925, che imputava la « crisi dello Stato » alla degenerazione della prassi costituzionale dello Statuto, dovuta all'antiparlamentarismo dell'ideologia fascista, tale da soffocare ogni rappresentanza di interessi plurimi ed ogni rappresentazione sul piano politico della molteplicità sociale.

(223) G. DEL VECCHIO, *La crisi dello Stato*, cit., p. 16.

(224) Ivi, pp. 16-18.

arricchimento e di completamento, ma a condizione che la molteplicità venisse « assimilata », ordinatamente ricondotta all'unità dello Stato (225). Solo così, attraverso un « processo di *statualizzazione* » volto ad accogliere « la spontanea produzione del diritto », lo Stato avrebbe raggiunto « la sua più perfetta unità, come supremo ed effettivo coordinatore di tutte le energie, e armonizzatore di tutti i diritti e di tutti i doveri degli individui e dei gruppi » (226).

La via intrapresa dal Fascismo per superare lo stallo nel quale languiva lo Stato liberale, dunque, si avvaleva di una tradizione disciplinare già collaudata, ispirata « al tema dell'unità, all'immagine dello Stato come concrezione e garanzia ultima dell'unità del politico, come elemento determinante del processo di unificazione del molteplice (dei gruppi sociali, degli organi) » (227). Dello Stato di diritto si salvavano la visione statocentrica e la riduzione del giuridico a legalità formale, ma da un lato la dimensione statale si dilatava ora fino a pervadere le più lontane propaggini della società, dall'altro il diritto si impregnava di un'eticità (Stato etico), derivante dalla supremazia dello stesso « Stato fascista », che il duce e gli organi del regime, anziché il Parlamento di matrice liberale, avrebbero trasfuso nella legge (228).

L'atteggiamento antiparlamentare e antirappresentativo dello Stato liberale di diritto trovava qui nuove e diverse motivazioni, connesse all'esigenza di convogliare proficuamente verso l'unità

(225) Ivi, pp. 18-22.

(226) Ivi, pp. 41-42.

(227) P. COSTA, *La giuspubblicistica dell'Italia unita*, cit., p. 135.

(228) Una preziosa analisi storiografica sulla nozione e sulla natura dello « Stato fascista », anche nel suo rapporto con la tradizione liberale e con la seguente stagione democratica, è quella di S. CASSESE, *Lo Stato fascista*, Bologna, Il Mulino, 2010. Cfr. anche, sul rapporto della dottrina fascista dello Stato con la tradizione dello Stato liberale, G. CIANFEROTTI, *Il pensiero di V.E. Orlando*, cit., pp. 217-343. A proposito dello « Stato etico », attraverso il cui volere si sarebbe attuato l'« ethos » nella forma della « giuridicità essenziale » (Battaglia), si sarebbero adempiuti « i fini che sinteticamente noi chiamiamo *storici* » (Panunzio), si sarebbe interpretato e realizzato « il tesoro delle forze etiche della Nazione » (Redanò), si vedano in primo luogo F. BATTAGLIA, *Stato etico e Stato di diritto*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 1937, poi in Id., *Scritti di teoria dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1939, pp. 189-244; S. PANUNZIO, *Lo Stato di diritto*, Città di Castello, Il «Solco», 1921, pp. 145-168; U. REDANÒ, *Lo Stato etico*, Firenze, Vallecchi, 1927.

dello Stato totalitario le diverse forze politiche, economiche e sociali del paese. Il successo delle politiche di regime passava da un'unità di intenti che non avrebbe tollerato energie indipendenti e politiche antagoniste, spinte centrifughe e forme di dissenso, secondo una logica monistica che ancora una volta utilizzava il « mito dello Stato » per conseguire l'unità ⁽²²⁹⁾.

Se la legge Acerbo rappresentava il primo passo verso un regime politico a partito unico, i provvedimenti contro la libertà di stampa e d'opinione, i poteri di vigilanza, ispezione e scioglimento delle associazioni, il controllo centralistico degli organismi economici e delle amministrazioni decentrate contribuivano a edificare uno « Stato totalitario » nel quale imbrigliare le tendenze pluralistiche della società civile ⁽²³⁰⁾. L'invenzione dello Stato-corporativo, portata a compimento tra il 1926 e il 1939, avrebbe espresso al massimo livello l'istanza di unificazione avanzata dal regime fascista, conformemente all'idea secondo la quale la pluralità di gruppi e interessi avrebbe dovuto essere non già negata, ma filtrata in categorie da armonizzare e rendere funzionali all'unità dello Stato ⁽²³¹⁾:

⁽²²⁹⁾ E. GENTILE, *Il mito dello Stato nuovo. Dal radicalismo nazionale al fascismo*, Roma-Bari, Laterza, 1999.

⁽²³⁰⁾ Per un quadro delle modificazioni costituzionali intervenute sotto il regime fascista cfr. C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia. 1848-1948*, Roma-Bari, Laterza, 1996¹⁵, pp. 357-387, R. MARTUCCI, *Storia costituzionale italiana. Dallo Statuto Albertino alla Repubblica (1848-2001)*, Roma, Carocci, 2002, pp. 199-231, e G. MELIS, *Fascismo (ordinamento costituzionale)*, in *Digesto, Discipline Pubblicistiche*, vol. VI, Torino, Utet, 1991, pp. 259-273. Sulla discussa definizione di « totalitario » per lo Stato fascista si veda E. GENTILE, *Fascismo. Storia e interpretazione*, Roma-Bari, Laterza, 2002, soprattutto pp. 63-71. Sull'organizzazione dello Stato fascista sono essenziali A. AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino, Einaudi, 1995, e i volumi dedicati da R. DE FELICE al Fascismo, tra i quali, in particolare, *Mussolini il fascista*, vol. II, *L'organizzazione dello Stato fascista 1925-1929*, Torino, Einaudi, 1968, e *Mussolini il duce*, vol. I, *Gli anni del consenso 1929-1936*, Torino, Einaudi, 1974². Sull'amministrazione fascista G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, cit., pp. 269-381. Sul regime a partito unico, i suoi risvolti politici e costituzionali, P. POMBENI, *Demagogia e tirannide. Uno studio sulla forma-partito del fascismo*, Bologna, Il Mulino, 1984.

⁽²³¹⁾ Il processo di edificazione dello Stato corporativo, con le sue implicazioni sociali e le sue ripercussioni sull'economia, è ben ricostruito da A. GAGLIARDI, *Il corporativismo fascista*, Roma-Bari, Laterza, 2010, del quale cfr. anche *Lo Stato corporativo fascista: una ricognizione su studi e fonti*, in « Le Carte e la Storia », 2001, 1, pp. 181-195. Si veda inoltre, soprattutto per misurare l'effettivo funzionamento del sistema

il recupero della complessità sociale si realizzava attraverso la trasfigurazione degli organismi sociali in organi di Stato, secondo un modello che riconduceva gli organismi intermedi ad unità, inglobandoli ed assorbendoli, inquadrandoli e incorporandoli nell'« omnicomprensiva unità dell'organismo statale » (sindacati di Stato) ⁽²³²⁾. L'affermazione di una visione del giuridico semplice ed unitaria era così compiuta sotto il sigillo dello Stato: « la nazione italiana » — recitava l'art. 1 della Carta del Lavoro — « è una unità morale, politica ed economica, che si realizza integralmente nello Stato fascista » ⁽²³³⁾.

Negli stessi anni, specialmente dopo che nel 1933 il governo conseguiva un potere legislativo dilatato dalla possibilità di emanare provvedimenti modificativi della costituzione, anche la Germania di Hitler adottava una soluzione unitaria per superare la crisi dello Stato liberale ⁽²³⁴⁾. All'indomani della notte dei lunghi coltelli, riprendendo i discorsi pronunciati da Hitler il 3 ottobre del 1933 davanti all'associazione dei giuristi tedeschi e il 13 luglio 1934

corporativo, S. CASSESE, *Corporazioni e intervento pubblico nell'economia, in Il regime fascista*, a cura di A. Aquarone e M. Vernassa, Bologna, Il Mulino, 1974, pp. 327-355. Sull'influenza del corporativismo fascista sul quadro costituzionale dello Stato italiano B. SORDI, *Corporativismo e dottrina dello Stato in Italia. Incidenze costituzionali e amministrative*, in *Korporativismus in den südeuropäischen Diktaturen*, herausgegeben von A. Mazzacane, A. Somma, M. Stolleis, Frankfurt am Main, Klostermann, 2005, pp. 129-146. Per l'analisi della dottrina corporativa del Fascismo si vedano soprattutto L. ORNAGHI, *Stato e corporazione. Storia di una dottrina nella crisi del sistema politico contemporaneo*, Milano, Giuffrè, 1984, e I. STOLZI, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milano, Giuffrè, 2007.

⁽²³²⁾ A. SCIUMÈ, *Nostalgie giuridiche del Novecento: l'individuo e la costruzione della 'città corporativa'*, in *Amicitiae pignus. Studi in ricordo di Adriano Cavanna*, a cura di A. Padoa Schioppa, G. di Renzo Villata, G.P. Massetto, vol. III, Milano, Giuffrè, 2003, p. 2020.

⁽²³³⁾ La Carta — sulla cui genesi, sui cui contenuti e sui cui scopi è sufficiente rinviare alla corposa (anche se non certo distaccata) voce di A. CIOFFI, *Carta del lavoro*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. II, Torino, Utet, 1937, pp. 891-898 — è edita anche da A. AQUARONE, *L'organizzazione dello Stato totalitario*, cit., pp. 477-481.

⁽²³⁴⁾ Il riferimento è al *Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich* del 24 marzo 1933. Sui fermenti della dottrina dello Stato e sui problemi organizzativo-costituzionali emersi durante l'età weimeriana cfr. i saggi raccolti in *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale*, a cura di G. Gozzi e P. Schiera, Bologna, Il Mulino, 1987.

davanti al *Reichstag*, Carl Schmitt (1888-1985) poteva ormai illustrare come la recente storia tedesca, segnata dalle debolezze emerse nella Prima guerra mondiale e dall'ingovernabilità palesata dalla Repubblica di Weimar, avesse dimostrato la fragilità dello Stato liberale di diritto, l'inconsistenza del nesso tra legalità e neutralità, l'equivoco che aveva portato a identificare nello Stato e nella sua legge i pilastri dell'ordine giuridico ⁽²³⁵⁾. Proprio l'aver compreso questi errori dava al *Führer* « la forza » e « il diritto » di fondare « un nuovo Stato e un nuovo ordine », che avessero al cuore non lo Stato e la sua legge, ma il popolo e il suo diritto ⁽²³⁶⁾. Il *Führer* avrebbe « protetto il diritto » del popolo davanti a nuovi « abusi », sarebbe stato « responsabile del destino della Nazione tedesca » e « giudice supremo del popolo tedesco » ⁽²³⁷⁾. Il vero diritto non era quello contenuto nella legge dello Stato, ma il « *Lebensrecht des Volkes* », del quale il *Führer*, nella sua qualità di giudice supremo, si faceva in un momento di crisi legittimo e autorevole portavoce ⁽²³⁸⁾.

Nel modello che Schmitt battezzava « *Führerstaat* », nel quale, a differenza di quanto si verificava nello « Stato liberale », il governo, la legislazione e i giudici non « si controllavano reciprocamente in maniera sospettosa », era dunque nel *Führer* e nel suo *Richtertum* che si aveva la più alta garanzia di conforme attuazione del diritto ⁽²³⁹⁾. Dalla triade « Stato, movimento, popolo », che animava la dialettica costituzionale di Schmitt, usciva ancora una volta una concezione monistica del diritto, la cui semplicità sistematica (« la

⁽²³⁵⁾ C. SCHMITT, *Der Führer schützt das Recht. Zur Reichstagsrede Adolf Hitlers vom 13. Juli 1934*, in « Deutsche Juristen-Zeitung », XV, 01.08.1934, cc. 945-950. La nota visione di un liberalismo tedesco debole, diviso tra « Stato militare » e « costituzionalismo borghese », compromesso da un « dissidio » emerso nel conflitto costituzionale prussiano del 1862-1866 ed esploso durante la Prima guerra mondiale, era specificamente illustrata in C. SCHMITT, *Compagine statale e crollo del Secondo Impero Tedesco. La vittoria del borghese sopra il soldato*, in ID., *Principii politici del Nazional-socialismo*, Firenze, Sansoni, 1935, pp. 109-169.

⁽²³⁶⁾ C. SCHMITT, *Der Führer schützt das Recht*, cit., c. 946.

⁽²³⁷⁾ *Ibidem*.

⁽²³⁸⁾ Ivi, c. 947. Sulla concezione oggettivistica e materialistica del diritto in Schmitt, che spostava l'asse del giuridico dalla legalità della norma legislativa alla legittimità della prassi e dell'amministrazione, M. FIORAVANTI, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, cit., pp. 625-653.

⁽²³⁹⁾ C. SCHMITT, *Der Führer schützt das Recht*, cit., c. 948.

totalità dell'unità politica »), però, discendeva stavolta non dal suo essere tutto riconducibile allo Stato, ma dal suo promanare interamente dal popolo, all'insegna del quale si fondevano i due termini antinomici della tradizionale « bipartizione » dello Stato liberale di diritto ⁽²⁴⁰⁾: lo Stato-persona e la società degli individui ⁽²⁴¹⁾. Il popolo nella sua unità, sostituito l'individuo nella sua singolarità, prendeva il sopravvento sullo Stato: la protezione e la realizzazione del diritto popolare era affidata al *Führer*, capo del Partito Nazionalsocialista, dal quale dipendeva « il destino dell'unità politica del popolo tedesco » ⁽²⁴²⁾.

Schmitt assumeva quindi come pacifico il dato romaniano della pluralità, ma rilevava contemporaneamente l'insufficienza dello Stato, quale mero « apparato », ad assorbire il livello di conflittualità politica della società novecentesca ⁽²⁴³⁾. Non era lo Stato, quale entità data e preesistente, a poter aprioristicamente risolvere, con il suo diritto legale, la molteplicità politica, sociale ed istituzionale. L'unità politica era invece il risultato dell'« unità decisionale », che aveva il suo fulcro nelle decisioni delle forze capaci di imporsi come sovrane: l'unità-sovrano stava nella « volontà decisiva », prerogativa di chi contemporaneamente era « legislatore supremo, giudice supremo e capo supremo, ultima fonte di legalità e ultimo fondamento di legittimità » ⁽²⁴⁴⁾.

⁽²⁴⁰⁾ Ivi, c. 949. Cfr., su questa « *totalità* dell'unità politica », C. SCHMITT, *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit*, Hamburg, Anseatische Verlagsanstalt, 1933, trad. it. *Stato, movimento, popolo*, in ID., *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, a cura di G. Agamben, Vicenza, Neri Pozza, 2005, pp. 255-312, ma soprattutto pp. 264-272.

⁽²⁴¹⁾ Era da questa identificazione che derivava — come C. SCHMITT segnalava già nel 1931 in *La svolta verso lo Stato totale*, trad. it. in ID., *Posizioni e concetti in lotta con Weimar-Ginevra-Versailles 1923-1939*, a cura di A. Caracciolo, Milano, Giuffrè, 2007, p. 247 — lo « Stato totale dell'identità di Stato e società ».

⁽²⁴²⁾ C. SCHMITT, *Der Führer schützt das Recht*, cit., c. 949. « Adolf Hitler » quale « Guida politica del popolo tedesco che nel Reich tedesco è politicamente unito » (*Stato, movimento, popolo*, cit., pp. 258 e 262).

⁽²⁴³⁾ Cfr. C. SCHMITT, *Staatsethik und pluralistischer Staat*, 1930, trad. it. *Etica di Stato e Stato pluralistico*, in ID., *Posizioni e concetti*, cit., pp. 217-236.

⁽²⁴⁴⁾ C. SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, 1932, trad. it. *Legalità e legittimità*, in ID., *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, Il Mulino, 1972, pp. 213-214.

Archiviato il modello classico dello « Stato di diritto », nient'altro che uno « Stato legislativo » nel quale al legislatore si riconosceva l'arbitrio di eliminare con « un tratto di penna » interi capitoli del diritto consuetudinario e il concetto di legge veniva « spogliato di ogni riferimento contenutistico alla ragione e alla giustizia », Schmitt spostava così il momento politico unitario dal legislativo all'esecutivo, dal legislatore all'amministrazione, conformemente ad una « tendenza verso uno Stato totale » che assumeva « per sua natura » i caratteri di « uno Stato amministrativo », caratterizzato dalla « conformità immediatamente concreta delle sue misure, provvedimenti e comandi, alle cose »⁽²⁴⁵⁾. Lo Stato liberale di diritto avrebbe funzionato solo a condizione di una « congruenza » tra « diritto » e « legge formale », mentre il nuovo Stato nazional-socialista avrebbe fatto affidamento su organi giudiziari e amministrativi direttamente a contatto col diritto e con la giustizia⁽²⁴⁶⁾.

La nozione di Stato di diritto, ancora fondata, nella versione elaborata dai « padri della costituzione di Weimar », sull'idea di « libertà nello Stato » e su una definizione formale di diritto come volontà del legislatore statale, andava rivista, come sintetizzato da Otto Koellreutter, nel segno dell'« ordine nazionale del popolo » e

⁽²⁴⁵⁾ Ivi, pp. 211-228. Cadeva ogni « separazione liberale-costituzionale di legislativo ed esecutivo » e il governo esprimeva « un vero e formale diritto legislativo », oltre a detenere in via esclusiva « ogni iniziativa legislativa » (*Stato, movimento, popolo*, cit., p. 263). Si vedano ancora, contro il formalismo giuridico di quel « liberale Individualist » che « denkt gesetzesstaatlich » e « normativistisch », conto il « Normativismus » formalistico dello Stato liberale di diritto, spazzato via dalla « Rivoluzione nazional-socialista », C. SCHMITT, *Nationalsozialismus und Rechtsstaat*, in « Deutsche Verwaltung », XI, 1934, pp. 35-42, e *Was bedeutet der Streit um den « Rechtsstaat »?*, in « Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft », XCV, 1935, pp. 189-201. Sulla nozione di « Stato amministrativo » in Schmitt, come Stato nel quale campeggia, di pari passo con « l'immedesimazione » fra Stato e società, « la misura amministrativa correlata alla condizione delle cose », l'« effettività » anziché la « legalità », M. NIGRO, *Carl Schmitt e lo stato amministrativo*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », XL, 1986, pp. 769-794.

⁽²⁴⁶⁾ C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, cit., pp. 228-230. Sul fondamentale ruolo del giudice, la correttezza della cui decisione avrebbe dovuto verificarsi non in base al principio di legalità, ma al « postulato della certezza giuridica », basato sul criterio della conformità alla decisione che sarebbe stata adottata da « altro giudice normale », si veda ovviamente C. SCHMITT, *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, 1912, München, Beck, 1969².

della « garanzia istituzionale » assicurata dai poteri decisionali ⁽²⁴⁷⁾. Con la « Rivoluzione del marzo 1933 », che seppelliva lo « Stato liberale di diritto », prendeva forma anche in Germania uno « Stato di diritto nazionale », nella forma dello « Stato tedesco nazionalsocialista », che portava alla ribalta « la sostanza politica del popolo tedesco » ⁽²⁴⁸⁾. Mentre con il « parlamentarismo » della democrazia assumeva forma politica « la maggioranza dei cittadini come individui », con lo « Stato di diritto nazionale » diventava protagonista « il corpo organico del popolo quale unità compatta » ⁽²⁴⁹⁾. Lo Stato del *Führer* avrebbe ripristinato il collegamento virtuoso fra « razza » e « Stato », « Blut und Boden », « popolo » e « territorio »: il *Führer*, attraverso il quale si esprimeva la « volontà popolare », era l'« espressione » dell'« unità politica » del popolo, il simbolo di questa unità ⁽²⁵⁰⁾.

Schmitt, così, finiva per adottare un punto di vista antilegalistico, antistatualistico, antivolontaristico: il diritto per lui non era *Sollen*, ma *Sein*, non era legge positiva, ma realtà di un « ordinamento concreto » che « sorge in una evoluzione involontaria », procede storicamente e viene « savignianamente », dall'amministrazione, dal Presidente, dal capo, dal giudice e dalla scienza giuridica (« ultimo asilo del diritto e della coscienza giuridica ») raccolto e recepito ⁽²⁵¹⁾. Un diritto quindi ancorato a contenuti, valori e

⁽²⁴⁷⁾ O. KOELLREUTTER, *Der nationale Rechtsstaat zum Wandel der deutschen Staatsidee*, Tübingen, Mohr, 1932.

⁽²⁴⁸⁾ Ivi, pp. 7-10. Sulle divergenze tra Schmitt e Koellreutter, incentrate soprattutto sulla compatibilità (sostenuta dal secondo) fra la nozione di « Rechtsstaat » e lo Stato nazionalsocialista, P. CALDWELL, *National Socialism and Constitutional Law: Carl Schmitt, Otto Koellreutter, and the Debate over the Nature of the Nazi State, 1933-1937*, in « Cardozo Law Review », XVI, 1994, pp. 399-427. Sulla teoria del *Führerstaat*, come espressione della « forza di un popolo la cui caratteristica fondamentale deve essere considerata ... l'omogeneità che nasce dalla comunione del sangue e della razza », P. COSTA, *Lo Stato di diritto*, cit., pp. 143-145.

⁽²⁴⁹⁾ O. KOELLREUTTER, *Der nationale Rechtsstaat*, cit., p. 14.

⁽²⁵⁰⁾ Ivi, pp. 28-31.

⁽²⁵¹⁾ C. SCHMITT, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, conferenza tenuta negli anni 1943/1944, Tübingen, 1950, trad. it. *La condizione della scienza giuridica europea*, in *Dottrine dello Stato tra Vienna e Weimar*, a cura di A. Carrino, Napoli, Esi, 1996, pp. 147-184. Cfr. A. CARRINO, *L'Europa e il diritto. Carl Schmitt e la scienza giuridica europea*, in Id., *Sovranità e Costituzione*, cit., pp. 113-138.

principi, opposto ad una legalità « neutrale, avalutativa e aqualitativa, formalistica e funzionalistica in quanto priva di contenuto » (252). Perciò doveva accogliersi un concetto di costituzione come « decisione totale sulla specie e la forma dell'unità politica », come « condizione generale dell'unità politica e dell'ordinamento sociale » (253). La costituzione non era data da una norma scritta, né da un sistema di norme, ma si identificava con una decisione politica fondamentale, che in ultima istanza spettava, monopolisticamente e monocraticamente, al Presidente del *Reich*, « custode di tutto quanto questo ordinamento costituzionale » (254).

Era ancora una volta nell'unità, nella *reductio ad unum* della complessità, che la cultura giuridica del primo dopoguerra affrontava la « crisi dello Stato ». Anche Schmitt vedeva nel « pluralismo sociale » un potenziale fattore di disgregazione e nell'unità il primo valore del diritto, solo che il principio unificante non era per lui da ricercare in una costituzione in senso formale, in una struttura normativa o nello Stato, ma in un nucleo non scritto che esprimeva l'unità della tradizione e del popolo tedesco (255). Se in Germania si era formata, conformemente all'art. 48 della Costituzione di Weimar, che conferiva al Presidente « una pienezza illimitata di potere » (256), una prassi costituzionale « dello stato d'eccezione economico-finanziario insieme con un potere di ordinanza sostitutivo della legge », significava che il pluralismo partitico dello « Stato legislativo » era inadeguato al quadro politico, economico e sociale

(252) C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, cit., pp. 230-231.

(253) ID., *Verfassungslehre*, 1928, trad. it. *Dottrina della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 15-57. Cfr. D. GRIMM, *Costituzione e legge fondamentale dall'Illuminismo a oggi*, cit., pp. 147-153.

(254) C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, 1931, trad. it. *Il custode della costituzione*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 199. Il Führer come « legislatore supremo », « sommo giudice della Nazione », custode del « diritto comune tedesco » e dello « stato giuridico tedesco » (C. SCHMITT, *Aufgabe und Notwendigkeit des deutschen Rechtsstandes*, in « Deutsches Recht », VI, 1936, p. 185). Sul « complesso costituzionale plebiscito-Presidente-burocrazia », M. FIORAVANTI, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, cit., pp. 625-653.

(255) C. SCHMITT, *Etica di Stato e Stato pluralistico*, cit.

(256) ID., *Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre der Souveranität*, 1934², trad. it. *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in ID., *Le categorie del 'politico'*, cit., p. 38.

del Novecento, al quale ben più efficacemente si adattava l'« unità decisionale » dello « Stato economista » ⁽²⁵⁷⁾. L'aspirazione alla semplificazione e all'unità si traduceva ancora una volta in insofferenza verso la diversità, il pluralismo, le differenze: verso la diversità di razza, di religione, di nazionalità.

⁽²⁵⁷⁾ Id., *Il custode della costituzione*, cit., p. 199. Con lo « Stato a un solo partito della Germania nazionalsocialista » si sarebbe scongiurato « il pericolo » di una « lacerazione pluralistica della Germania in parecchi partiti totalitari », in « partiti politici delle più varie specie, sindacati e potenti leghe economiche, Chiese e società religiose, spesso organizzazioni fisse chiuse di tipo nazionale, confessionale o altro » (*Stato, movimento, popolo*, cit., pp. 264 e 283). Da questa convinzione la legge contro la formazione di nuovi partiti del 14 luglio 1933. Sull'« antipluralismo » e sul « pregiudizio monistico » di Schmitt, che lo inducono a considerare antidemocratico ogni sistema pluripartitico e a privilegiare invece un partito totale in sintonia con la concezione dell'eguaglianza democratica come omogeneità del popolo, S. FORTI, *Liberalismo, partiti ed unità politica nell'interpretazione di Carl Schmitt*, in « Il Mulino », 1985, 4, pp. 538-561, ma specialmente pp. 546-557.

PAOLO GROSSI

LE 'PROLUSIONI' DEI CIVILISTI
E LA LORO VALENZA PROGETTUALE
NELLA STORIA DELLA CULTURA GIURIDICA ITALIANA (*)

1. Le ottime ragioni di questa raccolta. — 2. Le 'prolusioni' civilistiche nel risveglio di fine Ottocento. — 3. Tra un secolo e l'altro. — 4. La prima guerra mondiale: turbamenti e intuizioni nella civilistica italiana. — 5. Dopo il 1918: la civilistica italiana tra i segni di un tempo pos-moderno. — 6. Dopo il 1945: le prolusioni civilistiche nella attuale maturità di tempi.

1. *Le ottime ragioni di questa raccolta.*

Il rituale accademico della 'prolusione', quale solenne presa di possesso della cattedra da parte di un docente e solenne lezione pronunciata — più che per studenti — per colleghi e uomini di cultura presenti e non presenti, sembra oggi appartenere a un passato remotissimo, tanto da far dubitare che questo sostantivo abbia un qualche significato per l'orecchio di uno studioso giovanissimo.

Infatti, poche — e sempre più decrescenti — le 'prolusioni' nella seconda metà del Novecento, fino ad arrivare all'attuale vuoto. Del resto, io stesso, nella Facoltà giuridica fiorentina, ho avuto il non gratificante privilegio di tenere l'ultima 'prolusione' — ultima in assoluto — il 4 aprile 1967.

Le ragioni sono intuibili, collegate alla innaturale elefantiasi del corpo docente universitario realizzata, sia per la sprovvedutezza di un legislatore demagogico che ha insensatamente dischiuso a ogni stu-

(*) Il presente saggio, che ha una sua compiuta autonomia, costituisce però anche la 'Introduzione' all'opera: "La prolusione dei civilisti", in corso di pubblicazione, a cura della 'Società italiana degli studiosi del diritto civile', dalle 'Edizioni Scientifiche Italiane' di Napoli.

dente le porte dell'Università e moltiplicato il numero dei concorsi a cattedra, sia per la connivenza parimente insensata di noi professori ordinarii, nelle cui mani è sempre stato il potere di cooptazione e che ci siamo rivelati incapaci di una selezione autenticamente meritocratica. Con il risultato negativo che le nostre cattedre spesso sono state e sono occupate da mediocri — e, ohimè!, anche da men che mediocri — ai quali non resta che nascondersi tra la folla per non mettere troppo in mostra le proprie incapacità; con il risultato negativo di soffocare o, almeno, di condizionare i personaggi validi e validissimi.

Si deve deplorare questo vuoto, perché la 'prolusione' non si riduceva a una tronfia liturgia, degna dell'oblio nel nostro smaliziato tempo attuale, ma consisteva spesso nella occasione preziosa per il singolo studioso/docente di puntualizzare la propria voce rispetto a movimenti, mutamenti, sviluppi scientifici meritevoli di discussione e di approfondimento, tali da consentire il seppellimento di cose morte e, all'opposto, di disegnare i sentieri del futuro.

Il civilista, come scienziato/docente, aveva sicuramente a disposizione i suoi strumenti usuali, il saggio scientifico e lo stesso 'corso' di lezioni (quest'ultimo fonte di intuizioni quando la lezione non è una piatta ripetizione di nozioni, ma ripensamento e costruzione); tuttavia, la 'prolusione', proprio per l'eccezionale risalto che aveva nel cammino accademico, faceva conseguire al proludente una sonorità della sua voce che garantiva particolare efficacia e sicura attenzione. A riprova, basta dare uno sguardo all'itinerario della scienza giuridica italiana fino a qualche decennio addietro e sarà facile rinvenire nella più gran parte delle 'prolusioni' momenti riflessivi di notevole rilievo e spesso passi in avanti nello sviluppo di una branca disciplinare; ovviamente, all'interno di quella che è una amplissima costellazione, è dato rinvenire chi dedica il suo discorso — solo per devozione discepolare — al proprio maestro ⁽¹⁾, o anche — purtroppo! — chi riserba l'accadimento solenne per un non lodevole gesto di servilismo verso il potere ⁽²⁾, ma si tratta di

(1) Un esempio: Alberto ASQUINI, *Alfredo Rocco*, ora in *Scritti giuridici*, II, Padova, Cedam, 1939 (Prolusione al corso di Diritto Commerciale tenuta alla Università di Roma nel 1936).

(2) Un esempio: Francesco Ferrara e la sua Prolusione al corso di Diritto Civile nell'Università di Napoli (anno 1940), dedicata al *Rinnovamento del diritto civile secondo i postulati fascisti*, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1954.

testimonianze assolutamente sporadiche. Il nuovo che avanza, e che fa della riflessione scientifica dei giuristi un formidabile supporto ordinativo per il divenire della società, è disegnato assai nitidamente — ed è agevole coglierlo — nella catena delle ‘prolusioni’ e dei ‘discorsi inaugurali’ ⁽³⁾.

Precisamente per questo loro carattere, credo che sia provvida l’iniziativa della ‘Società italiana degli studiosi del diritto civile’ e del suo Presidente, Pietro Perlingieri, di raccoglierne le più significative. Sparse come sono nelle sedi più disparate, e talune difficilmente raggiungibili, averle ora organicamente raccolte nei due volumi egregiamente pubblicati dalla E.S.I. costituisce per ogni civilista — anzi, per ogni giurista — un indispensabile strumento culturale.

Nelle pagine che seguono io mi limiterò ad offrire al lettore una qualche prova della veridicità di quanto si è or ora detto. Sulla scorta delle ‘prolusioni’ più segnate da un carattere progettuale, emergerà chiaramente il disegno di uno straordinario itinerario scientifico ben immerso nel suo tempo, di esso estremamente espressivo, però sempre sorretto dalla consapevolezza della dinamica storica sottostante. Oggetto di questa introduzione saranno le voci dei civilisti, ai quali uniremo quelle di alcuni commercialisti — opportunamente ricompresi nella raccolta — muniti di uno sguardo aperto ai problemi dell’intero diritto privato ⁽⁴⁾.

2. *Le ‘prolusioni’ civilistiche nel risveglio di fine Ottocento.*

In quel decennio assai fertile per la civilistica italiana rappresentato dagli anni Ottanta dell’Ottocento, la prolusione si palesa, per i civilisti insoddisfatti del perdurante legalismo statalista, come

⁽³⁾ Alle ‘prolusioni’ in senso stretto, opportunamente, si uniscono, nella raccolta e in questa introduzione, anche alcuni discorsi inaugurali, che sono pre-lezioni non a un singolo ‘corso’, ma al lavoro didattico di un intero Ateneo.

⁽⁴⁾ Non si potrà non accennare anche a un personaggio, che indaga e insegna in modo provetto, sia la Filosofia del Diritto, sia il Diritto Civile, Francesco Filomusi Guelfi; o a uno storico del diritto, Giuseppe Salvioli, che fa oggetto della propria ‘prolusione’ il metodo storico nello studio del diritto civile. Giustamente, sono ambi ricompresi nella raccolta. In questa introduzione si farà, ovviamente, cenno a un civilista che si occupa di un tentativo di rinnovamento del diritto commerciale, e cioè Enrico Finzi.

lo strumento più adatto per manifestare la propria voce dissenziente rispetto a una maggioranza soddisfattissima delle dommatiche consolidate; voci solitarie sì, ma che la solennità della circostanza consentiva di rendere più sonore ma anche più accettabili.

Spetta a un giovane accessissimo civilista siciliano, Enrico Cimbali, sostenitore di una 'nuova fase' del diritto civile italiano ⁽⁵⁾, di approfittare per primo di una circostanza accademica abbastanza modesta (come la 'prolusione' a un corso libero nella Sapienza romana), tracciando il disegno di una novazione profonda nell'assetto scientifico civilistico ⁽⁶⁾: lui, adepto di un ingenuo materialismo evolucionistico, sposta la sua attenzione dallo Stato alla società e, rifiutando gli artificiosi riduzionismi della modernità, riscopre la complessità giuridica da sagomare su quella sociale, respinge l'anchilosante modello del diritto romano, affidando all'interprete e all'interpretazione (sia essa dottrinale o giudiziaria) un ruolo assolutamente protagonista.

C'è anche chi non segue Cimbali nelle sue novazioni dissacranti, ma serba nel proprio *interior homo* il tormento benefico della insoddisfazione per un mortificante legalismo: Carlo Francesco Gabba, nella sua 'prolusione' dell'87 ⁽⁷⁾, si interroga sulla propria identità, esprime diffidenza verso la codificazione, affermando il ruolo vigoroso dell'interprete (soprattutto dello scienziato); a Vincenzo Simoncelli, nel suo discorso inaugurale camerte che chiude il laborioso decennio ⁽⁸⁾, la legge appare come un vaso vuoto che i fatti futuri si daranno cura di variamente riempire, e l'attenzione del civilista, più che al momento di produzione e alla volontà che ha

⁽⁵⁾ È questa la intitolazione del volume, in cui Cimbali offre la compiuta sintesi del suo progetto giuridico: E. CIMBALI, *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali con proposte di riforma della legislazione civile vigente* (1884), ora in *Opere complete*, I, Torino, Utet, 1895.

⁽⁶⁾ È la Prolusione tenuta il 25 gennaio 1881 su: *Lo studio del diritto civile negli Stati moderni* (1881), ora in *Studi di dottrina e giurisprudenza*, Lanciano, Carabba, 1889.

⁽⁷⁾ *Prolusione al corso di Diritto Civile-Anno scolastico 1887-88* (tenuta nella Università di Pisa il 15 dicembre 1887, in *Archivio giuridico*, XXXI (1887) (sostanzialmente riprodotta nel saggio più noto: *Intorno al concetto e all'orbita del diritto civile*, in *Questioni di diritto civile - I. Diritto personale e diritto reale*, Torino, Bocca, 1897).

⁽⁸⁾ V. SIMONCELLI, *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile* (Discorso inaugurale dell'anno accademico 1889-1890 tenuto nella Università di Camerino il 17 novembre 1889), ora in *Scritti giuridici*, I, Roma, Soc. Ed. Foro Italiano, 1938.

sorretto quella produzione, è rivolta alla vita della norma nel tempo, alla dimensione interpretativa, al momento applicativo.

La vivacità di quella maturità di tempi, che la civilistica vive negli anni Ottanta, non lascia indenni nemmeno chi preferisce « il coraggio della moderazione »⁽⁹⁾ ma è, nello stesso tempo, non insensibile ai fermenti affioranti: Giampietro Chironi, pur non traendone svolte incisive, sente il bisogno di parlar di metodo e di confrontarsi con riflessioni scientifiche *extra moenia* (come la sociologia) nella sincera ricerca di una più sicura scientificità della riflessione giuridica⁽¹⁰⁾; Vittorio Polacco mostra di aver chiara l'inadeguatezza di un sapere meramente esegetico, di non essere insensibile al solidarismo serpeggiante, rivalutando, accanto alla maestosa astrattezza delle norme codificate, la concretezza sapida delle poche (ma significative) leggi speciali che escono dalla avara fornace parlamentare⁽¹¹⁾; perfino chi è, ideologicamente, distantissimo da un Cimbalì, l'idealista Francesco Filomusi Guelfi, condanna il vecchio immobilismo di impronta giusnaturalistica e, forte della lezione dei tedeschi, chiama i civilisti al difficile ma appagante impegno delle costruzioni sistematiche⁽¹²⁾.

V'è, poi, un esperimento sgorgante dalla visione squisitamente progettuale di un geniale commercialista, che trova il suo naturale manifesto in una 'prolusione': è la proposta "Per un codice unico

⁽⁹⁾ È espressione di Vittorio Polacco in una sua 'prolusione' romana, di cui parleremo in prosieguo: V. POLACCO, *La scuola di diritto civile nell'ora presente*, ora in *Opere minori*, parte II, fasc. II, Modena, Università, 1929, p. 18.

⁽¹⁰⁾ *Il diritto civile nella sua ultima evoluzione* (Prolusione tenuta nella Università di Siena il 17 gennaio 1882), ora in *Studi e questioni di diritto civile*, I, Torino, Bocca, 1914; *Sociologia e diritto civile* (Prolusione letta nella Università di Torino il 25 novembre 1885), Torino, Bocca, 1886.

⁽¹¹⁾ *Prelezione ad un corso di Istituzioni di diritto civile* (tenuta nella Università di Padova il 26 novembre 1884) e *La funzione sociale della legislazione civile* (tenuta il 22 gennaio 1885 nella Università di Camerino), ambedue ora in *Opere minori*, parte II, fasc. I, cit.. È notevole che ai recentissimi atti di legislazione sociale dedichi, contemporaneamente, la sua prolusione pavese (tenuta il 3 novembre 1886) il commercialista Ercole Vidari: *La legislazione sociale in Italia*, in *Monitore dei Tribunali*, XXVII (1886).

⁽¹²⁾ *La codificazione civile e le idee moderne che ad essa si riferiscono* (Prolusione tenuta alla Sapienza romana il 3 novembre 1886), ora in *Lezioni e saggi di filosofia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1949.

delle obbligazioni”⁽¹³⁾, grazie al quale Cesare Vivante intende conseguire due congiunte finalità, di far deporre al diritto civile un po’ della sua astrattezza giusnaturalistica e al diritto commerciale un po’ del suo greve empirismo fattuale. Proposta, questa, di indole provocatoria, che trova, in ‘prolusioni’ che si vengono a giustapporre, adesioni convinte e ripulse violente⁽¹⁴⁾.

Un caso a parte — ma, giustamente, ricompreso nella raccolta — è quello dello storico del diritto Giuseppe Salvioli, l’unico giurista — per quanto io ne sappia — a fare espressa adesione a posizioni marxiste, il quale dedica nel 1884 la sua prolusione palermitana a “Il metodo storico nello studio del diritto civile italiano”⁽¹⁵⁾, nella quale, con inusitata franchezza, si condanna l’educazione romanistica dei civilisti italiani e lo stesso impianto del Codice Civile unitario del 1865; che, secondo Salvioli, in forza della preponderante influenza di un diritto classista come quello romano, è un Codice smaccatamente classista⁽¹⁶⁾.

Ma un discorso inaugurale degli anni Ottanta, letto da un civilista il 20 novembre 1887 nell’Università di Camerino, non può essere passato sotto silenzio, anche se — alla prima — può sembrare dedicato a un ristretto e remoto tema storico-giuridico; è quello di Giacomo Venezian sulle “Reliquie della proprietà collettiva in Italia”⁽¹⁷⁾. L’autore, un uomo nuovo della civilistica italiana di fine secolo, è e sarà anche in seguito (lo constateremo tra breve) un personaggio ricco di intuizioni e culturalmente libero, libero soprattutto da ipoteche romanistiche, abbastanza isolato fra i suoi

(13) Prolusione al corso di Diritto Commerciale tenuta nella Università di Bologna il 14 gennaio 1888 (in *Archivio Giuridico*, XXXIX (1887)).

(14) Ecco due esempi significativi: Leone BOLAFFIO, *Per un codice unico delle obbligazioni*, in *Temi Veneta*, XIV (1889) (Prolusione tenuta il 17 gennaio 1889 nella Università di Parma); Ulisse MANARA, *Contro un codice unico delle obbligazioni*, in *Giurisprudenza Italiana*, XLV (1893) (Prolusione letta nella Università di Genova il 12 gennaio 1893).

(15) In *Il Circolo Giuridico*, XVI (1884) (Prolusione tenuta nella Università di Palermo nel novembre 1884).

(16) Salvioli rincarerà la dose nella prelezione inaugurale che terrà, sempre nella Università di Palermo, il 9 novembre 1890, nella quale già il titolo avrà legittimato le perplessità dei benpensanti: *I difetti sociali del codice civile in relazione alle classi non abbienti ed operaie*, in *Annuario della R. Università degli studi di Palermo*, a. a. 1890/91.

(17) Ora in *Opere giuridiche*, II, Roma, Athenaeum, 1930.

sodali accademici ma autentico *maître à penser* per i giuristi dal respiro aperto, precorritore di scelte future. Il grosso rilievo della prelezione camerte sta nella rivoluzione culturale che Venezian opera nella civilistica italiana: entro una scienza giuridica che, ben inserita nell'individualismo borghese, aveva costruito il rapporto uomo/cose elevando la proprietà individuale a modello unico e relegando gli assetti fondiari collettivi nel ciarpame medievale da *liquidare* ⁽¹⁸⁾ senza rimpianti, egli contrappone un modello alternativo dalle remote origini pre-romane, di pari dignità culturale e di considerevole funzione economico/sociale, appunto la proprietà collettiva.

3. *Tra un secolo e l'altro.*

Negli anni fra i due secoli — quando il repressivo ordine sociale borghese comincia a incrinarsi e la transizione fuori dalla modernità giuridica si fa più marcata — le prolusioni civilistiche continuano con una spiccata valenza progettuale.

Si afferma la dimensione solidaristica già affiorata negli anni Ottanta. Nel 1891 la prolusione napoletana di Emanuele Gianturco fa spicco in tutta la crudezza del suo messaggio; ed è l'artificio della parità giuridica delle parti nel contratto, perno essenziale della teoria del contratto ricevuta in tutti i Codici ottocenteschi, ad essere messo in discussione; e l'attenzione del civilista solidarista scende a un livello fattuale, alla robustezza o debolezza sociale ed economica dei soggetti contraenti ⁽¹⁹⁾. Nel discorso inaugurale maceratese del civilista Luigi Tartufari, letto tre anni dopo, l'oggetto è l'inadeguatezza della decrepita locazione d'opere a disciplinare equamente il rapporto di lavoro subordinato, sgombrando il cammino dei futuri gius-lavoristi per giungere alla costruzione di uno schema giuridico

⁽¹⁸⁾ 'Liquidare' è l'insegna e lo scopo di una folta legislazione speciale proliferante negli Stati preunitari e nel Regno unitario per tutto il distendersi dell'Ottocento.

⁽¹⁹⁾ *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale* (Prolusione al corso di Diritto civile tenuta nella Università di Napoli nel 1891), ora in *Opere giuridiche*, II, Roma, Libreria dello Stato, 1947, p. 262 ss.

alieno dalla mercificazione del bene/lavoro ⁽²⁰⁾. Lo stesso discorso inaugurale torinese di Chironi del 1898 ribadisce la posizione ambigua ma tormentata di questo civilista, che è sensibile al confronto diritto/società, senza, però, avere il coraggio di tradurre quella sensibilità con scelte tecniche coerenti (come dimostra la sua grossa fatica in tema di ‘colpa’) ⁽²¹⁾.

La linea di tendenza solidaristica riscuote piena adesione nella scuola commercialistica vivantiana: nel 1894, la ‘prolusione’ macedone di Angelo Sraffa, allievo spirituale di Vivante, intitolata significativamente “La lotta commerciale” ⁽²²⁾, riprende l’esigenza affermata dal Maestro della necessaria dialettica tra dimensione giuridica e dimensione economico/sociale quale presupposto per la necessaria simmetria tra realtà socio/economica e figure giuridiche. Vivante stesso riaffermerà con energia la sua convinzione, sia nella ‘prolusione’ romana del ’98 ⁽²³⁾, sia nel discorso inaugurale (sempre romano) del 1902 ⁽²⁴⁾.

Le aperture culturali dei giuristi, malgrado la carica di ingenuità e di inconsapevolezza di cui — talora — erano portatrici, stimolavano a un rinnovamento epistemologico, e questo non poteva non calarsi entro il laboratorio tecnico di alcuni civilisti e incidere sui loro manufatti tecnici. Lo stesso Polacco, così alieno dall’imitare i cultori delle scienze naturali e così diffidente verso i troppo disinvolti darwinismi e socialismi applicati al diritto, non mancava di

⁽²⁰⁾ *Del contratto di lavoro nell’odierno movimento sociale e legislativo* (Discorso tenuto il 5 novembre 1893 per l’inaugurazione degli studi nella Università di Macerata), Macerata, Bianchini, 1893.

⁽²¹⁾ *L’individualismo e la funzione sociale del diritto* (Discorso inaugurale tenuto nella Università di Torino il 17 novembre 1898), ora in *Studi e questioni di diritto civile*, I, cit.

⁽²²⁾ Prolusione tenuta l’11 gennaio 1894 nella Università di Macerata, in *La scienza del diritto privato*, II (1894), p. 220 ss.. Una notazione: “La scienza del diritto privato” era la Rivista, in cui confluivano gli adepti del cosiddetto ‘socialismo giuridico’ italiano.

⁽²³⁾ C. VIVANTE, *I difetti sociali del codice di commercio* (Prolusione al corso di Diritto commerciale tenuta nella Università di Roma il 12 dicembre 1898), in *Monitore dei Tribunali*, XL (1899).

⁽²⁴⁾ C. VIVANTE, *Le nuove influenze sociali nel diritto privato* (Discorso inaugurale tenuto nell’Università di Roma l’8 novembre 1902), in *Annuario della R. Università di Roma*, a.a. 1902/03.

riconoscere che quegli spericolati *homines novi* avevano dato un forte contributo « a tirar fuori il diritto civile dalla morta gora dell'esegesi » (25).

Il nuovo orizzonte sul problema spinoso della responsabilità civile, che Giacomo Venezian aveva dischiuso in un saggio degli anni Ottanta grazie alla utilizzazione di schemi ordinanti proprii al pianeta (allora remotissimo) del *common law* (26), se lascia indifferenti i più, non manca di turbare personaggi non banali. Fra questi è certamente Nicola Coviello, che dedica al problema incandescente della responsabilità senza colpa, nel 1897, la sua prolusione catanese al corso di diritto civile (27): allievo di Gianturco, fornito di varia cultura, storicista e, quindi, osservatore attento dei segni del tempo, rifiuta sia le intemperanze dei darwinisti sia il sonno dei meri esegeti, arrivando alla soluzione mediana di ritenere — alla stregua delle disposizioni del Codice — « che accanto alla responsabilità per colpa possa stare quella senza colpa, non in rapporto di subordinazione come d'eccezione a regola, ma coordinate tra loro » (28).

Il coraggio che manca a Coviello è, invece, la virtù che fa della riflessione scientifica di Venezian un momento affrancatorio per la scienza civilistica italiana tra i due secoli. Il primo coraggio è nella scelta di temi discussi e scottanti: la responsabilità oggettiva, come abbiamo visto, e dove lui dice una parola nuova operando uno scossone salutare per la generale pigrizia; la causa nei contratti; la tutela dell'aspettativa. È su questo tema che si ferma ora la nostra attenzione, perché è l'oggetto della prolusione bolognese al corso di diritto civile (29).

(25) V. POLACCO, *In memoria di Emanuele Gianturco* (1907), ora in *Opere minori*, cit., parte II, fasc. I, p. 62.

(26) Com'è noto, utilizzando principii e canoni metodologici del suo maestro bolognese Enrico Ferri, nonché la nozione ampia e obbiettiva di *tort* propria della tradizione di *common law*, egli arriva a legare il problema del risarcimento al solo rapporto di causalità, sciogliendo la responsabilità sociale da ogni responsabilità morale.

(27) N. COVIELLO, *La responsabilità senza colpa* (Prolusione tenuta nella Università di Catania il 14 gennaio 1897), in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XXIII (1897).

(28) *La responsabilità senza colpa*, cit., p. 206.

(29) *La tutela dell'aspettativa* (Prolusione tenuta il 7 marzo 1900 nell'Università di Bologna), ora in *Opere giuridiche*, II, cit.

Letta nel 1900, anno che chiude un secolo e ne apre un altro, assurge a simbolo di un insegnamento proiettato nel futuro e che nel futuro troverà echi e influssi incisivi: avendo in uggia le mummificazioni ⁽³⁰⁾ romanistiche, attingendo al filone germanistico e al terreno franco del *common law*, il suo è un messaggio anti-formalistico, finalmente attento al reale gioco delle forze sociali, con una attenzione specifica a dimensioni trascurate come l'apparenza, l'esercizio, l'effettività. E un altro modo di costruire il diritto civile si faceva strada, altro rispetto all'imperante, vittorioso modello romanistico/pandettistico.

Continua, nei primi anni del secolo nuovo, il vento di crisi che aveva percorso i due precedenti decenni. Dall'osservatorio del giurista era la crisi di un regime pseudo-democratico ma, nel fondo, duramente elitario, scosso dai ribollimenti di una società che lo Stato aveva preteso di soffocare assumendo a strumenti giuridici i comandi astratti del Codice integrati minimamente da una sparuta legislazione sociale. Come segnala, nel 1909, un acuto gius-pubblicista in un celebre discorso inaugurale pisano, è crisi dello Stato moderno così come era uscito confezionato dai laboratori giacobini della rivoluzione francese ⁽³¹⁾. Crisi dello Stato — si deve aggiungere — e crisi del sistema gerarchico delle fonti elaborato a indispensabile supporto; e, quindi, crisi della legge, che il movimento e il mutamento rapidi e vigorosi di fine secolo avevano dimostrato incapace a ordinare compiutamente il magma sociale; e, quindi, crisi della sudditanza del giurista a un testo legislativo suscettibile solo di ossequi esegetici.

Sono gli anni della piena maturità di quel movimento gius-liberistico ('modernismo giuridico' lo chiamò, a caldo, nel 1912, Cesarini Sforza ⁽³²⁾), che aveva avuto negli anni Ottanta le prime manifestazioni ma che ora urlava il proprio messaggio dissacratorio

⁽³⁰⁾ Terminologia veneziana.

⁽³¹⁾ Il riferimento — è appena il caso di precisarlo — va al discorso inaugurale, che Santi Romano pronuncia nell'Università di Pisa il 4 novembre 1909 e che volle intitolato "Lo Stato moderno e la sua crisi".

⁽³²⁾ Widar CESARINI SFORZA, *Il modernismo giuridico* (1912), ora in *Vecchie e nuove pagine di filosofia, storia e diritto - I - Filosofia e teoria generale*, Milano, Giuffrè, 1967.

soprattutto in un libretto universalmente noto e tradotto subito anche in lingua italiana: “Der Kampf um die Rechtswissenschaft” di Hermann Kantorowicz. La traduzione italiana, per opera di un giudice, è del 1908, e, nello stesso anno, ne affronta il contenuto — scompigliatore di inveterate certezze — il fratello di Nicola Coviello, Leonardo, con la sua prolusione palermitana “De’ moderni metodi d’interpretazione della legge” (33). Anche in lui, come nel fratello, cultura e intelligenza si congiungono a un profondo turbamento, e il messaggio che ne risulta è complesso: la ‘prolusione’, infatti, serve al giovane civilista per salutare la fine del pregiudizio statalistico e la fine della mitizzazione del legislatore, ma anche per riaffermare quella impostazione legalistica che gli sembra ineludibile nella costituzione politica dello Stato italiano governata da un rigido principio di divisione dei poteri (34).

4. *La prima guerra mondiale: turbamenti e intuizioni nella civilistica italiana.*

Subito dopo questo brulicare di fermenti nuovi (35), ecco la tragedia immane della prima guerra mondiale. E qui il mio ricordo va ai tempi felici del lungo insegnamento nella Facoltà giuridica fiorentina, quando ammonivo i miei cari studenti sulla profonda

(33) Prolusione tenuta nell’Università di Palermo il 14 gennaio 1908 (in *La Corte d’Appello*, IX (1908)).

(34) L’atteggiamento non mi sembra mutare nella ‘prolusione’ napoletana, che Coviello dedica a *Gli errori della giurisprudenza ed i suoi trionfi* (Prolusione al corso di Diritto civile tenuta nella Università di Napoli l’11 marzo 1918), in *Giurisprudenza Italiana*, LXX (1918) — Parte IV, col. 33 ss., dove si elencano dettagliatamente i molti ‘errori’ e i pochi ‘trionfi’ della giurisprudenza pratica (è, infatti, dei giudici che egli parla).

(35) Se non fossimo, in questa sede, rivolti alle sole prolusioni e prelezioni dei civilisti, meriterebbe parecchia attenzione il discorso che il civilista Vittorio Polacco pronuncia nella adunanza solenne dell’Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti il 24 maggio del 1908 intitolandolo “Le cabale del mondo legale”.

In esso egli affronta il problema che pongono le proposte gius-liberistiche e, rispetto alla moderazione di cui Polacco aveva dato prova nelle prolusioni degli anni Ottanta, dimostra, insieme a un sincero turbamento, una aperta disponibilità ad ascoltare i segni dei tempi. Vi torneremo più avanti, quando si dovrà parlare della sua prolusione romana.

incidenza di quel rovinoso evento bellico nello sviluppo della scienza giuridica in Italia e in Europa, soprattutto della scienza civilistica.

La legislazione eccezionale messa in atto dai governi come rimedio all'emergenza, con tutte le sue novità e particolarmente con le sue deviazioni dai sicuri camminamenti fino a ieri praticati, assume l'aspetto di un cippo confinario definitivo tra passato e futuro. E i civilisti più sensibili lasciano la loro impassibilità e il loro culto della purezza per occuparsi di queste norme intrise di fattualità e che a un occhio facilonone possono sembrar relegate nella più tenue provvisorietà; e ci sono rubriche apposite in talune Riviste, e ne parlano con dovizia Ascoli e Cogliolo, De Ruggiero e Segrè, Vassalli e Ferrara.

È singolare che questi ultimi due, nel 1918, quando la guerra si chiudeva e si poteva tirare un bilancio dei quattro rovinosi anni precedenti, vi dèdichino due rilevantissime prelezioni: Filippo Vassalli, salendo la cattedra di 'Istituzioni di diritto civile' nella Università di Genova, parla "Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato" (36); Francesco Ferrara, chiamato a tenere il discorso inaugurale per l'anno accademico 1918/19 dello Istituto di Scienze Sociali 'Cesare Alfieri' di Firenze, punta sicuro lo sguardo a "Diritto di guerra e diritto di pace" (37).

V'è, nelle due prelezioni, la coscienza lucida della crisi come declino di valori consolidati e incrinatura nelle mura di un edificio ormai invecchiato: « una crisi nel diritto privato. Forse la più grande crisi del diritto privato » (38). Ma v'è anche la coscienza altrettanto lucida che la guerra ha dato un vólto più preciso a un latente rivolgimento in atto. Ferrara si interroga pressantemente sul significato di queste indubbe lacerazioni: « anomalie dettate dalle necessità ed opportunità del momento, od invece... germi di un diritto

(36) Prolusione tenuta il 22 novembre 1918, ora in *Studi giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1960.

(37) Discorso inaugurale tenuto il 25 novembre 1918 nello Istituto di Scienze Sociali di Firenze, ora in *Scritti giuridici*, I, cit.. È notevole che, già nel 1915, Ferrara avesse dedicato un saggio alla *Influenza della guerra nei rapporti civili* (ora, *ibidem*).

(38) VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, cit., p. 387.

nuovo che matureranno nel lontano avvenire?» (39). Il fiuto storicistico del giurista lo fa decisamente propendere per questa seconda ipotesi: « nelle grandi crisi...nuovi elementi si elaborano e fermentano nel conflitto, preparando una trasfigurazione ed una rigenerazione della vita avvenire » (40). E la guerra viene sorpresa anche in una sua provvidenzialità storica « come occasione per accelerare e maturare lo sviluppo di riforme giuridiche, come mezzo violento di evoluzione » (41).

La « forza critica demolitrice che ha avuto il conflitto bellico nei dogmi giuridici » (42) si manifesta nel massiccio intervento dello Stato quale produttore di specifiche norme di diritto privato, nella previsione di giurisdizioni di equità con un forte protagonismo del giudice, nella protezione dei contraenti socialmente deboli, nelle limitazioni alla libertà del proprietario, nell'affermarsi del principio della successione universale tra vivi in un rapporto giuridico, del risarcimento per i danni di guerra.

L'elenco potrebbe continuare, ma ci basta, in questa sede, aver constatato con piena evidenza quanto la prolusione sia, per un civilista culturalmente provveduto, strumento di affermazione della sua presenza nel contesto socio/politico, manifestazione della sua sensibilità culturale, della sua coscienza del senso della linea storica.

Il futuro è disegnato con delle figurazioni nette in queste che sono, sì, liturgie accademiche ma ricolme di contenuti sostanziali.

5. *Dopo il 1918: la civilistica italiana tra i segni di un tempo pos-moderno.*

Il 1918 è anche l'anno in cui si consuma il momento finale della tormentata vicenda intellettuale di un civilista che ha vissuto intenzionalmente le mutazioni profonde fra i due secoli, non le ha applaudite, ha temuto i rischi delle estremizzazioni a quelle conseguenti, ma le ha sempre registrate, direi ascoltate, con attenzione scrupolosa.

Vittorio Polacco — è di lui che si parla — tiene, in questo anno

(39) FERRARA, *Diritto di guerra e diritto di pace*, cit., pp. 70/71.

(40) FERRARA, *loc. ult. cit.*

(41) FERRARA, *loc. ult. cit.*

(42) FERRARA, *Diritto di guerra e diritto di pace*, cit., p. 99.

di fine/guerra e anche di bilanci, la prolusione che segna il suo approdo a quella che era — allora — per un civilista la vetta più alta di una carriera accademica: la cattedra di diritto civile nell'Ateneo di Roma ⁽⁴³⁾.

Polacco, il personaggio che si vantava di esercitare il coraggio della moderazione, non si era, però, mai fatto imbalsamare dal legalismo e dal formalismo imperanti: sensibile alle istanze solidali, avverso alla tomba dell'esegesi, aveva dalle sue cattedre civilistiche osservato il divenire giuridico in modo non dissimile da come Montaigne si dice che osservasse la società e i suoi costumi dall'alto del suo castello; certamente, mai ingessato in scelte definitive, ma pronto a modificare l'atteggiamento prima manifestato. E lo dimostra il motivato diversificarsi delle sue opinioni nel tempo, come in quelle 'cabale del mondo legale', di cui parlò in una sede ufficiale nel 1908 e alle quali si è creduto doveroso accennare, sia pure di sfuggita perché non si trattava di una prolusione accademica ⁽⁴⁴⁾.

Complesso è il messaggio emergente dalla sua prolusione romana, che già nel titolo ("La scuola di diritto civile nell'ora presente") esprime tutto il peso morale e scientifico di cui l'ormai vecchio civilista si carica. E la conclusione registra le istanze di quel torno di tempo: è insensato continuare a credere nella onnipotenza del legislatore e nella dimensione meramente esegetica, passiva, del giurista, soprattutto del giudice. La legislazione civile si deve ridurre a un nucleo essenziale di leggi/quadro, nella cui cornice il giudice spazia dotato di un autentico potere discrezionale. Lo ieri aborrito giudice, per essere immerso nel particolare e quindi nella storicità del diritto, è chiamato a co-gestire lo sviluppo dell'ordinamento.

Se le tracce di un tempo pos-moderno riescono a penetrare e a imprimersi nella riflessione di un civilista che fa della cautela una virtù, si capisce che debbano invece dare l'impronta caratterizzante a chi, dal suo maestro Venezian, aveva assorbito quali modelli ispiratori i tratti tipici di un diritto pos-moderno: rifiuto del soggettivismo moderno e valorizzazione delle connessioni sociali, riscoperta della dimensione oggettiva del diritto privato, insofferenza per le

⁽⁴³⁾ V. POLACCO, *La scuola di diritto civile nell'ora presente* (Prolusione tenuta il 17 dicembre 1918 nella Università di Roma), ora in *Opere minori*, cit., parte II, fasc. II.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. più sopra, alla nota 35.

matrici romanistiche, rifiuto di un modello culturale unico ormai anchilosante e attingimento da altri filoni culturali (il germanico e l'anglosassone). È tutto qui il messaggio — veneziano — che Enrico Finzi manifesta in forma piena nel discorso inaugurale per l'anno accademico 1922/23 dell'Istituto di Scienze Sociali 'Cesare Alfieri' di Firenze. Il titolo è espressivo: "Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà" (45). Mosso da finalità scopertamente demitizzatorie Finzi sottrae la proprietà individuale dal cielo di stelle fisse dove il giusnaturalismo moderno l'aveva incastonata, le strappa di dosso la tradizionale dimensione etica, la immerge nella storicità della società dove il proprietario è accanto agli altri, dove cessa la sua insularità e dove su di lui grava una molteplicità di doveri. Insomma, con un termine che lo stesso civilista nostro utilizzerà successivamente, la proprietà assume più la figura tecnica di una *funzione* che quella di un *diritto soggettivo*.

Il 1922 è l'anno iniziale della esperienza autoritaria fascista e si avvia un ventennio di soffocamento delle libertà civili, con l'uso abituale della violenza squadrista, con il cancellamento di ogni pluralismo. Nel 1926, tuttavia, il Regime, che si proclamava anti-individualista e anti-comunista, fu costretto, con parecchia malavoglia da buona parte della gerarchia del Partito, a operare la scelta per un assetto corporativo del lavoro e dell'economia.

Fu un corporativismo alterato nei suoi caratteri essenziali e cioè accomodato a una visione statalistica e centralistica, ma che non poteva interamente deporre quelle venature pluralistiche di cui ogni corporativismo è intessuto. E fu una occasione per parecchi giuristi non/fascisti di disegnare schemi ordinanti e categorie tecniche di cui l'economia novecentesca (tessuto di un tempo ormai pos-moderno) aveva un maledetto bisogno e che i vecchi Codici liberali totalmente ignoravano nel loro individualismo economico dominante (46).

E si fa, in Italia, durante il ventennio, un gran parlare di

(45) Discorso inaugurale tenuto il 12 novembre 1922 nell'Istituto di Scienze Sociali in Firenze, in *Archivio giuridico*, LXXXIX (1923).

(46) Una sintetica valutazione storico-giuridica di quella realtà complessa che fu il corporativismo fascista, colta soprattutto nell'itinerario della dottrina giuridica italiana tra ventennio fascista e pos-fascismo, è in: P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana — Un profilo storico 1860/1950*, Milano, Giuffrè, 2000.

impresa, proponendo uno schema organizzativo teorizzato e sperimentato fin dai primi del secolo nell'area austro-tedesca e che rappresentava una novità per l'assetto economico italiano: non più dispotismi di individui, ma una entità collegante persone, cose e servizi, dove, al di sopra delle volontà individuali, contava il momento organizzativo strettamente funzionalizzato al fine della maggiore e migliore produzione. Le idee trionfanti del liberalismo economico, che si incarnavano in diritti poteri rapporti individuali, cedevano a un meccanismo complesso entro il quale quei diritti poteri rapporti potevano essere anche sacrificati in nome di un superiore interesse oggettivo. Con una ulteriore caratterizzazione: che l'impresa, avendo una proiezione economica latissima, non era terreno riservato dei commercialisti, ma si prestava ad essere un terreno unificante sia per loro sia per i civilisti.

È proprio un civilista, il Finzi or ora menzionato, che, nel discorso inaugurale dell'anno accademico 1932/33 dello Istituto Superiore di Scienze Economiche e Commerciali in Firenze, guarda "Verso un nuovo diritto del commercio" (47). La sintonia del non/fascista Finzi con le recentissime scelte corporative del Regime è palese: si tratta di mettere finalmente da parte la tripartizione gaiana tra *personae/res/actiones* quasi fosse un binario obbligato e imperituro per tutti i tempi, di sbarazzarsi delle ipoteche soggettivistiche provenienti dal filone romanistico/pandettistico, di costruire su una base oggettiva, essendo — a fine del 1932 quando il civilista parla e scrive — « non più i beni in funzione del soggetto ma questo in funzione di quelli » (48) ed essendo, pertanto, gli statuti differenziati dei beni gli elementi imprescindibili a guidare l'analisi del giurista. Finzi non ha mezzi termini nell'individuare a perno fondamentale dei nuovi assetti economici il « fenomeno delle pluralità collegate », superamento di un modo tutto individualistico di organizzare la realtà economica (49).

È chiaro il riferimento alla *impresa* come nuovo schema ordinante. L'impresa era stata la protagonista nella prolusione pisana del

(47) Tenuto nel novembre del 1932, leggibile nello *Annuario* dell'Istituto, ma anche in una pubblicazione più accessibile: *Archivio di studi corporativi*, IV (1933).

(48) *Verso un nuovo diritto del commercio*, cit., p. 214.

(49) *Verso un nuovo diritto del commercio*, cit., p. 224.

commercialista Lorenzo Mossa, introduttore e assillante peroratore fino alla sua morte di questo nuovo rimedio taumaturgico per i problemi economici italiani ⁽⁵⁰⁾, e lo sarà tra breve in quella patavina di Vittorio Salandra ⁽⁵¹⁾.

Il commercialista e lavorista Paolo Greco, attentissimo agli spunti innovatori che tra le fibre dell'assetto corporativo si offrivano al teorico del diritto, nella sua prolusione parmense del '33, dedicata — con atteggiamento palesemente storicistico — ad “Aspetti e tendenze odierne del diritto commerciale” ⁽⁵²⁾, fissa lo sguardo al paesaggio di interessi super-individuali e di forme costitutive di unità sociali, che ormai investono l'intero diritto privato dove la fanno da padroni istituti nuovi come i contratti/tipo e i contratti collettivi economici; un paesaggio giuridico profondamente nuovo che esige strumenti di analisi teorica altrettanto nuovi; ed è fermo l'invitatorio di Greco: « prepariamoci a costruirla questa dogmatica nuova » ⁽⁵³⁾.

È singolare — ed è per questo necessaria una piccola sosta — che esclusivamente al tema dell'impresa dèdichi, nel 1942, la sua prolusione napoletana Francesco Santoro Passarelli ⁽⁵⁴⁾. Singolare, innanzi tutto, perché Santoro ritiene di dover dare specifica attenzione a un tema immerso nella fattualità economica all'incirca nello stesso momento in cui sta concludendo la stesura del suo brevuario di ‘dottrine generali’ del diritto civile improntate alla più rigorosa astrattezza da contaminazioni fattuali. Il testo della prolusione è complesso: il civilista non si sottrae alla analisi di questo nuovo oggetto misterioso che « assurge a motivo sistematico dell'intero

⁽⁵⁰⁾ L. MOSSA, *I problemi fondamentali del diritto commerciale* (Prolusione tenuta nella Università di Pisa il 20 gennaio 1926), ora in *L'impresa nell'ordine corporativo*, Firenze, Sansoni, 1935.

⁽⁵¹⁾ V. SALANDRA, *La rinnovazione del diritto commerciale e il concetto di azienda* (Prolusione tenuta nella Università di Padova il 10 dicembre 1935), in *Rivista del diritto commerciale*, XXXIV (1936), Parte prima.

⁽⁵²⁾ Prolusione tenuta nella Università di Parma il 13 dicembre 1933 (in *Rivista del diritto commerciale*, XXXII, 1934).

⁽⁵³⁾ GRECO, *Aspetti e tendenze odierne del diritto commerciale*, cit., p. 214.

⁽⁵⁴⁾ *L'impresa nel sistema del diritto civile* (Prolusione al corso di Istituzioni di diritto privato tenuta nella Università di Napoli il 26 novembre 1942), ora in *Saggi di diritto civile*, II, Napoli, Jovene, 1961.

diritto civile »⁽⁵⁵⁾ e cerca di analizzarlo senza insensati rifiuti nella sua sostanza di « attività economica combinata », di « organismo », di « organismo autonomo », riconoscendo lealmente che « il fenomeno dell'impresa... non può intendersi se non abbandoniamo gli schemi concettuali tradizionali, secondo cui tutti gli enti sono senz'altro cose o persone » e come, invece, « possa costruirsi una categoria di centri di rapporti giuridici non personalizzati, non assurti al grado di soggetti di diritto... centri di *attività*, organismi che perciò possono dirsi viventi, espressi dalla realtà economica »⁽⁵⁶⁾.

È, per così dire, una vivanda già confezionata sulla mensa del civilista, e di cui il civilista non può non prendere atto, ma si tratta — per lui, Santoro Passarelli — di trangugiare anche un boccone amaro. È, infatti, a suo avviso, « il più significativo trionfo di quel metodo dell'economia, predicato e applicato fuori d'Italia prima che da noi » e che è stato adottato dal codificatore italiano con un « difetto di maturazione dottrinale »⁽⁵⁷⁾. E qui emerge netto il dissenso da parte dello scrittore delle 'dottrine generali': « l'affermazione di quel metodo...porta certo a un irreparabile e irreducibile distacco dagli *schemi* concettuali, dalle categorie giuridiche astratte, caratteristiche del nostro, come e più ancora, di altri codici dell'ottocento... né è armonica la sistemazione del nuovo codice civile che imposta almeno quattro dei suoi libri sul criterio formale della natura dei vari rapporti giuridici e invece il libro del lavoro sul criterio economico dell'impresa »⁽⁵⁸⁾.

Arrivati a questo punto, credo che il lettore si sia reso perfettamente conto della veridicità di una nostra affermazione iniziale, che potrebbe esser parsa quasi di circostanza: carattere squisitamente progettuale delle prolusioni. Occasioni preziose nelle mani dello scienziato/docente per esprimere con franchezza non agli uditori del momento ma alla intera comunità scientifica, grazie alla amplificazione comunicativa che il discorso solenne consentiva, i propri progetti di ricerca e i risultati raggiunti. E siano benedette le prolusioni che danno allo storico del pensiero giuridico uno stru-

⁽⁵⁵⁾ *L'impresa nel sistema del diritto civile*, cit., pp. 946/47.

⁽⁵⁶⁾ *L'impresa nel sistema del diritto civile*, cit., p. 981.

⁽⁵⁷⁾ *L'impresa nel sistema del diritto civile*, cit., p. 947.

⁽⁵⁸⁾ *L'impresa nel sistema del diritto civile*, cit., p. 948.

mento conoscitivo di eccezionale rilevanza. Ed è per questo che si deve esprimere il più sincero rammarico, quando constatiamo che una determinata prolusione fu detta e mai pubblicata. È il caso di quella che Giuseppe Messina pronunciò, nel 1934, ascendendo alla cattedra romana e che volle dedicata a “Il diritto civile giurisprudenziale” (59), un nodo problematico espressivo della meditazione dottrinale sulle fonti del diritto civile nei tormentati anni Trenta e che avremmo letto con grande profitto.

Leggiamo, invece, e ci confermiamo nelle valutazioni esposte all’inizio e ora ripetute, quella di Filippo Vassalli, conclusiva della sua vicenda accademica. L’anno è il 1930, l’occasione è la ascesa alla cattedra romana. Il tema è volutamente amplissimo e attiene ai *fundamentalia* della scienza giuridica: “Arte e vita nel diritto civile” (60). È una prolusione che ben può meritare di essere assunta a momento conclusivo di questa parte della nostra Introduzione, e per più motivi: perché vi si parla di fonti e di interpretazione; perché il proludente è Vassalli, ossia un protagonista della riflessione civilistica italiana del Novecento; perché Vassalli approfitta della prolusione per un esame di coscienza (condotto — come si deve — con estrema sincerità).

C’è una critica di fondo all’opera di codificazione, alla pretesa — tutta moderna — di ridurre in codici il diritto privato, e c’è la volontà di relativizzare, storicizzare e, quindi, demitizzare lo strumento/Codice. Si contesta, soprattutto, la ideologia assolutistica che lo ha accompagnato nella vita giuridica francese e, poi, italiana, la « onnipotenza giuridica del legislatore » (61). Posizione di singolare franchezza per colui cui sarebbe « toccato di collaborare per venticinque anni ai codici e di scrivere per buoni due terzi il codice civile » (62). E si contesta la pretesa riduzione del lavoro interpretativo del giurista nella mera ricerca dell’intenzione del legislatore

(59) Ne fa cenno Fulvio Maroi nella sua commemorazione di Messina (cfr. F. MAROI, *Giuseppe Messina*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, N. S. I (1947), p. 163).

(60) Prolusione tenuta nella Università di Roma il 9 dicembre 1930 (ora in *Studi giuridici*, II, cit.).

(61) *Arte e vita nel diritto civile*, cit., p. 401.

(62) Come dirà in una sua riflessione pos-bellica: *Osservazioni di uomini di legge in Inghilterra* (1946), ora in *Studi giuridici*, cit., III, II, p. 576.

sepolta nella regola magari da cento anni, « il culto del testo della legge » e il diritto positivo che « s'identifica tutto intero con la legge » (63). Al contrario, Vassalli, anticipando qui il tema di due alte riflessioni del momento finale della sua vita (64), rivendica ai giuristi il ruolo e la responsabilità del loro coinvolgimento nella produzione del diritto, o, come dice lui, « quasi di *legum conditores* » (65).

Potremmo chiudere qui questa parte con la prolusione vassalliana efficacemente espressiva del tempo pos-moderno che i giuristi stanno vivendo, espressiva del tentativo di corrispondervi con un rinnovamento psicologico ed epistemologico. Ma è doveroso anche far cenno a chi utilizza lo strumento sonoro della prolusione per riaffermare la propria fedeltà alle nervature individualistiche che caratterizzano il messaggio giuridico della modernità.

Lo fa Giuseppe Stolfi nella sua prolusione modenese del 1933, che vuole dedicare a “L'apparenza del diritto” (66) e che è una serrata requisitoria verso quel filone originato nella riflessione di Venezian e che, negli anni Trenta, aveva avuto pieno accoglimento nelle pagine di Mossa, Finzi, Sotgia, Dominedò, Salandra, D'Ameilio. Stolfi vi riafferma la sua fiducia nell'individuo, nelle sue forze psicologiche singole, allo stesso modo di quando — nell'immediato secondo dopoguerra — polemizzerà con gli ‘inquinamenti’ sociali della teoria negoziale di Emilio Betti, mortificanti — a suo vedere — la libera volontà dell'operatore. Stolfi, assolutamente impermeabile ai messaggi provenienti dal secolo pos-moderno, ripropone impassibile quelle che erano state le certezze valoriali della modernità giuridica. E la prolusione modenese ne è il manifesto squillante.

(63) *Arte e vita nel diritto civile*, cit., p. 401.

(64) Ci riferiamo alla Relazione su “La missione del giurista nella elaborazione delle leggi” (1950) e alla conferenza sulla “Estrastatualità del diritto civile” (1951) (ora in *Studi giuridici*, cit., III, II).

(65) *Arte e vita nel diritto civile*, cit., p. 404.

(66) G. STOLFI, *L'apparenza del diritto*, Modena, Università, 1934 (Prolusione al corso di Diritto civile tenuta nella Università di Modena il 23 novembre 1933).

6 *Dopo il 1945: le prolusioni civilistiche nella attuale maturità di tempi.*

Cinque massacranti anni di guerra rovinosa, nel 1943 la fine di un soffocante ventennio autoritario e il primo annaspire verso approdi autenticamente democratici, l'avvio — nel '46 — di un vigoroso esperimento costituente, tutto ciò arrivava a recare anche nel mondo dei civilisti — solo in apparenza impassibile e chiuso — l'insofferenza verso vecchie dommatiche avvertite come troppo pesanti e l'impazienza di imboccare sentieri nuovi; insufferenza e impazienza che, certamente, investiva gli *homines novi* e non la stragrande maggioranza immersa nella solita pigrizia intellettuale e perfettamente paga di biasciare meccaniche litanie nel solco di indiscutibili certezze.

Percepire e afferrare le novità, fondarle più robustamente grazie ad arricchimenti provenienti dall'esperienza politica e sociale nascente in Italia, attingere da culture giuridiche diverse alle quali — finalmente — si poteva guardare liberamente. Questo mi pare il senso della strada nuova imboccata dai civilisti più sensibili e di cui è traccia evidente in 'prolusioni' costituenti le prime tappe di un lungo, proficuo cammino.

Il civilista, che vive appieno il suo tempo e che sente il bisogno non solo di operare ma di manifestare nella maniera più tersa (e, quindi, più onesta) la propria palingenesi, è Gino Gorla, e si capisce che abbia presto indossato la veste del comparatista come quella a lui più congeniale. In un tardo contributo autobiografico, egli fissa con meticolosità la sua svolta di indole squisitamente epistemologica cogliendone la manifestazione squillante proprio in una prolusione accademica: « La rottura con il passato di giurista tendenzialmente dogmatico-concettualista e l'apertura verso una concezione storicistica del diritto (base per la comparazione) sono segnate dalla mia prolusione pavese del 6 dicembre 1946 "Il sentimento del diritto soggettivo in Alexis de Tocqueville" » (67).

Tema apparentemente singolare, quasi stonato, per la lezione di avvio a un corso di 'Istituzioni di diritto privato', ma che aveva il

(67) G. GORLA, *Ricordi della carriera di un comparatista*, in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 1.

preciso significato di svolta metodologica di un giurista, svolta che trovava un autorevole riparo nella figura del grande intellettuale francese. Annota Gorla all'interno della prolusione pavese: «Tocqueville... un uomo tra due epoche, che ha vivamente sentito e sofferto il trapasso»⁽⁶⁸⁾, trasferendo in lui la propria vicenda di giurista italiano dubbioso sulla propria identità culturale a causa della transizione incessante.

Tocqueville, un uomo in mezzo a un guado storico, ma anche chi, al colmo di una insoddisfazione intellettuale, se ne scappa in America per rinsanguare le visioni esangui dell'osservatorio continentale europeo, e, pertanto, per Gorla, un modello da imitare e che presto imiterà varcando l'Atlantico, soggiornando a lungo presso la Cornell University e ritornando in Italia con il grande dono per il civilista italiano rappresentato, nel 1954, da una rinnovata e arricchente visione del contratto: dove la comparazione, con la familiarizzazione a un approccio empirico tipico dell'esperienza di *common law*, è il salvataggio nei confronti di quello che io ho, altra volta, chiamato il vizio giusnaturalistico della civilistica italiana, causa prima di tanta scienza pura (o, meglio, pretesa tale) antinomicamente congiunta a uno sfacciato statalismo.

Non in una palingenesi, bensì nella riaffermazione di una scelta che è obbligata in rapporto ai tempi nuovi, consiste la prolusione romana di Emilio Betti del 1948, che segna l'investitura del multiforme giurista in un insegnamento civilistico⁽⁶⁹⁾.

Tema (e problema): l'interpretazione della legge, da rimeditare e rivedere dopo tanto assillante legalismo moderno. Un nodo problematico metodologicamente affine Betti lo aveva affrontato venti anni prima ascendendo a una cattedra romanistica nella Università di Milano⁽⁷⁰⁾. Nella prolusione di allora — che bene hanno fatto gli

(68) *Il sentimento del diritto soggettivo in Alexis de Tocqueville* (Prolusione tenuta nella Università di Pavia il 6 dicembre 1946), ora in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, cit., p. 15.

(69) E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell'interpretazione* (Prolusione tenuta nella Università di Roma il 15 maggio 1948), ora in *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, IIa ed., Milano, Giuffrè, 1971.

(70) E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna* (Prolusione al corso di Istituzioni di Diritto Romano tenuta nella Università di Milano il 14 novembre 1927), ora in *Diritto Metodo Ermeneutica- Scritti*, Milano, Giuffrè, 1991.

organizzatori della presente raccolta a volerla in questa ricomprendere — lo storico del diritto si poneva il problema del rapporto tra lo storico, uomo del presente, e il suo oggetto di conoscenza confinato in un passato remoto o prossimo, ma passato. La conclusione era netta: il passato « è qualcosa che bisogna *ricostruire* noi stessi coi mezzi della nostra mente », « la conoscenza non consiste in una recezione meramente passiva dell'oggetto da parte del soggetto »; infatti, « i termini del processo conoscitivo sono due: il soggetto e l'oggetto » e « non si tratta di *disconoscere* la storicità dell'oggetto. Si tratta di riconoscere la storicità del *soggetto* » (71). Sembra un bisticcio di parole, ma sta tutto qui — nel dialogo fra testo e interprete, nel contatto fra due messaggi che possono essere diversi — il segreto della comprensione, che è sempre un *comprendere*, un afferrare qualcosa, un farlo proprio.

Ciò, tanto più e a maggior ragione, non può non avvenire nella interpretazione strettamente giuridica, quella del civilista, per esempio su un testo legislativo vigente. Insegna, infatti, Betti, comparando quello che fa lo storico del diritto e il cultore di un diritto positivo: « qui si tratta non solo e non tanto di far muovere il soggetto incontro all'oggetto, tenendo fermo questo al suo posto nel primitivo storico collocamento, quanto soprattutto di far muovere l'oggetto incontro al soggetto, rendendolo partecipe della viva attualità di questo e aderente alla perenne dinamica storica del diritto » (72). Emerge da questa prolusione del 1948 la coscienza della storicità del diritto, e, quindi, del possibile scandalo di una legge imposta nella sua testuale oggettività (o pretesa tale) a una società che è, però, incapace di esprimere e, pertanto, di ordinare; emerge il salvataggio costituito dall'interprete, mediatore necessario fra testo e storia, l'unico in grado di calare la regola nella storia trasformandola in storia vivente.

L'esigenza di uno svecchiamento sembra il movente propulsivo della prolusione romana di Rosario Nicolò nel 1956 (73). Lo

(71) *Diritto romano e dogmatica odierna*, cit., rispettivamente alle pp. 81, 64, 81.

(72) *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, cit., p. 27.

(73) R. NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile* (Prolusione al corso di 'Istituzioni di diritto privato' tenuta nella Università di Roma il 26 aprile 1956), ora in *Il diritto privato nella società moderna-Saggi*, a cura di S. Rodotà, Bologna, Il Mulino, 1971.

dimostra la conferma del tema, che è quello spinosissimo dell'impresa assunta da poco come uno dei cardini della recente codificazione unitaria, e ha grosso rilievo che un civilista se ne occupi in una sede riservata ai disegni progettuali e alle enunciazioni programmatiche. Lo schema dell'impresa serve, infatti, a Nicolò per constatare che le plurisecolari categorie romane e romanistico/pandettistiche non bastano più per ordinare e definire una realtà che — come puntualizzava Santoro Passarelli nella sua prolusione del 1942 — non è persona e non è cosa, bensì un complesso fatto organizzativo. Il civilista del '56 percepisce la novità del sentiero che l'adozione dottrinale e legislativa dell'impresa indica e che deve essere percorso senza ulteriori indugi, ma qui si arresta prontamente. Sì, perché vale come interruzione del cammino lo sforzarsi di ricondurre l'impresa entro l'involucro troppo stretto del diritto soggettivo completamente inidoneo a registrarne le sue valenze socio/economiche. Come riteni di scrivere parecchi anni fa ⁽⁷⁴⁾, da parte di Nicolò si percepisce il nuovo, ma si utilizza ancora il vecchio per categorizzarlo giuridicamente; il rischio è di soffocarlo.

La coscienza del complessivo mutamento in atto e l'esigenza di una accurata ricognizione del territorio del diritto privato sono i motivi di fondo della prolusione napoletana che, nel 1961, Michele Giorgianni vuole indirizzare a "Il diritto privato ed i suoi attuali confini" ⁽⁷⁵⁾. Il « progressivo svilimento dell'individuo », in contrappunto al « fenomeno interventistico dello Stato in economia » e al fatto conseguente che « il dominio della volontà del privato sul terreno dell'economia... viene sempre più insidiato dai poteri pubblici » ⁽⁷⁶⁾, altera il vecchio scenario civilistico; ed è una alterazione che reclama nell'uomo di scienza una vigilanza senza rimpianti, una analisi impietosa che valga a renderlo più agguerrito e lo porti a controllare senza indulgenze la validità delle categorie tradizionali

⁽⁷⁴⁾ P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano - Un profilo storico*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 141-42.

⁽⁷⁵⁾ Prolusione tenuta nella Università di Napoli il 6 febbraio 1961, ora in *Scritti minori*, Napoli, E.S.I., 1988.

⁽⁷⁶⁾ *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, cit., pp. (rispettivamente) 451, 455, 456.

alla luce della mutata realtà economica e giuridica. Sono questi i compiti in cui il civilista deve, in primo luogo, impegnarsi.

Assai diversa è la posizione di un giovane allievo napoletano di Santoro Passarelli, Pietro Rescigno, che, dal 1954 al 1963, è chiamato a tenere tre prolusioni e un discorso inaugurale; nei quali ci si affretta a indicare al civilista alcuni vitalissimi terreni concreti.

Innanzitutto, le società intermedie, terreno che il civilista aveva lasciato assolutamente incolto nel solco di quell'individualismo pervicace che era l'eredità gelosa della rivoluzione francese. Il grande merito di Rescigno, che rivolge il suo discorso inaugurale maceratese del 1954 a "Sindacati e partiti nel diritto privato" (77) e la prolusione pavese del '59 a "Gruppi sociali e lealtà" (78), è quello di avere ampliato di parecchio il paesaggio giuridico del civilista italiano. Sulla scorta di una ampia conoscenza delle letterature tedesca e di *common law* e di una approfondita preparazione sociologica, sulla scorta di una sensibilità storicistica che lo portava ad apprezzare — tra i primi in Italia — la Costituzione quale norma giuridica fondamentale, egli persegue e raggiunge il recupero alla attenzione del civilista e altresì una compiuta definizione categoriale di quelle formazioni sociali, ormai di rilevanza costituzionale, che, dalle invettive fisiocratiche settecentesche in poi, esiliate (o quasi) dai Codici di stampo napoleonico, avevano ricevuto qualche premura — nella veste di partiti politici e di sindacati — solo da costituzionalisti e gius-lavoristi.

Rescigno approfitta, poi, dei due successivi appuntamenti accademici bolognesi (79) per portare avanti la sua analisi critica dell'uguaglianza formale, avviata già nel '59, aggredendo specificamente un tema fra i più controversi della dogmatica borghese, e cioè l'abuso del diritto. Nelle righe finali della prolusione bolognese

(77) Discorso inaugurale dell'a.a. dell'Università di Macerata tenuto il 28 novembre 1954, ora in *Persona e comunità — Saggi di diritto privato*, Bologna, Il Mulino, 1966.

(78) Prolusione al corso di 'Istituzioni di diritto privato' tenuta nella Università di Pavia nel novembre del 1958 (ora in *Persona e comunità*, cit.).

(79) *Immunità e privilegio* (Prolusione al corso di 'Istituzioni di diritto privato' tenuta nella Università di Bologna il 2 marzo 1961), ora in *Persona e comunità*, cit.; *L'abuso del diritto* (Discorso inaugurale per l'a.a. della Università di Bologna tenuto il 9 febbraio 1963), ora in *L'abuso del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1998.

del '61, Rescigno, prendendo lo spunto da una pagina letteraria, parla di « errori ed illusioni di una cultura giunta al crepuscolo »⁽⁸⁰⁾; palese riferimento di un giurista pos-moderno a una modernità giuridica, sulle cui certezze si era ormai chiuso sempre più il sipario durante il corso del Novecento.

Le ultime prolusioni della raccolta sono figlie genuine del loro tempo, e, per essere pensate e redatte nei tardi anni Sessanta, ossia in un momento in cui la transizione fuori dalla modernità giuridica si avvertiva in tutta la sua intensità, hanno il privilegio di guardare al presente, di trarre da esso un sentimento di inquietudine e di insoddisfazione, ma di proiettarsi verso il futuro in una visione lucida del divenire rapidissimo del diritto italiano eroso nelle sue fondazioni codicistiche e legalistiche di remota ascendenza post/illuministica. Voci, dunque, venate di insoddisfazione ma anche di proposte per ordinare l'instabilità propria di una esperienza giuridica di *civil law* alla ricerca di rinnovati basamenti. Sintomatico l'esordio della prolusione maceratese di Stefano Rodotà, dove, con riferimento specifico a un modello di civilista italiano culturalmente consapevole, tutto teso a « muovere verso le frontiere della sua scienza », si individua lo stato d'animo che non può non contraddistinguerlo: « nei tempi nuovi, di certo, non gli si addice la tranquilla coscienza di chi è pago della saldezza e dell'armonia delle costruzioni edificate dai suoi predecessori, ma l'animo ardito e inquieto di chi si accinge a ripercorrere intero un difficile cammino di metodi e di esperienze »⁽⁸¹⁾.

Cammino difficile, dunque, ma che il civilista dei tardi anni Sessanta è impegnato a percorrere.

La prolusione maceratese di Rodotà è dominata da una forte consapevolezza epistemologica: la storicità del diritto e dei concetti giuridici, e da una altrettanto forte esigenza ben segnata nella stessa intitolazione: la riforma del diritto civile; alle quali si uniscono la convinzione che è ora di sbarazzarsi del mito della certezza, nonché la convinzione che non ci si debba adoperare per una « normazione

⁽⁸⁰⁾ *Immunità e privilegio*, cit., p. 425.

⁽⁸¹⁾ S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile* (Prolusione al corso di Diritto civile tenuta nella Università di Macerata il 18 dicembre 1966), in *Rivista del diritto commerciale*, LXV (1967) — Parte prima, p. 83.

particolareggiata tale da escludere ogni incertezza » e che si debba, perciò, evitare una riforma come mera razionalizzazione dei fatti del passato. Si profila, invece, quale soluzione consentanea all'immediato futuro — così come lo percepisce un giovane e colto civilista italiano nell'anno di grazia 1966 — una legislazione per principii improntata dalla « necessità di considerare i principii costituzionali » « come i dati fondamentali per la costruzione del nuovo sistema ».

La prolusione barese di Nicolò Lipari ⁽⁸²⁾ affronta un problema centrale per il civilista agente in un paese a diritto codificato: la rigida sistemazione delle fonti realizzata nella modernità, che il divenire dell'esperienza giuridica durante il Novecento ha dimostrato assolutamente inidonea, soprattutto per la conseguente pesante de-vitalizzazione del giudice e del giurista in genere. Il respiro aperto del civilista, che vive appieno il clima giuridico pos-moderno, lo porta al risultato culturalmente positivo di cogliere in tutta la sua complessità l'esperienza giuridica, nelle cui fibre « la stessa norma è certo momento ineliminabile, ma comunque del tutto parziale » e « si esprime come dialettica fra un dato normativo e un tessuto di rapporti nascenti dall'attività dei consociati », con la conseguenza che « la posizione del giurista acquista una dimensione nuova », giacché « la sua funzione non si esaurisce nella ricostruzione, secondo criterii tecnico-sistematici, di un determinato dettato normativo » ⁽⁸³⁾. E cade il mito della perfetta autarchia del civilista, il quale dovrà chiedere alla indagine sociologica di contribuire al maturarsi del suo processo conoscitivo.

Decisa nel suo disegno di canoni metodologici per il nuovo civilista è la prolusione camerte di Pietro Perlingieri ⁽⁸⁴⁾. Partendo da « una concezione dinamica del diritto civile », si tende a rivalutare il momento dell'esercizio rispetto a quello della titolarità,

⁽⁸²⁾ N. LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica (riflessioni sul metodo)* (Prolusione al corso di 'Istituzioni di diritto privato' tenuta il 16 marzo 1968 nella Università di Bari), in *Rivista di diritto civile*, XIV (1968).

⁽⁸³⁾ LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica*, cit., pp. (rispettivamente) 323 e 304.

⁽⁸⁴⁾ P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare* (Prolusione al corso di Diritto civile tenuta il 18 aprile 1969 nell'Università di Camerino), ora in *Scuole tendenze e metodi- Problemi del diritto civile*, Napoli, E.S.I., 1989.

diffidando scopertamente delle categorie tradizionali e dell'approccio categorizzante tipico del vecchio civilista e ritenuto, invece, eccessivamente immobilizzante. Il salvataggio culturale sta nella coraggiosa apertura verso l'indagine comparativa verticale e orizzontale, mentre, a livello di una necessariamente rinnovata visione delle fonti, l'imperativo primo per ogni giurista e anche per il civilista è l'immersione convinta in quella legalità più alta che è la legalità costituzionale, la quale rappresenta per il cultore del diritto civile l'aggancio salvante al mondo dei valori condivisi e diffusi in seno alla società italiana. Nel solco di questa forte persuasione è anche la prolusione napoletana di Perlingieri, che lui vuole esplicitamente dedicare a "Norme costituzionali e rapporti di diritto civile" ⁽⁸⁵⁾.

⁽⁸⁵⁾ Prolusione al corso di Diritto civile tenuta il 20 novembre 1979 nella Università di Napoli, ora in *Scuole tendenze e metodi*, cit.

MAURIZIO FIORAVANTI

LE TRASFORMAZIONI DELLA CITTADINANZA NELL'ETÀ DELLO STATO COSTITUZIONALE ⁽¹⁾

Iniziamo con un'asserzione. Noi oggi sperimentiamo la nostra esistenza, individuale e collettiva, in un'età storicamente determinata — il nostro tempo storico — che chiamiamo *l'età dello Stato costituzionale*. Si tratta di un'età che ha avuto il suo avvio alla metà del secolo scorso, con l'emanazione delle nuove Costituzioni democratiche, trascorsi i regimi totalitari, e che è caratterizzata dall'avanzare di grandi trasformazioni costituzionali, che in modo sempre più evidente corrodono e alterano i lineamenti della forma di Stato ereditata, ovvero dello Stato nazionale di diritto. Siamo quindi di fronte ad un processo imponente, tale da implicare un mutamento nella forma di Stato, il prodursi di una fase nuova nella plurisecolare vicenda dello Stato moderno in Europa. Altrove ho cercato di analizzare i contenuti principali di questa trasformazione apertasi alla metà del ventesimo secolo e ancora ampiamente in corso. Li riassumo in questa sede ⁽²⁾.

La prima grande novità si è verificata sul piano decisivo dell'assetto complessivo delle fonti di diritto. Nella precedente forma di Stato, ovvero nel tempo storico dello Stato nazionale di

⁽¹⁾ Si riproduce qui, con l'aggiunta di qualche minima indicazione bibliografica, la relazione tenuta al Convegno su "Italiani vecchi e nuovi: la cittadinanza e le trasformazioni dell'identità nazionale", promosso dalla Fondazione Gramsci Emilia-Romagna (Bologna, 19-20 maggio 2011).

⁽²⁾ Per un inquadramento storico ampio, si veda M. FIORAVANTI, *Stato e costituzione*, in Id. (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa*, Roma-Bari, 2002, pp. 3 e ss. Per il concetto di "Stato costituzionale" da diversi profili si vedano ora i saggi contenuti in *Lo Stato costituzionale. La dimensione nazionale e la prospettiva internazionale. Scritti in onore di Enzo Cheli*, a cura di P. Caretti e M. C. Grisolia, Bologna, 2010.

diritto, compreso tra la Rivoluzione e la prima metà del secolo scorso — circa due secoli, dalla metà del diciottesimo alla metà del ventesimo — la fonte dominante è la legge, in quanto espressione della volontà generale, o della sovranità nazionale, o anche della sovranità popolare. È vero che il tempo della Rivoluzione, e anche della successiva età liberale, è anche il tempo delle Dichiarazioni dei diritti e delle Carte costituzionali, ma le une e le altre sono in sostanza *loi politique*, dettano cioè principi che solo la legge sovrana può realizzare attraverso un processo di attuazione per via legislativa, principi cioè che non sono diritto fino a quando non sono sostenuti dalla forza di legge; o che disegnano la forma di governo, nel secolo diciannovesimo per lo più sancendo il grande patto nazionale, tra monarchia e parlamento. In altre parole, per dirla in modo più semplice, se si vuole conoscere il diritto italiano dell'età liberale non si legge lo Statuto albertino; si leggono piuttosto le leggi, e prima di tutto il Codice civile, o le leggi che ordinano la pubblica amministrazione. La Carta costituzionale è in quel tempo al massimo una cornice, entro cui il diritto vigente è monopolizzato dalla legge. La celebre 'onnipotenza parlamentare' ha sul piano tecnico questo significato, che consiste, in sintesi, nel dominio della legge nell'assetto complessivo delle fonti di diritto.

Lo stesso deve dirsi verso il basso, sempre prendendo le mosse dalla legge, e dunque guardando al momento della applicazione, in primo luogo verso la funzione giurisdizionale. Che si tratti della volontà generale della Rivoluzione, o della sovranità nazionale dell'età liberale, il risultato non cambia: la legge, in quanto espressione di sovranità, ha bisogno di un meccanismo di applicazione pronto, sicuro e uniforme, ha bisogno cioè di ridurre al minimo il cosiddetto 'arbitrio giurisprudenziale', ovvero il margine d'interpretazione della legge da parte del giudice, con ciò ostacolando la presenza della giurisprudenza nel panorama complessivo delle fonti di diritto. Soprattutto, il giudice, nel sistema dello Stato nazionale di diritto, non conosce la Carta costituzionale, poiché questa non è per lui direttamente fonte di diritto; egli — per così dire — non vede la Costituzione se non attraverso la legge, in quanto cioè abbia a che fare con una legge che ha attuato, o magari integrato, la Costituzione.

Questo era il punto di partenza alla metà del secolo scorso, quando entrò in vigore la Costituzione, quella italiana come altre, quando cioè iniziò la trasformazione di cui stiamo parlando.

Di fatto, le nuove Costituzioni, come quella italiana, hanno profondamente trasformato l'impianto tradizionale dello Stato di diritto. Hanno mantenuto la centralità della legge, ora più chiaramente espressione del principio di sovranità popolare, ma ad una condizione: che quella legge sia conforme a Costituzione. Ciò in un senso profondo, ovvero con un significato che nella pratica dello Stato costituzionale trascende ampiamente il caso di scuola dell'annullamento secco di una norma legislativa per contrasto con la Costituzione e per mano della Corte costituzionale. Ciò che prevale è piuttosto un processo ben più capillare e diffuso, spesso sollecitato dalla stessa Corte, con le ormai note sentenze interpretative di rigetto, di continua rilettura della legge alla luce dei principi costituzionali, per opera dello stesso giudice ordinario, nei casi concreti che gli si presentano di fronte. È cioè storicamente caduta la presunzione assoluta di legittimità a favore della legge in quanto espressione del principio di sovranità: quella legge vige ora in modo legittimo solo nella misura in cui sia interpretabile dai giudici nel senso di poterle attribuire significati conformi alla Costituzione.

Non è questa una perorazione a favore della Costituzione e tanto meno un'apologia della giurisprudenza. È semplicemente una constatazione, ovvero l'espressione formalizzata di ciò che accade in concreto nella fisiologia delle democrazie contemporanee, in conseguenza di una svolta ormai da tempo avviata, e che si è fondata, a sua volta, su una presa di consapevolezza: che al vertice dell'ordinamento delle fonti di diritto c'è ora la Costituzione, in quanto norma fondamentale, ovvero norma che contiene i fondamenti della convivenza civile attraverso le norme di principio, proprio quelle norme la cui giuridicità, e prescrittività, era negata nel precedente modello costituzionale, nell'epoca dello Stato nazionale di diritto. E lo era anzi — come ricorderete per ciò che riguarda l'Italia — anche dopo l'emanazione della nuova Costituzione, per lo meno fino alla istituzione della Corte Costituzionale e alla sua storica prima sentenza nel 1956.

Veniamo ora al secondo lato della nostra trasformazione costituzionale, che è quello della sovranazionalità. Vengono qui in

primo piano gli articoli 10 e 11 della nostra Carta Costituzionale, cui si deve ora aggiungere il primo comma dell'articolo 117 relativamente ai « vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali », che con le due sentenze gemelle della Corte Costituzionale, la n. 48 e la n. 49 del 2007, ha in sostanza attribuito ai principi contenuti nella Convenzione europea sui diritti dell'uomo la rilevanza di parametro di costituzionalità, sul quale fondare, di fronte alla Corte, un giudizio di costituzionalità di una legge ordinaria statale. Dunque, per il giudice italiano, già ora, i principi costituzionali, sulla base dei quali si può dichiarare l'incostituzionalità di una legge, non sono più solo i principi della nazione, quei principi cioè che si spiegano esclusivamente in rapporto ad una storia nazionale, nel nostro caso quelli scelti dal popolo sovrano nel 1947 nell'ambito della vicenda storica dello Stato nazionale unitario italiano, in reazione al precedente regime, o meglio: sono quei principi, ma riletti entro il contesto più complessivo della comunità europea e internazionale.

C'è un modo rapido e sicuro per comprendere questo lato della trasformazione costituzionale in atto: diceva la Carta costituzionale pre-vigente, ovvero lo Statuto albertino: « La libertà individuale è garantita per legge », è cioè garantita quando è disciplinata dalla legge dello Stato nazionale italiano; risponde la Carta costituzionale vigente: « La libertà personale è inviolabile », è cioè garantita quando è disciplinata da una legge sì — poiché anzi la riserva di legge viene in misura massiccia rafforzata nel passaggio dallo Statuto alla Carta repubblicana — ma non una qualsivoglia, ma da quella legge che è espressione della tradizione politico-culturale della inviolabilità della persona, a partire dall'*Habeas Corpus* con le sue radici addirittura medievali, per arrivare alla fine di un percorso plurisecolare alla Dichiarazione del 1789, alla Convenzione del 1791, fino alla Carta europea ora incorporata nel Trattato di Lisbona; dunque espressione di qualcosa che non è certo una tradizione nazionale. I nostri costituenti non hanno dunque proclamato l'invulnerabilità della libertà personale solo contro il fascismo inteso come fenomeno nazionale, ma oltre, in positivo, per ricollegarsi ad un lato decisivo della tradizione costituzionalistica europea, e per proiettarsi, su quella base, nella dimensione, che si apriva già allora, alla metà del secolo scorso, della sovranazionalità.

Questo è per l'appunto — come si diceva all'inizio — un lato decisivo della trasformazione costituzionale intercorsa nel passaggio dallo Stato nazionale di diritto allo Stato costituzionale. Nella precedente forma di Stato una Costituzione poteva essere più o meno democratica, ma era comunque una Costituzione statale-nazionale; nello Stato costituzionale del presente la Costituzione democratica è, semplicemente in quanto tale, una Costituzione aperta alla sovranazionalità, come l'attuale Costituzione italiana. È necessario insistere sulla valenza pratica di questa vicenda, nel senso che questa apertura verso la sovranazionalità significa, in concreto, che i giudici nazionali non utilizzano più esclusivamente fonti di diritto nazionali, e che il parametro di costituzionalità, rispetto a cui si misura la costituzionalità delle leggi, è molto spesso di origine complessa, nazionale, europea, internazionale, sovranazionale.

Tutto questo ha una ricaduta di primaria importanza sul problema che qui ci interessa, che è quello della cittadinanza. Di questo dobbiamo ora occuparci. Dobbiamo cioè individuare con la massima chiarezza possibile la consistenza storica effettiva della trasformazione in atto nel concetto, e nella pratica, della cittadinanza, in conseguenza della trasformazione più complessiva cui più volte abbiamo fatto riferimento. In modo ancora più esplicito: quale cittadinanza è adeguata al tempo storico dello Stato costituzionale⁽³⁾?

Iniziamo dal dato normativo. Da una parte, con riferimento al precedente modello dello Stato nazionale di diritto, abbiamo la legge 13 giugno 1912 n. 555, dall'altra, con riferimento al periodo repubblicano, abbiamo la legge 5 febbraio 1992, n. 91: le due fondamentali leggi sulla cittadinanza nella storia dello Stato unitario. Ebbene, il confronto è sorprendente: entrambe le leggi sono fondate sul cosiddetto *jus sanguinis*, e dunque sulla distinzione tra straniero e cittadino, che è tale per derivazione genitoriale, ma mentre nel 1912 erano sufficienti cinque anni di residenza dello straniero per l'ac-

(3) Per i fondamenti storici del concetto di cittadinanza è indispensabile P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 4 tomi, Roma-Bari, 1999-2001. Si vedano anche i saggi contenuti in *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, a cura di D. Zolo, Roma-Bari, 1994; e il lavoro di E. GROSSO, *Le vie della cittadinanza. Le grandi radici. I modelli storici di riferimento*, Padova, 1997.

quisizione della cittadinanza, nel 1992 questo termine è addirittura raddoppiato, e ridotto di un solo anno, a quattro, per i cittadini di un altro Stato membro dell'Unione europea, distinzione evidentemente sconosciuta nel 1912. Dunque, la sensazione è quella di essere di fronte ad una politica di arroccamento, in special modo per l'imposizione agli extracomunitari del termine lunghissimo di dieci anni. In parte è certamente così. Sarebbe però errato fermarsi alla superficie della disposizione legislativa. Come abbiamo già osservato, nello Stato costituzionale è decisivo il versante della pratica, soprattutto l'operare della giurisprudenza sulla base dei principi costituzionali. Bisogna dunque ora rivolgersi alla pratica, e alla giurisprudenza, della cittadinanza, per comprendere come nel contesto dello Stato costituzionale stia mutando di fatto la condizione giuridica proprio di coloro che sono sottoposti al termine dei dieci anni, ovvero degli extracomunitari. Dalla pratica torneremo poi, in conclusione, alla teoria. Il mutamento in atto impone infatti, a nostro avviso, una revisione complessiva del concetto di cittadinanza.

Il filo conduttore che seguiremo è quello dei contenuti sociali della cittadinanza: in una parola, la materia dei diritti sociali. È a tutti noto il processo storico che ha condotto a costituzionalizzare la materia sociale, a rendere cioè il lavoro, l'istruzione, l'assistenza, la salute, beni costituzionalmente protetti. Si potrà contestare il modo e la misura delle realizzazioni effettive in materia sociale, ma nessuno può negare — io credo — la portata davvero grande di questo passaggio, e soprattutto la sua rilevanza proprio per la questione cruciale della cittadinanza. L'accesso concreto al godimento di questi beni è infatti condizione necessaria per dare senso e contenuto a quella che l'articolo terzo della nostra Costituzione chiama « pari dignità sociale », e per favorire, ancora nel medesimo articolo, « il pieno sviluppo della persona umana ». Ebbene, ciò che si va affermando nella pratica dello Stato costituzionale è l'inerenza di questa dimensione sociale della cittadinanza a « tutti i cittadini » — ancora l'articolo terzo — considerando tali tutte le persone che operano nel « Paese », alle quali si rivolge la « Repubblica » — ancora parole dell'articolo terzo —, siano esse italiane o non, secondo la legge nazionale e il criterio tradizionale dello *jus sanguinis*. Non si tratta solo di teorie, o di mere aspirazioni. In una sentenza della Corte Costituzionale del 1998, la n. 454, relativa al

diritto di un individuo di nazionalità somala di essere iscritto nell'elenco dei lavoratori invalidi civili da avviare obbligatoriamente al lavoro ai sensi della legge n. 482 del 1968, la Corte ragiona in termini addirittura categorici, nel senso di ritenere oramai acquisito al nostro ordinamento il criterio della "piena uguaglianza" nei diritti tra lavoratori, siano essi italiani o non. È a tutti chiaro cosa emerge da una simile conclusione, per altro tutt'altro che rivoluzionaria, e fondata puntualmente su dati normativi inoppugnabili: emerge una comunità di lavoratori — e, di nuovo, proprio ai « lavoratori » fa riferimento il nostro articolo terzo — che è tale in quanto composta di soggetti portatori in condizioni di uguaglianza dei medesimi diritti. E dunque, come non definire questi soggetti 'cittadini', indipendentemente dalla loro nazionalità? Non è forse a loro che bisogna pensare quando si legge « Tutti i cittadini » all'inizio dell'articolo terzo della nostra Costituzione? A loro, dunque, e non più esclusivamente agli italiani. Ecco dunque che nella vita dello Stato costituzionale emerge in modo sempre più distinto il profilo di una *cittadinanza sociale*, o *costituzionale*, data nella sua essenza da una comunanza di diritti, e composta al suo interno da cittadini di diverse nazionalità. Per l'acquisizione dei diritti di cittadinanza non è più indispensabile quella determinata nazionalità. Al contrario la cittadinanza di cui parliamo — quella sociale, o costituzionale — è composta per sua natura da soggetti appartenenti ad una pluralità di nazionalità.

Torniamo a questo proposito, di nuovo, sulla giurisprudenza. In una recentissima sentenza della Corte, del 2010, la n. 187, si dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma della legge finanziaria del 2001 nella parte in cui condizionava il diritto alla fruizione dell'assegno sociale, d'invalidità civile, al possesso, da parte dello straniero, della carta di soggiorno, e dunque alla legale presenza sul territorio nazionale da almeno cinque anni. Da una parte c'è un « diritto fondamentale », come dice la Corte, che è tale « perché garanzia per la stessa sopravvivenza del soggetto », essendo il suo presupposto l'inabilità radicale al lavoro, e dunque l'incapacità a provvedere alla propria persona; un diritto fondamentale che è tale perché relativo ad « un rimedio destinato a consentire il concreto soddisfacimento dei bisogni primari inerenti alla stessa sfera di tutela della persona umana, che è compito della Repubblica promuovere e

salvaguardare»; dall'altra c'è un potere politico che nell'esercizio della sua discrezionalità ha ritenuto di limitare la concessione del beneficio a quegli stranieri che in quanto titolari della carta di soggiorno sono con più forza e durata radicati sul territorio nazionale, sono cioè più vicini, se lo vorranno, all'acquisizione della cittadinanza italiana.

La Corte non ha esitazioni nello scegliere la via della dichiarazione d'illegittimità. Non ne può avere perché i diritti fondamentali non possono spettare solo ai cittadini di nazionalità italiana, o a coloro che stanno per divenire tali. Essendo inerenti alla persona e ai suoi bisogni primari, essi spettano a tutte le persone, ovvero a tutti coloro che legalmente risiedono sul territorio nazionale. La discriminazione è dunque costituzionalmente illegittima sotto un duplice profilo: perché discrimina tra cittadini italiani e stranieri, imponendo solo per i secondi particolari condizioni per la concessione del beneficio, come se i cittadini italiani fossero per definizione persone per la nostra Costituzione, e gli stranieri fossero tali solo se in possesso di un ulteriore requisito formale, e perché discrimina tra stranieri, come se quelli non in possesso della carta di soggiorno fossero persone non degne della medesima tutela.

Infine, per dare concretezza a quello che si diceva in avvio sulla tendenza verso la sovranazionalità che anima le vicende dello Stato costituzionale contemporaneo, si deve qui osservare come tutto il ragionamento che la sentenza conduce in materia d'uguaglianza, e del suo contrario, ovvero della ingiusta discriminazione, si fondi in primo luogo sull'articolo 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e sulla giurisprudenza sul punto elaborata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Sotto questo profilo, la sentenza è espressione esemplare del principio contenuto nell'articolo 117 primo comma della nostra Costituzione — già richiamato in apertura, insieme alle due sentenze gemelle della Corte, la n. 348 e la n. 349 del 2007 — relativamente ai « vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali ». Mostra cioè in concreto come lo Stato nazionale stia perdendo il suo storico monopolio sul principio d'uguaglianza, nel senso che la legittimità delle sue decisioni in materia — se esse siano legittimo esercizio del proprio potere discrezionale o costituiscano invece ingiusta discri-

minazione — è ora sindacata — come abbiamo visto nel caso di specie — sulla base di fonti sovranazionali.

È vero che si potrebbe sostenere che il fondamento ultimo di tutto questo è pur sempre, ancora una volta, nella volontà degli Stati sovrani, ovvero che i « vincoli » di cui all'articolo 117 primo comma sono espressione anch'essi, in ultima analisi, della sovranità degli Stati, ma questo argomento è congruente solo se arriva al suo estremo logico, che consiste nell'affermazione della libera revocabilità dei vincoli in questione. Ma è così veramente? Io credo di no. Credo anzi che una delle grandi novità dell'odierno Stato costituzionale sia proprio questa: di non poter essere più immaginato come una 'persona' che si obbliga, si autolimita, e successivamente magari può revocare i vincoli che esso medesimo ha generato, com'era ancora nella grande dottrina giuridica dello Stato nazionale sovrano. Lo Stato costituzionale non vive esprimendo una volontà sovrana, in ipotesi sempre revocabile, com'era ancora nel modello dello Stato nazionale di diritto. Vive piuttosto entro quella che chiamerei un'*esperienza costituzionale*, nel senso di un processo costruttivo di principi costituzionali, i cui confini non sono più esclusivamente nazionali. Al di sopra degli Stati nazionali infatti non vi è più solo il diritto internazionale dei trattati, generato dagli stessi Stati nazionali, e come tale a certe condizioni anche revocabile; vi sono invece *ordinamenti sovranazionali*, come quello europeo, pure di origine pattizia, ma dotati di principi propri, spesso originati dalle Costituzioni statali, ma comunque viventi ormai in un intreccio continuo e sempre più stretto tra i diversi livelli della esperienza costituzionale. Lì, in quell'intreccio, concreto e materiale, si colloca l'irreversibilità dei vincoli nascenti dalla tendenza dello Stato costituzionale contemporaneo verso la sovranazionalità, e dunque l'impossibilità storica di una sorta di restaurazione dei caratteri tradizionali dello Stato nazionale sovrano.

Infine, sempre in materia di cittadinanza, è possibile cogliere un ulteriore lato della nostra problematica tramite un'ultima, e pure recentissima, sentenza della Corte Costituzionale, la n. 269 del 2010. In questo caso, era stato il governo a chiedere la dichiarazione d'illegittimità costituzionale di alcune norme, più precisamente di alcune norme della legge regionale toscana del 9 giugno 2009, n. 29, in materia di « accoglienza, integrazione partecipe e tutela dei

cittadini stranieri nella regione toscana », in modo particolare nella parte in cui si stabiliva in materia di diritto alla salute che « specifici interventi sono previsti anche a favore di cittadini stranieri comunque dimoranti sul territorio regionale », dunque a favore anche degli immigrati privi di regolare permesso di soggiorno. La posizione del governo era fin troppo chiara. A suo parere, in questo modo la regione toscana avrebbe finito per creare una sorta di sistema assistenziale parallelo per gli stranieri privi di regolare titolo di soggiorno, inficiando così gli sforzi del governo tesi a contrastare il fenomeno della immigrazione clandestina, su un terreno di primario interesse nazionale, e come tale di esclusiva competenza statale e governativa.

La Corte non ha seguito il ragionamento del governo, stabilendo così la piena costituzionalità della legge regionale, in quanto fondata sul principio in particolare contenuto nel suo articolo sesto, comma trentacinquesimo, che suona così: « tutte le persone dimoranti sul territorio regionale, anche se prive di titolo di soggiorno, possono fruire degli interventi socio assistenziali urgenti e indifferibili, necessari per garantire il rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti a ogni persona in base alla Costituzione e alle norme internazionali ». Esiste dunque, in materia di diritto alla salute — e la Corte lo riafferma riprendendo anche sue precedenti sentenze, come la n. 252 del 2001 e la n. 148 del 2008 ⁽⁴⁾ — una sorta di « nucleo irriducibile » che è « protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana », e che come tale si riferisce a tutti, compresi gli stranieri privi di regolare titolo di soggiorno. Negare le cure ambulatoriali o ospedaliere necessarie e indifferibili, o la tutela sociale della maternità e della gravidanza, o la profilassi, significa offendere la dignità dell'uomo; si colloca in una dimensione in cui non può non valere la regola della uguaglianza assoluta, tra persone, che tali sono, nulla rilevando che si tratti di cittadini italiani o di stranieri, anche se privi del titolo regolare. Si può quindi ben ammettere che un esecutivo possa introdurre politiche di contrasto alla immigrazione clandestina, ma la presenza fisica dell'immigrato, con la sua richiesta di cure, fa di per sé cadere ogni priorità politica,

(4) Sulle medesime problematiche, si vedano anche la n. 432 del 2005 e la n. 306 del 2008.

perché si riferisce ad una dimensione che la Costituzione colloca comunque prima, e che è quella della dignità della persona. Analoghe considerazioni ha svolto la Corte con la sentenza n. 61 del 2011 su un caso simile, relativo ad una legge della Regione Campania — la n. 6 del febbraio 2010 — anch'essa dedicata all'inclusione sociale, economica e culturale degli stranieri, con riferimento all'abitazione, all'istruzione e formazione professionale, alle prestazioni sanitarie e assistenziali, ancora una volta proclamati come diritti fondamentali della persona.

Ripercorriamo ora il filo delle nostre argomentazioni. È lunghissimo il termine per l'accesso alla cittadinanza italiana per gli stranieri extracomunitari. Ma intanto essi possono dirsi già cittadini, nel senso che nel nostro ordinamento il principio di uguaglianza funziona già ora tra italiani e stranieri, per lo meno per ciò che riguarda l'accesso ai beni fondamentali del lavoro, dell'assistenza, della salute. Il concreto esercizio dei diritti corrispondenti si sostanzia in una serie di pratiche e d'interrelazioni sociali e istituzionali dalle quali sarà difficile tornare indietro, e che rappresentano, nel loro insieme, la base materiale della cittadinanza costituzionale. L'ordinamento della cittadinanza costituzionale, sul piano normativo, è già ora dato dai principi della Costituzione, uniti ai principi derivati dalle fonti sovranazionali, e garantiti dalla giurisprudenza, ordinaria e costituzionale.

Infine, c'è un ultimo lato della vicenda qui ricostruita. Nell'armadio della nostra cittadinanza sociale, o costituzionale, c'è infatti uno scheletro. Si potrebbe dire: ogni armadio ha il suo scheletro. In questo caso, si tratta dei diritti politici, e in particolare di quei diritti, come il diritto di voto, che si esercitano per concorrere « alla determinazione della politica nazionale », come nella lettera dell'articolo 49 della nostra Costituzione. Certamente, agli stranieri spettano quei diritti, come la libertà di manifestazione del pensiero, o il diritto di riunione, o di associazione, che vengono esercitati anche per concorrere alla determinazione della politica nazionale, ma che hanno al loro centro la dimensione della persona, o comunque il lato sociale e associativo. Ma che dire del 'nucleo duro' dei diritti politici, ad iniziare dal diritto di voto? Ovvero di quei diritti che si riannodano al principio di sovranità? Il popolo dei cittadini italiani — dei soli cittadini italiani — che decide in autonomia del proprio futuro

in base al tradizionale principio democratico è anch'esso da mettere in discussione nel contesto del nuovo Stato costituzionale? E dunque, in ultimo, assisteremo forse anche all'esito del diritto di voto agli stranieri? È una simile conclusione nella logica dello Stato costituzionale (5)?

La risposta non è facile. Proviamoci, tuttavia. Non v'è dubbio che la trasformazione costituzionale cui si faceva cenno all'inizio ha portato grandi novità. Ha fatto emergere, sulla base dei principi costituzionali e della loro realizzazione per via giurisprudenziale, una dimensione societaria della cittadinanza entro cui sono inclusi gli stranieri, per quanto riguarda i diritti della persona, compresi i diritti sociali. Ciò che hanno in comune tutti coloro che sono inclusi in questa sfera non è più dunque la nazionalità, ma la titolarità stessa dei diritti: è la Costituzione stessa a generare uguaglianza e inclusione. A questo primo livello si può dunque parlare di una cittadinanza senza nazionalità. Di una cittadinanza sociale, o costituzionale, e non più nazionale. E tuttavia, ciò che emerge per questa via, in conseguenza della nostra trasformazione costituzionale, è una mera *societas*, ovvero una dimensione della cittadinanza in cui l'elemento della comunanza si esaurisce nella titolarità dei medesimi diritti. Si deve allora concludere nel senso di un ormai compiuto tramonto del contenuto propriamente politico della cittadinanza? Noi crediamo di no.

Crediamo che nella cittadinanza, per lo meno dalla Rivoluzione in poi, sia insopprimibile la dimensione della *universitas*, ovvero della associazione di scopo, che poi significa presenza di un popolo, o di una nazione, che si autorappresenta come comunità in cammino, che compie scelte, e non solo garantisce diritti. È qui che trova il suo limite il riconoscimento agli stranieri del diritto di voto nelle elezioni politiche. È un punto sul quale si arrovellarono anche le Costituzioni dell'età rivoluzionaria. La Costituzione della Virginia chiedeva, per l'esercizio del diritto di voto, che si fosse cittadini della Virginia, e si era tali solo se si aveva con la comunità della Virginia

(5) Nella più recente letteratura giuspubblicistica italiana, si vedano E. GROSSO, *La titolarità del diritto di voto. Partecipazione e appartenenza alla comunità politica nel diritto costituzionale europeo*, Torino, 2001; e C. LUCIONI, *Cittadinanza e diritti politici. Studio storico-comparatistico sui confini della comunità politica*, Roma, 2008.

un legame “evidente” e “permanente”; e anche le Costituzioni della rivoluzione francese chiedevano una residenza più o meno lunga e l’acquisto di una proprietà. Insomma, si è sempre ricercato, con strumenti diversi, una misura della appartenenza ad un determinato popolo, appunto perché da questo secondo punto di vista nella cittadinanza non si esprime più l’aspetto societario, ma quello più propriamente politico della comunanza d’intenti, della decisione sul proprio futuro in senso collettivo.

Due parole di conclusione. Come abbiamo visto, lo Stato costituzionale odierno ha fatto emergere una dimensione societaria, o costituzionale, della cittadinanza, entro cui i diritti della persona, compresi i diritti sociali, sono tutelati al di là della nazionalità. Ma la trasformazione costituzionale che stiamo vivendo non è tale da demolire l’altro lato della cittadinanza, che è quello politico della appartenenza. Si potranno e si dovranno studiare forme e modi diversi di accesso a questo lato della cittadinanza — per esempio per l’accesso alla cittadinanza italiana — ma allo stato non sembra superabile l’immagine dei due cerchi concentrici: al centro la Costituzione, dentro il cerchio più grande la *societas* composta da tutti i soggetti titolari dei diritti civili e sociali garantiti dalla Costituzione medesima, e dentro il cerchio più piccolo solo quei cittadini che appartengono, secondo i criteri dati, alla *universitas*, al popolo, o alla nazione. Quest’ultima non copre più tutto il cerchio. Non bisogna quindi più essere cittadini in senso nazionale per essere titolari di diritti, perché questi trovano il loro fondamento direttamente nella Costituzione, al di là del criterio della nazionalità. Ma nello stesso tempo, non si può non riconoscere che quella medesima Costituzione — poiché nella nostra figura il centro è unico — trae gran parte della sua forza e della sua legittimazione dall’essere espressione di un processo politico democratico, riferito ad un popolo, ad una nazione. Lo Stato costituzionale non è più lo Stato nazionale di diritto, ma questo non significa che esso sia divenuto un non-Stato, ovvero un mero ordinamento giuridico giurisdizionalmente amministrato. Anche lo Stato costituzionale non può fare a meno dell’elemento politico della Costituzione. Per gli stessi motivi, la cittadinanza continua ancora oggi ad essere anche appartenenza.

FRANCESCO MACARIO

LE 'FORME DEL DIRITTO' NELLA STORIA PRESENTE:
IL NUOVO DIRITTO EUROPEO DEI CONTRATTI
TRA ORDINE, RAGIONE E DECISIONE (*)

1. Il diritto europeo come interazione tra formanti: una storia di giuristi e legislatori oltre l'“extrastatualità” del diritto civile. — 2. Il senso di un nuovo “diritto privato europeo”. — 3. Il formante legislativo e la logica settoriale della normativa europea sui contratti. — 4. Il formante giudiziale e la giurisprudenza della Corte di giustizia quale fattore di effettività dell'armonizzazione. — 5. Il formante dottrinale e la razionalizzazione di regole generali e principi comuni: verso un ordine sistematico del nuovo “diritto privato europeo”?

1. *Il diritto europeo come interazione tra formanti: una storia di giuristi e legislatori oltre l'“extrastatualità” del diritto civile.*

È noto che lo studioso del diritto vigente non è abituato a pensare da storico del diritto, a causa essenzialmente della formazione e della carriera accademica che si svolgono secondo le anguste logiche settoriali caratteristiche del nostro sistema universitario, sicché ritengo che vadano confessate *ex ante* alcune ragioni di imbarazzo e perplessità di tipo metodologico. Un primo motivo in tal senso sorge dallo stesso tema della riflessione, in quanto il tentativo di ‘storicizzare’ una vicenda giuridica così complessa, ma soprattutto così attuale, quale è quella del “diritto privato europeo” potrebbe apparire non corretto, sul piano del metodo (s'intende, dal punto di vista

(*) Relazione presentata al V Congresso Brasileiro de História do Direito, dal titolo “*As Formas do Direito: Ordem, Razão, Decisão. Experiências jurídicas antes e depois da modernidade*”, UFPR, Curitiba, 29.8-2.9.2011, con l'aggiunta degli opportuni riferimenti bibliografici, limitati a quelli essenziali nell'ormai sterminata letteratura in argomento. Si ricorderà che, all'apertura dei lavori congressuali, è stata conferita la laurea *honoris causa* a Paolo Grossi.

dello storico); un'ulteriore ragione di imbarazzo è invece relativa al modo sommario, e così inevitabilmente riduttivo, con il quale dovrò presentare le considerazioni che seguono, attraverso soltanto alcuni dei molteplici problemi che la materia ha posto e continua a porre allo studioso.

Se appare evidente che il ragionamento debba essere condotto da un diverso punto di vista rispetto a quello esegetico e analitico, tipico del cultore del diritto vigente, l'impossibilità di operare come storico del diritto in senso proprio, mi induce a vestire i panni più modesti del "cronista" di quanto è accaduto (e sta accadendo) in quello straordinario, e ancora attivissimo, laboratorio che possiamo continuare a considerare e definire "l'Europa del diritto" ⁽¹⁾, nella consapevolezza del fatto che anche il mero cronista degli eventi non può non tentare di comprendere il quadro complessivo in cui persone e fatti si collocano e dunque devono essere contestualizzati. Per altro verso, mi sembra persino superfluo ricordare che la coesenzialità della dimensione storica a quella tecnico-giuridica impone anche (e, si direbbe, innanzitutto) allo studioso del diritto vigente il tentativo di 'storicizzare' il suo discorso, nella convinzione che la sintonia, e comunque il dialogo, tra il civilista e lo storico del diritto siano non soltanto proficui, ma assolutamente necessari, oggi direi ancora più di ieri.

Denunciati *ex ante* i limiti del contributo, va detto subito che la vicenda di cui tenterò di tratteggiare alcuni momenti salienti abbraccia un arco temporale di poco più di un ventennio e sarei tentato di definirla autentica "storia di legislatori e giuristi", ove si confrontano "forme del diritto" diverse: l'esperienza giuridica come fatto politico-istituzionale e, allo stesso tempo, come vicenda del pensiero. Nello specifico, il dato decisamente più interessante, e anzi si direbbe caratterizzante, andrebbe colto nella seconda delle due accennate dimensioni, quella del pensiero, poiché la storia del diritto privato europeo nella prospettiva del "presente" rivela un tessuto

(1) L'ambizione, di cui il lettore vorrà scusare l'ingenua e confessata velleità, sarebbe quella di collocarsi, in tal modo, nel solco tracciato dal magistrale affresco sulla storia della cultura giuridica in Europa tracciato da GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, per delineare i caratteri di un processo di "formazione" del diritto, che si presenta, ancora una volta, come un'autentica vicenda culturale.

intrinsecamente culturale, pur nella già enunciata molteplicità delle componenti; ma è forse proprio questa molteplicità che ne testimonia la profonda valenza culturale, con tutti i caratteri, come opportunamente è stato scritto, della “postmodernità” (2).

Sul piano appena indicato emerge l’aspirazione, ampiamente condivisa, a conferire “ordine” alla materia (3). Si ricerca così un nuovo volto razionale e dunque ordinante, sulla base di determinati presupposti politico-sociali (peraltro, non sempre perfettamente definiti), mentre la materia appare (ed è, effettivamente) articolatissima, a cominciare dalla legislazione, la quale, in modo sempre più pervasivo, va ad incidere su molte delle tematiche riconducibili a quell’ambito dell’ordinamento che, nella tradizione giuridica occidentale, esprimiamo con il concetto riassuntivo di “diritto privato”. Ma anche quest’ultima si rivela, a ben vedere, espressione tutt’altro che scontata, e perciò da “ri-definire”, mentre al suo interno si segnala il ruolo (o forse si dovrebbe parlare di funzioni diverse, e quindi di ruoli, al plurale) del diritto dei contratti. Una materia sempre in primo piano nel contesto del diritto privato nazionale, ma che nell’Europa nata come “Comunità economica” diviene decisiva, anche sul piano politico-costituzionale (4).

(2) Il riferimento è a un recente saggio, sul quale avrò modo di tornare, di Paolo GROSSI, *Novecento giuridico: un secolo pos-moderno*, “Pos-fazione” al volume di MACARIO e LOBUONO, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi. Un itinerario storico e metodologico per l’insegnamento*, Padova, 2010 (ma si veda anche il saggio pubblicato tra le “Lezioni Magistrali” dell’Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Napoli, 2011). Il tema è approfondito, con la consueta particolare attenzione verso i fenomeni di tipo socio-politico, dalla dottrina d’oltralpe: in particolare, CHEVALLIER, *L’Etat post-moderne*, (Librairie générale de droit et de jurisprudence), 2^a ed., Parigi, 2004.

(3) Un’esigenza che ha segnato nel profondo la storia del pensiero giuridico, se non altro nella tradizione europea, finendo per costituirne la chiave di lettura, ossia una sorta di filo conduttore, come dimostrato dagli studiosi più sensibili a cogliere i nessi tra fonti del diritto e cultura giuridica: dai primi tentativi di riordinamento tra *ratio* e *auctoritas*, successivi alla fase di crisi del diritto comune, sino alla “positivizzazione” della storia e alla “costituzionalizzazione” del diritto privato nel simbolismo istituito dal *Code civil* (il fondamentale contributo di riferimento è di BIROCCHI, *Alla ricerca dell’ordine. Fonti e cultura giuridica nell’età moderna*, Torino, 2002).

(4) Non è un caso che più volte il diritto dei contratti sia stato considerato (anche) in questa prospettiva: cfr. VETTORI, *Diritto dei contratti e “costituzione” europea, Regole e principi ordinanti*, Milano, 2005.

L'origine della storia può essere fatta risalire al periodo tra la fine degli anni Ottanta e l'inizio degli anni Novanta, quando muoveva i primi passi il dibattito su un diritto privato effettivamente sconosciuto alla tradizione, incentrato sulla disciplina dei rapporti (contrattuali e non) relativi al mercato dei beni di consumo e avente come fine dichiarato la maggiore e più omogenea tutela del nuovo soggetto "consumatore": figura giuridica quasi ignota, sino a quel momento e almeno in alcuni ordinamenti nazionali (tra cui il nostro), in ogni caso di difficile collocazione in sistemi sviluppatisi sul mito del soggetto astratto ⁽⁵⁾.

La nuova figura poneva il problema della sua rilevanza "comunitaria", attraverso la prima questione giuridica complessa, relativa alla diversità della fonte di produzione delle norme provenienti dalla Comunità europea, e più specificamente alla loro valenza prima del recepimento negli ordinamenti nazionali, fatto istituzionale necessario per conferire alle nuove regole inserite nelle direttive il valore formale e l'effettività di "legge" (dello Stato). Come trattare, in altri termini, questa sorta di "limbo" giuridico, almeno secondo la logica tradizionale di inquadramento del 'sistema' delle fonti? La risposta all'insolita domanda arrivò — nel nostro ordinamento e da parte del diritto di fonte giudiziale, espresso nella sua sede più autorevole, ossia dalla Suprema Corte — alla metà degli anni Novanta, apparentemente semplice quanto impegnativa: se non vi è ancora la legge attuativa, la direttiva è comunque da considerare una fonte, in quanto "già inserita nel circuito giuridico nazionale", con la conseguenza che "di essa non può non tenersi conto nella configurazione dei principi regolatori degli istituti" (afferitava testualmente

⁽⁵⁾ L'accenno ai dubbi che agitavano la dottrina si trovano già in CAPPELLETTI, *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, in *Giur. it.*, 1975, V, 55; MAZZONI, *Contro una falsa categoria: i consumatori*, in *Giur. comm.*, 1976, I, 622; BESSONE, *La tutela costituzionale della salute e lo statuto dei diritti della persona-consumatore*, in *Pol. dir.*, 1981, 190, 194; ID., *Il consumatore come persona, l'impresa e i rapporti di mercato, la ratio legis dell'art. 2 Cost.*, in *Dir. famiglia pers.*, 1981, 833, 834; GALGANO, *La democrazia dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, 38; ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra « contratti commerciali » e « contratti dei consumatori »)*, in *Giur. it.*, 1993, IV, 69.

e con chiarezza la Cassazione nel 1996) (6). L'immediata conseguenza, sul piano logico innanzitutto, è nell'applicabilità della disciplina "europea" (ma, in termini puramente formali, non ancora "nazionale").

Nell'indagare la "formazione" del diritto europeo, esaminata ormai in dottrina da tutti i punti di vista e in ogni suo aspetto (7), soprattutto nel modo di interagire delle diverse "forme", un primo elemento di differenziazione rispetto al passato può senz'altro essere colto nell'assenza di una "decisione" originaria di carattere autoritativo, ossia di un preciso programma di natura politico-istituzionale, nel segno della 'consolidazione' del *ius* nella *lex* (anchorché non manchi affatto, nell'agenda e nel dibattito scientifico, la questione della "codificazione" del diritto privato europeo, come si avrà modo di osservare nelle considerazioni finali) (8). Ciò tuttavia non deve stupire, in quanto il processo di formazione e di ricerca di un ordine nel nuovo "sistema" non si svolge all'interno di una cornice giuridica già consolidata, in altri termini nell'ambito di un "ordinamento" che possa essere dato per presupposto, ma quest'ultimo appare un'entità in formazione, finendo per identificarsi con lo stesso processo evolutivo in atto (9).

(6) Cass. 20 marzo 1996, n. 2369, in *Contratti*, 1997, 7; seguita da Cass. 26 settembre 1996, n. 8504, in *Foro it.*, 1996, I, 3336.

(7) Tra gli scritti più significativi, ALBORS-LORENS, *Consumer Law, Competition Law and the Europeanization of Private Law*, in *The Institutional Framework of European Private Law*, a cura di Cafaggi (University Press), Oxford, 2006, 245, 260; GAMBARO, « Iura et leges » nel processo di edificazione di un diritto privato europeo dei contratti, in *Europa dir. priv.*, 1998, 993; GRUNDMANN, *La struttura del diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 354; ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile in Italia*, Roma-Bari, 2000; GAMBARO, *Il "plan d'action" della Commissione europea in materia di diritto dei contratti*, in *Harmonisation involves history. Il diritto privato europeo al vaglio della comparazione e della storia*, a cura di Troiano, Rizzelli e Miletti, Milano, 2004, 343.

(8) Ciò che riproporrebbe la nota questione dell'equilibrio, in forma di contemperamento, tra *voluntas* e *ratio*, nella nota dialettica tra potere e diritto, esemplarmente descritta da COSTA, *Democrazia politica e Stato costituzionale*, Lezioni magistrali dell'Università Suor Orsola Benincasa, Napoli, Editoriale scientifica, 2006.

(9) Come ha ripetutamente sottolineato la più autorevole dottrina, nella riflessione sui nuovi assetti determinatisi nel 'sistema' delle fonti del nostro tempo: per tutti, LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008; nonché ID., *Le fonti del diritto civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Lipari e Rescigno, vol. I, Milano, 2009.

Se è vero, infatti, che è già trascorso quasi mezzo secolo da quando, agli inizi degli anni Sessanta, i giuristi più lungimiranti, ma soprattutto la Corte di giustizia ai suoi primi passi, esprimevano la convinzione del carattere autonomo e originale dell'ordinamento comunitario — il riferimento è alla celebre sentenza “Van Gend en Loos” del 5 febbraio 1963 ⁽¹⁰⁾, tra i giuristi italiani rimasta legata al nome di Alberto Trabucchi, all'epoca giudice particolarmente attivo alla Corte di Lussemburgo, e concernente l'applicabilità diretta delle norme del Trattato CEE a vantaggio dei cittadini che nei singoli Stati avrebbero potuto farle valere anche contro disposizioni nazionali incompatibili —, è anche innegabile che il diritto privato europeo vada realizzandosi come nuovo sistema di norme e princîpi, ponendo se stesso continuamente in discussione, a cominciare proprio dalle “forme” in cui si manifesta, e dunque dal modo in cui la sua “formazione” dovrebbe procedere.

Inutile sottolineare ancóra oggi che l'approccio (esclusivamente o anche prevalentemente) giuspositivista e statualista si è rivelato ben presto insufficiente per tentare di comprendere quanto stava accadendo — soprattutto, per provare a ipotizzare l'evoluzione del processo —, mentre è risultato chiaro, a vent'anni di distanza, che l'unico metodo idoneo per avvicinarsi alla materia in esame è quello storico e comparativo: una duplice prospettiva che, in fin dei conti, può (e anzi, deve) essere considerata unitaria, non potendosi scindere la storia dalla comparazione e viceversa ⁽¹¹⁾. In questo senso, appare ancora attuale e pienamente legittimo chiedersi se

⁽¹⁰⁾ Corte giust. 5 febbraio 1963, causa C-26/62, *Van Gend & Loos c. Nederlandse Tariefcommissie*, in *Raccolta* 1963, 3. Com'è noto, nella successiva sentenza, emessa da Corte giust. 15 luglio 1964, causa C-6/64, *Costa c. Enel*, in *Raccolta*. 1964, 1129, i giudici di Lussemburgo affermarono con vigore il principio della prevalenza delle norme comunitarie, in particolare del Trattato di Roma, rispetto al diritto interno dei singoli Stati: era l'ideale risposta a una precedente sentenza della Consulta, Corte cost. 7 marzo 1964, n. 14, in *Foro it.*, 1964, I, 465, viceversa proiettata a difendere la supremazia legislativa statale a fronte di ogni possibile erosione.

⁽¹¹⁾ Secondo la nota enunciazione di Frederic Maitland, ripresa e sviluppata, più tardi, grazie agli studi di Gino Gorla.

“*harmonisation involves history*” (12). Di qui l’interesse per il percorso evolutivo, ossia per la stessa attività di formazione di un nuovo “ordine” giuridico, che esprime determinate “*rationes*”, delle quali la cosiddetta giurisprudenza pratica (comunitaria e nazionale) offre in vario modo il riscontro sul piano giudiziario, potendosi in tal modo verificare il grado di effettività della normativa (13).

Se per un verso può meravigliare la maturità raggiunta da tale processo, e soprattutto la rapidità dei relativi passi — se non altro, alla stregua dei parametri temporali, e delle periodizzazioni, con cui è abituato a operare lo storico del diritto —, per altro verso l’interesse manifestato da studiosi e pratici, pur con accenti diversi, ha finito per confermare la piena validità del discorso sulla “extra-statalità” del diritto civile, nei termini in cui lo proponeva Filippo Vassalli negli anni Cinquanta del secolo appena trascorso (in un

(12) Come ci si è effettivamente domandati, in forma di domanda retorica, in un incontro di studi del 2003, dal significativo titolo: *Harmonisation involves History?, Il diritto privato europeo al vaglio della comparazione e della storia*, cit.

(13) L’effettività, termine polisenso e piuttosto sfuggente per il giurista studioso del diritto vigente (in quanto maggiormente legato alla sociologia del diritto, in funzione anche della rilevanza di elementi di fatto, spesso ignorati dai giuristi positivi), costituisce invece una delle garanzie che un sistema giurisdizionale di tutela dei diritti dovrebbe assicurare e il cui ruolo nell’attuale ordinamento europeo si deve essenzialmente allo spirito pragmatico del *common law* (MATSCHER, *La nuova Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 218). Dal primo punto di vista, l’effettività viene genericamente intesa come rimozione degli ostacoli all’accesso sia alla giustizia (CAPPELLETTI e GARTH, *Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective*, in *27 Buffalo Law Rev.*, 181 (1978); CAPPELLETTI, *Access to justice and the welfare state: an introduction*, in CAPPELLETTI e GARTH, *Access to Justice*, Vol I: *A World Survey*, e Vol. III: *Emerging Issues and Perspectives*, Alphen, Rijn, Sijthoff and Noordhoff, 1979; FRANCONI, *Access to justice as a Human Right*, Oxford, 2007, *passim*; VAN GERVEN, *Rights, remedies and Procedures*, in *Common Market Law Rev.*, 2000, 504; PRECHAL, *EC Requirements for an Effective Remedy*, in *Remedies for Breach of EC Law*, a cura di Lombay e Biondi, Chichester, 1997, 686; BIONDI, *The European Court of Justice and Certain National Procedural Limitations: not such a Tough Relationship*, in *Common Market Law Rev.*, 1999, 1274 ss.), sia alla tutela sostanziale dei diritti. In giurisprudenza, in tempi recenti, *van der Weerd et a.* (7 giugno 2007, cause riunite da C222/05 a C225/05, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2007, 1144 ss.) punti 28 e 29; nonché le sentenze *Rewe-Zentralfinanz* (29 marzo 2007, C-347/04, in *Raccolta*, 2007, I, 2647 ss., punto 5); *Comet*, in *Raccolta*, 1977, I, 2043, punti 1316; *Peterbroeck*, in *Raccolta*, 1995, I, 4599 e in *Giur. it.*, 1996, I, 1289, punto 12; *Unibet* (13 marzo 2007, C-432/05, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 823 ss. punto 43).

momento particolare, occorre sempre ricordarlo, della storia europea). È noto, in quanto più volte rievocato dagli studiosi successivi, il monito dell'illustre giurista — in un'epoca nella quale gli studi civilistici erano ancora fortemente permeati dalla concezione nazionalistica e statualistica dell'ordinamento giuridico —, nel senso che “il diritto civile non è mai stato mancipio dello stato” e che, se la “vocazione” del diritto privato è (e non potrebbe che essere) quella di “realizzare certe esigenze di giustizia nei rapporti che si svolgono liberamente tra gli uomini: a tal fine non si richiede necessariamente l'intervento del potere pubblico” (14).

Al giurista di oggi, tuttavia, il diritto privato europeo e soprattutto le forme in cui esso va evolvendosi impongono di andare oltre la constatazione del carattere extrastatuale, in ragione della complessità del quadro di riferimento: uno scenario ove l'interesse dello studioso è attratto dall'intreccio tra i formanti dell'ordinamento, secondo la migliore tradizione degli studi comparatistici (15). Il diritto civile è dunque extrastatuale nella sua essenza, ossia quasi ontologicamente, ma la costruzione di un ordine, composto da norme, concetti e applicazioni concrete (da ricondurre a sistema mediante l'elaborazione delle categorie giuridiche), non può derivare, nel contesto europeo attuale, dalla spontaneità dell'accadere, richiedendo l'opera combinata di legislatori e di giuristi — come si diceva in apertura — nella ricerca di una saldatura, per così dire, tra il momento politico-istituzionale e quello del pensiero, cui spetta il compito di svolgere la già ricordata funzione ordinante (16).

In tal senso, il processo in atto sta dimostrando la validità e l'attualità di un'altra convinzione — sia consentito il riferimento ancora ad un altro celebre lavoro di Filippo Vassalli, significativamente intitolato *Esame di coscienza di un giurista europeo* — intesa

(14) VASSALLI, *Extrastatualità del diritto civile*, in *Studi giuridici*, III, Milano, 1960, 753 s.

(15) SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, 39 *American Journal Comparative Law* (1991), 1, 343.

(16) L'ordinamento europeo si caratterizzerebbe, dunque, per la sua dimensione “duale” (nel senso che le parti e l'insieme sono complementari e che i singoli ordinamenti sono ormai impensabili come autonomi ed autosufficienti). Si veda il saggio di NICOLUSSI, *Europa e cosiddetta competizione tra ordinamenti giuridici*, in *Europa dir. priv.*, 2006, 84.

a dimostrare che l'elemento decisivo e dunque trainante del processo in atto è "l'opera lenta e sottile che compiono i giuristi: è la dottrina giuridica che, lavorando nei diversi paesi pur su testi di leggi diverse, attua un lavoro quotidiano di ravvicinamento, da cui l'unificazione, dove è possibile e desiderabile sarà raccolta come un frutto maturo" (17).

2. *Il senso di un nuovo "diritto privato europeo".*

La ricerca di una razionalizzazione del diritto dei contratti, quale nucleo essenziale — si diceva — del diritto privato, non può prescindere da alcune considerazioni sul concetto di « diritto privato europeo », che si pone in un certo senso 'a monte' della riflessione sul contratto e sulla disciplina degli affari, e che ha sempre manifestato, continuando tuttora a esprimere, una valenza molto ampia e complessa, se non altro nel confronto con la concezione tramandata di diritto privato (che si è soliti far risalire, com'è noto, alla definizione con cui Ulpiano tracciava la distinzione tra diritto privato e pubblico).

Non può meravigliare, in tal senso, che, nel tentativo pionieristico, seguendo il modello della tradizionale presentazione "istituzionale" del diritto privato, di proporre una sorta di riordino concettuale del nuovo diritto di matrice comunitaria — si noti come, proprio in ossequio al progetto ricostruttivo, la definizione prescelta

(17) VASSALLI, *Esame di coscienza di un giurista europeo*, in *Studi giuridici*, cit., 765, 772. Può essere interessante confrontare il discorso di Vassalli con l'altrettanto raffinata riflessione, di taglio schiettamente comparatistico, sulle modalità di "unificare" di SACCO, *I problemi dell'unificazione del diritto in Europa*, in *Nuova rivista di diritto commerciale, diritto dell'economia, diritto sociale*, 1953, II, 49 ss. che per l'immutata attualità, è stata ripubblicata in *Contratti*, 1995, fasc. 1, 73; dell'illustre Maestro appena menzionato, referente imprescindibile della comparazione italiana, si veda da ultimo *Il pensiero sapiente, il tentativo di successo (storia di un'idea)*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, II, 675, di cui conviene riportare un significativo passaggio, essenziale nel discorso metodologico: « non sarebbe meglio unificare il sapere, trasmettere un discorso (comparativo e cioè) multiplo, assistito dall'informazione sul diritto applicato che già ora è uniforme? Insegnamo le regole operative — prosegue Sacco — (...) poi codificheremo. Come sarà facile codificare, dopo che l'insegnamento avrà levigato le asperità dei concetti nazionali e delle declamazioni codicistiche! » (p. 680). Si ritornerà sul tema nella parte finale di questa riflessione, con riferimento agli sforzi compiuti dalla dottrina per razionalizzare, secondo la logica genericamente "codicistica", il diritto europeo dei contratti (*infra*, n. 5).

fosse senza mezzi termini: “diritto privato europeo” — si sottolineasse l’ambiguità della stessa espressione adottata, aperta perciò a diverse possibili letture, in chiave tanto “statualistica” (ove non ci si sentisse pronti ad abbandonare la logica ‘pura’ del diritto statale, rispetto al quale la concorrenza della norma comunitaria avrebbe rappresentato l’autolimitazione della sovranità, costituzionalmente legittima per l’adempimento degli obblighi assunti dallo Stato nazionale membro della Comunità), quanto “internazionalistica” (ove invece l’enfasi fosse stata posta sull’autonomia del nuovo sistema di norme, che dal “centro comunitario” si sarebbero irradiate nella pluralità degli ordinamenti nazionali in virtù degli accordi originariamente assunti mediante il Trattato istitutivo della Comunità). Senza dire di quell’accezione che vorrebbe vedere, nel “diritto privato europeo”, il risultato di un processo di unificazione legislativa “una progressiva omologazione secondo parametri e schemi concettuali uniformi” (18).

La pluralità dei possibili significati del concetto in esame potrebbe complicarsi ulteriormente nel momento in cui si introduce la distinzione tra un’accezione “debole” e una “forte” dell’aggettivo “europeo” (come qualificazione in termini geo-politici dell’espressione diritto privato): la prima intesa a definire (soltanto) un dato ambito geografico di espansione di regole e principi di nuovo conio, la seconda connessa invece all’azione della Comunità (e ora dell’Unione europea), in modo da attingere la dimensione costituzionale dei diritti, in termini di tutela sostanziale e processuale, ponendo sul tappeto la non semplice problematica della “cittadinanza europea” (19).

Se dalla prospettiva del civilista, precipuamente impegnato

(18) LIPARI, *Diritto privato e diritto privato europeo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, 7 s.; si veda altresì dello stesso A., *Introduzione*, in *Trattato di diritto privato europeo*, I, Padova, 2003 (ma già nella prima edizione dell’opera, *Diritto privato europeo*, I, Padova, 1997); più di recente, ID., *Diritto comunitario e ordinamenti nazionali: verso un diritto privato comune (In ricordo di Alberto Trabucchi)*, in *La formazione del diritto europeo*, *Quaderni della Rivista di diritto civile*, Padova, 2008, 95, spec. 102 ss., ove il nodo essenziale è indicato nella “revisione delle nostre categorie concettuali (anche quelle di più radicata tradizione) alla luce della nuova realtà europea”.

(19) ALPA, *Problemi e prospettive del « diritto privato europeo »*, in *Diritto privato europeo. Fonti ed effetti*, a cura di Alpa e Danovi, Milano, 2004, 9.

nell'analisi del diritto vigente, si passa poi all'approccio dello studioso seguace del metodo storico-comparativo, l'interesse s'incentra sui diversi "modi di percepire" il diritto privato europeo, riconducibili sostanzialmente ai tre approcci, evidenziati da un'attenta dottrina comparatistica: il primo, definibile come esegetico-normativista, che considera il diritto privato europeo come complesso di norme prodotte dagli organi comunitari nei settori dei rapporti giuridici di diritto privato, alla stregua di "un mosaico di interventi di armonizzazione" che si presenta "nella forma di un tessuto a macchie di leopardo"; un secondo, definito "*policy oriented*", ben consapevole del fatto che le iniziative europee di armonizzazione nel campo del diritto dell'economia "hanno un impatto profondo sulle strutture del governo delle relazioni economiche e sociali", sicché la più significativa novità andrebbe colta nella modificazione della funzione attribuita al diritto privato nel contesto complessivo dell'ordinamento; un terzo modo di percepire lo sviluppo del diritto privato europeo farebbe capo, infine, direttamente alla prospettiva del giurista, con la constatazione che "le frontiere del dibattito giuridico europeo si muovono nell'ottica degli studi storici e comparatistici, emarginando sia le concettualizzazioni fuori moda sia le sempre risorgenti tentazioni esegetiche di testi positivi" (20).

Ed è ancora la prospettiva storico-comparativa a offrire ad un'altra autorevole voce della comparazione in Italia lo spunto per elaborare un'ulteriore tripartizione, che vale a confermare e far meglio comprendere la complessità del fenomeno di cui parliamo, in considerazione della molteplicità delle vesti — si direbbe, delle forme — con cui si presenta il « diritto privato europeo »: in primo luogo un diritto europeo "della storia e della comparazione, inteso come diritto esistente 'al di sotto degli Stati' (...), tanto generico nella sua definizione, quanto però concreto e persino ingombrante nelle sue sedimentazioni tradizionali al livello di cultura e di mentalità dei giuristi dei vari paesi"; ma lo sguardo rivolto al processo di integrazione ci mostra un diritto europeo, comunemente definito come "diritto comunitario" (anche ai fini della ripartizione delle materie per l'insegnamento universitario) inteso come diritto posto 'al di

(20) GAMBARO, "Jura et leges" *nel processo di edificazione*, cit., 995 s.

sopra degli Stati', secondo la percezione del fenomeno *lato sensu* internazionalistica cui si faceva prima riferimento, che evidenzia "un diritto sovrimposto, ma anche realizzato in 'collaborazione con gli Stati'; tanto imperativo nella forma quanto però elusivo e dispersivo, ovvero destinato ad essere recepito nella realtà dei singoli ordinamenti statuali", raffigurabile come una sorta di "composito mosaico di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamenti interni"; ma vi è infine, e si direbbe soprattutto ai fini della presente riflessione, il diritto europeo come fenomeno culturale dei nostri giorni "che si produce, per così dire, quotidianamente, nella pratica degli affari, nelle aule giudiziarie e in quelle universitarie (...), a prescindere da qualunque fonte autoritativa ufficiale (comunitaria, nazionale o locale) (...), come tale sussistente 'al di fuori degli Stati': tanto adattabile nelle sue utilizzazioni, quanto però libero nelle sue applicazioni" (21).

Appare perciò condivisibile, alla luce delle sintetiche considerazioni appena svolte, la sensazione espressa nella più recente manualistica italiana sul tema, nel senso che "del diritto europeo si può dire che c'è, anche se non è ancora certo ciò che esso sia", potendosi soltanto individuare "livelli ed elementi diversi del discorso giuridico, in delle fonti in senso tradizionale, della giurisprudenza comunitaria e di quella degli Stati membri, della scienza giuridica e più in generale della cultura giuridica" (22). Una diversità e articolazione che, sempre nel pensiero dello studioso appena ricordato, evoca la distinzione kantiana tra il "molteplice empirico" e il "semplice trascendentale", con "i diritti degli ordinamenti nazionali europei, che nella loro storica divisione fanno pensare alla separazione e alla diversità, le quali sono categorie della individualità irriducibile", cui fa riscontro "l'idea di diritto nella materia dei rapporti privati nella quale tale molteplicità si ricompone e in questo si unisce" (23). Al di là dei fondamenti unitari consegnati al giurista di oggi da una realtà storica che vede l'evoluzione del pensiero giuridico in Europa caratterizzata da continui e innegabili fenomeni di recezione e

(21) MOCCIA, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, 2005, 992 s.

(22) CASTRONOVO e MAZZAMUTO, *L'idea*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di Castronovo e Mazzamuto, I, Milano, 2007, 3 s.

(23) CASTRONOVO e MAZZAMUTO, *L'idea*, cit., 17 s.

contaminazione — talvolta più evidenti e persino ufficializzati, altre volte meno vistosi o sotterranei —, il dato più significativo della scienza giuridica attuale è di tipo teleologico, sicché “l’unità del pensato che consegue all’unità del pensante” (se si vuole ragionare sempre in termini kantiani, secondo la prospettazione di Mazzamuto) si manifesta in un progetto, ossia un’unità da realizzare secondo obiettivi e modalità in continua elaborazione: un cantiere, se si passa l’espressione, sempre aperto e sempre più attivo, in cui la molteplicità e le diversità producono “incontri e scontri”, costituenti, allo stesso tempo e nella piena consapevolezza di quanti sono impegnati nell’edificazione del nuovo sistema, un ostacolo da superare ma anche una ricchezza da preservare.

La rapida panoramica sui diversi modi di accostarsi al diritto privato europeo non potrebbe trascurare un’opzione metodologica che si distingue dalle altre per il tentativo di ricondurre qualsiasi idealismo alla cruda realtà, con evidenti venature di scetticismo su qualsiasi ipotesi ‘continuistica’, per così dire, nella riconduzione dell’attuale vicenda alla storia del diritto comune europeo, così come alle vicende delle codificazioni ottocentesche. La tesi muove infatti da un dato di fondo, concernente le caratteristiche del diritto europeo, così diverso nel suo realizzarsi in una “artificialità”, che viene definita “a-storica” (benché l’illustre studioso riconosca che la vicenda si svolge “nella storia” e “dentro di essa” è comprensibile), rispetto agli ordinamenti giuridici nazionali, come “diritti di un luogo e di un tempo”, mentre oggi la formazione del diritto seguirebbe gli interessi e gli scopi della tecno-economia (24). Alla domanda su quale dovrebbe essere l’approccio dell’interprete di fronte al diritto privato europeo, si risponde così richiamando il “metodo letterale”, il più elementare e si direbbe istintivo per il giurista, in considerazione del fatto che il diritto europeo, in quanto artificiale e ‘costruito’ dalla burocrazia comunitaria, imporrebbe di “ricominciare da capo”, convincendosi che l’approccio metodologico deve essere quello “non già di un diritto europeo sovrastante ai diritti nazionali, ma di diritti nazionali resi uni-formi, e dunque accoglienti, nella loro storicità, le

(24) IRTI, *Il metodo*, in *Manuale di diritto privato europeo*, I, cit., 59.

norme artificiali della tecno-economia” (sempre nell’espressione dello studioso appena richiamato).

3. *Il formante legislativo e la logica settoriale della normativa europea sui contratti.*

Chiariti i termini del dibattito sul senso di un (autenticamente) nuovo “diritto privato”, quale emerge dal laboratorio normativo e ordinamentale dell’Unione europea, non v’è dubbio che il discorso svolto inizialmente, in astratto concernente qualsiasi ambito del diritto privato, trova il suo punto di osservazione privilegiato nella disciplina dei contratti, in particolare ove si consideri il particolare interesse dei giuristi per la ricerca di una nuova “parte generale” del contratto ⁽²⁵⁾. Una disciplina, quest’ultima, che non può non essere

⁽²⁵⁾ Si pone, dunque, l’esigenza di comprendere il rapporto delle nuove regole con la disciplina generale del codice civile, se cioè tale relazione continui a mantenersi nel solco della tradizionale contrapposizione *lex specialis/lex generalis*, ovvero se le norme di settore di provenienza comunitaria siano dotate di un grado di specificità tale da svincolarle dal sistema del codice per divenire esse stesse un sistema, come tale armonico, completo e dotato di suoi propri principi generali (LIBERTINI, *Alla ricerca del « diritto privato generale » (appunti per una discussione)*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 544; in argomento, si veda anche Castronovo, *Diritto privato generale e diritti secondi — La ripresa di un tema*, in *Europa dir. privato*, 2006, 397; nella prospettiva del diritto commerciale: PORTALE, *Il diritto commerciale italiano alle soglie del XXI secolo [Lectio doctoralis]* presso l’Università di Heidelberg], in *Jus*, 2008, 30). Il presupposto da cui muovere è relativo alla consistenza da assegnare al ruolo svolto dal codice civile, dopo la cosiddetta “età della decodificazione” (in argomento, ci si permette di rinviare ai temi trattati nel volume MACARIO e LOBUONO, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi*, cit., specialmente nei capitoli VII, VIII e IX, rispettivamente in tema di: decodificazione, cinquant’anni di codice civile e diritto privato europeo). Si ricorderà che al rapporto tra parte generale e parte speciale del contratto, nella prospettiva del diritto europeo, è stato dedicato un incontro di studi a Pisa 25, 26 maggio 2007, i cui atti sono raccolti nel volume (a cura di Emanuela Navarretta), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2008 (dovendosi ivi segnalare in particolare i contributi di: LIPARI, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, spec. pag. 10, anche in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, spec. 4; BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, 31, anche in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, 347); sulla stessa linea interpretativa, cfr. GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto. Contributo per una ricostruzione sistematica*, Torino, 2005, 258; LUCCHINI GUASTALLA, *Sul rapporto tra parte generale e parte speciale della disciplina del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 379 e 821; in

costruita razionalmente, in sintonia con il sistema del diritto privato nel suo complesso (alla luce, tuttavia, dei nuovi scenari e delle relative ricostruzioni, cui s'è fatto appena riferimento), contribuendo a conferire allo stesso sistema — ma anche ricevendone, reciprocamente — la “forma” che comunemente si identifica con la cornice normativa del diritto degli affari.

Nodo problematico tra i più complessi della tradizione giuridica europea e, in particolare, della storia del pensiero civilistico, la razionalizzazione del diritto dei contratti presenta notevoli peculiarità e presuppone nuove prospettive metodologiche, dal momento che siamo in presenza di un “sistema mobile” — riprendendo il riferimento al *bewegliches System* della dottrina tedesca della prima metà del Novecento — che da decenni ormai non riesce più a identificarsi in quello tratteggiato, con una sostanziale omogeneità di fondo, nelle grandi codificazioni di stampo ottocentesco: la realizzazione di una sorte di *allgemeiner Teil*, seppure limitata al diritto dei contratti, costituisce un'autentica sfida nell'attuale scenario europeo.

Le peculiarità e le conseguenti opzioni metodologiche sono riconducibili, in primo luogo, al formante legislativo, ossia alla direttiva, strumento normativo senza precedenti nella storia, cui sono affidate le sorti dell'armonizzazione, quale espressione della “forma legislativa” per eccellenza del diritto europeo (non soltanto, s'intende, in ambito privatistico). Essa non soltanto ha conquistato rapidamente il riconoscimento di fonte del diritto a tutti gli effetti (anche nella giurisprudenza nazionale), ma ha anche contribuito alla rivoluzione avvenuta nel sistema fondato su un ordine delle fonti del diritto civile retto dal criterio (semplice ma anche semplicistico) della gerarchia precostituita ⁽²⁶⁾.

Potrebbe effettivamente stupire — almeno chi non abbia seguito passo per passo il processo di armonizzazione —, più che il

argomento, v. anche S. PATTI, *Parte generale del contratto e norme di settore nelle codificazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 735.

⁽²⁶⁾ In argomento, si veda l'approfondita analisi di SCANNICCHIO, *Il diritto privato europeo nel sistema delle fonti*, in *Trattato di diritto privato europeo*, diretto da Lipari, cit., I, 29, spec. 79 ss. e, più di recente, la ricostruzione dello stesso LIPARI, *Le fonti del diritto civile*, in *Trattato di diritto civile*, cit., 82 ss.

numero in se stesso delle direttive, la crescente intensità della produzione legislativa nell'ultimo ventennio e l'espansione ad ambiti diversi rispetto al solo "diritto degli affari" (un dato che va letto come consapevole e anzi deliberata accelerazione del processo) (27). La disciplina dei contratti, che procede soprattutto attraverso la tutela del consumatore, mostra, nei numerosi interventi settoriali, il reiterarsi di alcune costanti: a cominciare dalla stessa definizione di consumatore, per continuare poi con prescrizioni condizionanti la validità (tanto sul piano formale, quanto su quello contenutistico e sostanziale), nelle tipologie contrattuali di volta in volta regolate, alla stregua della funzione svolta dal contratto (o dai contratti, qualora siano più d'uno a concorrere a un determinato risultato, da cui la definizione spuria, ma di comune utilizzazione, di "operazione economica") e dunque al di là del modello codicistico che vede i singoli contratti ordinati per "tipi" (ed eventualmente "sottotipi"). Le costanti permettono di individuare un "nuovo paradigma" del contratto, caratterizzato dall'asimmetria di potere negoziale, a sua volta derivante dalla carenza informativa del soggetto ritenuto dal legislatore strutturalmente più debole, come nel caso del consumatore (28).

Ciò avviene, s'è detto, mediante discipline specifiche e settoriali, del tutto svincolate dalle classificazioni tradizionali, di norma affidate ai cataloghi codicistici dei "singoli contratti", sicché appare inevitabile, e persino scontata, la critica di una parte anche autorevole della dottrina rivolta alla frammentarietà e disorganicità dell'intervento legislativo comunitario (29). Ciò in considerazione delle lacune, dei possibili difetti di coordinamento tra le direttive, ma soprattutto dell'incapacità di superare la logica congiunturale dello specifico intervento, per collocarsi — come si richiederebbe a una legislazione destinata a incidere sul sistema complessivamente inteso

(27) ROPPO, *Sul diritto europeo dei contratti: per una visione non irenica, e non apologetica*, in *Politica dir.*, 2004, 30.

(28) ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. Priv.*, 2001, 769 (anche in *Il contratto del duemila*, Torino, 2002, 23 ss.).

(29) Può essere sufficiente ricordare i nomi di Luigi Mengoni e, in tempi più vicini, Enzo Roppo, quali esponenti di generazioni diverse di studiosi.

— a un livello più alto (e dunque più generale) del discorso giuridico, in primo luogo attraverso un'utilizzazione consapevole delle categorie giuridiche ⁽³⁰⁾.

Pressoché inevitabile, per la dottrina, è il problema del rapporto tra le norme di settore e la parte generale (del contratto) ⁽³¹⁾, posto che anche l'effetto dell'armonizzazione potrebbe apparire in un certo senso depotenziato dal carattere episodico della normativa. L'applicazione della nuova disciplina all'interno degli Stati deve infatti fare i conti con sistemi unitari, nella tradizione europea continentale condensati nei codici, i quali erano per lo più concepiti — al contrario di quanto accade nella normativa comunitaria — sul presupposto del previo consolidamento delle categorie giuridiche in sede di analisi dogmatica. Nell'età della codificazione, in altri termini, il legislatore conferiva forma ed autorità al « frutto maturo » del pensiero dei giuristi, per riprendere l'espressione di Vassalli relativamente all'unificazione.

Il giurista, insomma, non può sentirsi appagato dalla scontata risposta proveniente dalla logica meramente politico-economica sottesa alla legislazione settoriale mediante direttive. Queste ultime rispondono, infatti, all'esigenza di disciplinare quell'area in cui diritto comunitario (riconducibile alle libertà fondamentali come capisaldi giuridici dell'originario accordo tra gli Stati membri, in primo luogo la disciplina della concorrenza e dell'attività d'impresa per quel che concerne più da vicino la materia del contratto) e diritti nazionali (storicamente, invece, espressione della logica, o — se si preferisce — del mito, del già ricordato soggetto unico e astratto, con il conseguente “diritto soggettivo” quale struttura portante della codificazione) non possono non interagire: è l'ampio ambito in cui si realizzano i cosiddetti “fallimenti del mercato”.

A ciò si aggiunge la limitazione operante sul piano più pro-

⁽³⁰⁾ ROPPO, *Sul diritto europeo dei contratti*, cit., 30 s.

⁽³¹⁾ A parte il già menzionato convegno pisano del 2007, i cui atti si leggono nel volume AA.VV., *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, a cura di E. Navarretta, cit., alla riflessione storico-civilistica sulla “parte generale del contratto” era stato dedicato l'incontro di studi a Foggia (nel 2003), i cui atti sono pubblicati nel volume *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, a cura di F. Macario e M. N. Miletti, Milano, 2006.

priamente giuridico della competenza a legiferare — sempre ragionando sui fondamenti originari degli accordi istitutivi della Comunità europea (dunque in termini, se si può definirli così, costituzionali) — disposta nel rispetto dell'autonomia e delle tradizioni giuridiche degli ordinamenti nazionali; limitazione che attiene al carattere “minimo” dell'intervento comunitario (alla stregua del fondamentale principio di sussidiarietà) ⁽³²⁾.

I paradigmi noti servono a inquadrare ciò che ancora non si conosce, ma non sempre — lo si apprende dalle scienze naturali, ma anche da quelle sociali — la classificazione è possibile, sicché occorre costruirne (a volte inventarne) di nuovi ⁽³³⁾. L'ipotesi di lavoro sembra applicabile alla disorganicità degli interventi legislativi realizzati mediante direttive; una disorganicità che potrebbe, in ipotesi, evocare un raffronto con il fenomeno della “decodificazione”, di cui si discorreva nella cultura giuridica civilistica italiana degli anni Ottanta ⁽³⁴⁾.

La presunta simmetria, tuttavia, non convince. Il carattere esclusivamente ‘interno’ all'ordinamento nazionale di una legislazione “speciale” determinata dalla rigidità di una codificazione custode di determinati principi e valori, e di conseguenza dall'esigenza del suo superamento a favore del pluralismo (spesso incentivato, almeno nell'Europa del dopoguerra, dalle Costituzioni), rende, infatti, ri-

⁽³²⁾ GRUNDMANN, *La struttura del diritto europeo dei contratti*, cit., 381.

⁽³³⁾ Verrebbe da pensare a uno di quei momenti in cui la “scienza normale” si scontra con le anomalie capaci di mettere in dubbio tecniche e credenze consolidate con il paradigma, aprendo — secondo la nota teorizzazione di Thomas Kuhn — la crisi del paradigma stesso, destinata a esitare nella creazione di nuovi paradigmi. Se valesse anche per noi l'ipotesi di lavoro del filosofo e storico della scienza, dovremmo immaginare di trovarci nella fase — la numero cinque nella prospettazione di Kuhn — di “scienza straordinaria”, caratterizzata dal dibattito, all'interno della comunità scientifica su quali dei nuovi possibili paradigmi accettare (KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, Einaudi, 1979). La sensazione, sempre più diffusa, è di trovarsi al cospetto di quello che il filosofo definisce in termini di “*paradigm shift*”, slittamento (o anche mutamento) dei paradigmi epistemologici, che chiamano in causa direttamente i “tradizionali modelli culturali dei giuristi, incidendo dall'interno sulla struttura dei loro procedimenti ricostruttivi” (così LIPARI, *Introduzione*, in *Trattato di diritto privato europeo*, I, cit.).

⁽³⁴⁾ In argomento, S. PATTI, *Diritto privato e codificazioni europee*, 2ª ed., Milano, 2007, 13 ss.

duttivo liquidare la riflessione sull'armonizzazione con il riferimento alla (ipotetica nuova forma di) decodificazione. Il discorso, e soprattutto l'obiettivo europeo, non era (e non è tuttora) quello di superare le eventuali strettoie del codice civile. Un codice peraltro — nello specifico caso italiano — uscito indenne, e per certi versi rivalutato, dall'esame critico cui veniva sottoposto in occasione del suo cinquantenario (nel 1992, ossia proprio nel periodo in cui si iniziava a discutere del nuovo fenomeno del “diritto privato europeo”) (35), riconoscendosene la perdurante rilevanza e centralità nel sistema, in virtù del notevole livello tecnico dei suoi redattori, ma anche della modernità delle loro scelte.

Rispetto alla semplificante logica binaria “generale-speciale” (a sua volta, riconducibile al rapporto, prettamente giuridico, “regola-eccezione” o, se si preferisce “principio-deroga”), con la quale può leggersi la vicenda delle leggi speciali protagoniste della decodificazione, la legislazione europea si presenta in effetti con prerogative e finalità ben più impegnative e complesse, nel momento in cui nasce da (e in seno a) un ordinamento — s'è detto, ma giova ribadirlo, con il *placet* più che convinto della Corte di giustizia sin dai suoi primi passi — diverso e autonomo rispetto a quelli nazionali (36). Poiché sono questi ultimi i luoghi in cui approda la normativa comunitaria, quel che risulta è una forma di contemporanea evoluzione, tanto dell'ordinamento di provenienza quanto di quello nazionale, nella direzione di una sostanziale unità ordinamentale (che, allo stato, potrebbe essere considerata, se non altro, in termini di obiettivo da raggiungere).

Si è ampiamente constatato, negli ultimi decenni, che gli effetti della legislazione europea sui sistemi giuridici interni agli Stati sono di diversa natura e hanno impegnato il giurista su più fronti, tanto

(35) Ci si permette di rinviare, per una sintesi (in forma antologica) delle diverse voci partecipanti al vivace dibattito, a MACARIO e LOBUONO, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi*, cit., cap. VIII.

(36) TROCKER, *La formazione del diritto processuale europeo*, Torino, 2011. L'attitudine della Corte di giustizia ad assolvere il ruolo di decisore politico, e pertanto non solo giudiziario, è già stato colta da chi ha considerato lo spostamento del potere decisionale in termini di « *transfer of decision-making rights from the legislature, the cabinet, or the civil service to the courts* »: RASMUSSEN, *On law and policy in the European Court of Justice: a comparative study in judicial policymaking*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986, 9.

quello ermeneutico in senso stretto, quanto quello legislativo. Un paio di esempi potranno chiarire il senso del discorso. Innanzitutto, uno dei riflessi più significativi della nuova normativa sul piano pratico è dato dalla coesistenza di regole diverse per la soluzione del medesimo problema giuridico; una sorta di concorso di fonti, idoneo a provocare situazioni apparentemente paradossali, come nel caso della disciplina introdotta dalla direttiva n. 44 del 1999, concernente le garanzie nella vendita di beni di consumo. Posto che il contratto di compravendita è comunemente considerato il prototipo fondamentale del contratto *tout court*, rappresentando emblematicamente la logica dello scambio nel segno della corrispettività, l'effetto pratico prodottosi con l'attuazione di tale direttiva — all'apparenza addirittura in contrasto con l'obiettivo dell'armonizzazione nella prospettiva della semplificazione e uniformazione — è stato quello di un'ulteriore frantumazione nella disciplina in tema di vendita. Tutto ciò, non soltanto comparando le soluzioni adottate dai diversi Stati in sede di attuazione della direttiva, ma anche considerando i regimi della vendita all'interno di ciascun ordinamento nazionale (nell'esperienza italiana, ad esempio, si contano almeno quattro discipline diverse in tema di garanzie nella vendita, a seconda della tipologia del bene ovvero del contesto, lasciando da parte la normativa generale sull'inadempimento delle obbligazioni e sulla risoluzione del contratto per inadempimento) (37).

(37) In concreto, completando l'esemplificazione, vi sono: 1) in primo luogo, le norme che, senza alcuna distinzione tipologica e/o di contesto contrattuale, disciplinano la vendita in generale con riferimento a vizi e mancanza di qualità promesse o essenziali (di cui agli artt. 1490 ss. c.c.); 2) la disciplina, sempre codicistica, ma specificamente destinata ai "beni mobili" (in genere, ossia senza distinzioni, come sempre nella logica astratta del codice), per i quali è prevista *ex lege* anche una garanzia di buon funzionamento (di cui agli artt. 1519 ss. c.c.); 3) la normativa proveniente dal diritto europeo, ossia introdotta a seguito dell'attuazione della direttiva in tema di difetto di conformità a tutela dei consumatori e dunque relativa ai soli "beni di consumo"; 4) le regole, infine, previste dalla Convenzione di Vienna per la "vendita internazionale" di beni mobili. Il passaggio dalla vendita, quale "tipo" contrattuale astratto e utilizzabile in tutti i contesti dello scambio di cosa contro prezzo, alle "vendite", caratterizzate dallo specifico ambito socio-economico in cui lo scambio si realizza, emerge nelle riflessioni di un'autorevole dottrina: « il *civis* e l'*homo oeconomicus* (...) debbono convivere nella medesima persona: in fondo, anche il *civis* che debba acquistare oggi un appartamento non si troverà sempre di fronte un altro proprietario che intende liberarsi del suo bene, ma contratterà il più delle

Il quadro appare ancor più complesso con riferimento al secondo punto, relativo alla dimensione legislativa, considerando che ciascuno Stato membro ha proceduto ad una propria ‘personalizzata’ attuazione della disciplina europea. Diversamente che in Italia, ove la disciplina è stata dapprima inserita nel codice civile, per poi trovare collocazione nell’apposito “Codice del consumo” — si noti: ancora una volta, nella storia del diritto civile, ispirato al più sofisticato e comunque già collaudato modello francese del *Code de la consommation* —, in Germania si è preferito cogliere l’occasione dell’attuazione di una direttiva di sicuro rilievo, inevitabilmente destinata a incidere su uno dei temi cruciali del diritto contrattuale (attinente alle garanzie e all’inadempimento), per varare un’ampia riforma del diritto delle obbligazioni e dei contratti, nella quale è inserita anche la novellazione codicistica delle garanzie nella vendita, ma che va ben al di là di questa materia e di quella, più generale, della tutela del consumatore.

Il risultato è quello di una vera e propria “modernizzazione” complessiva e articolata dello *Schuldrecht* contenuto nel BGB, espressivo della razionalità pandettistica ma rimasto intatto per un secolo; una *Schuldrechtsmodernisierung* entrata in vigore nel 2002 ⁽³⁸⁾, che dimostra come all’intensificazione del processo di formazione del diritto europeo per via legislativa non siano insensibili neanche le grandi codificazioni nazionali, pur così intrise di tradizione dogmatica ed

volte con un imprenditore edile, o un costruttore, che dir si voglia, il quale gli sottoporrà il medesimo modello contrattuale che avrà sottoposto a decine di altri acquirenti prima di lui (...). Si potrà dire, cioè, che il contratto acquisitivo della proprietà immobiliare, vecchio carattere fondante del diritto civile del codice civile del 1865 sia ancora “un negozio dal volto personale e concreto” o, meramente mutuando la terminologia di reputato autore, non dovrà concludersi che “anch’esso assume un’anonima oggettività? ». Così BUONOCORE, *Presentazione del trattato*, in *Trattato di dir. comm.*, 2001, 26-27. Si coglie con chiarezza il passaggio dal contratto immobiliare fortemente connotato dagli aspetti personalistici, dalle trattative individuali e dalla negoziazione delle singole clausole, dalla non aprioristica individuazione della parte che gode di maggior potere contrattuale (che dipenderà solo dal caso concreto), ad un contratto “spersonalizzato”, dal contenuto rigido e predefinito, elaborato unilateralmente dal venditore (secondo la nota presentazione di Natalino Irti degli “scambi senza accordo”, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, 347).

⁽³⁸⁾ Tra i tanti contributi, si può consultare il lavoro AA.Vv., *La riforma del codice civile tedesco. Una riflessione di giuristi tedeschi ed italiani sul nuovo volto dello Schuldrecht*, in *Contr. impresa/Europa*, 2004, 632 ss.

emblematicamente assurte a simbolo di un diritto percepito da intere generazioni di giuristi come immutabile. Tutto ciò nel segno di un'inattesa osmosi tra diritto europeo di fonte legislativa e sistema del diritto privato affidato al collaudato, solido, rassicurante impianto codicistico, i cui effetti sono tutti da esaminare e valutare.

La cronaca, prima di qualsiasi valutazione 'storica' sulla scelta tedesca, registra intanto che l'esempio del BGB 'modernizzato' non è rimasto isolato. Il percorso compiutosi in Germania circa un decennio fa, in altri Paesi (come ad esempio, Francia e Spagna) è *in itinere*, con un'animata discussione, a livello non soltanto dottorale e scientifico, sui progetti (in Francia se ne contano almeno tre) per la ri-codificazione del diritto dei contratti, che tenga conto tanto delle novità introdotte dalla normativa di derivazione europea, quanto del dibattito sul più desiderabile assetto del diritto europeo in materia. In Italia, invece, la dissociazione, se non proprio la divergenza, nell'operare dei formanti — per usare un'espressione ricorrente nel discorso metodologico sul diritto comparato — appare con maggiore nettezza, posto che al dibattito in sede dottrinale, che ha finito per coinvolgere anche la giurisprudenza (come si avrà modo di osservare di qui a breve), non ha fatto riscontro alcuna iniziativa di rilievo in sede politico-istituzionale, ancorché non siano mancate negli ultimi anni riforme legislative importanti, ossia direttamente incidenti sul sistema del diritto privato.

4. *Il formante giudiziale e la giurisprudenza della Corte di giustizia quale fattore di effettività dell'armonizzazione.*

Se il formante legislativo è quello che ha fornito maggiori spunti, se non altro sul piano quantitativo, al dibattito sul nuovo diritto europeo dei contratti, diverse ragioni inducono a ritenere che il vero motore dell'armonizzazione sia rinvenibile nella dimensione giurisprudenziale o più correttamente giurisdizionale, anch'essa dotata di assoluta originalità rispetto al passato, con riferimento tanto alla Corte di giustizia quanto alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Volendo concentrare la riflessione sulla prima, occorre riconoscere il merito della Corte di giustizia di Lussemburgo nell'opera di consolidamento dell'autonomia dell'ordinamento comunitario e nell'affermazione, sempre più decisa e consapevole, della sua pre-

valenza sugli ordinamenti nazionali (sin dai primi anni Sessanta), in un dibattito che ha registrato significativi momenti di attrito con i massimi organi giurisdizionali interni (nell'esempio italiano, è noto l'iniziale conflitto con l'atteggiamento di chiusura della Corte costituzionale, in ordine alla valenza delle fonti comunitarie) ⁽³⁹⁾.

Può altresì ascrivere ai meriti della Corte di Lussemburgo l'aver chiarito i dubbi interpretativi sulle disposizioni delle direttive, contribuendo in tal modo alla costruzione di un "diritto vivente europeo" ⁽⁴⁰⁾, prodromico alla revisione delle tradizionali categorie civilistiche, da filtrare ora attraverso la normativa proveniente da Bruxelles e la giurisprudenza della Corte di giustizia, sempre nella prospettiva — che si ritrova ben espressa dalla stessa Corte nelle sue decisioni più importanti — della maggiore tutela dei diritti dei singoli grazie all'applicazione dei princîpi di cui è depositaria la cultura giuridica europea ⁽⁴¹⁾.

Che ciò non sia soltanto retorica motivazionale di sentenze destinate a girare per l'Europa affiancate, in un certo senso, dalle strettoie delle categorie frutto delle culture giuridiche nazionali, lo si verifica in ambito contrattuale, con un'inattesa proliferazione di decisioni della Corte che, a completamento dell'opera del legislatore

⁽³⁹⁾ Il principio di preminenza del diritto europeo su quello interno consente alla Corte di giustizia di sottoporre le norme nazionali ad una sorta di vaglio di legittimità non dissimile da quello operato dalle Corti costituzionali degli Stati membri; in questo senso si è parlato di « uso alternativo della competenza pregiudiziale » (così TIZZANO, *Qualche riflessione sul contributo della Corte di giustizia allo sviluppo del sistema comunitario*, in *Dir. Unione eur.*, 2009, 147 ss.).

⁽⁴⁰⁾ ROPPO, *Sul diritto europeo dei contratti*, cit., 42.

⁽⁴¹⁾ Per tutti, si vedano le pagine di uno dei "padri fondatori" tra gli studiosi italiani, come TRABUCCHI, *Il codice civile di fronte alla normativa comunitaria*, nel convegno dell'Accademia Nazionale dei Lincei, i cui atti si leggono nel volume *Il Codice Civile. Convegno del cinquantenario dedicato a Francesco Santoro-Passarelli*, Roma, 1994, 105 s. L'Autore fa riferimento alla nota sentenza, all'epoca una significativa novità rispetto al panorama nazionale, "Francovich" (Corte giust., 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich* et al. c. *Repubblica italiana*, in *Raccolta* 1991, I-05357) che condannava lo Stato italiano a risarcire il danno sofferto dai lavoratori subordinati per la mancata attuazione di una direttiva comunitaria, e all'altro caso noto "Marleasing" (Corte giust., 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing SA c. Comercial internacional de alimentacion*, in *Raccolta*, 1990, I-04135), ove si affermava la nullità di un contratto di società soggetto alla legge nazionale spagnola, benché quest'ultima non prevedesse tra le cause invalidanti del contratto il vizio in esame.

re, ha fornito la “interpretazione europea” di norme considerate caratterizzanti (dunque, fondamentali), non soltanto per la regolamentazione del mercato nel suo insieme ⁽⁴²⁾, ma anche per il sistema del diritto contrattuale, come ad esempio nel caso delle disposizioni sulla nullità, tanto relativamente alla disciplina sostanziale, quanto in ordine all’azione per farla valere ⁽⁴³⁾. La ri-definizione della catego-

(42) Fra le tante “regole giurisprudenziali” enunciate dalla Corte, possono ricordarsi la nota e onnicomprensiva « formula Dassonville » (Corte giust. 11 luglio 1974, causa 8/74, in *Foro it.*, 1975, IV, 15: « Ogni normativa commerciale degli Stati membri che possa ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari, va considerata come una misura di effetto equivalente a restrizioni quantitative all’importazione »), ma anche il *decisum* dell’altrettanto celebre sentenza Cassis de Dijon (Corte giust. 20 febbraio 1979, causa 120/78, *id.*, 1981, IV, 290, che ammette una normativa nazionale restrittiva, purché non discriminatoria, a salvaguardia di preminenti interessi generali), il cui obiettivo era di evitare qualsiasi effetto di tipo protezionistico, considerando peraltro che il carattere discriminatorio costituisce elemento strutturale dell’archetipo di misura messa al bando, pur quando l’effetto restrittivo alla libera circolazione delle merci sia, alla prova dei fatti, minimo (Corte giust. 7 aprile 1981, causa 132/80, *id.*, 1982, IV, 428).

(43) L’azione viene accordata relativamente al giudizio di abusività, limitato dapprima alle sole clausole derogatorie della giurisdizione (Corte giust. 27 giugno 2000, *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores*, nelle cause riunite da C-240/98 a 244/98, in *Foro it.*, 2000, IV, 413; per un commento italiano v. A. ORESTANO, *Rilevabilità d’ufficio della vessatorietà delle clausole nei contratti del consumatore*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, 1179; in Francia v. le osservazioni di LUBY, *Pouvoir du juge d’examiner d’office le caractère abusif d’une clause attributive de juridiction*, in *RTD Com.*, 2001, 291; e di RAYNARD, *Droit européen des contrats: le juge a le pouvoir de relever d’office le caractère abusif d’une clause du contrat*, in *RTD Civ.*, 2000, 939; di MESTRE e FAGES, *Deux renforts d’importance dans la lutte contre les clauses abusives*, in *RTD Civ.*, 2001, 878; e di CARBALLO FIDALGO e di PAISANT, in *JCP*, 2001, 1281; la sentenza enuncia per la prima volta il principio della rilevabilità *ex officio* dell’abusività di una clausola di deroga alla competenza giurisdizionale) e ampliato successivamente a tutte le ipotesi di nullità (Corte giust. 21 novembre 2002, *Cofidis*, C-473/00, in *JCP E A*, 2003, 279 con nota critica di FADLILAH e BAUDE-TEXIDOR, *La réglementation française ne peut empêcher le juge de relever d’office le caractère abusif des clauses qui lui sont soumises à l’expiration du délai de forclusion*, in *Dalloz*, 2002, 3339 con osservazioni di Avena-Robardet; *ivi*, 2003, 487 con nota fortemente critica di NOURISSAT, *Droit communautaire et forclusion biennale: l’étrange effet utile de l’esprit de la directive « clauses abusives »*, in *JCP G*, 2003, II, 10082, con nota adesiva di PAISANT; in *RTD Com.*, 2003, 410 con nota di LUBY; in *Contrats, conc. consom.*, 2003, comm. 31, con osservazioni di RAYMOND; VAN HUFFEL, MICHEL, *La condition procédurale des règles de protection des consommateurs: les enseignements des arrêts Océano, Heiningen et Cofidis de la Cour de justice*, in *Revue européenne droit consom-*

ria all'interno dell'ordinamento italiano, muovendo dalle numerose deroghe ai princîpi che si sono voluti consacrare nel codice civile, ha

mation, 2003, 79. Nella decisione da ultimo richiamata il giudice europeo aveva esteso il rilievo d'ufficio alle ipotesi di nullità di qualsiasi tipo di clausola, non solo quelle giurisdizionali) e infine, per estensione, a tutte le direttive consumeristiche (nella pronuncia "Rampion", avente ad oggetto l'adempimento di un contratto di credito al consumo, la corte aveva stabilito che il giudice può applicare le disposizioni che traspongono all'interno del proprio sistema nazionale la disciplina comunitaria delle condizioni alle quali il consumatore può procedere contro il creditore. Del pari, nella sentenza "Martin Martin", in tema di vendite porta a porta, la Corte ha stabilito che la mancata informazione del diritto di recesso può essere rilevata d'ufficio dichiarando conseguentemente la nullità dell'intero contratto anche se la nullità non sia stata fatta valere dinanzi ai giudici nazionali competenti). Il ruolo del giudice diviene ancora più attivo nella progressiva emancipazione dalla condotta delle parti, essendo autorizzato ad intervenire *motu proprio* sia nel caso il consumatore sia costituito (e, pur impugnando la decisione per lui negativa, non invochi la nullità della clausola: *Mostaza Claro* (26 ottobre 2006, C-168/05, in *Dalloz*, 2006, 2910, con nota di AVENA-ROBARDET, *ivi*, 3026, con nota di Clay, *ivi*, 2007, 2562, con osservazioni di D'AVOUT e BOLLÉE; in *RTD civ.*, 2007, 113 con nota di MESTRE e FAGES, e *ivi*, 633, con nota di THERY; RASCHEL, *Pouvoir de relever d'office la violation des dispositions du Code de la Consommation*, in *Procédures*, 2009, 84; v. anche il commento redazionale in 45 *Common Market LR*, 545 (2008); SCHEBESTA, *Does the National Court Know European Law? A Note on Ex Officio Application after Asturcom*, in 4 *Eur. Rev. Priv. Law.*, 2010, 847; REICH, *More Clarity after "Claro"?*, 3 *ERCL*, 2007, 41. Secondo alcuni la sentenza avrebbe avuto un'eco così ampia da influenzare i principi *Acquis* e quelli del DCFR: HOWELLS e SCHULZE, *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Munich, 2009, 22. La Corte, richiamandosi alle *public policy rules*, riconosce al giudice la facoltà di dichiarare l'annullamento del lodo per nullità della clausola compromissoria anche in sede di impugnazione, superando le decadenze di diritto interno (nel caso di specie, il consumatore soccombente aveva impugnato il lodo senza sollevare l'eccezione di nullità della clausola compromissoria) ossia che nel caso specifico si trattasse di una decisione passata in giudicato (Corte giust. 6 ottobre 2009, con C-40/08 *Asturcom Telecomunicaciones SL c/ Cristina Rodriguez Nogueira*, in *Dalloz*, 2009, 2548 e a 2959 con nota di Clay; *RTD civ.*, 2009, 684, con nota di REMY-CORLAV, *L'influence du droit communautaire sur l'office du juge*; EBERS, *From Océano to Asturcom: Mandatory Consumer Law, Ex Officio Application of European Union Law and Re Judicata*, in 4 *Europ. Review of Priv. Law*, 823 (2010); SCHEBESTA, *Does the National Court Know European Law? A Note on Ex Officio Application after Asturcom*, in 4 *Eur. Rev. Priv. Law.*, 2010, 847; dal punto di vista della qualificazione, va anche ricordato che in *Mostaza Claro* la Corte di giustizia, nell'enfatizzare il carattere imperativo delle norme della direttiva 93/13, aveva ommesso di indicare se la direttiva assurga a livello di *public policy*, circostanza successivamente chiarita nella sentenza *Asturcom*). Ma il passaggio fondamentale avviene quando il rilievo ufficioso, inizialmente concepito come facoltà, viene espressamente qualificato come obbligo (Corte giust. 4 giugno 2009, n C-243/08, *Pannon GSM. Zrt. c/ Erzsébet Sustikéné Györfi*, in *Dalloz*, 2009, 2312, con nota di POISSONNIER; e *ivi*, 2010, 169, con

impegnato la più giovane generazione di giuristi, nel proficuo confronto con studiosi delle generazioni precedenti ⁽⁴⁴⁾.

Il contributo più originale proveniente dalla Corte di giustizia è tuttavia relativo alla valorizzazione di nuove o, se non si teme l'enfatizzazione, nuovissime *rationes*. Fra queste spicca senz'altro quella della repressione delle condotte abusive tenute dai contraenti e, più in generale, della ricerca dei mezzi giuridici — in termini di “rimedi”, riecheggiando quello che ormai è linguaggio comune, vale a dire la terminologia anglosassone dei *remedies* — per assicurare la realizzazione del nuovo obiettivo di un'effettiva “giustizia contrattuale” ⁽⁴⁵⁾ (che il libero gioco del mercato non avrebbe potuto e non

osservazioni di FRICERO; in *RTD civ.*, 2009, 684 e nota REMY-CORLAY; in *RTD com.*, 2009, 794 con nota di LEGEAIS; 6 ottobre 2009, n. C-40/08 con commento redazionale in 47 *Common Market Law Rev.*, 2010, 879 e con il commento di ANCERY e WISSINK, in 2 *Eur. Business Law Rev.*, 2010, 307: nel pronunciarsi su una clausola attributiva della competenza giurisdizionale esclusiva ad un giudice diverso da quello del luogo in cui risiede il consumatore, la corte ha ammesso la natura obbligatoria del rilievo d'ufficio, con eliminazione delle incertezze legate alle valutazioni arbitrarie dei giudici), delineando dunque uno statuto generale del rilievo europeo d'ufficio, il quale copre non solo le eccezioni di rito, ma anche quelle di merito e può avvenire in qualsiasi stato e grado del procedimento, sottoposto solo ai due limiti della possibilità del consumatore di opporsi e della necessità del giudice di disporre degli elementi di fatto e di diritto necessari.

⁽⁴⁴⁾ I riferimenti sarebbero innumerevoli, sicché ci si limita a rinviare all'ampia e approfondita ricostruzione di DI MARZIO, *La nullità del contratto*, 2 ed., Padova, 2008; mentre, per un'analisi monografica della nullità derivante da illiceità del contratto, si veda dello stesso A., *Contratto illecito e disciplina del mercato*, Napoli, 2011, ove il filo conduttore è dato dall'intreccio tra la (insopprimibilità della) indagine dogmatica e i nuovi scenari normativi, che obbligano lo studioso a ripensare le categorie ordinanti, per renderle rispondenti alla nuova realtà disciplinare.

⁽⁴⁵⁾ Nella prospettiva in esame, e sempre in chiave comparativa, già da tempo aveva fatto notare il mutamento di rotta KÖTZ [e FLESSNER], *European Contract Law*, I, Oxford, 1997, 12: “[i]n modern welfare state freedom of contract should be replaced by ‘contractual justice’ (...) and the very concept of contract should be reformulated and turned into a legal relationship with obligations of cooperation, solidarity and fairness” (nell'edizione originale tedesca, *Europäisches Vertragsrecht*, I, Tübingen, 1996, 16); già in ZWEIGERT-KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, II, Tübingen, (nella traduzione italiana: *Introduzione al diritto comparato*, Milano, 1992, 10); e sempre nella prospettiva europea, si vedano: HESSELINK, *The Concept of Good Faith, in Towards a European Civil Code*, 3 ed., Kluwer, 2004, 471 ss.; Id., *The New European Legal Culture*, Kluwer, 2001 (anche in traduzione italiana, *La nuova cultura giuridica europea*, Napoli, 2005, curata da G. Resta, con prefazione dello stesso Resta con Zeno Zencovich), nonché, *The horizontal*

potrà mai, com'è ovvio, garantire), così sfatando una delle mitologie riconducibili alla filosofia ottocentesca francese, espressa nella formula secondo cui “*qui dit contractuel, dit juste*”.

L'evoluzione ‘combinata’ del diritto europeo fa così emergere una sorta di nuova macro-*ratio* in materia di contratti e rapporti commerciali più in generale ⁽⁴⁶⁾, che caratterizza la normativa, tanto di matrice europea ⁽⁴⁷⁾, quanto in ambito nazionale ⁽⁴⁸⁾. Ma se la repressione delle condotte abusive, in funzione di tutela del mercato concorrenziale, ispira numerosi interventi del legislatore di Bruxelles, quale *ratio legis* spesso dichiarata già nelle enunciazioni dei “considerando” che nelle direttive precedono la parte precettiva

effect of social rights in european contract law, in *Europa dir. priv.*, 2003, 1; LURGER, *The “Social” Side of Contract Law and the New Principle of Regard and Fairness*, in *Towards a European Civil Code*, L’Aja-Boston-Londra, 1998, 273 ss.; COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 659 ss.; in area francese, autorevolmente, GHESTIN, *La formation du contrat*, in *Traité de droit civil*, Paris, 1993, spec. 228 ss.; nella letteratura giuridica tedesca, OECHSLER, *Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag*, Tübingen, 1997, e di C. HEINRICH, *Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit. Die Grundlage der Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle am Beispiel ausgewählter Probleme des Arbeitsrechts*, Tübingen, 2000; infine, tra gli studiosi italiani maggiormente sensibili al tema: BRECCIA, *Causa*, in *Il contratto in generale*, tomo III, *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, Torino, 1999, 72 ss.; ID., *Prospettive nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 194 ss.; BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 537; VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 21; ID., *Diritto dei contratti e “Costituzione” europea. Regole e principi ordinanti*, Milano, 2005, 5 ss. e spec. 83 ss.; SACCO [e DE NOVA], *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, II, Torino, 2004, 22 ss.; GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. impr.*, 2000, 923.

⁽⁴⁶⁾ Si vedano le considerazioni svolte nei contributi raccolti nel volume *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, a cura di SOMMA (con la collaborazione di AMODIO) Torino, 2007, spec. 107 ss.

⁽⁴⁷⁾ Può essere sufficiente pensare al divieto di abuso di posizione dominante, indiscusso pilastro della disciplina *antitrust*, insieme al divieto delle intese (per una recente sintesi: V. MELI, *Diritto antitrust: abuso di posizione dominante*, in *Il diritto-Encicl. giur.*, Milano, 2007, vol. V, 250).

⁽⁴⁸⁾ Anche indipendentemente dall’attuazione delle direttive, come dimostra il caso italiano delle norme in tema di subfornitura volte a tutelare, nel rapporto tra imprese dotate di diversa forza contrattuale, quella più debole, inevitabilmente esposta al rischio di sfruttamento abusivo della “dipendenza economica” in cui versa rispetto al contraente più forte (da ultimo, in forma sintetica: M. R. MAUGERI, *La subfornitura*, in *I contratti per l’impresa*, a cura di Gitti, Maugeri e Notari, in corso di pubblicazione per i tipi del Mulino).

(con una forma normativa anch'essa nuova, intesa a rendere ragione delle scelte legislative), è il momento giurisdizionale della decisione quello che trasmette il senso dell'evoluzione, si diceva, in termini di effettività. La *ratio decidendi* che caratterizza la giurisprudenza comunitaria è tanto lontana dalle concettualizzazioni e dai dogmatismi del passato (in alcuni ordinamenti nazionali certamente più accentuati che in altri), quanto aderente al contesto socio-economico europeo.

In un tale contesto, l'assenza di rigide e aprioristiche schematizzazioni concettuali consente al diritto dei contratti di sovrapporsi a quello della responsabilità extracontrattuale, in particolare interferendo con la disciplina del mercato fondata sulle norme del Trattato in materia *antitrust*, con una 'contaminazione' che sarebbe inspiegabile secondo la logica civilistica tradizionale. La giurisprudenza della Corte di giustizia è consapevole del fatto che lo *ius positum* di derivazione comunitaria acquista senso soltanto se assolve alla sua precisa "funzione": assicurare l'effettività delle libertà fondamentali di circolazione (delle persone, dei capitali, delle merci) enunciate dal Trattato in un mercato realmente concorrenziale.

Si comprende allora la ragione per la quale è stato spesso sottolineato il carattere essenzialmente funzionalista, quale più saliente caratteristica della giurisprudenza europea e, più in generale, della "nuova cultura giuridica europea", in ideale contrapposizione al tendenziale dogmatismo e al formalismo delle ricostruzioni giuridiche civilistiche maturate nelle diverse culture nazionali ⁽⁴⁹⁾. In un certo senso, una nuova forma di *Interessenjurisprudenz*, certamente originale nei presupposti e nelle manifestazioni, sembra manifestarsi nella tendenza a superare — forse, si dovrebbe dire: evitare o prevenire — gli ostacoli della *Begriffsjurisprudenz*, a ben vedere, tuttavia, ormai da tempo in declino anche negli ordinamenti nazionali ove maggiormente si era sviluppata ⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁹⁾ In tal senso, con chiarezza e dovizia di argomenti, HESSELINK, *The New European Legal Culture*, cit., 111 ss.

⁽⁵⁰⁾ L'apparente paradosso è dato dall'esigenza di arginare, per così dire, il funzionalismo, che pure è lo strumento per il dialogo tra i giuristi a livello europeo e che consente di individuare soluzioni normative ovunque accettabili, attraverso l'edificazione di una griglia di categorie capaci di razionalizzare la disciplina settoriale cui si faceva

Si comprende come, di pari passo con la concezione funzionalista del diritto europeo, si affermi sempre di più la già cennata prospettiva “rimediale”⁽⁵¹⁾, innovativa secondo la tradizione civilistica continentale, ma per nulla estranea alla storia del *common law* e anzi struttura portante in alcuni momenti della sua evoluzione⁽⁵²⁾. Anche in questa tendenza, probabilmente, è stato ravvisato l’effetto di ‘ravvicinamento’ dei due mondi giuridici europei, *civil law* e *common law*, quale conseguenza del diritto privato europeo⁽⁵³⁾.

riferimento: categorie nuove, estranee alle rigidità del dogmatismo che ha condizionato la cultura del diritto civile per intere generazioni di giuristi, ma nella consapevolezza che il problema dei “concetti”, rifluenti nella ri-costruzione delle dette categorie ordinanti, non potrà mai essere evitato in ambito giuridico. Si consideri, emblematicamente, la “polemica sui concetti giuridici”, che ha dato luogo al dibattito degli anni Quaranta, presentato da IRTI, *La polemica sui concetti giuridici*, Milano, 2004 (ripercorso, con ulteriori voci di studiosi, anche in MACARIO e LOBUONO, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi*, cit., cap. X, p. 307 ss.).

⁽⁵¹⁾ ALPA, *I rimedi di diritto privato nella normativa di derivazione comunitaria*, in *Economia e diritto del terziario*, 2010, 2, 227 ss.

⁽⁵²⁾ Sottolineano, in modo particolare, questo aspetto, con ampiezza di argomenti, CASTRONOVO e MAZZAMUTO, *L’idea*, cit., 12 s. Da ultimo, si veda anche il volume dello stesso MAZZAMUTO, *Rimedi specifici e responsabilità*, Perugia, 2011, in particolare, *La nozione di rimedio*, *ivi*, 19 ss.; nonché, ancora, MAZZAMUTO e PLAIA, *I rimedi*, in *Manuale di diritto europeo*, cit., II, 739; cfr., con prospettive unificanti, HARLOW, *A Common European Law of Remedies?*, in *The Future of Remedies in Europe*, a cura di Kilpatrick, Novità e Skidmore, Oxford, 2000, 69. Si individuano, infatti, non tanto nuovi diritti da proteggere quanto gli strumenti per reagire al mancato rispetto delle regole poste dal sistema: v. *amplius* DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, 3; CUFFARO, *La tutela dei diritti*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di Lipari, cit., 685 e ss.; v. anche, sul versante eminentemente processuale, PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, 2004.

⁽⁵³⁾ In termini più ampi, è ormai indiscutibile che uno dei risultati del complesso gioco di scambi e interferenze reciproche (tra legislatori ed elaborazioni dottrinali) possa essere colto nel ridimensionamento del tradizionale distinzione dei sistemi processuali di *common* e *civil law*. Cfr. TROCKER, *La formazione del diritto processuale europeo*, cit.; MERRYMAN, *On the Convergence (and Divergence) of the Civil Law and the Common Law*, in *The Loneliness of the Comparative Lawyer and Other Essays in Foreign and Comparative Law*, a cura di Merryman, Londra-Boston, 1999, 17 ss. Per contro, sulle resistenze opposte dalla « *stubbornness* » dei sistemi nazionali cfr. LEGRAND, *European Legal Systems Are not Converging*, in *45 Int’l Comp. L. Q.*, 1996, 52. Nell’ottica dell’attribuzione alla Corte di giustizia di un ruolo centrale nella costruzione di un ponte per un proficuo dialogo tra *common law* e *civil law*, cfr. COMANDÈ, *Gestire il dialogo tra civil law e common law nel diritto privato europeo*, in *Harmonisation involves history? Il*

Sembra appena il caso di ricordare che, se ci si pone dal punto di vista del diritto civile continentale, quella del “rimedio contrattuale”, si presenta come categoria decisamente spuria, se non altro nel discorso dei “giuristi dei concetti” (addirittura inesistente e comunque inconsistente, se si ragionasse in termini di “dottrina pura” del diritto civile); un discorso in cui figurano le diverse forme di tutela del contraente mediante l’invalidità e l’inefficacia (degli atti), così come lo scioglimento e l’estinzione (dei rapporti), o ancora la condanna a dare, fare o non fare, mentre l’idea stessa di “rimedio” sconta un tasso di genericità e di empirico pragmatismo inaccettabile per l’impostazione tradizionale del *civil lawyer*.

Tra i tanti esempi dimostrativi di come la logica funzionalista e rimediale, caratteristica della normativa europea, possa trovare (e abbia concretamente trovato) riscontro nella giurisprudenza comunitaria, particolarmente significativa appare una decisione, non recentissima ma assai nota, in cui la Corte di giustizia dimostra che efficienza allocativa (una delle chiavi di lettura della disciplina della concorrenza e del diritto più in generale, secondo l’analisi economica) e giustizia distributiva (quale obiettivo del diritto dei contratti e, più in generale, dei rapporti economici fra privati) non operano affatto su piani per principio non comunicanti⁽⁵⁴⁾. Nel celebre caso “*Courage*”, infatti, superati vincoli e remore astrattamente derivanti da principi del tipo “*in pari causa turpitudinis*” (accolti un po’ ovunque, seppure con qualche lieve variante semantica, come ad esempio in *common law* con la “*in pari delicto doctrine*”), la Corte ammette la compatibilità dell’illicita intesa anticoncorrenziale con l’azione risarcitoria del contraente il quale si ritenga danneggiato proprio da

diritto privato europeo al vaglio della comparazione e della storia, cit., 387. È noto, del resto, che l’attenuazione delle differenze tra sistemi giuridici costituisce il portato di quella tendenza al multiculturalismo che in campo processuale appare con particolare evidenza (TARUFFO, *Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, 13).

⁽⁵⁴⁾ Tra i numerosi studiosi, segnala l’evidente intreccio con estrema chiarezza, VETTORI, *Diritto dei contratti e “Costituzione” europea. Regole e principi ordinanti*, Milano, 2005, 99 ss.; v. altresì M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003; nonché PARDOLESI, *Prefazione* al volume (anch’esso da segnalare sul tema) di COLANGELO, *L’abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un’analisi economica e comparata*, Torino, 2004.

tale intesa (che, evidentemente, egli stesso ha concorso a realizzare) ⁽⁵⁵⁾.

Mentre le categorie note avrebbero condotto a ipotizzare una sorta di nuovo vizio del consenso definibile come “violenza economica” ⁽⁵⁶⁾ — rievocando così la categoria della *violence economique*, da tempo nota alla dottrina francese — ovvero a rintracciare nella vicenda una manifestazione della *culpa in contrahendo*, in termini di violazione del rapporto tra le parti antecedente alla stipulazione dell’intesa illecita ⁽⁵⁷⁾, la Corte procede per altra via, con un inedito sdoppiamento del ruolo svolto da uno dei contraenti: contemporaneamente coautore (o comunque compartecipe) e vittima dell’intesa illecita. L’effetto del “rimedio” risarcitorio dipende così, nella *ratio decidendi* della Corte, dall’accertamento fattuale del grado di partecipazione dell’imprenditore più debole al raggiungimento dell’intesa illecita. In sostanza, l’illiceità non esclude la tutela risarcitoria. E si realizza, così, un doppio monito per il mercato: il contratto è nullo, ma il contraente danneggiato per aver dovuto ‘subire’ l’intesa illecita ha diritto al risarcimento.

All’approccio consapevolmente antidogmatico e dichiaratamente funzionalista del nuovo diritto europeo, testimoniato, come si vede, anche dal formante giurisprudenziale, non rimangono peraltro indifferenti le Corti nazionali ⁽⁵⁸⁾, come dimostrano alcuni esempi

⁽⁵⁵⁾ Corte giust., 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage Ltd. c. Crehan*, in *Foro it.*, 2002, IV, 76.

⁽⁵⁶⁾ PALMIERI e PARDOLESI, *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: “chi è causa del suo mal... si lagni e chiedi i danni”* [in nota sempre a Corte giust. 20 settembre 2001], in *Foro it.*, 2002, IV, 76.

⁽⁵⁷⁾ SCODITTI, *Danno da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell’accordo: il punto di vista del giudice italiano*, *ibid.*, 84.

⁽⁵⁸⁾ Nel senso che la giurisprudenza comunitaria “penetra nei ragionamenti e nelle motivazioni dei giudici nazionali”, al pari (benché ancora con poca frequenza) delle sentenze straniere provenienti da Paesi dell’Unione europea, ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2000, 411. Un esempio dell’approccio antidogmatico generalmente assunto dalle corti nazionali nell’applicazione di norme di matrice europea può rinvenirsi nella recente giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* tedesco: BGH, 25.11.2009 — VIII ZR 318/08, in *NJW*, 2010, 610 ss., secondo cui il consumatore, nell’ambito di una contrattazione a distanza, ha la facoltà di esercitare il diritto di recesso, nonostante il contratto sia nullo per contrarietà al buon costume (“*gegen die guten Sitten*”, ai sensi del § 138 BGB). La questione non è di scarso rilievo

anche nella storia recente della giurisprudenza italiana ⁽⁵⁹⁾. Ha avuto il merito di suscitare un acceso dibattito dottrinale sulla figura dell'abuso del diritto la decisione con la quale la Suprema Corte ha affermato — si riportano, qui, alcuni stralci significativi — che « il controllo del giudice sul carattere abusivo degli atti di autonomia privata è stato pienamente riconosciuto dalla giurisprudenza consolidata di questa Corte di legittimità », poiché « il fine da perseguire è quello di evitare che il diritto soggettivo, che spetta a qualunque consociato che ne sia portatore, possa sconfinare nell'arbitrio ». Gli stessi giudici hanno altresì chiarito che « il problema non è politico ma squisitamente giuridico ed investe i rimedi contro l'abuso dell'autonomia privata e dei rapporti di forza sul mercato, problemi questi che sono oggetto di attenzione da parte di tutti gli ordinamenti contemporanei, a causa dell'incremento delle situazioni di disparità di forze fra gli operatori economici ».

Il distacco rispetto all'impostazione dogmatica del discorso (che, evidentemente, avrebbe potuto chiudersi con la mera constatazione dell'insindacabilità del recesso *ad nutum*) non potrebbe rivelarsi più netto. La stessa terminologia giuridicamente spuria — si diceva — nonché contaminata dal linguaggio dell'economia, e tuttavia adoperata con inattesa naturalezza dai Supremi Giudici (oltre alle espressioni come « rimedi » o « abuso dell'autonomia privata » si discorre infatti di « rapporti di forza sul mercato » o « disparità di forze tra gli operatori economici »), potrebbe indurre a ritenere ormai sussistenti le condizioni per ragionare su una “nuova dogmatica” ⁽⁶⁰⁾, sulla base dei princípi che vanno sempre più affermandosi,

attese le significative differenze tra le due ipotesi (nullità e recesso) per ciò che concerne il regime delle obbligazioni restitutorie: in base al § 817 BGB in materia di arricchimento senza causa, se ad entrambi i contraenti è imputabile la nullità del contratto, non sussiste un diritto alla ripetizione di quanto prestato.

⁽⁵⁹⁾ Un caso emblematico è quello di Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, 85 ss. Si veda in proposito il volume che raccoglie alcuni commenti della sentenza, pubblicati sulle principali riviste giuridiche: PAGLIANTINI (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010.

⁽⁶⁰⁾ Secondo la prospettazione di Luigi Mengoni, civilista appartenente alla generazione formatasi all'insegna del più rigido dogmatismo, ma attentissimo agli aspetti metodologici rilevanti nell'evoluzione del diritto privato europeo: MENGONI, *Interpreta-*

e che talvolta sembrano assumere i tratti, come nel caso dell'“abuso contrattuale”, di nuove clausole generali ⁽⁶¹⁾.

5. *Il formante dottrinale e la razionalizzazione di regole generali e princîpi comuni: verso un ordine sistematico del nuovo “diritto privato europeo”?*

Sempre nella logica della cronaca (peraltro soltanto di alcuni tra i tanti fatti rilevanti, come si preannunciava in esordio), qualche rapida considerazione conclusiva parrebbe necessaria con riferimento al formante dottrinale, cui ha sempre fatto capo storicamente il compito di ricomporre il sistema, riconducendo i dati disponibili (di fonte legislativa o *lato sensu* normativa, nonché giurisprudenziale) alle categorie ordinanti, per lo più già note o, in taluni casi, da edificare *ex novo*: i nuovi paradigmi concettuali ⁽⁶²⁾.

Le iniziative sono numerose e possono farsi risalire all'ormai lontano 1989, allorché il Parlamento europeo, con apposita Risoluzione, si esprimeva in favore di un'azione « volta a ravvicinare il diritto privato degli Stati membri e all'elaborazione di un codice europeo del diritto dei contratti » ⁽⁶³⁾. Da quel momento, molteplici

zione e nuova dogmatica. L'autorità della dottrina in Jus, 1985, 469 (ripubblicato in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, con il titolo *Interpretazione e nuova dogmatica*, 67 ss.).

⁽⁶¹⁾ In tal senso, ci si permette di rinviare a MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 663.

⁽⁶²⁾ Di un'esigenza di ricreare, in questo senso, una “repubblica della cultura giuridica” in Europa discorre PADOA SCHIOPPA, *Il diritto comune in Europa: riflessioni sul declino e sulla rinascita di un modello*, in *Zeitschrift Eur. Privatrecht*, 1997, 707 ss. I pericoli che si annidano nel reciproco influsso “fra l'uso disattento del linguaggio e l'erronea costruzione o unione dei concetti” sono noti allo studioso del diritto di epoche passate, di modo che l'interprete è obbligato a determinare, in ogni ambito concettuale, la “terminologia conforme alle fonti”, senza che ciò debba impedirgli di adoperare, quando è necessario, “termini tecnici di nuova formazione”, liberandosi dalle strettoie di un astratto “purismo” (così BRETONE, *Savigny e la tradizione giuridica. L'attualità del diritto romano*, in *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Roma-Bari, 1994, 74).

⁽⁶³⁾ Per una densa e pregevole sintesi, con un ampio spazio alla prospettiva espressa dagli studiosi tedeschi, particolarmente attenti al processo in atto, si veda il saggio introduttivo di SCHULZE, *I princîpi Acquis. Situazione attuale e prospettive future di ricerca*, in I « Princîpi » del diritto comunitario dei contratti, a cura di De Cristofaro,

sono stati i passaggi ‘ufficiali’, nella direzione del processo di consolidamento, sia pure graduale e per aree (muovendo da quelle maggiormente regolamentate), con un’indubbia intensificazione di tale processo nell’ultimo decennio. Individuate le possibili strategie di sviluppo del diritto europeo dei contratti, ha acquistato consistenza l’opzione relativa alla « promozione di un complesso di princîpi comuni » e si è giunti alla redazione di una cornice comune di riferimento ⁽⁶⁴⁾, nota come *Draft on Common Frame of Reference (DCFR)*, di cui le versioni aggiornate si succedono di anno in anno ⁽⁶⁵⁾; sino alla recentissima Risoluzione del Parlamento 8 giugno 2011 all’interno della nuova strategia “Europa 2020” volta a miglio-

Torino, 2009, 1, il quale espone le differenze tra le varie iniziative. Il progetto designato col nome di Principi *Acquis* si fonda infatti sull’analisi del diritto della CE attualmente esistente e vigente nel settore dei contratti ed offre la possibilità di utilizzare i princîpi che si sono affermati nel diritto comunitario come base per la futura elaborazione di un coerente diritto europeo dei contratti, con un lavoro articolato in tre fasi, da quella, iniziale, di ricognizione del materiale normativo, a quella, intermedia, di ricerca dei contenuti e dei princîpi ispiratori comuni alla diverse discipline, a quella, conclusiva, di valutazione della misura in cui le consonanze rilevate si fondino su princîpi superiori comuni. Ad esso farebbe seguito un “Piano d’azione”, per un piú coerente diritto comunitario dei contratti, espressione di un profondo mutamento di prospettiva da parte della Commissione, nel senso che si abbandona l’approccio settoriale che aveva caratterizzato il diritto comunitario fino a quel momento in favore di un’idea di elaborazione di un diritto dei contratti valevole per l’intero diritto comunitario. Lo strumento piú indicato per la realizzazione di tale progetto appare cosí il *Common Frame of Reference*, contenente princîpi, regole e definizioni dotati di un valore generale, non circoscritti, cioè, a singoli specifici settori. Un progetto, quest’ultimo, che si differenzia, dall’altro, quello dei PECL (*Principles of European Contract Law*) elaborati sulla base della comparazione fra sistemi nazionali per proporre un diritto europeo dei contratti ricavato dai princîpi ad essi comuni o dalle « migliori soluzioni » in essi presenti. Dello stesso A., da ultimo, *Contours of European Private Law*, in *European Private Law — Current Status and Perspectives*, a cura di Schulze e Schulte-Nölke, Sellier, 2011, 1 ss., cui si rinvia per gli ulteriori richiami.

⁽⁶⁴⁾ La cui logica è ben spiegata tanto da GAMBARO, *Il “Plan d’Action” della Commissione Europea in materia di diritto dei contratti*, in *Harmonisation involves History?*, cit., 343, quanto da CASTRONOVO, *La codificazione*, in *Manuale di diritto privato europeo*, cit., 171, 188.

⁽⁶⁵⁾ Tra i contributi piú recenti, cfr. M. MELI, *Armonizzazione del diritto europeo e quadro comune di riferimento*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 59; PERFETTI, *La giustizia contrattuale nel draft common frame of reference del diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, 669; su un aspetto particolare, che ha suscitato particolare interesse in dottrina, VETTORI, *L’interpretazione di buona fede nel codice civile e nel Draft common frame of*

rare il contesto giuridico, per far sì che imprese (soprattutto, piccole e medie) e consumatori possano affrontare la situazione di crisi economico-finanziaria, facendo affidamento su « modelli di contratto uniformi europei » e « clausole tipo », attraverso uno « strumento opzionale » (in origine immaginato come alternativo al diritto nazionale o internazionale) del tipo comunemente indicato come « *opt-in* » ⁽⁶⁶⁾.

Non è possibile, in questa sede, ripercorrere l'itinerario, tanto meno le critiche, di vario tipo, che hanno investito (sul piano tecnico, ma anche più propriamente di politica del diritto) anche il più recente intervento programmatico "Europa 2020" ⁽⁶⁷⁾. Ma l'impressione complessiva, almeno tra gli studiosi più attenti a seguire l'evoluzione del percorso qui delineato, è quella « di essere di fronte a una sorta di codice che non c'è, un codice che tale non sarà, né nel nome né nel valore formale, ma che ci sarà perché ha

reference (Dcfr), in *Riv. dir. privato*, 2008, 675; in una diversa prospettiva, DE NOVA, *Contratti senza stato (a proposito del Draft Cfr)*, in *Riv. dir. privato*, 2008, 667.

⁽⁶⁶⁾ In relazione all'armonizzazione della disciplina in materia di clausole abusive, cfr. il contributo di F. P. PATTI, *Le clausole abusive e l' "optional instrument" nel percorso dell'armonizzazione in Europa*, in *Contr. impresa/Europa*, 2011, 662, alla luce del recente Libro verde della Commissione del 1° luglio 2010, sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per le imprese, COM (2010) 348 def., così come dell'ancor più recente "comunicazione" della Commissione (datata 11.10.2011), in materia di *Common European Sales Law* (to facilitate cross-border transactions in the single market), COM (2011) 636 final.

⁽⁶⁷⁾ Con riferimento alla possibile adozione di una disciplina contrattuale europea avente natura opzionale, da ultimo M. R., MAUGERI, *Alcune perplessità in merito alla possibilità di adottare il DCFR come strumento opzionale (o facoltativo)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 253, la quale ritiene necessaria un'ulteriore maturazione del DCFR prima che si possa pensare ad una sua possibile soluzione come strumento opzionale. A parte i motivi politici, si segnala l'eccessiva presenza di clausole generali e concetti indeterminati (*good faith, fair dealing, gross deviation, good commercial practice, dependance*), che si tramutano in un'espansione a dismisura del controllo giudiziale nel contratto, implicano un aggravio di lavoro per le Corti di tutta l'Unione e comportano costi in termini di certezza del diritto (p. 253). In secondo luogo viene criticata la stessa consistenza delle regole selezionate e in particolare l'ampliamento della disciplina di controllo anche ai contratti *business to business*, estensione peraltro operata senza distinguere tra piccole, medie e grandi imprese (p. 255). La terza critica riguarda la natura intrinseca del progetto di DCFR il quale viene giudicato un progetto non coraggioso, in quanto non in grado di sciogliere alcune ambiguità che si trascinano da tempo (p. 256).

l'aria di possedere le doti taumaturgiche che a un codice siamo disposti ad accreditare »⁽⁶⁸⁾: una sorta, insomma, di “codice rinviato”, non tanto per la prevalenza delle ragioni di natura dogmatica che impediscono al nuovo sistema di mettere radici (come avveniva al tempo della polemica Savigny-Thibaut, per intendersi), quanto per le « resistenze larvate », che finiscono per prediligere « forme codicistiche di seconda battuta »⁽⁶⁹⁾.

A fronte di tali sensazioni, condivisibili in quanto espresse con piena consapevolezza e profondo realismo, il dibattito ha visto confrontarsi studiosi di varia estrazione (del diritto vigente, civilisti, costituzionalisti, ma anche comparatisti e storici del diritto), con una sostanziale convergenza su alcuni dati positivi non controvertibili (ad esempio, l'utilità dello strumento per ridurre le conflittualità linguistiche nell'espressione dei concetti di fondo per la costruzione di un sistema), ma anche e soprattutto sulle condizioni storico-politiche dell'Unione europea che non permettono la riproducibilità del modello di codificazione collaudato, per così dire, dalla storia⁽⁷⁰⁾.

(68) CASTRONOVO, *La codificazione*, cit., 190; dello stesso A., da ultimo, *L'utopia della codificazione europea e l'oscura Realpolitik di Bruxelles dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 837.

(69) Secondo l'avvincente rappresentazione di CARONI, *Il Codice rinviato*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*, atti dell'incontro di studio, Firenze, 26-28 ottobre 2000, a cura di Cappellini e Sordi, Milano, 2002, 263 ss. Tradizionalmente si possono, infatti, individuare due storie del codice: quella che precede la sua promulgazione (elaborazione) e la storia *del codice*, quello concluso e promulgato (p. 265). Si può tuttavia ravvisare una terza storia: quella del codice rinviato « laddove la lotta per la codificazione viene temporaneamente vinta da coloro che combattono il nuovo sistema e a tal modo gli impediscono di mettere radici » (p. 266). L'analisi delle ragioni di oppositori e dissidenti, consente di individuarne di natura dogmatica (come quelle di von Savigny, p. 269-276). Esisterebbero, poi, delle resistenze larvate, di natura non storicistica che si oppongono all'idea del primato del codice e alla sua invadenza all'interno di un sistema giuridico, nel senso che si prediligono forme codicistiche di seconda battuta, o sussidiarie rispetto al diritto comune (p. 280 s.). Così accanto al codice perduto, inesistente, impossibile si trova quello rinviato, frutto cioè di scelte non definitive, oppure ostruzioni transitorie, prima o poi travolte dall'evoluzione (p. 301).

(70) Precursore, in un certo senso, della riflessione civilistica sul punto è stato MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, in *Riv. critica dir. privato*, 1992, 515 (anche in *Il codice civile*, Convegno del cinquantenario dedicato a Francesco Santoro-Passarelli, Accademia nazionale dei Lincei, 15-16 novembre 1992, Roma, 1994), che segnalava come l'aspirazione all'unità del diritto vanti una lunga tradizione nella cultura

Oltre al suo valore come strumento tecnico, il codice — va sempre ricordato, nella prospettiva storica, ma soprattutto in occasione di un bilancio di “fine millennio” — è infatti dotato di un “plusvalore politico”, sicché l’assenza di una vera cittadinanza europea diventa un ostacolo insormontabile ⁽⁷¹⁾. Del resto, in mancanza del progetto politico e istituzionale forte che faceva della codificazione, almeno nella logica sette-ottocentesca, “uno dei sommi fattori dell’unità”, e in presenza invece di quello che è stato plasticamente rappresentato come il “paradosso europeo”, consistente nella moneta unica senza Stato, della (soltanto tentata, al momento senza successo) Costituzione senza Stato e in primo luogo “senza popolo” ⁽⁷²⁾, è apparsa quanto mai velleitaria l’idea di un

europea, non solo giuridica (p. 526) e che, se dal punto di vista politico il legame storico tra il concetto di Stato-nazione non è coesistente all’idea di Codice (p. 526), quest’ultima costituisce un concetto puramente tecnico, volto alla « funzione di apprestare un nucleo sistematico di principi e di categorie ordinatorie adeguato alla soluzione strutturale dei conflitti di interesse e all’organizzazione delle relative decisioni nell’unità del sistema giuridico, garantendo il primato dell’argomentazione giuridica sulla contingenza delle valutazioni politiche » (p. 516). La forza dell’idea di codice, pur ridotta ai tratti tecnici di cui sopra, deriverebbe dal senso profondo di sistematicità del diritto (ossia dalla razionalizzazione unificante dell’esperienza giuridica) e « dalla forte valenza politico-culturale, come deposito della tradizione giuridica nazionale e perciò elemento primario del complesso meccanismo che determina l’identità nazionale dello Stato » (p. 517). Ciò premesso, un (nuovo) codice per l’Europa non sarebbe stata, secondo Mengoni, un’alternativa realistica per diversi motivi: l’assenza delle condizioni politiche, sociali e culturali in cui si sono compiute le grandi codificazioni dell’800; l’ostacolo della diversità delle lingue, delle tecniche e degli stili tra i vari ordinamenti, ma soprattutto la vigenza del principio di sussidiarietà (p. 526 s.).

⁽⁷¹⁾ CAPPELLINI, *Il codice eterno*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*, cit., 11, 51. Si ricorda, in proposito, che il convegno si intitola significativamente al plurale (“Codici”), poiché l’idea di codice, lungi dal costituire un fossile legislativo (p. 14) e pur nella continuità del termine vive di periodizzazioni diversificate a cui corrispondono idee di codice non più attuali (p. 19). L’idea di un codice europeo, auspicabile quanto meno sul piano politico (p. 43), a parte l’utilità che conseguirebbe alla riduzione della turbolenza linguistica, l’eliminazione delle lacune, deve in ogni caso fare i conti con il fatto che il codice è sempre dotato non solo di una valenza tecnica, ma anche di un plusvalore politico, e concretizzandosi in uno strumento d’identità, rimane del tutto oscuro — secondo l’A. — come possa darsi un codice europeo comune del diritto privato senza una vera cittadinanza europea (p. 51, nt. 69).

⁽⁷²⁾ È il titolo del pregevole studio di SCODITTI, *La Costituzione senza popolo. Unione europea e nazioni*, Bari, 2001, ove si ragiona sui nuovi concetti di costituzione

codice anch'esso senza Stato, che dovrebbe per di più fare i conti con i numerosi nuovi fattori culturali legati alla cosiddetta globalizzazione (73).

Da un altro punto di vista, e in modo forse maggiormente pragmatico, vi è stato chi ha fatto notare che “sono le grandi multinazionali (potenze planetarie) che distaccandosi dalle basi territoriali decretano il destino dei codici”, allorché il diritto sia stato privato di quell'unità assicurata dal “*nomos* della terra”, cui « corrispondeva l'unità politica e concettuale del giurista » (74).

Il discorso, come si vede, è schiettamente culturale, e chiama in causa direttamente il ruolo del giurista, per sua natura cauto e conservatore, sicché possono comprendersi anche le posizioni apertamente contrarie (ossia *Against an European Civil Code*, per riportare il titolo di un noto saggio di fine anni Novanta) (75). Più spesso la diffidenza è indotta dalla considerazione del rischio di un'omologazione troppo rapida e soprattutto autoritativamente imposta, che finisca per travolgere la ricchezza (sempre in termini culturali) nascente dalla diversità — tanto da invocare, provocatoriamente, il

(non più espressione di un popolo, ma strumento tecnico per la composizione di una pluralità di popoli, non di rado molto gelosi della propria identità) e di potere (che serve non a guidare politicamente una comunità, ma piuttosto a regolare la coabitazione tra la pluralità di nazioni e di politiche).

(73) RODOTÀ, *Un codice per l'Europa? Diritti nazionali, diritto europeo, diritto globale*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*, cit., 541 s., ove si sottolinea, sul punto specifico, la irriducibilità culturale tra *civil law* e *common law* (p. 553) che costituirebbe un limite insormontabile; mentre, per altro verso, occorre fare i conti con il fenomeno della globalizzazione, che si caratterizza per: il declino del *nomos* della terra, la crisi del principio di sovranità, l'esplosione dei diritti fondamentali, il mutamento del tempo giuridico, la rottura del sistema delle fonti, l'universalismo mediatizzato (p. 563).

(74) IRTI, *Discussione*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*, cit., 170, il quale sottolinea come i codici siano eventi storici, particolari e determinati, ai quali viene attribuita una categoria logica e « all'unità del diritto, consegnato nella forma di codice, corrispondeva l'unità politica e concettuale del giurista » (p. 167), mentre il diritto moderno si caratterizza per la differenza tra territorialità e spazialità: il codice come strumento statale è territoriale e il diritto della società mercantile ha carattere tendenzialmente globale, sicché — secondo l'A. — sono le grandi multinazionali (potenze planetarie) che distaccandosi dalle basi territoriali, decretano il destino dei codici (p. 170).

(75) LEGRAND, *Against a European Civil Code*, (1997) 60 *Modern Law Rev.*, 44 ss.

« diritto alle differenze »⁽⁷⁶⁾ — e che si coglie nello stretto nesso tra i concetti e il linguaggio dei giuristi⁽⁷⁷⁾, da considerare anche e soprattutto « nesso connettivo tra i giuristi europei e non, solo, barriera innalzata tra loro », mentre un'ottica affetta da eccessivo pessimismo farebbe ritenere incommensurabili i linguaggi stessi⁽⁷⁸⁾.

Si tratta certo di un compito assai complesso, molto più della redazione di una nuova direttiva (magari più ampia e organica, alla stregua della valorizzazione del cosiddetto *Acquis communautaire*), ovvero della sua attuazione, ormai sempre più spesso limitata alla mera 'riproduzione' meccanica nella legge nazionale di recepimento, ma è proprio questo il che momento in cui è massimamente valorizzato il ruolo del giurista. Questi deve confrontarsi, in primo luogo, con l'eredità giuspositivistica della cultura europea⁽⁷⁹⁾, ma deve anche superare l'istintiva tendenza a una visione rigorosamente kelseniana del rapporto (gerarchico) tra gli ordinamenti, constatando e valorizzando l'originalità delle forme di cooperazione e riconoscimento reciproco (ciò che rende comprensibile, ad esempio, la celebre decisione della Corte di giustizia del 1991⁽⁸⁰⁾, non soltanto innovativa ma 'creativa' della nuova fattispecie di responsabilità dello Stato per mancata attuazione della direttiva).

Il compito è particolarmente complesso, riuscendo assai arduo persino il confronto con la redazione di un "codice civile", ammesso che questa sia la linea di tendenza preferita nel disegno politico-

(76) DI MAJO, *L'attività di armonizzazione nel diritto privato. Il diritto alle e/o delle differenze*, in *Harmonisation involves History?*, cit., 327, 337 s.

(77) In argomento, AA.VV., *Europa e linguaggi giuridici*, a cura di Pozzo e Timoteo, Milano, 2008, ove si sottolinea come la diversità linguistica sia indubbiamente una delle caratteristiche salienti della Unione europea, con le relative problematiche che essa implica; il diritto, infatti, essendo composto di regole complesse, si serve di uno strumentario tecnico-concettuale che esprime attraverso un linguaggio settoriale (XVII della *Presentazione*) e i problemi sono di tutta evidenza, risultando ognuna delle due opposte soluzioni inappagante: sia quella dell'adozione di un'unica lingua franca (XXIV), sia quella di un incessante processo di traduzione, che presenta costi non irrilevanti in termini di sacrificio della precisione dei termini giuridici (XXVI) oltre che di uniformità.

(78) GAMBARO, *Il "Plan d'Action"*, cit., 360.

(79) ZENO ZENCOVICH, *The "European Civil Code"*, *European legal traditions and neo-positivism*, (1998) *Eur. Rev. Priv. Law*, 349.

(80) Corte giust., 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich et al. c. Repubblica italiana*, cit.

istituzionale, in quanto si tratta piuttosto di strutturare il diritto privato secondo nuovi criteri e parametri, in funzione del carattere cosiddetto “*multilevel*” del diritto europeo, operando in una sorta di « cantiere »⁽⁸¹⁾, per l’ambizioso obiettivo enunciato con l’impegnativa espressione « *making european private law* »⁽⁸²⁾. L’omogeneità e l’unità di fondo, dal punto di vista della cultura giuridica se non altro, che aveva permesso la realizzazione dei codici, rappresentando una sorta di “*a priori*” nel lavoro ordinanze dei giuristi, sembra un lontano ricordo del passato.

La sensazione è che, pur dovendo dare ordine al diritto dei nostri giorni, e dunque operare sul presente, lo studioso del diritto vigente non potrà comunque governare la vicenda da solo; è necessaria la visione più ampia che la storia e la comparazione possono offrire a chi sia disposto ad ascoltare le altre voci della cultura giuridica, in particolare quelle che permettono di vedere, o almeno di cercare, “la linea”, senza fermarsi “al punto”, dal quale comunque si deve partire⁽⁸³⁾.

La gratitudine per il coinvolgimento in un contesto congressuale così prestigioso, a contatto e in dialogo con i cultori della storia del pensiero giuridico provenienti da scuole e ordinamenti diversi, convive con la consapevolezza che questo dialogo, seppur fortemente auspicato, non è così frequente e l’autoreferenzialità del discorso del giurista tecnico spesso prevale, purtroppo, sull’apertura culturale che ogni riflessione sul diritto dovrebbe avere. Fatta tuttavia la necessaria autocritica, qualche riserva mi permetterei, da ultimo, di sollevarla anche sull’atteggiamento mostrato — almeno nello scena-

(81) L’espressione, quanto mai appropriata, è mutuata dalle pagine conclusive di Paolo Grossi al magistrale affresco sul Novecento giuridico quale “secolo post-moderno”: GROSSI, *Novecento giuridico*, cit., 68, ma si veda anche, per lo sviluppo del discorso, in *Quaderni fiorentini*, 39 (2010), 465, 481 s.

(82) Tra i contributi più recenti, AA.Vv., *Making European Private Law. Governance Design*, ed. F. Cafaggi e H. Muir-Watt, Edward Elgar, 2008; il più recente dibattito, sul diritto contrattuale, tra giuristi di diversi ordinamenti, è riportato con il titolo, in forma naturalmente interrogativa, *Un codice europeo dei contratti?*, in *Contratto impr./Europa*, 2012, 1 ss.

(83) Mutuando l’espressione utilizzata da Paolo GROSSI, *Il punto e la linea (l’impatto degli studi storici nella formazione del giurista)*, in *L’insegnamento del diritto oggi*, a cura di Rebuffa e Visintini, Milano, 1996, 255.

rio italiano — da una parte della comunità scientifica che fa capo alla storia del diritto (soprattutto con riferimento agli studi di stampo romanistico, dai quali piuttosto di rado traspare il carattere della intrinseca storicità che dovrebbe connotarli). Lo sforzo di ascoltarsi reciprocamente, per valorizzare le sinergie del discorso, nel dibattito in primo luogo metodologico, non è semplice, ma va fatto; e non certo in nome di un retorico ecumenismo, ma perché la complessità dei problemi e, vorrei dire, del “problema del diritto” ovvero delle sue “forme” (come recita significativamente il titolo del nostro incontro) non giustifica e, si direbbe, non permette l’isolamento, ma deve al contrario aiutare a combattere il senso di « solitudine » che non di rado lo studioso avverte ⁽⁸⁴⁾.

⁽⁸⁴⁾ Per riprendere il titolo della raccolta di scritti di Pio CARONI, *La solitudine dello storico del diritto. Appunti sull’inerenza di una disciplina altra*, Milano, 2009, su cui si possono leggere le considerazioni svolte di chi scrive in “Recuperare l’invisibile”. *Una riflessione sulla storicità del diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 195.

BARTOLOMÉ CLAVERO

¿GLOBALIZACIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO?
TRANSNACIONALIDAD DE EMPRESAS
ENTRE PODERES Y DERECHOS
POR TIEMPOS POSTCOLONIALES (1947-2011)

The new international emphasis on morality has been characterized not only by accusing other countries of human rights abuses but also by self-examination.
Elazar Barkan, *The Guilt of Nations*, 2000

From a historical vantage point, postcolonial scholars are right on the mark when they argue that the legal problematics of colonialism did not end with the advent of nationalist or indigenous regimes in the wake of *decolonization*.
Marouf Arif Hasian, Jr., *Colonial Legacies*, 2002

If human rights has become one of the *linguae francae* of a globalized world, this certainly does not mean that local cultures are irrelevant. If human rights talk is a thin communicator across cultures, it also gathers thicker meaning within cultures.
Kenneth Cmiel, *The Recent History of Human Rights*, 2004

I. Introducción: ¿Hacia la globalización de un constitucionalismo integrado?. — II. Organizaciones mundiales y conocimientos tradicionales: II.1. Una pizca de prehistoria. — II.2. La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual entre la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y la Organización Mundial del Comercio. — II.3. Conocimiento tradicional según el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore. — II.4. Del Convenio sobre la Diversidad Biológica a la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. — II.5. Primeras reflexiones interlocutorias: Bienes globales y conocimientos tradicionales. — III. Empresas transnacionales y pueblos indígenas: III.1. Declaración Tripartita de la Organización Internacional del Trabajo sobre Empresas Multinacionales. — III.2. Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales. — III.3. De los Diez

Principios del Pacto Mundial al Marco y los Principios para Proteger, Respetar, Remediar. — III.4. Del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. — III.5. Principios sobre Derechos Humanos y Empresas contra Garantías de Derechos de los Pueblos Indígenas. — III.6. Segundas reflexiones interlocutorias: Responsabilidades y obligaciones: dogmática, políticas y derecho. — IV. Conclusiones: IV.1. Constitucionalismo y transnacionalidad; constituyencia y paradigma. — IV.2. ¿El rey sigue desnudo? (*).

I. *Introducción: ¿Hacia la globalización de un constitucionalismo integrado?*

Érase una vez el Estado. Ya no es lo que fue no tanto tiempo ha. Ni la sociedad internacional es lo que ha ido hasta hace bien poco. Tal vez sea mejor decir que los Estados ya no son lo que se han creído ni la sociedad internacional lo que los mismos Estados se han figurado. Los Estados nunca han sido los únicos creadores ni operadores del derecho como han llegado a pretender ni el derecho de la sociedad internacional se ha reducido en momento alguno a un orden dependiente de la voluntad o la tolerancia de los Estados como igualmente se ha pretendido por parte precisamente de los mismos. Lo que resulta cierto es que tamañas ficciones llegaron a entronizarse en el campo del derecho formalizado por los propios Estados y que, en este mismo terreno que se entiende jurídico por formal, las cosas están cambiando dramática y aceleradamente. El derecho ya no es ciertamente lo que era. Sus ficciones, por no decir

(*). *Siglas de uso reiterado* (de no coincidir con las iniciales del desglose es por formarse del inglés): CDB, Convenio sobre la Diversidad Biológica; DDPI, Declaración de las NNUU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; GATT, Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio; GR, recursos genéticos; IGC o IGC-GRTKF, Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore de la OMPI; NNUU, Naciones Unidas; OIT, Organización Internacional del Trabajo; OCDE, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico; OMC, Organización Mundial del Comercio; OMPI, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual; PNUD, Programa de las NNUU para el Desarrollo; TK, conocimientos tradicionales; TCE, expresiones culturales tradicionales; UNESCO, Organización de las NNUU para la Educación, la Ciencia y la Cultura; WB, Banco Mundial. *Directorio de Internet*: La revisión general se realiza a mediados de marzo de 2012.

sus ilusiones, ya no imperan a nuestras alturas tan fácil y cómodamente. Ya no cuentan ni con la apariencia ⁽¹⁾.

El constitucionalismo era en tiempos, hasta hace en efecto no tanto, cosa de Estados. Lo era la garantía institucionalizada de derechos y lo era el ejercicio regulado de poderes. Había derecho por encima de los Estados, pero no específicamente derechos ni estrictamente poderes en términos por igual de derecho. Hoy hay poderes y derechos supraestatales, incluso tendencialmente globales, no siempre, los unos como los otros, pasando por la venia implícita o por el reconocimiento explícito de los Estados, por su tolerancia o por su voluntad. Hay mecanismos de garantía de derechos y de ejercicio de poderes, éstos además tanto constituidos sobre los Estados como formados al margen de los mismos. Lo que es más, hoy el propio constitucionalismo estatal está penetrado y permeado por derechos y poderes que se desenvuelven en espacios internacionales, ya regionales, ya globales. Cabe incluso preguntarse si la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos tienen sentados los cimientos de un orden constitucional global en desarrollo desde entonces, desde 1945 la Carta y 1948 la Declaración. En todo caso, el constitucionalismo de Estados ya no es lo que era ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Paolo GROSSI, *Mitología jurídica de la modernidad*, Madrid, Trotta, 2003; *Derecho, Sociedad, Estado (Una recuperación para el derecho)*, México, Escuela Libre de Derecho, 2004; *La primera lección de derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2006; *De la Codificación a la Globalización del Derecho*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson, 2010, limitándome al registro de ediciones en castellano de sus puestas directas en evidencia no sólo de ilusiones actuales, sino también de cualidades pasadas y presentes del derecho.

⁽²⁾ Anne PETERS, *Global Constitutionalism Revisited*, en «International Legal Theory», 11, 2005, pp. 39-65; Ronald St. John MacDonald y Douglas M. Johnston (eds.), *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Order of the World Community*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005; Bardo FASSBENDER, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009; Jan KLABBERS, A. PETERS y Geir ULFSTEIN, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009; Jeffrey L. Dunoff y Joel P. Trachtman (eds.), *Ruling the World: Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009; Ignacio GUTIÉRREZ, *De la Constitución del Estado al Derecho constitucional para la Comunidad internacional*, en A. Peters, Mariano J. Aznar e I. Gutiérrez (eds.), *La constitucionalización de la Comunidad internacional*,

La repercusión de un novedoso constitucionalismo supraestatal sobre el constitucionalismo tradicional de los Estados se hace comúnmente radicar, por quienes lo aprecian, en el extremo genuinamente más constitucional, el de los derechos y sus garantías. No sólo se trataría de que a esta función ya también se atiende a niveles internacionales, el regional y el global, sino también de que así se genere una dinámica impulsando a los Estados a la recuperación, ampliación y fortalecimiento de su propio desempeño al respecto. Estaría de este modo ya integrándose un solo constitucionalismo bajo el protagonismo remozado de los Estados y con la participación de instancias internacionales más o menos escalonadas o incluso tendencialmente jerarquizadas ⁽³⁾. Es el escenario ante el que se están acuñando expresiones como la de *multilevel constitutionalism* o también, por cuanto que toma en cuenta la dimensión supraestatal que repercute en los Estados para beneficio en particular de los derechos, la de *neoconstitucionalismo* como constitucionalismo recuperado y renovado. Tampoco las Constituciones son ya lo que eran, aunque parezcan en ocasiones las mismas, puesto que han dejado de operar en solitario ⁽⁴⁾.

Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 15-91; Christine E.J. SCHWOEBEL, *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011; Gunther TEUBNER, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

⁽³⁾ Anne F. BAYEFSKY, *The UN Human Rights Treaty System: Universality at the Crossroads*, La Haya, Kluwer, 2001 (para su desarrollo actual: obchr.org/SP/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx); Nicholas Tsagourias (ed.), *Transnational Constitutionalism: International and European Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007; Christof HEIYNS y Frans VIJJOEN, *The Impact of the United Nations Human Rights Treaties on the Domestic Level*, La Haya, Kluwer, 2002; Manuel Eduardo GÓNGORA MERA, *Inter-American Judicial Constitutionalism: On the Constitutional Rank of Human Rights in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2011.

⁽⁴⁾ La segunda expresión se aplica ahora mayormente al espacio latinoamericano: Regina Quaresma, Maria Lucia de Paula Oliveira y Farlei Martins Riccio de Oliveira (eds.), *Neoconstitucionalismo*, Rio de Janeiro, Forense, 2009; Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2010, y Madrid, Trotta, 2010; la primera, al europeo: Neil WALKER, *Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate*, en Kaarlo Tuori y Suvi Sankari (eds.), *The Many Constitutions of Europe*, Farnham, Ashgate, 2010, pp. 143-167. Respecto a la vertiente que aquí interesa, Eduardo MEIER GARCÍA, (*Ne-*

Los derechos se consideran la clave que conecta y articula constitucionalismo, especialmente desde un nivel global, el nivel de los derechos humanos como derechos constitucionales replicados y desarrollados por las Constituciones de Estados ⁽⁵⁾. Bien está, pero los derechos no son el único componente necesario de los sistemas constitucionales de un nivel o de varios. Para identificar la situación y situarnos en posición de abordarla, ¿no estamos concentrándonos demasiado en los derechos de forma que se nos puede escapar la perspectiva más o menos constitucional de conjunto, una perspectiva que no puede prescindir de los poderes menos que más constitucionales? La concurrencia de presuntos constitucionalismos supraestatales no siempre opera en la línea más genuinamente constitucional, la de los derechos ⁽⁶⁾. A nivel internacional, más que en el estatal, hay poderes no constituidos para el reconocimiento, promoción y garantía de los derechos. En el escenario internacional, más que en el estatal, hay poderes concurrentes imprevistos en cuanto tales para el derecho modificando profundamente el panorama. Voy a ocuparme de este último aspecto en lo que concierne a las empresas transnacionales. Las empresas tampoco son lo que eran ⁽⁷⁾.

o) constitucionalismo e internacionalización de los derechos, en « Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política », 15, 2012, pp. 27-64.

⁽⁵⁾ B. FASSBENDER, *La protección de los derechos humanos como contenido central del bien jurídico internacional*, en A. Peters, M.J. Aznar e I. Gutiérrez (eds.), *La constitucionalización de la Comunidad internacional*, pp. 121-172 (original, *Der Schutz der Menschenrechte als zentraler Inhalt des völkerrechtlichen Gemeinwohls*, en « Europäische Grundrechte Zeitschrift », 30, 2003, pp. 1-16); Alfonso DE JULIOS-CAMPUZANO, *La globalización ilustrada. Ciudadanía, derechos humanos y constitucionalismo*, Madrid, Dykinson, 2003; Stephen GARDBAUM, *Human Rights as International Constitutional Rights*, en « The European Journal of International Law », 19-4, 2008, pp. 749-768; el mismo, *Human Rights and International Constitutionalism*, en J.L. Dunoff y J.P. Trachtman (eds.), *Ruling the World*, pp. 233-257.

⁽⁶⁾ Petra Dobner y Martin Loughlin (eds.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Nueva York, Oxford University Press, 2010, con preguntas bien pertinentes de entrada, como la de Ulrich K. PREUSS, *Disconnecting Constitutions from Statehood: Is Global Constitutionalism a Viable Concept?* (cap. 2).

⁽⁷⁾ John H. DUNNING y Sarianna M. LUNDAN, *Multinational Enterprises and the Global Economy*, edición actualizada, Cheltenham, Edward Elgar, 2008; Alejandro TEITELBAUM, *La armadura del capitalismo. El poder de las sociedades transnacionales en el mundo contemporáneo*, Barcelona, Icaria, 2010; Grazia IETTO-GILLIES, *Transnational Corporations and International Production: Concepts, Theories and Effects*, edición ac-

Que, si no el constitucionalismo, el panorama donde el mismo se desenvuelve resulta nuevo podemos bien saberlo quienes nos dedicamos a la historia del derecho interesándonos en el tiempo contemporáneo, con el contraste cada vez más a la vista entre el mundo de Estados del siglo XIX y el universo de su desbordamiento a la entrada del siglo XXI. Soy historiador y jurista. Como historiador no me atrae el pensamiento que parece elevarse a las alturas en la medida en la que no se mueve con los pies a ras de tierra por el firme de los datos verificables. Como jurista me tienta el pensamiento normativo, el que tampoco se eleve como los aeroplanos por encima hasta de las nubes, sino que se maneje entre normas por comprenderlas, diseccionarlas y, en su caso, desafiarlas. Para reflexionar entonces acerca de derechos y poderes de vocación global y de su eventual relación de constitucionalidad, voy a ocuparme de un par de asuntos concretos, uno referente a las instituciones internacionales que inciden en el ámbito sensible del conocimiento humano y de su aprovechamiento económico mediante el mercado y el otro tocante a la cuestión más abarcadora del reto mismo que plantean las empresas transnacionales de cara a los derechos humanos. Hablo de global siempre en términos de tendencia o de vocación, no de consumación ni de logro ⁽⁸⁾.

tualizada, Cheltenham, Edward Elgar, 2012. El manual de Riad A. AJAMI, Karel COOL, G. Jason GODDARD y Dara KHAMBATA, *International Business: Theory and Practice*, edición actualizada, Armonk, M.E. Sharpe, 2006, habla de « mayoría de edad » de las empresas multinacionales desde finales de la segunda guerra mundial (p. 7), esto es desde el momento que nuestra historia de organizaciones internacionales tendrá por arranque.

⁽⁸⁾ Los dos capítulos, el de conocimientos tradicionales y el de empresas transnacionales, han sido respectivamente realizados para el *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* y la *Revista Latinoamericana de Derecho y Políticas Ambientales*, ésta del Perú, donde se publicarán por separado. Aquí los reviso, adapto y desarrollo. La convocatoria de un seminario (marzo, 2012) por la Fundación Coloquio Jurídico Europeo de Madrid dedicado a un tema formulado, conforme a propuesta de Pierangelo Schiera, en términos de tránsito y problema, *Del Poder Legal a los Poderes Globales: Problemática de Legitimación*, me ha animado a integrar estos trabajos a fin de ocuparme de cuestiones en común entre poderes y legitimaciones. El impulso inicial se debió también a un seminario, éste a iniciativa de Carlos Espósito y Esther Gómez Calle, sobre *La protección de los bienes jurídicos globales*, proponiéndome el tema de *Los conocimientos tradicionales*, celebrado en el Aula Tomás y Valiente de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (noviembre, 2011).

Tienen ambos capítulos en común la problemática de lo que resulta una creciente apertura de espacio y una acelerada reserva de poderes a disposición de empresas fácilmente en conflicto y difícilmente en acuerdo con la predicación universal de los derechos humanos bajo la cobertura de una doctrina iusinternacionalista que toma ese escenario como dado para tratar de compaginar poderes y derechos, en este orden. Ante situación tan desafiante, sigo la guía de Francisco Tomás y Valiente: « No hay dogmática sin historia. O no debería haberla, porque los conceptos y las instituciones no nacen en un vacío puro e intemporal, sino en lugar y fecha conocidos y a consecuencia de procesos históricos de los que arrastran una carga quizás invisible, pero condicionante »⁽⁹⁾. Más razón hay para acudir a la historia si la lógica por traer a la luz, pues no está a la vista, puede arrastrar desde el pasado una pesada e interesada hipoteca sobre el presente proyectando su sombra en dirección al futuro, a un tiempo no visible. Los tiempos no son lo que eran ni tampoco lo que serán.

Lo trataré todo secuencialmente como narrativa de historia por partida doble, para cada uno de los capítulos. Son sus cuestiones puntos de presente en las líneas entre pasado y futuro. Historia de presente con proyección, que no predicción, hacia el porvenir es lo que aquí pretendo producir⁽¹⁰⁾. Se dirá que así lo que me apresto

⁽⁹⁾ Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *Independencia judicial y garantía de los derechos fundamentales*, en sus *Obras completas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, vol. III, pp. 2587-2630, trabajo de edición póstuma; párrafo de arranque. Con Tomás y Valiente como maestro inicié mi viaje de regreso de la historia al derecho aprendiendo a mirar y comprender, analizar y fiscalizar, el derecho desde la historia sin un ápice de la nostalgia que suele acompañar a este tipo de trayectos entre tiempos.

⁽¹⁰⁾ Timothy Garton ASH, *El presente como historia*, en « Claves de Razón Práctica », 102, 2000, pp. 22-26, que es introducción a la edición española de su *History of the Present: Essays, Sketches, and Dispatches from Europe in the 1990s*, Londres, Routledge, 1999; P. GROSSI, *El punto y la línea (Historia del derecho y derecho positivo en la formación del jurista de nuestro tiempo)*, en su *Derecho, Sociedad, Estado*, pp. 77-98, que fue lección de doctorado *honoris causa* en la Universidad de Sevilla, 1998. No sólo como miembro que he sido de una instancia de las NNUU, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas durante el trienio 2008-2010, sino también como observador y analista de actualidad jurídica (clavero.derechosindigenas.org), no me falta para la historia de presente del derecho internacional y su política el componente vivencial de testimonio

a hacer es discurso normativo, pero toda historiografía, cuánto más la del derecho, resulta normativa, dígame también moral, aunque no esté ciertamente entre sus costumbres la de asumir conciencia plena y reconocerlo con franqueza ⁽¹¹⁾. Hay más. Cuando en un momento de la vida se activa el interés por asuntos esenciales que además no son única o ni siquiera principalmente los intelectuales, pues la vida apura y porque asalta la sensación de no haberse aprovechado cabalmente, la obra propia de historia reclama no sólo más conciencia, sino también más normatividad, dígame también moralidad o incluso moralismo. Cuando la incertidumbre del futuro o la certidumbre de la finitud del tiempo personal agobian, la historia del presente apremia más todavía. El resto pareciera entonces que ni mereciera el nombre de historia, sino el de prehistoria, por no decir que el de arqueología. Quiere uno pensar que aferrarse a la historiografía para el abordaje de la actualidad no es una deformación profesional, sino el modo como se ha aprendido a alcanzar alguna comprensión de los puntos de presente situándolos en las líneas del tiempo en cuestión y así también localizando las limitaciones de la propia posición ⁽¹²⁾.

«periodístico» que T.G. Ash encarece. Lo digo también a los efectos de que a las fuentes que expresamente cito ha de añadirse mi corta experiencia en las NNUU.

⁽¹¹⁾ Para ejemplo de franqueza sobre temas bien sensibles (matrimonio entre personas del mismo sexo, crímenes motivados por odio de grupo, derecho racista por colonial o colonial por racista, costes de inclusión de la mujer en la ciudadanía masculina...), dejando de paso en evidencia la inconsciencia habitual, Amy Lucinda BRANDZEL, *Queering the Subject(s) of Citizenship: Beyond the Normative Citizen in Law and History*, trabajo de postgrado en la Universidad de Minnesota, 2006, disponible en google-books, con solo algún capítulo editado hasta el momento en revista (*Queering Citizenship? Same-Sex Marriage and the State*, en «GJQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies», 11-2, 2005, pp. 171-204).

⁽¹²⁾ Para conciencia aguda en situación extrema, Tony JUDT, *Ill Fares The Land: A Treatise On Our Present Discontents*, Londres, Allen Lane, 2011; *Thinking the Twentieth Century*, Londres, Allen Lane, 2012, libros póstumos de historia moral de presente, con propósito inequívocamente normativo, escrito el uno y ya dictado el otro, a Timothy Snyder, con urgencia cuando el acecho de una muerte prematura le incapacitaba. Judt ayuda a franquear conciencia a riesgo de dejar en evidencia las limitaciones de la propia localización cultural como académico finisecular de matriz europea, *mon semblable*. Por otra parte, Michel FOUCAULT, *La arqueología del saber* (1969), México, Siglo XXI (1970), 2010 (y su obra más historiográfica relacionada: *Naissance de la clinique*, 1963; *Surveiller et punir*, 1975...) enseña a leer sin las entrelíneas

Adopto un contrapunto que marca mi perspectiva, el contrapunto normativo de los derechos humanos naturalmente, pero concretando más. Tomo como referencia los derechos de los pueblos indígenas, un contrapunto que resulta incluso necesario, como podremos constatar, para la inteligencia de la historia que vamos a contemplar. En cuanto que derechos humanos, los derechos de los pueblos indígenas no difieren desde luego de los del resto de la humanidad, pero con una peculiaridad que les hace especialmente indicados al propósito de contraste con poderes transnacionales. Como no cuentan con Estado propio que ampare sus derechos en la práctica, dada esta razón de fondo aunque no suela así reconocerse, con lo que cuentan hoy en el orden internacional, desde hace poco, es con garantías específicas de sus derechos humanos, éstos los comunes, valga la insistencia para prevenir, ya de entrada, equívocos. Los pueblos indígenas no constituyen un poder global, pero son hoy una presencia global que puede asistir para movernos en el escenario, cuando no para bastante más. Con las garantías internacionales de los derechos de los pueblos indígenas como derechos comunes cabe decirse que los derechos humanos pueden comenzar a globalizarse ⁽¹³⁾.

La globalización de los derechos sólo es factible desde que las NNUU han corregido el rumbo extendiendo a las personas, las comunidades y los pueblos indígenas el derecho internacional de los derechos humanos que, por secuelas del colonialismo, no venía alcanzando a una humanidad sin amparo de Estado propio. Unos tiempos que entendemos como postconstitucionales, los nuestros, los de toda una historia de presente, tienen todavía un algo o quizás

de una localización hipotecada de cultura dominante, precisamente lo que me dispongo a aplicar al derecho internacional y a su doctrina operativa en el ámbito de las NNUU.

⁽¹³⁾ Patrick THORNBERRY, *Indigenous Peoples and Human Rights*, Manchester, Manchester University Press, 2002; S. James ANAYA, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2005; Alexandra XANTHAKI, *Indigenous Rights and United Nations Standards: Self-Determination, Culture and Land*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007. El panorama se ha modificado sensiblemente con posterioridad por virtud de la DDPI, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de septiembre de 2007, que veremos. En todo caso, esta literatura toma en cuenta el proyecto de la Declaración que en lo sustancial ya se correspondía con lo que sería el texto final.

bastante de coloniales ⁽¹⁴⁾. El caso indígena resulta más que piedra de toque. Se coloca en el corazón de las posibilidades mismas de un constitucionalismo global, pues sin derechos globales, esto es humanos, malamente podrá haberlo. Mas adelantemos sólo cuestiones, no conclusiones. Vamos sin más preámbulo al grano. Al final ataremos cabos o haré al menos el intento.

II. *Organizaciones mundiales y conocimientos tradicionales.*

II.1. *Una pizca de prehistoria.*

Sea sumaria. Tras el Convenio para la Protección de la Propiedad Industrial, 1883, y el de la Propiedad Intelectual, 1885, se puso en pie la primera organización internacional encargada de dichos menesteres, los de defensa de la propiedad intelectual en su sentido más amplio que integra conocimientos industriales y en general todo el que pudiera tener un valor comercial. No es tan sólo ni principalmente *copyright*, derecho de autor o autora. Se trataba de los *Bureaux Internationaux Réunis pour la Protection de la Propriété Intellectuelle*, las oficinas internacionales constituidas en 1893 bajo la fórmula de asociación en una sola Unión de otras previas entre Estados con radio más limitado y estructura menos estable de lo que ahora intentaba alcanzarse. Limitada y potencialmente inestable seguía siendo la organización resultante pues congregaba sólo a Estados que se reconocían y relacionaban entre sí con reserva de su soberanía en un mundo de domino colonial ejercido sobre una buena parte de la humanidad a la que los mismos, los Estados, no le concedían pie de igualdad alguno ⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁴⁾ Eve Darian-Smith y Peter Fitzpatrick (eds.), *Laws of the Postcolonial*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 2009; Vinayak Chaturvedi (ed.), *Mapping Subaltern Studies and the Postcolonial*, Londres, Verso, 2000; Marouf A. HASIAN, JR., *Colonial Legacies in Postcolonial Contexts: A Critical Rhetorical Examination of Legal Histories*, Nueva York, Peter Lang, 2002, de donde, p. 238, procede la segunda cita de encabezamiento.

⁽¹⁵⁾ El dato colonial prácticamente ha desaparecido de la visión convencional: Alexander STACK, *International Patent Law: Cooperation, Harmonization and an Institutional Analysis of WIPO and the WTO*, Cheltenham, Edward Elgar, 2011, pp. 65-96, que son de historia. WIPO: World Intellectual Property Organization, la Organización

Tal circunstancia repercute en la misma concretización de las categorías de bienes protegidos. Se trata no sólo de los propios, sino también solapadamente de bastantes ajenos, esto mediante la protección no sólo de la propiedad, sino también del poder colonial de acceso a los bienes y recursos de un resto amplio de la humanidad, por entonces una mayoría de la misma, para apropiación y explotación. Nada de esto, por supuesto, necesitaba que se especificase. Bastaba la reserva del derecho de admisión en el club de la organización bajo el principio de soberanía de los miembros, una soberanía no sólo metropolitana, sino también colonial, y mediante unas reglas de interestatalidad sustantiva, esto es de reciprocidad entre los Estados que implícitamente se reservaban los respectivos poderes sobre colonias o también sobre sectores internos de humanidad con patrimonio cultural distinto y propio. En este contexto marcado por un colonialismo que hipoteca fuertemente todo el terreno nace la organización internacional de protección de la propiedad intelectual en sentido abarcador ⁽¹⁶⁾.

Ahí que arrancamos en lo que puede considerarse una prehistoria, aunque la misma resulte que se sitúa en tiempos relativamente cercanos y que pudiera estar pesando todavía con severidad en la actualidad. Cuando, al cabo de unas cuantas décadas, la *World Intellectual Property Organization* u Oficina Mundial de la Propiedad Intelectual (WIPO u OMPI) que, procediendo en último término de aquellos *Bureaux* y guardando tracto, se formalizara en 1970, se integre en la constelación de las Naciones Unidas (NNUU) y así se constituya la actual agencia especializada suya, cuando esto acontece, los planteamientos de fondo no se revisan. A tales alturas, tras la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, y la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, 1960, esto es tras las adopción por NNUU de una política de descolonización que ahora, y no doce años antes, se entiende debida a imperativos del « derecho humano » de los pueblos « a la libre determinación », tras todo ello, podría esperarse

Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI); WTO: World Trade Organization, la Organización Mundial del Comercio (OMC).

⁽¹⁶⁾ Laurelyn WHITT, *Science, Colonialism, and Indigenous Peoples: The Cultural Politics of Law and Knowledge*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

otra cosa. Mas el caso es que la OMPI se integra en NNUU sin revisión de unas posiciones todavía procedentes de tiempos de colonialismo franco y pleno. Los derechos humanos, inclusive los de los pueblos como tales, parece que no tuvieran nada que ver con el asunto ⁽¹⁷⁾. Sé que se arrastra un largo debate sobre la posibilidad de derechos humanos de carácter colectivo, pero me estoy limitando en el caso a seguir el desarrollo habido por parte de NNUU ⁽¹⁸⁾.

Respecto a lo que aquí deba interesar, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, esta norma global, establece sucintamente que « toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente » (art. 19). Dispone asimismo que « toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten » y « derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora » (art. 27). ¿No falta algo? Falta el derecho humano a la propia cultura, a la cultura en la que la criatura humana se individualiza y socializa, un derecho que, de haberse registrado, hubiera sencillamente requerido el fin del colonialismo ⁽¹⁹⁾.

Sería, habría de ser, derecho a una cultura, cualquiera de las múltiples humanas, en la que por supuesto se contienen conocimien-

⁽¹⁷⁾ Laurence R. HELFER, y Graeme W. AUSTIN, *Human Rights and Intellectual Property: Mapping the Global Interface*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, aps. 1.4: « Historical Isolation of the Human Rights and Intellectual Property Regimes » y, para lo que sigue, 1.5: « Catalysts for the Expanding Intersection of the Human Rights and Intellectual Property Regimes ».

⁽¹⁸⁾ Para una significativa recapitación, Jack DONNELLY, *International Human Rights: Universal, Relative or Relatively Universal?*, en Mashood A. Baderin y Manisuli Ssenyonjo (eds.), *International Human Rights Law: Six Decades after the UDHR and Beyond*, Farnham, Ashgate, 2010, pp. 31-48. En la Fundación Coloquio Jurídico Europeo donde se han discutido estas páginas, su presidente, Ernesto Garzón Valdés, el acreditado pensador argentino (Miguel ÁLVAREZ, *La Filosofía del Derecho de Ernesto Garzón Valdés*, Madrid, Dykinson, 2008), manifestó su rotundo rechazo a la mera idea de derechos de carácter colectivo para el caso de los pueblos indígenas: « Ignoro qué son esos derechos ». Mi respuesta es la prueba del pudín, la de tenerlos en consideración como historia de presente, no como forma alguna de doctrina apriorística y desiderativa.

⁽¹⁹⁾ B. CLAVERO, *Multiculturalismo constitucional, con perdón, de veras y en frío*, en « Revista Internacional de Estudios Vascos », 47, 2002, pp. 35-62.

tos, empíricos o elaborados, sobre recursos específicos del propio medio potencialmente beneficiosos para todo el conjunto de la humanidad. El régimen internacional imperante sobre propiedad intelectual suponía la situación diametralmente contraria de apropiación y explotación de recursos y conocimientos propios y ajenos por una parte de la humanidad en su beneficio exclusivo. El derecho a la cultura propia fue rechazado de forma más franca en los debates sobre la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio que corrió en paralelo a los de la Declaración Universal (20). Posteriormente, en 1960, la Declaración sobre la Concesión de Independencia a los Países y Pueblos Coloniales reconoció ciertamente, como expresión de la libre determinación, el derecho a la cultura propia (art. 2), pero esto con el problema de aplicársele a poblaciones comprendidas dentro de fronteras establecidas por el colonialismo y no a los pueblos mismos, como ya con anterioridad había ocurrido, en grado superior, a lo ancho y largo de las Américas. La primera negación de libre determinación ha sido la de proyección de fronteras (21).

Esa era sustancialmente la situación en 1970, cuando la OMPI se convierte en agencia de NNUU. El reconocimiento en 1966 del derecho de las llamadas minorías a la cultura propia por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 27) no suponía cambio de fondo, pues su protección se encomendaba a los Estados, aun con cierta supervisión de NNUU, y además el Pacto no había recibido todavía las ratificaciones necesarias para entrar en vigor. En 1970 no había obstáculos sustanciales por parte de NNUU para la continuidad de un tracto colonial tras la descolonización. No existían en lo que toca a la propiedad intelectual en su sentido siempre

(20) Sigo acudiendo a la remisión a obra propia que por lo menos puede aquí ahorrarnos espacio y tiempo: B. CLAVERO, *Genocide or Ethnocide, 1933-2007: How to Make, Unmake and Remake Law with Words*, Milán, Giuffrè, 2008.

(21) Vrushali PATIL, *Negotiating Decolonization in the United Nations: Politics of Space, Identity, and International Community*, Nueva York, Routledge, 2008. Para América, dejándose una situación aún más lesiva para los pueblos precedentes al colonialismo, los realmente sometidos al mismo, B. CLAVERO, *Tratados con otros pueblos y derechos de otras gentes en la constitución de Estados por América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

más lato (22). Podía con todo seguir manteniéndose y desarrollándose un régimen internacional de la propiedad intelectual no gestado precisamente con miras a la protección de derechos no apropiables por individuos ni por Estados ni por personas jurídicas como las empresas (23).

Conviene ilustrar cómo precisamente a través de un régimen de protección de propiedad la expropiación, una expropiación realmente sistemática y masiva, podía operar. Baste el ejemplo de las especies vegetales con virtudes terapéuticas, el de estos concretos recursos genéticos. El régimen de patentes y registros internacional y estatal no reconocía el conocimiento empírico sobre virtudes terapéuticas de especies vegetales por parte de comunidades como un bien inscribible y protegible, sino tan sólo el principio activo extraído en laboratorio. La investigación antropológica financiada por los correspondientes intereses accedía al conocimiento empírico, la empresa farmacéutica se lo apropiaba sin dificultades al identificar el principio activo para embarcarse en su explotación no en beneficio exactamente de la humanidad entera y, aún menos, del sector cuyo conocimiento empírico así se expropiaba. Es la práctica a la que ahora con plena razón se le llama en su alcance más general *bicolonialismo* o también, más expresivamente todavía, *biopiratería global* (24).

(22) Para esto y lo que sigue de inmediato, B. CLAVERO, *Cláusula colonial en el derecho internacional y alguna otra contrariedad para la historia de los derechos humanos*, en estos « Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno », 40, 2011, pp. 1061-1098.

(23) A. XANTHAKI, *Indigenous Rights and United Nations Standards*, pp. 217-221.

(24) Ikechi MGBEOJI, *Global Biopiracy: Patents, Plants, and Indigenous Knowledge*, Ithaca, Cornell University Press, 2006; David LEA, *Property Rights, Indigenous Peoples and the Development World: Issues from Aboriginal Entitlement to Intellectual Ownership Rights*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008; Marceline Tonye MAHOP, *Intellectual Property, Community Rights and Human Rights: The Biological and Genetic Resources of Developing Countries*, Nueva York, Routledge, 2010; Tobias KIENE, *The Legal Protection of Traditional Knowledge in the Pharmaceutical Field: An Intercultural Problem in the International Agenda*, Münster, Waxman, 2011; Kelly BANISTER, Maui SOLOMON y Conrad G. BRUNK, *Appropriation of Traditional Knowledge: Ethics in the Context of Ethnobiology*, en James O. Young y C.G. Brunk (eds.), *The Ethics of Cultural Appropriation*, Chichester, Blackwell, 2012, pp. 140-171.

II.2. *La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual entre la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y la Organización Mundial del Comercio.*

Por aquellos años de la limitada descolonización presidida por NNUU, Estados procedentes de la misma se incorporan a la organización internacional y a sus agencias, también a sus agencias, con toda la experiencia acumulada de padecimiento de colonialismo no sólo directamente político, social, económico y cultural, sino también mediante mecanismos menos francos como el del régimen de propiedad intelectual representado por la OMPI. Un primer remedio se muestra, más que insuficiente, insidioso. Que los Estados nuevos se incorporasen en pie de igualdad a organizaciones de Estados viejos manteniéndose las reglas ya establecidas no resolvía el problema, para los primeros, ni atajaba el negocio, para los segundos, de la sistemática expropiación de conocimiento y recursos mediante el régimen internacional de propiedad intelectual imperante.

En esta tesitura, frente a las previsiones de su integración en la constelación de agencias de NNUU, la OMPI se convirtió en el foro al que ese problema se trajo y en el que el negocio se cuestionó. Los Estados nuevos defendían derechos propios y, en casos también, bastante más desigualmente, derechos de pueblos comprendidos dentro de sus fronteras. Por lo que depara el futuro de entonces, presente de hoy, tampoco olvidemos que los Estados surgidos de la descolonización no se identifican exactamente con pueblos en singular. Multitud de pueblos que no forman por sí Estados y que por regla general no se encuentran reconocidos como tales pueblos por los Estados establecidos tienen patrimonio propio de conocimientos, empíricos o elaborados, que pueden beneficiar por supuesto a toda la humanidad. No tenían dichos pueblos por entonces, hacia 1970, presencia alguna en el orden internacional ⁽²⁵⁾.

Desde finales de los años setenta la OMPI encontró la simpatía

⁽²⁵⁾ Para todo esto y lo que viene a continuación, sigue interesando lo ya citado, especialmente L. WHITT, *Science, Colonialism, and Indigenous Peoples*, y M.T. МАНОР, *Intellectual Property, Community Rights and Human Rights*.

y colaboración de alguna otra agencia de NNUU respecto a la puesta en cuestión, bien que todavía bastante tímida, del régimen internacional de propiedad intelectual. Fue sobre todo el caso precisamente de la Organización de las NNUU para la Educación, la Ciencia y la Cultura, la UNESCO. Se adopta por ambas, por ésta y por la OMPI, el concepto de *folclore* para el patrimonio de sectores humanos con cultura propia y sin Estado propio confiándosele a los Estados existentes su protección. Así se acuerdan por estas dos agencias en 1982 unas *Model Provisions for National Laws on the Protection of Expressions of Folklore against Illicit Exploitation and Other Prejudicial Actions* o Disposiciones-Tipo para leyes nacionales sobre la protección de las expresiones del folclore contra la explotación ilícita y otras acciones lesivas, en forma de recomendación dirigida a los Estados. Tímidamente y todo, era el comienzo de un efectivo cuestionamiento de las fronteras impuestas por unos principios de reciprocidad interestatal en el reconocimiento y garantía de la propiedad intelectual, principios de una interestatalidad ya notablemente ensanchada pero distando muchísimo de cubrir la totalidad de sujetos colectivos con cultura propia y funcionando además sobre supuestos de valor económico y explotación comercial u otro provecho relictivo de la propiedad inscrita. El *folclore* desbordaba este escenario. Tanto la OMPI como la UNESCO siguieron comprometiéndose conjuntamente y por separado en esta otra dirección ⁽²⁶⁾.

Los Estados que venían dominando en el orden internacional antes de la descolonización impulsada por NNUU, encabezados ahora por los Estados Unidos, reaccionaron ante la conversión de la OMPI y la UNESCO en foros donde se discutían cosas tan sensibles como el régimen de protección internacional de propiedad intelectual, industrial, comercial y demás. Esos Estados deciden llevarse el asunto a otra instancia internacional, la del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (AGAC) o *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT), que había sido constituida en 1947 al margen de NNUU e incluso en su contra, pues así se evitó que las mismas

⁽²⁶⁾ Sobre la evolución ulterior de la UNESCO al respecto, Laurajane Smith y Natsuko Akagawa (eds.), *Intangible Heritage*, Nueva York, Routledge, 2009. Para información actualizada en el sitio de la propia agencia: www.unesco.org/new/es/natural-sciences/priority-areas/links.

tuvieran una Organización Internacional del Comercio propia, y que en 1995 se convertiría en la Organización Mundial del Comercio (OMC) o *World Trade Organization* (WTO) acentuando su empeño por comprometer a todos los Estados en la elevación del mercado por sí mismo a especie de bien jurídico global por encima de la globalización misma de los derechos humanos promovida por NNUU. El comercio es lo que generaría un mundo en libertad. *Free Trade, Free World: comercio libre, mundo libre* (27).

En las vísperas de este relanzamiento, se adopta por la inminente OMC un instrumento que venía gestándose desde 1986, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) o *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS) a fin de dar continuidad al régimen internacional que estaba poniéndose en cuestión por la OMPI y por la UNESCO. Naturalmente propiedad intelectual va siempre y ahora sobre todo en el sentido comprensivo de aquella de valor industrial o comercial. Es el régimen que seguía suponiendo la expropiación sistemática de conocimientos, prácticas, constructos y artefactos, de patrimonio en suma, de sujetos colectivos con culturas propias y sin Estado propio (28).

La OMPI y la UNESCO proseguían con cuestionamientos y con averiguaciones. Durante la década de los noventa organizaron misiones exploratorias por diversas latitudes para hacerse con información sobre culturas expuestas, dadas las insuficiencias de cober-

(27) Thomas W. ZEITLER, *Free Trade, Free World: The Advent of GATT*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 1999. Aun sin destacar el tracto de adicción y dependencia, Andrew CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 161-177. Para visión histórica satisfecha que más se cultiva, John H. BARTON, Judith L. GOLDSTEIN, Timothy E. JOSLING y Richard H. STEINBERG, *The Evolution of the Trade Regime: Politics, Law, and Economics of the GATT and the WTO*, Princeton, Princeton University Press, 2006. Para ilustración de la incidencia de la OMC en un sector concreto, James WILEY, *The Banana: Empires, Trade Wars, and Globalization*, Lincoln, University of Nebraska Press, 2008.

(28) El contexto del debate en dichas agencias de NNUU y el problema mismo, esto es lo que aquí importa, se tiende a eludir a conveniencia: Charles CLIFT, *Why IPR issues were brought to GATT: a historical perspective on the origins of TRIPS*, en Carlos M. Correa (ed.), *Research Handbook on the Protection of Intellectual Property under WTO Rules*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010, vol. I, pp. 3-21. IPR: Intellectual Property Rights, los derechos de propiedad intelectual en su sentido amplio.

tura del régimen internacional de la propiedad intelectual en su sentido siempre más general. Al tiempo y con ello van estallando las costuras de la categoría de folclore y cobrando pujanza otras como la formada por el tándem de conocimientos tradicionales y recursos genéticos, *traditional knowledge/genetic resources* (TK/GRs). He aquí una pareja, a primera vista extraña, hoy muy presente en el ámbito del derecho internacional ⁽²⁹⁾. En la OMPI es donde se produce el apareamiento.

En el año 2000, en el seno de la OMPI se constituye un órgano deliberativo y propositivo, el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore, *Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore* (IGC-GRTKF) ⁽³⁰⁾. Es intergubernamental, compuesto por delegados de Estados, pero muy abierto desde un comienzo a organizaciones interesadas, inclusive las indígenas, esto es las de gentes con culturas propias en territorios propios sin acceso a la constitución de Estados pese a la descolonización habida y que recurren a la acción internacional por la falta de confianza en los respectivos Estados para proteger sus conocimientos y recursos. Entre las instancias de NNUU, es en este foro donde se ha producido una incisiva elaboración de la problemática, comprendida la definición de la categoría de conocimiento tradicional, no ciertamente por el desvelo de las delegaciones de Estados, sino por la aportación de organizaciones indígenas, de misiones sobre el terreno y de algún personal profesional del propio IGC ⁽³¹⁾.

⁽²⁹⁾ Graham DUTFIELD, *Intellectual Property, Biogenetic Resources and Traditional Knowledge*, Sterling, Earthscan, 2004; *Intellectual Property Rights and the Life Science Industries: Past, Present and Future*, edición actualizada, Londres, World Scientific, 2009. Ante la primera edición se le achacaron al autor prejuicios antiempresariales: Philip W. GRUBB, *A patently negative view of industry*, en «Nature Biotechnology», núm. 21-12, 2003, pp. 1439-1440. Que el prejuicio acuse de prejuicio suele ocurrir y así ocurrirá con estas páginas, las mías. Ya los he recibido durante mi trabajo en las NNUU.

⁽³⁰⁾ www.wipo.int/tk/es/index.html es el sitio del IGC-GRTKF.

⁽³¹⁾ Silke von Lewinski (ed.), *Indigenous Heritage and Traditional Knowledge: Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2008.

II.3. *Conocimiento tradicional según el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclore.*

En dicho año, el 2000, al acordarse la formación del IGC, se le hace expresamente el encargo de aclarar las categorías mismas que le prestan nombre, las de *recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclore*. Luego, en 2009, se le añadirá el encargo de preparar un proyecto o una serie de proyectos de instrumentos internacionales para asegurar la protección efectiva de GRs/TK/TCEs, *traditional knowledge, genetic resources, traditional cultural expressions*, « RRGG, los CCTT y las ECT », los recursos genéticos, conocimientos tradicionales, expresiones culturales tradicionales, pero aquí ante todo nos interesa la dimensión categorial. ¿A qué viene la categoría de *conocimientos tradicionales* y por qué aparece vinculada a los recursos genéticos? La respuesta más elaborada la ofrece la Secretaría del IGC en sus informes sobre *Cuestiones relativas a la propiedad intelectual y los recursos genéticos, los conocimientos tradicionales y el folclore*, particularmente en el de 2002 acerca de *Los conocimientos tradicionales: definiciones y términos*. Acudamos a su lectura ⁽³²⁾.

De entrada se nos dice que la categoría de conocimientos tradicionales hace referencia a « las obras literarias, artísticas o científicas basadas en la tradición; así como las interpretaciones o ejecuciones; invenciones, descubrimientos científicos; dibujos o modelos; marcas, nombres y símbolos; información no divulgada; y todas las demás innovaciones y creaciones basadas en la tradición que procedan de la propiedad intelectual en el ámbito industrial, científico, literario o artístico ». Sin embargo, lo del carácter *tradicional* debe enseguida comenzar a matizarse: « La expresión *basadas en la tradición* se refiere a los sistemas de conocimientos, las creaciones, innovaciones y expresiones culturales que se han transmitido generalmente de generación en generación; se considera general-

⁽³²⁾ www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_3/wipo_grtkf_ic_3_9.doc. Aparte artículos de normas, que se registran en el propio texto, no cito el lugar concreto de los pasajes reproducidos porque se buscan y hallan con facilidad en las ediciones de sitios oficiales u oficiosos de Internet a las que se remite.

mente que pertenecen a un pueblo en particular o a su territorio y evolucionan constantemente en respuesta a los cambios que se producen en su entorno ». El doble uso del adverbio *generalmente* ya está insinuando que no siempre la *tradición* es tradición, por lo que esta característica no puede ser la definitiva o exclusivamente definitoria. Lo que acto seguido se añade ha de resultar más decisivo. Se trata de conocimientos *que pertenecen a un pueblo en particular*, a un pueblo se sobrentiende que no constituye Estado. Como pertenencia viva de pueblos, los conocimientos dicho tradicionales *evolucionan constantemente* y se actualizan.

El documento de la Secretaría del IGC identifica conocimientos tradicionales: « los conocimientos agrícolas, los conocimientos científicos, los conocimientos técnicos, los conocimientos ecológicos, los conocimientos medicinales, incluidas las medicinas y los remedios conexos; los conocimientos relacionados con la diversidad biológica ». Son conocimientos empíricos de valor *científico* o *técnico* en general y desde luego, ante todo, para el propio pueblo. Entre conocimientos *agrícolas, ecológicos, medicinales y relacionados con la diversidad biológica*, ya tenemos indudablemente *recursos genéticos* como objeto de las pertenencias culturales de los pueblos sin Estado. Dentro de los conocimientos dichos tradicionales también se sitúa ahora el *folclore* « en forma de música, baile, canción, artesanía, dibujos y modelos, cuentos y obras de arte ». La categoría que quiso ser comprensiva, ahora ha de reconocerse que representa un elemento más de otra más bastante amplia. Hay todavía otros: « elementos de los idiomas », como los nombres de personas y de sitios, símbolos y otros bienes culturales, comprendidos los muebles o más tangibles. « Quedarían excluidos de esta descripción de los conocimientos tradicionales los elementos que no se deriven de la actividad intelectual en el ámbito industrial, científico, literario o artístico, como los restos humanos, los idiomas en general y otros elementos similares del *patrimonio* en un sentido amplio ». La categoría de *conocimientos tradicionales* no se confunde con la de *patrimonio intangible* que estaba al tiempo elaborándose en el seno de la UNESCO ⁽³³⁾.

⁽³³⁾ En una literatura de abundancia creciente, baste con reiterar la remisión a L. Smith y N. Akagawa (eds.), *Intangible Heritage*.

Conforme avanza el informe, la característica definitoria de los conocimientos tradicionales deriva, desde su formación mediante tradición, a la pertenencia de pueblo: « Otra característica de los conocimientos tradicionales es el sentido de identidad que confieren a la comunidad. Los conocimientos tradicionales son para sus titulares un medio de identificación cultural, de manera tal que su preservación e integridad se vinculan con la preservación de las distintas culturas *per se* ». Se apunta entonces la posibilidad de que la definición misma se replantee en la dirección que reclaman las gentes afectadas: « Una definición de conocimientos tradicionales podría incluir asimismo un elemento que respondiera al derecho reivindicado por los grupos indígenas, las comunidades locales y otros titulares de conocimientos tradicionales, de determinar por sí mismos lo que constituyen sus propios conocimientos, innovaciones, y prácticas, y el modo en que deben definirse ». Se trata de patrimonio cultural de colectivos humanos, por lo que el entendimiento de éstos mismos no debiera soslayarse. Es derecho suyo, aunque haya dificultad para definirlo en las categorías dadas del orden internacional y de los Estados: « Si bien existe una resistencia a la noción de *titularidad* como tal, particularmente si es considerada como titularidad individual o privada, puede existir un sentido de conexión que incluya la titularidad comunitaria o colectiva, y la responsabilidad en relación con la protección y la custodia ». Por experiencia propia, esto es por conocimiento tradicional, los colectivos afectados en general rechazan que los Estados estén en condiciones de hacerse cargo de esa custodia y esa protección ⁽³⁴⁾.

Respecto a la cuestión tan problemática como decisiva de lo que se llama *titularidad*, la propuesta del informe es más bien elusiva: « La relación puede expresarse por medio de una identidad comunitaria que contribuye a definir la tradición en la que se generan y transmiten los conocimientos ». ¿Qué es la *identidad comunitaria* en términos operativos de reconocimiento, garantía y ejercicio de derechos? ¿En qué queda un concepto de *tradición* que

⁽³⁴⁾ Conocimiento tradicional y todo, no es un entendimiento en exclusiva: James C. SCOTT, *Seeing like a State: How Certain Schemes to Improve the Human Condition Have Failed*, New Haven, Yale University Press, 1998, quien en todo caso lo ha aprendido de pueblos indígenas del Sudeste de Asia.

dicho sujeto comunitario puede *definir*? Y la *generación y transmisión* de *conocimientos*, ¿cómo se reconoce, garantiza y ejerce? Los interrogantes intentan concretarse a los efectos prácticos de la protección internacional cualquiera que pudieran ser las respuestas teóricas. La situación dada no convence por el papel decisivo que le sigue confiriendo a los Estados: «La tendencia ha consistido en dejar en manos de las autoridades nacionales la determinación específica de los límites de la materia objeto de protección y que la terminología en el plano internacional se utilice principalmente para expresar una tendencia común en materia de política», no, cabe añadirse, en el campo del reconocimiento y la garantías de derechos, como si NNUU no se hubiera a estas alturas acreditado en dicho terreno. Intenta también el informe definir criterios posibles de la *tendencia común en materia política*, pero éstos no salen de la imprecisión ⁽³⁵⁾. En todo caso, la categoría de *conocimientos tradicionales* la tenemos.

II.4. *Del Convenio sobre la Diversidad Biológica a la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.*

La OMPI no es el único espacio del orden internacional donde el asunto se trata. Tampoco lo es el trío desigual que forma al efecto con la UNESCO favorable y la OMC adversa. Ocurre en bastantes foros desde los años ochenta del siglo pasado, y esto tampoco porque de parte de los Estados constituyentes de NNUU vinieran iniciativas, sino por la presión constante de representantes indígenas ante cuantas instancias internacionales puedan entender de sus reclamaciones.

Desde dicha década, a partir de la creación de un ya extinto Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas para asesorar a la también ya desaparecida Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, se ha desarrollado una presencia creciente de organizaciones indígenas ante los foros internacionales

⁽³⁵⁾ Más interesante a estos efectos resulta que reúna información sobre las medidas tomadas por los Estados hasta el momento: *Los conocimientos tradicionales: definiciones y términos*, Anexo II. Para normas de Estados más al día: www.wipo.int/tk/en/laws/tk.html.

e incluso dentro de ellos, como sea el caso del Foro Permanente del Consejo Económico y Social para las Cuestiones Indígenas o del Mecanismo de Expertos del Consejo de Derechos Humanos sobre Derechos de los Pueblos Indígenas. Uno de los temas que así se han hecho vivos globalmente es el de las deficiencias del orden internacional sobre propiedad intelectual en su más amplio sentido a los efectos de garantía de los derechos de los pueblos indígenas y similares sobre su propia cultura, inclusive conocimientos que pudieran ser beneficiosos para la humanidad toda. Aunque las tendencias doctrinales todavía dominantes en el derecho internacional o también, por cuanto le afecta, en el constitucionalismo pretendan ignorarlo, desde los años noventa se viene produciendo un replanteamiento significativo de la posición jurídica de dichos pueblos en un escenario que sigue siendo de Estados ⁽³⁶⁾.

No es necesario que hagamos una visita a todos los foros internacionales donde cuestionamientos y propuestas de parte indígena se han hecho presentes interesando a la cuestión de la propiedad intelectual. Voy a ir directamente de un momento todavía bastante anclado en el pasado a otro que abre nuevas perspectivas de futuro. Me refiero, en primero lugar, al Convenio sobre la Diversidad Biológica, *Convention on Biological Diversity*, que se acordara en Río de Janeiro en 1992 (CDB o CBD) y, en segundo lugar, a la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, *Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, que se adoptara en Nueva York, por la Asamblea General de las NNUU, en 2007 (DDPI o DRIP). Por medio existen, interesando de diversa forma a la propiedad intelectual de conocimientos tradicionales, convenios y recomendaciones de la UNESCO, propuestas en la OMC, directrices de la Organización Mundial de la Salud (OMS o WHO), algún convenio de la Organización para la Alimentación y la Agricultura (FAO)...; de poco antes, de 1989, procede un convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT o ILO) que igualmen-

⁽³⁶⁾ Las principales referencias ya están también citadas: P. THORNBERRY, *Indigenous Peoples and Human Rights*; S.J. ANAYA, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*; A. XANTHAKI, *Indigenous Rights and United Nations Standards*.

te le interesa ⁽³⁷⁾. Todo ello es por supuesto relevante, pero creo que puede bastarnos con ese par de miradas, una al pasado que es presente, la que se encierra en el CDB, y otra al futuro que debiera ser actualidad, la que augura la DDPI. Comencemos por el planteamiento del CDB acerca de TK/GRs, de los conocimientos tradicionales en su relación con los recursos genéticos con todo su valor para la humanidad y potencial para el mercado ⁽³⁸⁾.

El CDB se muestra de entrada apreciativo del papel de los colectivos indígenas en la conservación y custodia de la biodiversidad con todos los conocimientos y recursos que ello pueda deparar a la humanidad: «Las Partes Contratantes (...) Reconociendo la estrecha y tradicional dependencia de muchas comunidades locales y poblaciones indígenas que tienen sistemas de vida tradicionales basados en los recursos biológicos, y la conveniencia de compartir equitativamente los beneficios que se derivan de la utilización de los conocimientos tradicionales, las innovaciones y las prácticas pertinentes para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes », proceden. Lo hacen al respecto sobre dicha base que considera los *conocimientos tradicionales* sobre unos *recursos biológicos* como un valor cuyos *beneficios* se deben *compartir equitativamente* por parte de las *comunidades locales* y las *poblaciones indígenas* que los poseen. Tal participación con el conjunto de la humanidad se contempla y regula en el cuerpo del CBD de esta guisa: «Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda, (...) con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovacio-

⁽³⁷⁾ www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/E.C.19.2010.9%20ES.pdf, un índice de referencias, aun no exhaustivo, para un trabajo en curso del Foro Permanente de las NNUU para las Cuestiones Indígenas: *Estudio sobre los pueblos indígenas y las empresas*. De interés por sí y para todo el contexto, LUÍS RODRÍGUEZ PIÑERO, *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law: The ILO Regime, 1919-1989*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

⁽³⁸⁾ Miranda A. Schreurs y Elisabeth C. Economy (eds.), *The Internationalization of Environmental Protection*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997; Philippe G. Le Prestre (ed.), *Governing Global Biodiversity: The Evolution and Implementation of the Convention on Biological Diversity*, Aldershot, Ashgate, 2002; E.N. Anderson, Deborah M. Pearsall, Eugene S. Hunn y Nancy J. Turner (eds.), *Ethnobiology*, Hoboken, Wiley-Blackwell, 2011.

nes y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente» (CDB, preámbulo y art. 8j) ⁽³⁹⁾.

En ningún momento se reconoce derecho alguno en sentido estricto a los grupos humanos que tienen conocimiento y manejo de los recursos biológicos del caso. Es en cambio el Estado quien ve ratificada su competencia de disposición tanto normativa como económica, ahora, de ratificar el Convenio, con el compromiso internacional, *en la medida de lo posible y según proceda*, de contar con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas y de procurar que estos sujetos colectivos, los que se dicen *indígenas y locales*, participen *equitativamente* de los *beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas*. Al escenario tradicional de un orden de concurrencia de Estados reservándose soberanía y poderes se añaden así, no reconocimiento y garantía de derechos, sino compromisos un tanto laxos para contrarrestarse los efectos de expropiación sistemática de *comunidades* humanas con cultura propia y sin Estado propio o ni siquiera, que el CDB contemple, algún régimen internacionalmente garantizado de autogobierno que capacite a las respectivas *comunidades* para la defensa de derechos propios y la representación de los propios intereses. Ni derecho comunitario de dominio ni algún derecho político se reconocen. En el foro periódico de las Conferencias de las Partes del CDB se ha desarrollado un fuerte cabildeo indígena que vigila las previsiones del artículo 8j, pero los planteamientos de derecho o de carencia del mismo son los dichos. El CDB no se enmienda ⁽⁴⁰⁾. Su último desarrollo, el Protocolo sobre el Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de

⁽³⁹⁾ www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf.

⁽⁴⁰⁾ Natalie P. Stoianoff (ed.), *Accessing Biological Resources: Complying with the Convention on Biological Resources*, La Haya, Kluwer Law International, 2004.

su Utilización de 2010, pone el acento más en lo primero, en « asegurar que se acceda a los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos », que en lo segundo, en la justicia y la equidad que ante todo requieren consentimiento indígena (art. 7) ⁽⁴¹⁾.

Entre los instrumentos internacionales, un planteamiento muy distinto encontramos al cabo de tres lustros del CDB, en 2007, gracias a la DDPI. Su texto se ha venido negociando en diversas instancias de NNUU durante más de dos décadas con representantes indígenas, lo cual redundará claramente en el resultado ⁽⁴²⁾. La DDPI reconoce ante todo el derecho de *los pueblos indígenas* al autogobierno como expresión de un derecho a la *libre determinación* respecto a los asuntos propios (arts. 3 y 4). A esto se añade que, para aquellos que les trascienden y les afectan, el Estado regularmente, y sobre todo en algunos casos como los tocantes a recursos, ha de contar con el *consentimiento, libre, previo e informado* de dichos pueblos (arts. 10, 11, 19, 28, 29 y 32). La DDPI tiene además para NNUU y para los Estados, según sus propios términos, un valor normativo en grado desconocido por otros instrumentos internacionales que reciben la denominación de *declaración*: « Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración »; « Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, en particular a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por su eficacia » (arts. 38 y 42). Es un rasgo notable que se explica por la participación indígena a todo lo largo del proceso de debate y acuerdo ⁽⁴³⁾.

⁽⁴¹⁾ www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-es.pdf.

⁽⁴²⁾ www2.obchr.org/spanish/law/index.htm, sitio de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos donde puede encontrarse la DDPI junto a los principales instrumentos internacionales de los derechos humanos, aun con la particularidad sintomática de catalogarse en compañía de los *Derechos de las Minorías* y no en la sección del *Derecho a la Libre Determinación*.

⁽⁴³⁾ Augusto WILLEMSSEN-DÍAZ, *Cómo llegaron los derechos de los pueblos indígenas a la ONU*, y Asbjørn EIDE, *Los pueblos indígenas, el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas y la adopción de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, en Claire Charters y Rodolfo Stavenhagen (eds.), *El Desafío de la*

Entre los derechos de los pueblos indígenas registrados en la DDPI figura por supuesto, visto lo dicho, el referente a propiedad intelectual. El asunto hace acto de presencia desde el preámbulo: « La Asamblea General (...) Considerando que el respeto de los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas contribuye al desarrollo sostenible y equitativo y a la ordenación adecuada del medio ambiente » declara en su cuerpo articulado que « Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales », por todo lo cual « conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos » (art. 31). Ya no se trata de un compromiso laxo, sino de una obligación estricta para los Estados dado que ahora de lo que se parte es del reconocimiento expreso del derecho de *propiedad intelectual* sobre *conocimientos tradicionales y recursos genéticos*, comprendidos los humanos (44).

Declaración. Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas, Copenhague, IWGIA, 2010, pp. 16-32 y 34-49 respectivamente.

(44) Esta especificación se explica más inmediatamente porque en los años noventa se intentó desarrollar, con financiación estadounidense, un llamado Proyecto sobre la Diversidad del Genoma Humano con previsiones de extracción masiva de sangre indígena sin información ni consentimiento, sobre supuestos racistas de presumir su inevitable extinción y sin excluir la posibilidad de comercialización de resultados por vía de empresas farmacéuticas: M.A. HASIAN, Jr., *Colonial Legacies in Postcolonial Contexts*, cap. 8: « Who Speaks for Colonial Futures?: Genetic Dreams and the Legalties of the Other Human Genome Project »; el mismo, *Transnational Genome Debates and the Return of Eugenics*, en Mehdi Semati (ed.), *New Frontiers in International Communication Theory*, Lanham, Rowman and Littlefield, 2004, pp. 263-278; L. WHITT, *Science, Colonialism, and Indigenous Peoples*, parte II: « The Human Genome

La forma de llevar a la práctica tal reconocimiento en el ámbito internacional se encuentra en buena parte ya en manos de agencias especializadas de las NNUU, sobre todo si los Estados, como resulta usual, no lo asumen por sí mismos. El reto principal se le plantea a la OMPI, que habría además de recuperar competencias sustraídas por la OMC y, pues también es el caso, por el CDB. El encargo de preparar instrumentos internacionales para la protección de GRs/TK/TCEs, recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales, con la revisión a fondo del régimen internacional de la propiedad internacional que habría de implicar, ya se encuentra encomendado en el seno de la OMPI al IGC, como está dicho ⁽⁴⁵⁾. De parte indígena se ha fijado muy claramente la postura de no aceptar ningún instrumento que no parta del reconocimiento de los derechos de los pueblos y de la necesidad de *consentimiento libre, previo e informado* para el acceso a sus recursos. El rechazo del modelo CDB es inequívoco por parte indígena: « El (o los) instrumento(s) legal(es) internacional(es) no podrá(n) declarar ni de ninguna otra forma dar a entender que los Estados miembros de la OMPI sean titulares o beneficiarios de la utilización de los conocimientos tradicionales, expresiones culturales tradicionales y recursos genéticos » ⁽⁴⁶⁾.

A tenor del valor normativo de la DDPI con su efectivo requerimiento de *consentimiento libre, previo e informado*, debería adoptársele como base, pero no se está procediendo así en la OMPI

Diversity Project: A Case Study». En medios indígenas es conocido como *Proyecto Vampiro*.

⁽⁴⁵⁾ www.wipo.int/export/sites/www/tk/es/documents/pdf/decision_assemblies_2011.pdf es la renovación del mandato del IGC para el bienio presupuestario 2012-2013 con la indicación de que prosiga los trabajos para « la consecución de un acuerdo sobre el texto de un instrumento (o instrumentos) de carácter jurídico y de nivel internacional que aseguren la protección efectiva de los RRG, los CCTT y las ECT ». Para los textos en debate, www.wipo.int/tk/en/consultations/draft_provisions/draft_provisions.html.

⁽⁴⁶⁾ www.coica.org.ec/sp/noticias/dnoticias.php?id=162: *Declaración de los Pueblos Indígenas al 18º Comité Intergubernamental*, 2011, principio quinto, en el sitio de la Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica. El documento no lo encuentro en el sitio de la OMPI.

por parte de su IGC. Las agencias de NNUU se resisten en general a atenerse al mandato contenido en el citado artículo 42 de la DDPI. Algunas, como la OMC y el Banco Mundial o *World Bank* (WB) ⁽⁴⁷⁾, lo que promueven es cierta extensión del régimen dado de la propiedad intelectual a los conocimientos que se dicen tradicionales, posibilitando así su participación global, sin enfrentarse con el problema de su inadecuación por la identidad que le prestan a pueblos determinados, ni con el de la resistencia de éstos, no tanto a que se compartan, como a que la globalización implique explotación comercial y, por ende, privatización aun compartiéndose beneficios. Naturalmente que existen grupos dispuestos ⁽⁴⁸⁾, pero esto no representa la posición general, como se refleja, sin ir más lejos, en la DDPI. El reto actual para las propias NNUU es el de reducir la ancha brecha de su inejecución, una brecha mantenida abierta por resistencia no sólo de los Estados y de las empresas, sino también del propio orden internacional como estamos constatando ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁷⁾ J. Michael Finger y Philip Schuler (eds.), *Poor Peoples' Knowledge: Promoting Intellectual Property in Developing Countries*, Nueva York, Oxford University Press–World Bank, 2004.

⁽⁴⁸⁾ John L. y Jane COMAROFF, *Ethnicity, Inc.*, Chicago, University of Chicago Press, 2009.

⁽⁴⁹⁾ Lorie GRAHAM y Stephen M. MCJOHN, *Indigenous Peoples and Intellectual Property*, en «Washington University Journal of Law and Policy», 19, 2005, pp. 313-337, citando a G. Dutfield para poner el dedo en la llaga: «It seems highly unlikely that a new framework to protect TK will be inserted into TRIPS [WTO Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights] anytime soon. And since the United States is determined to prevent a WIPO convention on TK that could then be incorporated in TRIPS, this is unlikely to happen even in the more distant future» (p. 327), esto es que los Estados Unidos, a través de la OMC, parece que seguirán prevaleciendo al respecto sobre las NNUU. Por la fecha, no manejan la DDPI, sino un proyecto avanzado cuyo texto, a lo que nos interesa, ya era prácticamente el actual. *Brecha de implementación*, la de inejecución, es una expresión que se ha generalizado en las NNUU como si el problema sólo ahora consistiera en la aplicación del derecho ya existente, sobre todo tras la DDPI, y no los hubiera tan de fondo como los que estamos viendo. A esta perspectiva responden los volúmenes inmediatos que se le han dedicado, como, con mi participación, C. Charters y R Stavenhagen (eds.), *El Desafío de la Declaración*.

II.5. *Primeras reflexiones interlocutorias: Bienes globales y conocimientos tradicionales.*

En un planeta depredado, con mengua galopante de recursos, la existencia remanente de importantes espacios de diversidad biológica y natural constituye un precioso tesoro para la supervivencia digna y próspera de la humanidad. Es una riqueza cuyo valor se redobla por la razón de que en esos espacios no sólo existe bio y otra naturodiversidad, valga esta segunda expresión por añadir recursos minerales y energéticos, sino que también hay diversidad cultural, conocimiento y manejo humanos del conjunto y de buena parte de los elementos de la diversidad ⁽⁵⁰⁾. Es el conocimiento y el manejo que se dicen indígenas o también tradicionales por provenir generalmente de una larga experiencia de vida colectiva en el respectivo medio naturodiverso. Constituye una ciencia empírica de inestimable valor, constante para quienes la poseen y potencial para la humanidad toda.

Hay posiciones que pretenden convertir esa ciencia en bienes globales o *global commons* sin reconocer derecho estricto a sus generadores y sin ofrecer garantías de información ni autonomía para la entrada en negociación y eventual prestación de consentimiento condicionado, queriéndose poner así tal ciencia a disposición en teoría de la humanidad y en la práctica de empresas comercializadoras de todo lo patentable ⁽⁵¹⁾. La categoría de los bienes comunes globales no es tan inocente y bondadosa como, por la

⁽⁵⁰⁾ Johanna GIBSON, *Community Resources: Intellectual Property, International Trade and Protection of Traditional Knowledge*, Aldershot, Ashgate, 2005, cap. 6: « The Cultural Diversity in Biodiversity », lo que no habría de recordarse si no fuera por la facilidad con que se olvida incluso cuando se utiliza la cultura del caso para lograr acceso a recursos de la biodiversidad local: Jane E. ANDERSON, *Law, Knowledge, Culture: The Production of Indigenous Knowledge in Intellectual Property Law*, Chetelham, Edward Elgar, 2009.

⁽⁵¹⁾ Para estas posiciones, Michael F. BROWN, *Who Owns Native Culture?*, Cambridge, Harvard University Press, 2003, con continuidad viva en Internet: web.williams.edu/go/native. Para contraste de visiones, Keith AOKI, *Neocolonialism, Anticommons Property, and Biopiracy in the (Not-So-Brave) New World Order of International Intellectual Property Protection*, en « Indiana Journal of Global Legal Studies », 6-1, 1998, pp. 11-58; Karen ENGLE, *The Elusive Promise of Indigenous Development: Rights, Culture, Strategy*, Durham, Duke University Press, 2010, pp.

impresión de solidaridad que desprende, suele ahora presumirse⁽⁵²⁾. Ya hemos visto cómo, frente a agencias de las mismas NNUU, la OMC, que no lo es, quiere imponer el mercado cual si fuere bien jurídico global.

Subrepticamente se identifica el beneficio humano con el beneficio empresarial tal y como si el mercado mundial fuera, sin posibilidad de cuestionamiento, el bien global progenitor o tutor de otros bienes globales, de otros *global commons* tan sustanciales, aunque intangibles, como la paz, la justicia, la salud, el medioambiente, la seguridad y el desarrollo realmente humano sin depredación de la naturaleza. Así tiende hoy a entenderse que opera como bien global el mercado aun en el caso en el que como tal, como progenitor o tutor de bienes globales, no se le presente y aunque no dé muestras tangibles de que pueda por sí alcanzar tales bondades. Para sentarse la presunción, basta con que, como es usual, no se le cuestione ni se le intente someter a condiciones de fondo y a funciones de forma o más que de forma, o basta también con que se aborden los *global commons* como si sólo fueran los físicos no comercializables en su integridad, bien que lo sean parcialmente o también de forma indirecta, esto es la atmósfera, el espacio exterior, el ciberespacio, los océanos y no mucho más, entendiéndose como más mercantilizable todo el resto⁽⁵³⁾. Ampliando el concepto de

141-185. L. GRAHAM y S.M. MCJOHN, *Indigenous Peoples and Intellectual Property*, discuten directamente las posiciones representadas por M.F. Brown.

⁽⁵²⁾ Kathryn MILUN, *The Political Uncommons: The Cross-Cultural Logic of the Global Commons*, Farnham, Ashgate, 2011, pertinente desde la introducción: «An Emergent Global Commons: Biodiversity — A Case Study of How Culture becomes Law and Nature becomes Empty Space», haciendo justamente ver cómo el actual derecho internacional sobre *global commons* se ha formado en el pasado bajo la fantasía interesada de que territorios habitados eran *empty space* y *res nullius*, cosa desde luego sabida, pero que suele recluirse en la historia como si hoy careciera de efectos. «How Culture becomes Law and Nature becomes Empty Space»: *culture* que se hace *law* siendo, como es, una sola cultura singular en un mundo *cross-cultural*, de culturas plurales y cruzadas.

⁽⁵³⁾ John VOGLER, *The Global Commons: Environmental and Technological Governance*, edición actualizada, Chichester, John Wiley and Sons, 2000; Scott Jasper (ed.), *Securing Freedom in the Global Commons*, Stanford, Stanford University Press, 2010. Una categoría de bienes jurídicos globales —*Global Legal Goods* o *Global Public Goods*— que habría de ser más comprensiva tampoco (como la de *bienes globales*) tiene

bienes globales o *global goods*, hay agencias de las NNUU que, en la línea de la OMC, consideran el mercado bien jurídico global junto al conocimiento y la información sin cualificación alguna, esto como si toda la problemática que está debatiéndose en la OMPI no existiera en absoluto. A lo más, en relación a *public goods*, a lo *global* se suma lo *local*, pero identificándose esto con lo estatal como si los Estados representasen cada uno a un pueblo y entre todos a todos los pueblos suficiente y satisfactoriamente ⁽⁵⁴⁾.

Cuidando las formas, no se sitúa lejos de esa pretensión la posición del CBD de 1992. Ya parte en su preámbulo de la consideración de su objeto como *global common*, bien global, sin más mediación que la de los Estados que se conciertan: « Las Partes Contratantes (...) Afirmando que la conservación de la diversidad biológica es interés común de toda la humanidad. Reafirmando que los Estados tienen derechos soberanos sobre sus propios recursos biológicos »... Suele destacarse su aprecio por el valor de los conocimientos de comunidades sobre la biodiversidad propia y su recomendación de que se les compense con equidad la globalización de

especial acogida ni muy amplia circulación en la literatura de la koiné en inglés, aunque sea categoría que venga apadrinada desde las NNUU como enseguida vemos.

⁽⁵⁴⁾ William W. KELLER y Louis W. PAULY, *Globalization at Bay*, en Bruce Mazlish y Akira Iriye (eds.), *The Global History Reader*, Nueva York, Routledge, 2005, pp. 70-78; Nancy BIRDSALL y Robert Z. LAWRENCE, *Deep Integration and Trade Agreements. Good for Developing Countries?*, y Joseph E. STIGLITZ, *Knowledge as a Global Public Good*, ambos, el primero en una sección sobre *Market Efficiency*, en Inge Kaul, Isabelle Grunberg y Marc A. Stern (eds.), *Global Public Goods: International Cooperation in the 21st Century*, Nueva York, Oxford University Press–United Nations Development Programme, 1999, pp. 128-151 y 308-325 respectivamente. El UNDP o PNUD, Programa de las NNUU para el Desarrollo, es agencia de NNUU de primera línea que, aun pretendiendo de continuo lo contrario, se sitúa cerca de las posiciones de la OMC, las menos atentas a derechos. En estos asuntos el doble lenguaje de las agencias internacionales es cosa común. Para la debida disociación entre lo local y lo estatal así como más en general para la reivindicación de los *commons* frente al desprestigio provocado con tópicos bien eficaces como el de su tragedia y maldición (*the tragedy of the commons, the curse of the commons...*), ha sido sin duda relevante la concesión del Premio Nobel de Economía de 2009 a Elinor Ostrom, cuya obra esencial versa más sobre *commons* comunales, valga la aparente redundancia, que sobre los globales, más sobre *local commons* que sobre *global commons*. Entre otros escritos que les dedica a estos segundos, suyo es el breve prólogo de Susan J. BUCK, *The Global Commons: An Introduction*, Island Press, Washington, 1998.

los mismos, pero todo esto se hace en el escenario de un derecho internacional o, mejor dicho, interestatal cuyos principios y reglas sustanciales no se alteran. Es al Estado al que se le asigna el poder de disposición sobre dicho conocimientos y la capacidad para compartirlos con el conjunto de la humanidad e incluso la obligación de hacerlo (55).

El escenario del mercado opera en la trastienda. En ningún momento se plantean reglas para que la disposición por el Estado del conocimiento de comunidades no caiga finalmente en manos de empresas que, digámoslo así, los reprivaticen y esto ahora para la explotación de valor en el mercado. Es un contexto en el que las posiciones de la OMC acerca de la propiedad intelectual en su sentido amplio prevalecen netamente sobre las que intenta abrirse paso en la organización específica de las NNUU, la OMPI (56). Y están notoriamente prevaleciendo ante la DDPI. Todo esto es lo que define el paradigma imperante, un paradigma generado por el derecho internacional tradicional y mantenido por su persistencia (57). No lo cambia que se abran posibilidades de patentar conocimientos tradicionales como vía para su comercialización,

(55) www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf, en el sitio oficial ya citado que, como suele ocurrir con los sitios oficiales no sólo internacionales, se ocupa también de hacer la propaganda del producto.

(56) Es una evidencia ultranormativa para la que no hace falta recurrir a Joost PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Relates to other Rules of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003. Como la OMC nació y se ha desarrollado al margen de NNUU, o incluso a la contra pues se creó para evitar que las mismas estableciesen una Organización Internacional del Comercio, y no se encuentra en sintonía con agencias de NNUU como la OMPI y la UNESCO, se plantea el reto de su incardinación regular en el mismo orden internacional: Deborah Z. CASS, *The Constitutionalization of the World Trade Organization: Legitimacy, Democracy, and Community in the International Trading System*, Oxford, Oxford University Press, 2005; J.L. DUNOFF, *The Politics of International Constitutions: The Curious Case of the World Trade Organization*, en el mismo y J.P. Trachtman (eds.), *Ruling the World*, pp. 178-205; Krista Nadakavukaren SCHEFER, *Social Regulation in the WTO: Trade Policy and International Legal Development*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010.

(57) Es el estado actual del llamado *Property Rights Paradigm* por Susan J. BUCK, *The*

como tampoco que se arbitren otras fórmulas para la participación en beneficios ⁽⁵⁸⁾.

Si se reconocen los conocimientos tradicionales sobre recursos genéticos y ponen en marcha mecanismos para su salvaguardia y aprovechamiento con participación en beneficios de quienes los han heredado y tienen actualizados, ¿dónde reside el problema? Reside en el paradigma precisamente. Por mucho que llegaran a reconocerse los conocimientos tradicionales en todos los casos, por mucho que todos los Estados aceptasen en serio el reconocimiento, por mucho que se estuviera sin excepción practicando la participación de las comunidades en beneficios, aun con todo esto de lo que se estamos hoy ciertamente lejanísimos, el problema seguiría residiendo en el paradigma ⁽⁵⁹⁾. Es el paradigma del derecho internacional dado, no diré del vigente porque presta oídos sordos a la DDPI pese cuanto pese a todo su valor normativo ⁽⁶⁰⁾.

El paradigma que puede llamarse indígena es otro. Regresemos

⁽⁵⁸⁾ Sarah A. Laird (ed.), *Biodiversity and Traditional Knowledge: Equitable Partnership in Practice*, Sterling, Earthscan, 2002; Evanson C. Kamau y Gerd Winter (eds.), *Genetic Resources, Traditional Knowledge and the Law: Solutions for Access and Benefit Sharing*, Sterling, Earthscan, 2009. Es la posición que hoy suele tenerse por propia del derecho internacional, como si la DDPI no supusiera nada: Jonathan CURCI, *The Protection of Biodiversity and Traditional Knowledge in International Law of Intellectual Property*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010; Daphne ZOGRAFOS, *Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010.

⁽⁵⁹⁾ Darrell A. POSEY y G. DUTFIELD, *Beyond Intellectual Property: Towards Traditional Resource Rights for Indigenous Peoples and Local Communities*, Ottawa, International Development Research Centre, 1996 (*Más allá de la propiedad intelectual: Los derechos de las comunidades indígenas y locales a los recursos tradicionales*, misma editorial, 1999), reflejando una situación que, pese a la DDPI, impera.

⁽⁶⁰⁾ glossary.uis.unesco.org/glossary/en/home es un léxico de la UNESCO en el que la voz *Conocimiento tradicional* presenta una definición tomada del Secretariado del Convenio sobre la Diversidad Biológica cuya autoridad expresa es el citado artículo 8j. Tras más de cuatro años de la DDPI, no creo que se trate de un simple descuido. Mientras fui miembro del Foro Permanente de las NNUU para las Cuestiones Indígenas, indicábamos continuamente a las agencias esos dudosos descuidos, generalmente con poco éxito. El de esa definición sólo lo he advertido ahora. El sitio de la OMPI ofrece varios glosarios que dicen basarse « en los instrumentos vigentes de las Naciones Unidas y otros instrumentos internacionales », pero que tampoco en rigor responden al Estado de derecho actual.

al informe del IGC-GRTKF de la OMPI acerca de *Los conocimientos tradicionales: definiciones y términos*. El mismo no nos sitúa ante comunidades que se aferren a la propia tradición por distinguirse de una forma insolidaria respecto a todo el resto de la humanidad o que así, por decirlo de este otro modo, se nieguen a participarle *global commons*, bienes globales. El mismo calificativo *tradicional* que parece caracterizarlas se relativiza de observarse su forma de entender y manejar la tradición. Se mantiene actualizada según requiere la propia experiencia a la par que, para evitarse su quiebra, se cuida el tracto. La propia identidad se juega en ello, una identidad que sustenta la aspiración de mantener una autonomía hacia dentro y una capacidad de decisión hacia el exterior. A ello ha de sumarse que, por regla general, la identidad se extiende a la naturaleza en términos de simbiosis. Por decirlo también de ese otro modo, el paradigma indígena entiende que los recursos genéticos y otros naturales no pueden ser objeto de apropiación puesto que forman parte de la misma naturaleza que comprende a la humanidad y que, por lo tanto, no cabe que su participación o conversión en *global commons* se haga de forma que acabe tornando sus conocimientos sobre recursos en bienes empresariales produciendo beneficios en el sentido económico. No hay oposición a participar en beneficios, sino a la producción de beneficios a través del mercado ⁽⁶¹⁾.

La DDPI traduce pasablemente a términos de derechos el paradigma indígena. En este lenguaje jurídico resulta que cada *pueblo indígena* es sujeto de derecho sobre sus *conocimientos tradicionales* respecto a *recursos genéticos*. Para el acceso exterior a los mismos, el sujeto es el árbitro. Los pueblos indígenas podrán exigir garantías no sólo del respectivo Estado, sino también internacionales, para la subsistencia y el desarrollo material y cultural propios según las propias necesidades y aspiraciones. Y podrán poner condiciones sobre la forma de participación de sus conocimientos y recursos, sobre el modo de su globalización en suma. El poder de decisión ya no radica de derecho en el Estado, ni siquiera con el

(61) www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/E.C.19.2010.4%20ES.pdf; Carlos MAMANI y B. CLAVERO, *Estudio sobre la necesidad de reconocer y respetar los derechos de la Madre Tierra*, que es informe de 2009 para el Foro Permanente de las NNUU para las Cuestiones Indígenas.

añadido de la obligación de participar beneficios. Ahora los Estados están obligados a reconocer y garantizar dicha autonomía indígena hacia el interior y hacia el exterior de cada pueblo ⁽⁶²⁾.

¿Son los conocimientos tradicionales sobre recursos genéticos *global commons*, bienes globales? Según y como, sería mi respuesta, o bien, como decían los escolásticos vetustos, *secundum quid et non simpliciter*. La simpleza generalizada según la cual, porque deban ser bienes globales por su potencial beneficioso para toda la humanidad, han de globalizarse por las buenas, nadie en el mundo del derecho dice que por las malas, es una posición interesada, una posición que responde a intereses de Estados y de empresas, no de pueblos o comunidades o ni siquiera de humanidad. Ni en teoría ni en la práctica la globalización mediante la complementariedad de Estado y mercado en exclusiva garantiza justicia ni equidad. Como sujetos de derechos y no como objetos de políticas, han de concurrir otros agentes, entre ellos y en primer lugar los pueblos y las comunidades con la riqueza de esos conocimientos que se califican de tradicionales. Sobre paradigmas, volveremos en las conclusiones.

Como historiador, he tenido la tentación de resaltar la importancia jurídica de la historia para el caso por la calificación como *tradicionales* de los conocimientos en cuestión. La tradición es al fin y al cabo una forma no profesional de representación del pasado en relación con el presente. Evito caer en la trampa. Aunque la historia propia legitime y fortalezca el derecho a los propios conocimientos ⁽⁶³⁾, el calificativo *tradicional* no significa al efecto exactamente tradicional, sino actual, de una actualidad cualificada por su pertenencia a pueblo o comunidad sin acceso expedito para la ciencia

⁽⁶²⁾ En el ámbito latinoamericano hay ya un par de Constituciones, la de la República del Ecuador de 2008 y la del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009, que responden a tales planteamientos aplicándose en concreto a los conocimientos llamados *tradicionales* o también dichos por las mismas *ancestrales*, pero encontrándose con fuertes resistencias incluso de las propias instituciones constitucionales renovadas. Vengo siguiendo replanteamientos y vicisitudes: *clavero.derechosindigenas.org*. Valga el recordatorio como evidencia de que el Estado, si se *plurinacionaliza*, puede representar a pueblos y no seguir siendo agente o cómplice de la expropiación y extinción de culturas.

⁽⁶³⁾ Donald L. FIXICO, *The American Indian Mind in a Linear World: American Indian Studies and Traditional Knowledge*, Nueva York, Routledge, 2003.

venal y el negocio consiguiente. Desde el IGC-GRTKF se nos ha explicado con harta claridad.

Hay una expresión más bien cínica que he escuchado en medios académicos de Estados Unidos para referirse a la serie de nuevas categorías en el campo de la propiedad intelectual y especialmente a la trinidad GRs/TK/TCEs, recursos genéticos, conocimientos tradicionales y expresiones culturales tradicionales: « the field formerly known as folklore », el campo antes conocido como folclore, parafraseándose evidentemente, no voy a negar que con gracia, el nombre póstumo en vida de un famoso cantante: « the Artist Formerly Known as Prince », el artista antes conocido como Prince.

Hay todavía quienes añoran viejos tiempos, esos tiempos de un colonialismo resistente con fuerza a la descolonización, cuando se quería encerrar en la categoría de *folclore* una materia e incluso, con ella, a una parte entera de la humanidad que desborda el espacio del nicho y provoca el cuarteamiento del panal ⁽⁶⁴⁾.

III. *Empresas transnacionales y pueblos indígenas.*

III.1. *Declaración Tripartita de la Organización Internacional del Trabajo sobre Empresas Multinacionales.*

« En los decenios de 1960 y 1970, las actividades de las empresas multinacionales (EMN) fueron objeto de grandes debates. A raíz de ellos, se desplegaron esfuerzos para establecer instrumentos internacionales destinados a reglamentar la conducta de las EMN y a fijar las condiciones que han de regir las relaciones de las EMN con los países huéspedes, sobre todo en el mundo en desarrollo », así arranca la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de 1977 ⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶⁴⁾ Paul KEAL, *European Conquest and the Rights of Indigenous Peoples: The Moral Backwardness of International Society*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, con tal subtítulo tan rotundo en terminos justamente de moralidad.

⁽⁶⁵⁾ Con enmiendas efectuadas en 2000 y 2006: www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_124924.pdf, sigla del original que no adoptaré.

Fue elaborada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo aprobándose a finales de noviembre de dicho año y manteniéndose desde entonces con sus propios mecanismos de supervisión y actualización ⁽⁶⁶⁾. *Tripartita* es cualificación referente al dato importante de constituir una declaración formal conjunta de las tres partes constituyentes de la OIT, la gubernamental, la empresarial y la sindical. Participación indígena no hay a pesar de que esta agencia ya venía ocupándose de asuntos indígenas.

Nada se decía por entonces, en 1977, sobre la incidencia de dichas actividades empresariales multinacionales respecto a pueblos indígenas, pese a ser en efecto asunto de preocupación para la propia OIT desde tiempo atrás, conduciéndole finalmente a la adopción, en 1989, del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Convenio 169), un tratado que se abre a la ratificación de los Estados ⁽⁶⁷⁾. Es un instrumento que registra derechos de tales pueblos, pueblos a los que pueden fácilmente afectar las actividades empresariales contempladas por la Declaración Tripartita. No obstante, las sucesivas actualizaciones de ésta, la última de 2006, siguen sin atender el caso. Cabría entender que, por ser partes constitutivas de la OIT, empresas y sindicatos habrían de quedar vinculados al Convenio 169 aunque el respectivo compromiso no se formalice mediante el procedimiento de ratificación propio de los Estados, pero tal no es la lógica del orden internacional. Tampoco se efectúa la conexión entre derechos de pueblos del Convenio 169 y responsabilidades de empresas de la Declaración Tripartita. Ésta, en su versión actual, toma entre sus términos de referencia la 169, pero no el 169, una Recomendación sobre política de empleo de 1984, pero no el Convenio sobre pueblos indígenas de 1989.

Estamos ante duplicidades características del sistema interna-

⁽⁶⁶⁾ www.ilo.org/empent/units/multinational-enterprises/lang-es/index.htm.

⁽⁶⁷⁾ L. RODRÍGUEZ PIÑERO, *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law: The ILO Regime, 1919-1989*. Para visión oficiosa, Daniel MAUL, *Human Rights, Development and Decolonization: The International Labour Organization*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2012, volumen de la serie del *ILO Century Project* (www.ilo.org/century), el proyecto de celebración del centenario de la OIT en 2019.

cional en el seno de la constelación hoy constituida por las NNUU, por esta organización sustancialmente intergubernamental, esto es entre Estados. Pese a la peculiaridad de ser una agencia tripartita, la OIT ha adoptado la óptica de las instituciones en exclusiva intergubernamentales, en cuya virtud se entiende que son tan sólo los Estados quienes se comprometen en el ámbito internacional y que es a través de los mismos y por los mismos como debe comprometerse a otras entidades. Resulta de esto es la opacidad o el punto ciego que se produce respecto a la acción transnacional de las empresas que desbordan a los Estados. Con todo ello, las instituciones internacionales pueden mantener un doble discurso para caras distintas de un mismo asunto; en el caso, sobre las responsabilidades empresariales de una parte y sobre derechos respecto a las actividades de las empresas de otra. Veremos que en el mismo seno de las instituciones centrales de las NNUU lo propio ocurre.

III.2. *Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales.*

En 2003, la entonces Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, que era organismo formado por expertos y expertas y en consecuencia, para la óptica de las NNUU, subordinado a instancias intergubernamentales, en concreto a la Comisión de Derechos Humanos, que era a su vez por entonces subsidiaria del Consejo Económico y Social, elaboró unas Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos, entendiendo que esto formaba parte de su cometido que con anterioridad, antes de 1999, más particularmente se había definido como de *prevención de discriminaciones y protección a minorías* y ahora, en 2003, era de *promoción de derechos*. No lo entendieron así las instancias intergubernamentales pues se abstuvieron de darle curso ulterior a la propuesta impidiendo que ascendiera hasta la Asamblea General y fuera adoptada como una norma internacional de derechos humanos. En todo caso, aunque abortadas de raíz, dichas Normas merecen un recordatorio. Ayudan al menos a seguir

situándonos. Luego consideraremos si merecerían hoy rescatarse ⁽⁶⁸⁾.

De corporaciones *transnacionales* y de *otras* empresas más se habla. Las hay no transnacionales que siguen la misma pauta de desbordamiento del marco de los derechos humanos con la connivencia en su caso de los respectivos Estados. Se trataba de comprometer a aquellas y a éstos. La propuesta de Normas tomaba como punto de partida una constatación elemental: las empresas tienen « la obligación de respetar los principios y normas generalmente reconocidos que se enuncian en los tratados de las Naciones Unidas y otros instrumentos internacionales ». En su virtud, esto es lo que establece el artículo primero: « Los Estados tienen la responsabilidad primordial de promover y proteger los derechos humanos consagrados en la legislación internacional y nacional, asegurar que se cumplan, respetarlos y hacerlos respetar, incluso velando por que las empresas transnacionales y otras empresas comerciales respeten los derechos humanos. Dentro de sus respectivas esferas de actividad e influencia, las empresas transnacionales y otras empresas comerciales tienen la obligación de promover y proteger los derechos humanos consagrados en el derecho internacional y en la legislación nacional, incluidos los derechos e intereses de los pueblos indígenas y otros grupos vulnerables, asegurar que se cumplan, respetarlos y hacerlos respetar ».

Los miembros de las NNUU son los Estados y ellos son quienes contraen primariamente obligaciones y responsabilidades cuando se adoptan instrumentos normativos de derechos humanos, pero los derechos humanos, si son derechos, valen frente a cualquier agente, como en el caso frente a las empresas, igualmente obligadas a respetarlos; y si son humanos, corresponden a todos, como a *los pueblos indígenas y otros grupos vulnerables*, según especifica dicho mismo artículo primero para recalcar la especial obligación que tienen entonces, por esa vulnerabilidad, tanto los Estados como, desde luego, las empresas. En el artículo segundo se abunda: « Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales garantizarán la igualdad de oportunidades y de trato, como

⁽⁶⁸⁾ www.unbchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/a389702baa023990c1256d59004814a4?OpenDocument.

se dispone tanto en los instrumentos internacionales y la legislación nacional pertinentes como en las normas internacionales de derechos humanos, con el fin de eliminar toda discriminación por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, nacionalidad, origen social, condición social, pertenencia a un pueblo indígena, discapacidad, edad... ». Por decirlo brevemente, las empresas tienen responsabilidades de respeto a los derechos humanos; a los Estados corresponde la obligación de exigir esas responsabilidades. Porque sean transnacionales y desborden a los Estados, no por ello las empresas pueden escapar a sus consiguientes obligaciones.

Aquellas normas abortadas intentaban abrirle un espacio no meramente pasivo, no sólo como objeto de protección, a la humanidad indígena entre otros agentes: « Además de las partes directamente afectadas por las actividades de las empresas comerciales, podrán ser *partes interesadas* aquellas partes que resulten afectadas indirectamente por las actividades de las empresas transnacionales u otras empresas comerciales como son los grupos de consumidores, los clientes, los gobiernos, las comunidades vecinas, los pueblos y las comunidades indígenas, las organizaciones no gubernamentales, las instituciones crediticias públicas y privadas, los proveedores, las asociaciones comerciales y demás » (art. 22). No parece que pudiera haber sido de otro modo ⁽⁶⁹⁾. En el seno de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, la que recibe en 1999 el apellido de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, ya se había elaborado el proyecto de DDPI, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que comenzaba por considerarles como sujetos de derecho. La Subcomisión no se sustraía a esta consideración. Quienes se sustrajeron y defraudaron fueron las instancias intergubernamentales de las NNUU.

⁽⁶⁹⁾ David WEISSBRODT y Muria KRUGER, *Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*, en « American Journal of International Law », 97-4, 2003, pp. 901-922. Retengamos el nombre de David Weissbrodt, miembro de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías-Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos desde 1996 a 2003.

En las NNUU ya se estaba promocionando otro planteamiento frente a la propia noción de los derechos humanos como derechos y como humanos, como títulos de validez consiguientemente universal o, como suele decirse entre juristas, *erga omnes*, vinculantes para todas y todos, empresas incluidas junto a los Estados. Las mismas Normas de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos hacían referencia: «Teniendo en cuenta las normas enunciadas en la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales (...). Conociendo también la iniciativa de las Naciones Unidas denominada Pacto Mundial en que se reta a los dirigentes empresariales a *adoptar y promulgar* nueve principios básicos en la esfera de los derechos humanos...», proceden a su propuesta. Frente a posiciones más débiles, como ésta del Pacto Mundial que enseguida tratamos, el inspirador y principal impulsor de las Normas, David Weissbrodt, profesor de derecho internacional de los derechos humanos de la Universidad de Minnesota, a quien ya hemos citado ⁽⁷⁰⁾, se cuidaba de fundamentarlas en el derecho de los derechos humanos. Las personas cuentan.

III.3. *De los Diez Principios del Pacto Mundial al Marco y los Principios para Proteger, Respetar, Remediar.*

De las referencias citadas de las Normas, ya conocemos la Declaración Tripartita. Conviene ahora ocuparse de la otra, la del Pacto Mundial o *Global Compact*, porque estaba ya introduciendo otro planteamiento bien distinto. El Pacto Mundial se lanza por las NNUU en el año 2000 respondiéndose a la misma preocupación ante los efectos del desbordamiento de los Estados por la transna-

⁽⁷⁰⁾ Añádase D. WEISSBRODT, *Human Rights and the Responsibilities of Individuals and Non-State Entities*, en Gudmundur Alfredsson y Maria Stavropoulou (eds.), *Justice Pending: Indigenous Peoples and Other Good Causes. Essays in Honour of Erica-Irene A. Daes*, La Haya, Martinus Nijhoff, 2002, pp. 239-262; *Business and Human Rights*, en «The University of Cincinnati Law Review», 74, 2005, pp. 55-73 (reproducido en David Kinley, ed., *Human Rights and Corporations*, Londres, Ashgate, 2009, pp. 103-121); *International Standard-Setting on the Human Rights Responsibilities of Businesses*, en «Berkeley Journal of International Law», 26-2, 2008, pp. 373-391, que es la amplia *address* de un número monográfico sobre el particular; *UN Human Rights Law for Business*, en «Journal of Business Ethics», 87, sup. 2, 2009, pp. 290-297, que es también número monográfico sobre corporaciones multinacionales y derechos humanos.

cionalización de las empresas en relación con los derechos humanos (71). La clave está dicha: *adoptar y promulgar* por parte de *los dirigentes empresariales* sus propios *principios* respecto a *los derechos humanos*, entendiéndose desde luego que van a responder a los patrones del derecho internacional. No se trata de declarar la vinculación de las empresas al cuerpo normativo de los derechos humanos, responsabilizando al efecto a los Estados, sino de proponer a las primeras que, según pautas y modos que las mismas empresas acuerden, se comprometan con el respeto y la garantía de los derechos humanos, y esto a los efectos ante todo de crear un « marco de acción encaminado a la construcción de la legitimación social de las corporaciones y los mercados », de legitimar internacionalmente lo uno y lo otro, la empresa y el mercado, de lograr este sintomático objetivo (72). Es la vía por la que el Pacto Mundial pretende estar construyendo nada menos que una *ciudadanía corporativa* de ese alcance global. El objetivo paladino es el de la *legitimación* de la transnacionalidad empresarial. *Voluntariamente* respecto a todo compromiso en el ámbito internacional es el término modal que más se repite (73). Entre los mencionados *nueve principios básicos*, en realidad diez, no hay nada en absoluto sobre derechos de pueblos indígenas. El decálogo se completó con un compromiso contra la corrupción (74).

Un principio que en algo pudiera colateralmente interesar a los pueblos indígenas es el octavo: « Las empresas deben fomentar las iniciativas que promuevan una mayor responsabilidad ambiental », caso por supuesto de que tales pueblos se resignasen a ser elementos del medioambiente y no sujetos de derecho. Pudiera interpretarse

(71) www.unglobalcompact.org/Languages/spanish/index.html.

(72) Georg KELL y John Gerard RUGGIE, *Global markets and social legitimacy: The case of the Global Compact*, en « Transnational Corporations », 8-3, 1999, pp. 101-120. Retengamos también el nombre del segundo, el de John Ruggie.

(73) D. WEISSBRODT y M. KRUGER, *Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations*, tras repasar otras iniciativas, las vistas y más, para el abordaje internacional de la responsabilidad empresarial, subrayan justamente que la procedente de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos se singularizaba por ser la primera en plantearse en los términos debidos de obligatoriedad, vinculación o no-voluntariedad para las empresas.

(74) www.unglobalcompact.org/Languages/spanish/Los_Diez_Principios.html.

que los dos primeros principios cubren los derechos de los pueblos indígenas en especial tras la DDPI, la Declaración pertinente que ya conocemos y a la que habremos de retornar: « Las Empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos fundamentales reconocidos universalmente, dentro de su ámbito de influencia »; « Las Empresas deben asegurarse de que sus empresas no son cómplices de la vulneración de los derechos humanos ». Sin embargo, lo de *universalmente* se entiende en estos medios de intereses corporativos como excluyentes de garantías no universales de derechos universales, como las que precisan los pueblos, las comunidades y las personas indígenas. Y esos *deben* se formulan siempre en este contexto bajo la clave de la *voluntariedad*, lo que basta para privar ya de entrada a los *derechos humanos*, a todos ellos, de su rango y de su vigor en cuanto que tales. La categoría de dudoso valor normativo de derecho débil, dúctil o flojo —*soft law*— se colaciona a favor de dicha *voluntariedad* no vinculante ⁽⁷⁵⁾. No nos dejemos llamar a engaño. A efectos prácticos poco importa que la operación se haga de buena fe, para ir encauzando a las empresas por la senda de los derechos humanos, o de mala fe, para ayudarles a eludirlos. El caso es que no se admite la vinculación estricta y que cabe que se facilite el fraude solapado. No se trata de meras suspicacias, como todavía veremos.

En este punto conviene volver a personalizar. John Ruggie, a quien se viene citando, profesor de derechos humanos y asuntos internacionales en la Universidad de Harvard, jugó un papel relevante en el planteamiento del Pacto Mundial. Con posterioridad, viéndose lo que el invento podía dar de sí ⁽⁷⁶⁾, el Secretario General

⁽⁷⁵⁾ J.G. RUGGIE, *Business and Human Rights: The Evolving International Agenda*, en « American Journal of International Law », 101-4, 2007, pp. 819-840, con las empresas por delante para que no se espanten, igual que en la dirección de su sitio que ahora visitaremos (www.business-humanrights.org).

⁽⁷⁶⁾ J.G. RUGGIE, *global_governance.net: The Global Compact as Learning Network*, en « Global Governance », 7, 2001, pp. 371-378; *Reconstituting the Global Public Domain: Issues, Actors, and Practices*, en « European Journal of International Relations », 10-4, 2004, pp. 499-531; *The theory and practice of learning networks: Corporate social responsibility and the Global Compact*, en Malcolm McIntosh, Sandra Waddock y G. Kell (eds.), *Learning to Talk: Corporate Citizenship and the Development of UN Global Compact*, Sheffield, Greenleaf, 2004, pp. 32-42, con prólogo de Kofi Annan; *Protect,*

de las NNUU, Kofi Annan a la sazón, le eligió como su Representante Especial para la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales, cargo que ha desempeñado entre 2005 y 2011 (77). La iniciativa de creación de esta instancia procedía de la Comisión de Derechos Humanos, no encauzándose por la vía más regular de la propia Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, descartada previsiblemente por mantener su propuesta de las Normas sobre la Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos, y no dejando así el asunto en manos de los procedimientos ordinarios (78).

El año recién pasado, 2011, Ruggie culminó su mandato trayendo ante el organismo sucesor de la Comisión, el Consejo de Derechos Humanos, encargo mediante (79), unos *Principios* para la puesta en práctica de su Informe, de 2008, *Proteger, Respetar, Remediar: Marco para las actividades empresariales y los derechos humanos*. Entre los verbos del título no se dice que reconocer derechos ni, aún menos, garantizarlos o, todavía mucho menos, repararlos conforme estrictamente todo ello, tanto el reconocimiento como la garantía y como la reparación, a la entidad de su categoría en cuanto que derechos humanos. Contribuía al cortocircuito del enfoque de las Normas de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos (80).

Respect, and Remedy: The UN Framework for Business and Human Rights, en M.A. Baderin y M. Ssenyonjo (eds.), *International Human Rights Law: Six Decades after the UDHR and Beyond*, pp. 519-538.

(77) www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home, con portal en español que quedó durante su mandato en blanco. Su propósito resulta paladino en el artículo citado, *Business and Human Rights*.

(78) www2.obchr.org/spanish/bodies/chr/special/index.htm. Para la documentación de aquel proceso en castellano, los anejos de Malik ÖZDEN, *Sociedades Transnacionales y Derechos Humanos. Situación actual y desafíos de los debates de la ONU en torno a las « Normas sobre la Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos »*, CETIM (Centre Europe - Tiers Monde), 2006, accesible en Internet: www.cetim.ch/es/documents/bro2-stn-A4-es.pdf.

(79) www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home/Mandate.

(80) clavero.derechosindigenas.org/?p=9951.

No obstante, algún detalle ha tenido el Representante Especial Ruggie con los pueblos indígenas, pues hace en ocasiones mención a su existencia, esto que el decálogo del Pacto Mundial evita cuidadosamente ⁽⁸¹⁾. Los ha venido ubicando entre los sectores vulnerables de la sociedad a fin de reducirlos a objeto de protección, no tratándolos nunca, ni siquiera tras la DDPI, como sujetos de derecho. En el Informe *Proteger, Respetar, Remediar* los pueblos indígenas sólo comparecen incidentalmente en una nota sin mayor efecto. En su último Informe ya aludido, el de 2011, normativamente titulado *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en Práctica del Marco de las Naciones Unidas para « Proteger, Respetar, Remediar »*, ha de prestar a los pueblos indígenas una atención más específica. Lo hace impidiendo hasta el final la posibilidad de que se les tome en consideración como sujetos de derechos propios que puedan obligar a las empresas ⁽⁸²⁾.

En concreto, Ruggie plantea que, por vía de *asesoramiento*, se ha de *aconsejar* a las empresas sobre « los métodos adecuados, incluida la debida diligencia en materia de derechos humanos » para « tratar eficazmente las cuestiones de género, vulnerabilidad y/o marginación, reconociendo los problemas específicos de los pueblos indígenas, las mujeres, las minorías nacionales, étnicas, religiosas o lingüísticas, los niños, las personas con discapacidad y los trabajadores migrantes y sus familias ». Registra la existencia de instrumentos de las NNUU sobre « los derechos de los pueblos indígenas, las mujeres, las minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas, los niños, las personas con discapacidad y los trabajadores migrantes y sus familias », pero sin especificar ni distinguir y para regresar a términos de protección sin derechos específicos. Señala que hay

⁽⁸¹⁾ En el sitio de Ruggie hay página con información muy incompleta al respecto: www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home/Materialsbytopic/Groupsaffected/Indigenouspeoples

⁽⁸²⁾ *Protect, Respect, Remedy* se publica en dosieres con títulos de entrada tan engañosos como « poniendo en práctica los derechos »: « Innovations: Technology, Governance, Globalization », 3-2, 2008, *Realizing Rights*, pp. 189-212. Para enlaces a conjunto de documentos y selección de comentarios sobre *Protect, Respect, Remedy*: www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home/Protect-Respect-Remedy-Framework; www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home/Commentaries/2008. Para prontitud de acogida europea, www.sweden.gov.se/content/1/c6/13/86/36/99521cd3.pdf.

casos de « obstáculos legales » que pueden afectar a las empresas: « cuando los derechos humanos de ciertos grupos, como los pueblos indígenas y los migrantes, no reciben el mismo nivel de protección jurídica que los de la población mayoritaria », como si no pudieran tener más derechos ni más garantías que los reconocidos y las suministradas por el Estado. Los unos y las otras de sujetos indígenas brillan por su ausencia en el *Marco* y los *Principios* de las NNUU sobre *Derechos Humanos y Empresas*, en los definidos por el Representante Especial.

En 2011, el Consejo de Derechos Humanos no sólo ha recibido el último Informe del Representante Ruggie dando por concluido el ejercicio de su mandato, sino que también ha resuelto instituir un Grupo de Trabajo sobre la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales para que, ante todo, « promueva la divulgación y aplicación efectiva y global de los Principios Rectores ». Dicho Grupo, según la misma resolución del Consejo de Derechos Humanos ⁽⁸³⁾, ha de organizar y dirigir un Foro sobre las Empresas y los Derechos Humanos, foro abierto a « representantes de los pueblos indígenas » entre otros agentes, lo cual, especialmente lo de la representación indígena, por sí y por cuanto aún hemos de considerar sobre derechos de estos pueblos, puede que todavía cambie significativamente la suerte del Marco y de los Principios. En todo caso, el planteamiento de Ruggie, con su efecto nugatorio para los derechos de los pueblos indígenas ⁽⁸⁴⁾, marca hoy la perspectiva de las NNUU

⁽⁸³⁾ *clavero.derechosindigenas.org/wp-content/uploads/2011/08/DDHH-y-transnacionales-resolucion.pdf*.

⁽⁸⁴⁾ Por lo general entre medios informados y conscientes hay en cambio algo de optimismo expectante en relación a los derechos versus las empresas inclusive respecto a pueblos indígenas: Ciaran O'Faircheallaigh y Saleem Ali (eds.), *Earth Matters: Indigenous Peoples, the Extractive Industries and Corporate Social Responsibility*, Sheffield, Greenleaf, 2008; L. RODRÍGUEZ PIÑERO, *Las agresiones del desarrollo: Pueblos indígenas, normas internacionales e industrias extractivas*, en « Relaciones Internacionales » (revista electrónica: *www.relacionesinternacionales.info*), 11, 2009, pp. 43-78. Aparte lo que aún veremos, puede de entrada contrastarse A. TEITELBAUM y M. ÖZDEN, *Sociedades transnacionales, actores mayores en las violaciones de los derechos humanos*, CETIM (Centre Europe — Tiers Monde), 2011, accesible en Internet: *www.cetim.ch/es/documents/cuaderno_10.pdf*.

en el capítulo más general de los derechos y las empresas. Ya se toma como el escenario dado ⁽⁸⁵⁾. A ello habrá de volverse para discutirlo con el conocimiento de causa que aún falta y ahora procuro que siga.

III.4. *Del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.*

El futuro del orden internacional sobre las relaciones entre derechos humanos que vinculan a los Estados y empresas transnacionales que los desbordan no está sin embargo definitivamente marcado por la obra de Ruggie gracias a otra razón de peso. Paralelamente a todo lo visto viene desarrollándose en el seno de la constelación de las NNUU un paradigma distinto en atención precisamente a los pueblos indígenas y sus derechos. El impulso principal ha venido de un Convenio de la OIT, su Convenio 169, un tratado que desde 1989 propone a los Estados una agencia especializada de las NNUU y que en principio sólo vincula a aquellos determinados que lo ratifican, pero Convenio que ha logrado y mantiene un valor bastante superior. Comienza a definir resueltamente ese otro paradigma en términos normativos, lo que además, para el caso de las Américas, viene siendo potenciado por el sistema interamericano de derechos humanos ⁽⁸⁶⁾.

El Convenio 169 no es en rigor un tratado de derechos humanos, pero lo es sobre derechos de los pueblos indígenas, derechos que las propias NNUU ha venido luego a considerar, con la DDPI, a la que acto seguido volveremos, derechos estrictamente tales, humanos. Y compromete a los Estados en unos determinados procedimientos a guisa de garantías para los propios derechos sustantivos que el Convenio registra. Se trata del procedimiento de consulta y el procedimiento de participación, el uno como el otro constituyendo derechos en sí mismos para el pueblo y deberes por

⁽⁸⁵⁾ Radu Mares (ed.), *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Foundations and Implementation*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011.

⁽⁸⁶⁾ L. RODRÍGUEZ PIÑERO, *El sistema interamericano de derechos humanos y los pueblos indígenas*, en Mikel Berraondo (ed.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, pp. 153-203, disponible también en Internet: www.ibcperu.org/doc/isis/9002.pdf.

ende para el Estado. ¿Y para las empresas? También para éstas el Convenio 169 trae directrices en conformidad con los derechos sustantivos y los derechos procedimentales. Para las relaciones de los pueblos indígenas con empresas interesan ante todo, como garantías, los procedimientos, el de consulta y el de procedimiento, unos procedimientos que en principio sólo conciernen a los pueblos y al Estado, dejándose a las empresas para un momento ulterior, tras evacuarse la consulta. La primera y ya importante garantía es la de excluir de entrada que aquellas empresas que buscan acceso a recursos de territorios indígenas se relacionen con los correspondientes pueblos directamente, sin mediación y garantía de consulta por parte del Estado ⁽⁸⁷⁾.

El Convenio 169 cuida la concreción de requisitos para las garantías. Los Estados deben practicar la consulta con los pueblos indígenas respecto a todas las « medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente »; tienen que hacerlo con « sus instituciones representativas », con las que los pueblos tengan o con las que se doten autónomamente, no con las que los Estados decidan o instituyan; así como han de « establecer los medios » y « proporcionar los recursos necesarios » a dicho fin, esto es « para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos », los indígenas. La consulta ha de conducirse « mediante procedimientos apropiados » y « de buena fe », debiendo responder a « la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas ». Los Estados quedan obligados no sólo a *consultar* a las *instituciones representativas* de los pueblos indígenas y a proveer los recursos necesarios para su mantenimiento, sino también a « establecer los medios » para que « puedan participar libremente » y « a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan » (art. 6).

Respecto a lo que pueda más específicamente interesar a actividades empresariales en territorios indígenas, el Convenio registra un principio esencial: « Los pueblos interesados deberán tener

⁽⁸⁷⁾ www.ilo.org/ilolex/spanish/convidisp1.htm, en su número de orden entre Convenios el 169.

el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural », a cuyo efecto estos pueblos, los pueblos indígenas que tienen *el derecho de decidir sus propias prioridades de desarrollo* en cuanto que tales pueblos, « deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente »; más aún, « en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan » pueblos indígenas, « el mejoramiento » de sus « condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación (...) deberá ser prioritario », esto mismo de *prioritario* en conformidad ha de entenderse con las *prioridades* propias, no con las del Estado (art. 7).

El Convenio todavía especifica más: « Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos »; « los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan » (art. 7 también). Por una parte, los estudios de impacto social, cultural, espiritual y ambiental, no sólo sobre esto último, de los proyectos de desarrollo, como por ejemplo para las concesiones de acceso a recursos en territorios indígenas a favor de empresas extractivas, han de realizarse *en cooperación con los pueblos* respecto a todo lo que pueda interesarles. Adicionalmente, las políticas medioambientales en cuanto afecten a pueblos indígenas habrán de plantearse y llevarse a cabo *en cooperación* con los mismos. ¿Se necesita por parte indígena asesoramiento técnico para participar en estudios de impactos y políticas de desarrollo? Ya está dicho que los Estados han de proveer los medios sin interferir en las decisiones de los pueblos indígenas.

La DDPI sigue en esa misma línea abierta por el Convenio 169 potenciando tanto derechos como, lo que no es menos importante o

lo resulta bastante más, procedimientos de garantía ⁽⁸⁸⁾. Lo que comienza potenciando es a los mismos pueblos como sujetos de derecho internacional en su virtud. La DDPI es una norma de derechos humanos. Fue adoptada bajo tal concepto en septiembre de 2007 por la Asamblea General de las NNUU conteniendo disposiciones vinculantes para ellas mismas y para los Estados, como ya nos consta: « Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración » (art. 38); « Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, en particular a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por su eficacia » (art. 42). *En consulta y cooperación con los pueblos indígenas* debe ponerse en práctica la DDPI, un instrumento de derechos humanos que especialmente potencia el *derecho al consentimiento* de los pueblos indígenas en cuanto que *derecho a la libre determinación* en general y, en particular, *a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos*, de las tierras, territorios y recursos indígenas (arts. 3 y 32.1).

Reforzándolo siempre, la DDPI califica repetidamente al *consentimiento* como *libre, previo e informado*: « Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo » (art. 32.2); « Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su

⁽⁸⁸⁾ daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/512/10/PDF/N0651210.pdf?OpenElement.

consentimiento libre, previo e informado » (art. 19). Es el Estado quien debe garantizar respecto a la consulta su carácter previo a cualquier decisión que pueda afectar a pueblos indígenas, su ejercicio por los mismos en condiciones de libertad, lo que significa *autonomía* (art. 4), y con plena información a disposición de la parte indígena.

El *consentimiento* es exigencia que la DDPI reitera por activa y por pasiva, por reflexiva y por perifrástica (arts. 10, 11, 19, 28, 29, 32...), detallando casos en los que el mismo ha de ser absolutamente imprescindible; así, por ejemplo, algunos en los que fácilmente pueden incurrir las empresas extractivas como el de *desplazamiento* o *traslado*, o el de almacenamiento o eliminación de *materiales peligrosos* (arts. 10 y 29.2). El requerimiento es en todo caso de carácter, por principio, general. Los pueblos indígenas tienen *derecho a la reparación* siempre que « las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma (...) hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado » (arts. 28.1). El consentimiento es por ende necesario. Y la participación no es una obligación, sino igualmente un derecho y, como tal derecho, optativo por principio: « 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). *Si lo desean* es por supuesto la clave de *libre determinación* que fundamenta para la DDPI todos los derechos de los pueblos indígenas que registra (art. 3 citado).

¿Qué ocurre si se trata de *recursos* en territorios indígenas que los pueblos indígenas no hayan *poseído u ocupado o utilizado*? ¿Y si son los del subsuelo, aquellos en los que se interesan las empresas extractivas? ¿Y si los mismos se encuentran reservados constitucionalmente al Estado? El Convenio 169 admite este supuesto: « En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos... », procede lo dicho, la *consulta con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento*: « Los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos inte-

resados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras », dice el Convenio (art. 15.2); « Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas interesados, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso », dice la DDPI (art. 27).

No puede decirse que, entre Convenio y DDPI, el derecho internacional sobre derechos de los pueblos indígenas tenga previstos todos los supuestos. Falta por ejemplo uno tan sensible ante la presión de las empresas como el de los pueblos que ejercen su derecho a la libre determinación manteniéndose en aislamiento voluntario. En todo caso, hay principios y reglas suficientes para abordar todos los supuestos ⁽⁸⁹⁾.

III.5. *Principios sobre Derechos Humanos y Empresas contra Garantías de Derechos de los Pueblos Indígenas.*

Quien haya leído atentamente hasta este punto imagino que no dará crédito a sus ojos. ¿Cómo las NNUU pueden llevar al mismo tiempo e impasiblemente dos agendas tan contradictorias sobre el mismo asunto y ninguna de ellas oculta, ambas abiertas, bien a la vista? Ciertamente es que han discurrido por cauces distintos. La agenda de los pueblos indígenas se lanza y desarrolla en instancias de

⁽⁸⁹⁾ acnudh.org/wp-content/uploads/2012/03/Final-version-Guidelines-on-isolated-indigenous-peoples-february-2012.pdf, *Directrices* (de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos) *de protección para los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial de la Región Amazónica, el Gran Chaco y la Región Oriental de Paraguay*, bajo la óptica que se deduce de la DDPI, la de respeto a la libre determinación y a sus territorios y recursos por ende. Para publicaciones sobre pueblos aislados por dichas regiones americanas, www.iwgia.org/publicaciones/publicaciones-por-idioma/publicaciones-en-castellano.

derechos mientras que la agenda de las empresas se plantea y progresa por otras vías. También es cierto que en momentos decisivos los caminos confluyen sin que colisionen y sin que se miren a la cara. E igualmente resulta cierto que a estas alturas andan las agendas confundidas en detrimento precisamente de la propia de los pueblos indígenas, la de sus derechos.

La agenda de los derechos de los pueblos indígenas comenzó a fraguarse en el ámbito de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, vino a concretarse por una agencia de las NNUU especialmente atenta y sensible con los derechos, la OIT, y llegó a culminarse por las instancias de derechos humanos hasta la aprobación de la DDPI por la Asamblea General en septiembre de 2007 ⁽⁹⁰⁾. La agenda de las empresas se cocinó en otras instancias menos específicas de derechos e incluso en momentos a espaldas no sólo de las unas, sino también de los otros, de los derechos mismos. Fue en el ámbito de la Secretaría General de las NNUU donde se organizó el Pacto Mundial y donde se situó al Representante Especial para la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales. Ni lo uno ni lo otro se ubicaron en el ámbito propio de este tipo de instancias, especialmente de la segunda, el de, en tiempos, la Comisión o, luego, el Consejo de Derechos Humanos. En todo caso ha sido éste, el Consejo de Derechos Humanos, el que, por una parte, da el definitivo espaldarazo al proyecto de DDPI en su ascensión final hacia la Asamblea General y, por otra parte, respalda el Marco y los Principios de *Proteger, Respetar, Remediar* erigiéndolos en guía directiva para el Grupo de Trabajo sobre la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales ⁽⁹¹⁾.

⁽⁹⁰⁾ C. Charters y R Stavenhagen (eds.), *El Desafío de la Declaración. Historia y Futuro de la Declaración de la ONU sobre Pueblos Indígenas*; Stephen Allen y A. Xanthaki (eds.), *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Oxford, Hart, 2011; en éste se contiene un buen capítulo sobre el valor normativo de la DDPI y su trascendencia potencial para el orden internacional de los derechos humanos, pp. 304-326: Jérémie GILBERT y Cathal DOYLE, *The Requirement to Obtain Free, Prior and Informed Consent: Natural Evolution or Groundbreaking Development?*

⁽⁹¹⁾ Para sopesarse el monto y alcance de instrumentos internacionales que comprometían a las empresas a las alturas del encargo de Annan a Ruggie que lleva a este

Sobre la profundidad de la contradicción entre las agendas no creo que quepan muchas dudas, aunque cierto es que usualmente, aun de apreciarse diferencias, no se resaltan tanto ni de tal modo ⁽⁹²⁾. Basta sin embargo con observar objetivos. Una agenda, la de derechos humanos y empresas, intenta neutralizar a la otra, la de los derechos de los pueblos indígenas. No se trata de que ésta sea desiderativa y aquella, operativa, pudiendo la segunda, según pretende, ir preparando el terreno para que la primera resulte factible. Cabe pensarse por supuesto de buena fe que, ante las resistencias tanto de los Estados como las empresas a la hora de las políticas y los proyectos, la DDPI debe rebajar su perfil de norma imperativa y reducirse a una formulación de objetivos finales abriéndose pacientemente paso a través de la constelación de las NNUU antes de llegar al mundo a ras de tierra, el de las víctimas. Si la buena fe se le presume a las empresas, a los Estados y a las instancias internacionales como si así además se cubriera, sin los pueblos indígenas, la totalidad de los sujetos principales concernidos, la política comprensiva y gradual parece desde luego preferible al derecho riguroso y vinculante ⁽⁹³⁾. Mas con todo esto no se recorre otro camino hacia un mismo fin, sino que se abre una senda

resultado, R. Mares (ed.), *Business and Human Rights: A Compilation of Documents*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2004. En su aplicabilidad a las empresas seguiría insistiendo D. Weissbrodt, *International Standard-Setting*, pp. 376-379. Radu Mares es de la posición contraria además de asesor consecuente de empresas extractivas, como todavía comprobaremos.

⁽⁹²⁾ Nina SEPPALA, *Business and the International Human Rights Regime: A Comparison of UN Initiatives*, en «Journal of Business Ethics», 87, sup. 2, 2009, pp. 401-417, que es número monográfico ya citado; Scott JERBI, *Business and Human Rights at the UN: What Might Happen Next?*, en «Human Rights Quarterly», 31-2, 2009, pp. 299-320; Patricia FEENEY, *Empresas y derechos humanos. La lucha por la rendición de cuentas en la ONU y el rumbo futuro de la agencia de incidencia*, en «Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos», 11, 2009, pp. 177-193.

⁽⁹³⁾ R. MARES, *Defining the limits of corporate responsibilities against the concept of legal positive obligations*, en «The George Washington International Law Review», 40-4, 2009, pp. 1157-1217; *Business and Human Rights after Ruggie: Foundations, the Art of Simplification and the Imperative of Cumulative Progress*, en el mismo (ed.), *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, 169-192.

hacia un horizonte bastante más incierto y, con toda seguridad, distinto ⁽⁹⁴⁾.

La hoja de ruta marcada por *Proteger, Respetar, Remediar* es todavía otra diversa, pues ni siquiera utiliza la brújula de la DDPI. La agenda de los derechos de los pueblos indígenas se formula en términos normativos vinculantes con las garantías bien efectivas de la consulta y la participación bajo la regla del consentimiento. Los Principios Rectores de *Proteger, Respetar, Remediar* enseñan en cambio a hacer oídos sordos a los derechos de los pueblos indígenas: pues son vulnerables, todo lo que necesitan es protección por parte del Estado y no en modo alguno derechos ni, aún menos, garantías o, todavía menos, determinación propia sobre *prioridades y estrategias para el desarrollo*. Para esto, el desarrollo, están las empresas a las que, según *Proteger, Respetar, Remediar*, se les debe asesorar, y no obligar, a fin de que respeten derechos universales de forma que les sirva para ignorar garantías específicas de derechos como los propios de los pueblos indígenas. Tras la DDPI, *Proteger, Respetar, Remediar* representa el desafío más frontal contra tales garantías. Otras instancias internacionales están buscando mecanismos todavía más sutiles para obviar los derechos de los pueblos indígenas o más bien, pues nominalmente los aceptan, sus garantías, lo decisivo desde luego a efectos prácticos ⁽⁹⁵⁾.

Como hemos visto reiteradamente, todas las instancias de las NNUU están obligadas al cumplimiento de la DDPI, pero hay tres específicas para esta materia, dos del Consejo de Derechos Humanos y una del Consejo Económico y Social. Las primeras son la del Relator Especial y la del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos

⁽⁹⁴⁾ L. RODRÍGUEZ PIÑERO, *La 'implementación' de la Declaración: Las implicaciones del artículo 42*, en Natalia Álvarez, J. Daniel Oliva y Nieves Zúñiga (eds.), *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Hacia un mundo intercultural y sostenible*, Madrid, Catarata, 2009, con mi crítica y su réplica, todo esto anticipado en Internet: clavero.derechosindigenas.org/wp-content/uploads/2008/10/articulo-adidpi-def.pdf.

⁽⁹⁵⁾ Fergus MAC KAY, *The Draft World Bank Operational Policy 4.10 on Indigenous Peoples: Progress or More of the Same?*, en « Arizona Journal of International and Comparative Law », 22-1, 2005, pp. 65-98; Galit A. SARFATY, *The World Bank and the Internalization of Indigenous Rights Norms*, en « Yale Law Journal », 114-7, 2005, pp. 1791-1818. Para las posiciones del WB-BM sobre los pueblos indígenas, go.worldbank.org/IBZABS9UU0.

de los Pueblos Indígenas, y la tercera, la del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Las tres han asumido expresamente el compromiso con la DDPI y las tres están abiertas a aportación indígena, pero hay una que se singulariza porque es la única instancia a la que explícitamente se le encomienda la promoción de la DDPI ⁽⁹⁶⁾. En este punto conviene volver a personalizar. Quien recibe dicho encargo, el actual Relator Especial, es James Anaya, profesor de derecho y políticas de derechos humanos en la Universidad de Arizona, una primera autoridad internacional en esta materia de derechos de los pueblos indígenas ⁽⁹⁷⁾. Se encuentra en las mejores condiciones para afrontar la contradicción entre agendas a favor lógicamente de los derechos de los pueblos indígenas en este apartado tan neurálgico y problemático de las actividades empresariales. Resulta difícil pensar en alguien más capacitado que James Anaya para contrarrestar desde dentro de la constelación de las NNUU el poderoso lobby empresarial que no es difícil adivinar detrás de la iniciativa del Pacto Mundial ⁽⁹⁸⁾.

La cuestión de *las empresas transnacionales* la plantea el Relator Anaya desde su primer Informe ante el Consejo de Derechos Humanos en 2008 « debido al impacto que tienen en las actividades y la vida cotidiana de los pueblos indígenas », señalando que las mismas, las empresas, « tienen una importante responsabilidad de respetar y promover los derechos y los principios de la Declaración », la DDPI ⁽⁹⁹⁾. En el de 2009 se produce una aparente

⁽⁹⁶⁾ unsr.jamesanaya.org/esp/docs/docsonu/2010_brc_res_15_13_sp.pdf. Para el Foro y para el Mecanismo, www.un.org/esa/socdev/unpfii/es y www.obchr.org/SP/Issues/PIndigenas/EMRIP.

⁽⁹⁷⁾ S.J. ANAYA, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, cuya traducción es de L. Rodríguez Piñero y Pablo Gutiérrez Vega; la presentación, de B. Clavero; las edición, conforme a la segunda original actualizada de 2004. La primera es de 1996.

⁽⁹⁸⁾ Subhabrata Bobby BANERJEE, *Corporate Social Responsibility: The Good, the Bad and the Ugly*, en « Critical Sociology », 34-1, 2008, pp. 51-79. En cuanto a James Anaya, ha de recordarse que, como abogado, dio un impulso decisivo al referido posicionamiento del sistema interamericano de derechos humanos en línea favorable a los pueblos indígenas: « Arizona Journal of International and Comparative Law », 19-1, 2002. Rasgo también positivo era su *locus* fronterizo de descendencia indígena y formación cualificada (www.buffingtonpost.com/paul-finkelman/parents-children-and-citi_b_687223.html).

⁽⁹⁹⁾ unsr.jamesanaya.org/esp/docs/annual/2008_brc_annual_report_sp.pdf.

incongruencia. Remite confiadamente, como testimonio positivo de « la expectativa de que las empresas observen esas normas (de derechos humanos) en sus respectivas esferas de influencia », al « Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie, *Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos* », asumiendo incluso que « el derecho internacional no impone directamente a las empresas la responsabilidad de respetar los derechos humanos ». Entiende que son ellas mismas, las empresas, quienes por iniciativa propia, mediante la adopción de *códigos de conducta*, han de asumir el compromiso con los derechos ⁽¹⁰⁰⁾.

El Relator Anaya pone como ejemplos de *buenas prácticas* las de autorregulación empresarial que realmente se encuentran bajo mínimos en lo que toca en concreto a derechos de los pueblos indígenas ⁽¹⁰¹⁾. Entendiendo además que a las empresas lo que les falta es *comprensión* del derecho y no voluntad de respetarlo, en Informe del mismo año 2009 a la Asamblea General reitera el Relator Anaya que se ofrece para el *asesoramiento* tanto a las mismas empresas como a los Estados y también a los pueblos indígenas u otros agentes. A efectos prácticos, el enfoque ha dejado de ser el de los derechos de estos pueblos ⁽¹⁰²⁾. Que las empresas « tienen una importante responsabilidad de respetar y promover los derechos y los principios de la Declaración », la de los Derechos de los Pueblos Indígenas, es principio que ha seguido también reiterando el Relator Anaya, pero la cuestión no reside ahí, sino en los medios para alcanzarse el objetivo y, principalmente, dado su mandato, en las

⁽¹⁰⁰⁾ unsr.jamesanaya.org/esp/docs/annual/2009_brc_annual_report_sp.pdf. De la cuestión no se había ocupado en *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. En la edición actualizada de 2004 ni siquiera registra referencia a las Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos.

⁽¹⁰¹⁾ www.icmm.com/document/293: International Council on Mining and Metals, *Mining and Indigenous Peoples*, 2008. También viene reiterando su aprecio de las posiciones del WB, que apenas alcanzan unos mínimos y que igualmente desnaturalizan la DDPI con ocurrencias como la de sustituir *consentimiento libre, previo e informado* por *consulta libre, previa e informada*.

⁽¹⁰²⁾ unsr.jamesanaya.org/esp/docs/annual/2009_ga_annual_report_sp.pdf.

garantías con las que cuentan los pueblos indígenas, vinculando a los Estados, para que esa responsabilidad empresarial pueda en la práctica sustanciarse.

Entre el primer y el segundo Informe al Consejo de Derechos Humanos, en las posiciones del Relator Anaya se produce, si no un giro, una clarificación de postura por influencia directa del Representante Ruggie y en su dirección. No hay recapacitación ulterior ⁽¹⁰³⁾. En su último Informe hasta el momento ante el Consejo de Derechos Humanos, el de 2011, un giro de tuerca se produce. Su alineamiento ya es inequívoco: « La labor del Representante Especial de Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, que ha culminado en el establecimiento del marco para *proteger, respetar y remediar* y de los Principios Rectores para su aplicación, ha contribuido aún más a fomentar la sensibilización respecto de las repercusiones de las operaciones comerciales en los derechos humanos. El marco y los Principios, que el Consejo de Derechos Humanos hizo suyos (...), proporcionan una base aún más firme para seguir avanzando en la protección de los derechos de los pueblos indígenas en el contexto de las actividades empresariales ». Y la tuerca se aprieta. Tales Marco y Principios constituyen para el Relator Anaya la *estructura normativa básica*, el orden jurídico fundamental, al propósito. No lo sería definitivamente entonces la DDPI ⁽¹⁰⁴⁾.

A aquellos, el Marco y los Principios, les acaba así confiriendo el Relator Anaya un valor normativo que no le reconoce en cambio a la DDPI pese al propio mandato de promocionarla. La minusvaloración personal de la segunda le facilita la sobrevaloración institucional, como Relator, de lo primero ⁽¹⁰⁵⁾. No hay precedentes en

⁽¹⁰³⁾ clavero.derechosindigenas.org/?p=7420; clavero.derechosindigenas.org/?p=10241, junto con la entrada ya citada clavero.derechosindigenas.org/?p=9951.

⁽¹⁰⁴⁾ unsr.jamesanaya.org/esp/docs/annual/2011-brc-annual-report-a-brc-18-35_sp.pdf. La expresión original, literalmente traducida al castellano, parece igual de fuerte: *basic normative structure* (unsr.jamesanaya.org/docs/annual/2011-brc-annual-report-a-brc-18-35-en.pdf).

⁽¹⁰⁵⁾ unsr.jamesanaya.org/docs/data/sja-cv-01-2011.pdf, currículo donde se registra una conferencia impartida en la Universidad de Sevilla en 2006 con ocasión de un magno Congreso de Americanistas: *Why There Should not Have to Be a Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, en la que me correspondió las presentaciones y que

las NNUU para un paso de tamaño alcance, un paso que otorga valor normativo a un mero informe de un relator, dígasele representante, por encima de un instrumento de derechos humanos adoptado como tal por la Asamblea General ⁽¹⁰⁶⁾. El acuerdo del Consejo de Derechos Humanos asumiendo el Informe de Ruggie y erigiéndolo en término de referencia para el Grupo de Trabajo sobre la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales no parece que justifique el paso. Puede serlo en falso para el Relator sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, pero con todos los visos de que, en la coyuntura actual de reticencias de los Estados, reservas de las empresas e incluso resistencias de las agencias de desarrollo de las propias NNUU ante la DDPI, puede de momento asentarse. Por ahora, es el triunfo del Pacto sobre las Normas, de la política sobre el derecho, de las empresas sobre los derechos ⁽¹⁰⁷⁾.

En 2008, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas se dirige al Representante y al Relator para que estudiaran « cuáles son las actividades de las empresas transnacionales que pueden

resultó concurrida y polémica, así como su publicación: S.J. ANAYA, *¿Por qué no debería existir una Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas?*, en N. Álvarez, J.D. Oliva y N. Zúñiga (eds.), *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, pp. 37-50. No es que se opusiera a la DDPI, sino que la entiende seriamente como innecesaria por la razón de que su contenido sustancial ya se tendría en el derecho internacional previo, lo que sigo pensando que era un buen argumento, aunque forzado, antes de la DDPI, no definitivamente después. No parece del todo cierto que todos los derechos que en ella se registran ya estuvieran reconocidos como derecho humano y esto, no por exceso de la DDPI, sino por deficiencia del resto de los instrumentos internacionales de derechos humanos (brcolumbia.org/indigenous/lecture-columbia-1-21-09.pdf), con lo cual resulta que ahora la cuestión esencial es de garantías, en manos de los pueblos indígenas (autonomía, participación, consulta, consentimiento...) tanto como ajenas, pues para cada derecho la DDPI se cuida de especificar la obligación consiguiente del Estado, lo que con anterioridad no existía en el derecho internacional.

⁽¹⁰⁶⁾ www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home/Mandate, el mandato citado del Representante Especial en el que tampoco hay base para conferirle un valor normativo al Marco y los Principios.

⁽¹⁰⁷⁾ A. Peters, Lucy Koechlin, Till Förster y Gretta Fenner Zinkernagel (eds.), *Non-State Actors as Standard Setters*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009; Andreas Rasche y G. Kell (eds.), *The United Nations Global Compact: Achievements, Trends and Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, prólogo de Ban Ki-moon.

constituir una violación de los derechos inmanentes enunciados en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas » (108). Ha de decirse que el segundo, Anaya, y no el primero, Ruggie, respondió con diligencia poniendo pronto en marcha un estudio sobre el impacto humano de las *Industrias extractivas que realizan operaciones dentro de territorios indígenas o en proximidad de ellos*. Hasta hoy no se ha concluido, pero se cuenta con algún anticipo comprometido, que con razón se aprecia (109). Sin embargo, no se anuncia un cambio de fondo porque se observe más específicamente el asunto, incluida para su estudio una encuesta que se dirige por igual a todas las partes concernidas, ni siquiera principalmente, conforme a protocolo acorde con la DDPI, a los pueblos indígenas y sus organizaciones (110). El adelanto se incluye en el mismo Informe del 2011 en el que adopta *Proteger, Respetar, Remediar* como término normativo de referencia (111).

Las Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos parecen definitivamente desahuciadas. Resultan suplantadas por el Marco y los Principios para *Proteger, Respetar, Remediar*. De *requiem* se ha hablado (112). ¿Es así? El Relator Anaya no se ha planteado ciertamente rescatarlas. En ninguno de sus informes de los tres años que

(108) daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/338/84/PDF/N0833884.pdf?OpenElement. Es el año en el que me incorporé como miembro del Foro para lo que sería sólo un trienio, con la DDPI recién adoptada y con la urgencia de hacerla valer respecto a las cuestiones más graves y desreguladas. La prórroga para un segundo trienio, que España propuso, no me fue concedida por el Consejo Económico y Social.

(109) Por ejemplo, otramerica.com/radar/anaya-proyectos-extractivos-socavan-la-libre-determinacion-de-los-pueblos-indigenas/624.

(110) clavero.derechosindigenas.org/?p=10241; clavero.derechosindigenas.org/?p=9094.

(111) www2.obchbr.org/english/bodies/brcouncil/docs/18session/A-HRC-18-35_sp.pdf, el mismo Informe ya citado de 2011.

(112) Sascha-Dominik Oliver Vladimir BACHMANN y Pini Pavel MIRETSKI, *Global Business and Human Rights: The UN 'Norms on the Responsibility of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights' — A Requiem*, 2011, disponible en ssrn.com/abstract=1958537.

median entre el Marco y los Principios plantea cuestión a su respecto ⁽¹¹³⁾. En el futuro puede hacerlo, pues el Consejo de Derechos Humanos ha dirigido el mandato de *promover la divulgación y aplicación* de los mismos al nuevo Grupo de Trabajo, no al Relator Especial, como tampoco al Mecanismo de Expertos sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, igualmente dependiente de dicho Consejo. Y, como está dicho, el Grupo habrá de trabajar con un Foro en el que pueden participar representantes indígenas. Por su parte, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas no tiene por qué adoptar las posiciones del Relator Especial. Es en este contexto tan abierto en el que se ha llegado a esa precipitada conclusión de que el Marco y los Principios constituyen la *estructura normativa básica* en lo que interesa a los pueblos indígenas ante las actividades empresariales que les afectan.

En su último Informe ante la Asamblea General, de 2011, el Relator Anaya pretende que se está en vías de alcanzar un « consenso en torno a la responsabilidad de las empresas en relación con los derechos humanos » sobre las bases de *Proteger, Respetar, Remediar*. Al menos tiene el detalle de no mencionar a los pueblos indígenas como partícipes en ese presunto consenso. Un tal *consensus* es fácil de presumirse y figurarse, según viene de hecho haciéndose ⁽¹¹⁴⁾, cuando así se elimina la presencia activa de sujetos de derecho internacional como lo son, tras la DDPI, los pueblos indígenas, no en cambio, ni antes ni ahora, las empresas. Entre Representante Ruggie y Relator Anaya las cosas funcionan tal y como si la DDPI no existiera ni siquiera a los efectos de considerarles *parte* en el asunto neurálgico de los derechos humanos y las

⁽¹¹³⁾ Weissbrodt no ha dejado de criticar el planteamiento de Ruggie como Representante Especial, lo que hubiera podido ayudar al Relator Anaya, pues ahí tiene buenos argumentos jurídicos, para distanciarse de *Proteger, Respetar, Remediar* a favor de la recuperación de las Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales: D. WEISSBRODT, *International Standard-Setting*, pp. 382-390. Añádase David BILCHITZ, *El Marco Ruggie: ¿Una propuesta adecuada para las obligaciones de derechos humanos de las empresas?*, en « Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos », 12, 2010, pp. 209-241; *Do Corporations Have Fundamental Rights Obligations?*, en « Theoria. Journal of Social and Political Theory », 125, 2010, pp. 1-35.

⁽¹¹⁴⁾ Deborah LEIPZIGER, *The Corporate Responsibility Code Book*, Sheffield, Greenleaf, edición revisada, 2010, concluyendo con *An emerging consensus*.

empresas, algo que, como vimos, estaba claro, incluso antes de la DDPI, para las Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales elaboradas por la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos que se están queriendo dar por irremisiblemente desahuciadas.

La comunicación con los pueblos indígenas no se tiene como preferente caso de plantearse. En el mandato del Relator Especial se comprende naturalmente dicha comunicación, que atiende ⁽¹¹⁵⁾. En su último Informe a la Asamblea General el Relator Anaya concede a los pueblos indígenas entrada tras la referencia al consenso, a aquel consenso para el que no los toma en cuenta. Los considera objeto obligado de reconocimiento por parte de las empresas conforme al derecho internacional y no al derecho de cada Estado ⁽¹¹⁶⁾. Bien que un mínimo para una instancia de las NNUU, es un tanto positivo, como otros que vienen a continuación, pero siguen los pueblos indígenas sin aparecer en la posición que les corresponde según la DDPI, más o menos junto a los Estados, como sujetos de derecho en el ámbito internacional ambos, también los pueblos indígenas después de la DDPI, pero en todo caso, sin lugar a dudas, por delante de las empresas. A la hora de la verdad, el derecho internacional de referencia para el Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no es el representado por la DDPI ⁽¹¹⁷⁾. Hay más. Entre las garantías frente a posibles atropellos de derechos vitales de los pueblos indígenas por parte de industrias extractivas se tiene tam-

⁽¹¹⁵⁾ unsr.jamesanaya.org/esp/list/informes-de-paises, para sus informes sobre visitas a países. El mismo sitio sirve a la comunicación: unsr.jamesanaya.org/esp/comm/procedimiento-de-comunicaciones.

⁽¹¹⁶⁾ unsr.jamesanaya.org/docs/annual/2011-ga-annual-report-sp.pdf.

⁽¹¹⁷⁾ S.J. ANAYA, *The Rights of Indigenous Peoples to Self-Determination in the Post-Declaration Era*, en C. Charters y R. Stavenhagen (eds.), *Making the Declaration Work: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Copenhagen, IWGIA, 2009, pp. 184-198 (está citada la traducción al castellano, *El Desafío de la Declaración*), reiterando el argumento que le caracteriza, el de que la DDPI no tiene un alcance sustantivo por razón de que su contenido de derechos ya se encuentra en el derecho internacional anterior. Ambas versiones están disponibles en Internet (www.iwgia.org).

bién la de un derecho penal internacional que el Relator Anaya también viene eludiendo ⁽¹¹⁸⁾.

¿Todo anda entre dos profesores o, mejor dicho, tres, como los tenores? Son David Weissbrodt, John Ruggie y James Anaya: Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales; *Proteger, Respetar, Remediar*, y Derechos de los Pueblos Indígenas. Las Normas partían de que las empresas han de estar vinculadas a los derechos humanos y los Estados ser los garantes de esa vinculación. Cuando entró en funciones de Representante Especial, Ruggie distorsionó el planteamiento de las Normas por descargar del peso de sus obligaciones a las empresas. Presentó a las primeras como si pretendieran convertir a las segundas en sujetos de derecho internacional sindicables ante las NNUU. En vano ha insistido Weissbrodt en que Ruggie ha construido un maniqueo falseando el planteamiento de las Normas. De poco igualmente vale que las empresas transnacionales de hecho actúen como sujetos internacionales sin las responsabilidades correspondientes de grado superior ⁽¹¹⁹⁾. Aun con el falseamiento de partida o precisamente por el mismo, la agenda de Ruggie se impone. En el ámbito académico de este debate clave entre profesores, Anaya no ha terciado ⁽¹²⁰⁾.

Los aportes de dos de los tres tenores resultan influyentes,

⁽¹¹⁸⁾ *clavero.derechosindigenas.org/?p=8791*, impresa la versión íntegra en B. CLAVERO, *¿Hay genocidios cotidianos? Y otras perplejidades sobre América indígena*, Copenhague, IWGIA, 2011, pp. 250-262. En Informe sobre Colombia (*unsr.jamesanaya.org/esp/docs/countries/2010_report_colombia_sp.pdf*) hay alusión a que podía estar cometándose genocidio, a lo que no ha dado seguimiento. Mi tratamiento de este caso figura en la versión impresa en dicho volumen, no en la publicada por las NNUU.

⁽¹¹⁹⁾ D. WEISSBRODT y M. KRUGER, *Human Rights Responsibilities of Business as Non-State Actors*, en Philip Alston (ed.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 315-349; A. CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, pp. 76-80 y 195-270 (con ulterior información y diverso tratamiento sobre los documentos aquí vistos con anterioridad a *Proteger, Respetar, Remediar*); Lisbeth SEGERLUND, *Making Corporate Social Responsibility a Global Concern: New Construction in a Globalizing World*, Londres, Routledge, 2010; Darryl Reed, Peter Utting y Ananya Mukherjee-Reed (eds.), *Business Regulation and Non-State Actors: Whose Standards? Whose Development?*, Londres, Routledge, 2012.

⁽¹²⁰⁾ J.G. RUGGIE, *Business and Human Rights*; D. WEISSBRODT, *International Standard-Setting*.

representativos y complementarios. Las instancias mayores de desarrollo, como el WB, el Banco Mundial, y el Programa de las NNUU para el Desarrollo (PNUD), están rindiendo tributo retórico a la DDPI al tiempo que acuñan fórmulas y arbitran mecanismos para viscerarla reproduciendo un escenario que sigue seriamente afectando a los derechos de los pueblos indígenas y sus garantías ⁽¹²¹⁾. A estos mismos efectos, el paradigma Ruggie resulta insuficiente, pues no cubre el flanco del registro de los derechos de los pueblos indígenas neutralizándose al tiempo sus garantías, como la del consentimiento, no ignorándose por supuesto los derechos sustantivos en el caso del Relator Anaya ⁽¹²²⁾.

Hay todavía una diferencia entre los dos tenores respecto a los pueblos indígenas. Ruggie ignora derechos mientras que Anaya afirma derechos y relaja garantías. Con esto, su respaldo al Marco y los Principios de *Proteger, Respetar, Remediar* les imprime una

⁽¹²¹⁾ www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/7374: Grupo de las NNUU para el Desarrollo, *Directrices sobre las Cuestiones Relativas a los Pueblos Indígenas*, Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2009, que se ha reeditado desatendiendo la rectificación requerida por el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. La OIT forma parte del Grupo para el Desarrollo y se ha mostrado activa en el intento de devaluar la DDPI. El PNUD contribuye con políticas y con teorías; modifica las medidas del *desarrollo*, como desarrollo *humano*, que no acaban de adoptar un enfoque consecuente de derechos, y aún menos de derechos de pueblos sin Estados, por no reducirse a indicadores económicos; también impulsa la categoría de *governance* o gobernanza que ha sido acuñada en medios del WB y que, si algo aporta, es el desplazamiento solapado de los derechos como base común del derecho internacional y del doméstico. Para exposiciones propagandísticas: Richard Jolly, Louis Emmerij, Dharam Ghai y Frédéric Lapeyre, *UN Contributions to Development Thinking and Practice*, Bloomington, Indiana University Press, 2004; Craig N. MURPHY, *The United Nations Development Programme: A Better Way?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006; el primero pertenece a una serie de las propias NNUU, el *United Nations Intellectual History Project*, y el segundo está financiado por el propio PNUD. Confróntese Claus OFFE, *Governance, an 'Empty Signifier'?*, en « Constellations. An International Journal of Critical and Democratic Theory », 16-4, 2009, pp. 550-562.

⁽¹²²⁾ unsr.jamesanaya.org/docs/countries/2009_report_chile_sp.pdf, Apéndice I, Informe sobre *consulta*, a propósito de una fallida reforma constitucional en Chile, en el que, sin base normativa, reduce la garantía de consentimiento a *derecho de veto* para denegarlo, a lo que se añade un énfasis en la conveniencia de una relación de *partnership* mediante participación en beneficios empresariales como si pudiera ser razón para el consentimiento. No hay que decir que Ruggie no toma en consideración ni siquiera la consulta.

plausibilidad de cara a los pueblos indígenas de la que por sí solos originalmente carecerían. La sintonía del dueto es lo que puede imprimir operatividad al Marco y a los Principios por encima y a pesar de las garantías de los derechos de los pueblos indígenas acuñadas por el propio derecho internacional ⁽¹²³⁾. A este respecto, la relatoría sobre derechos humanos y empresas, si puede funcionar, será gracias a la relatoría sobre derechos de los pueblos indígenas. Esto juegos de prestidigitación no son extraños en el derecho internacional con sus movimientos descompensados entre derechos humanos y poderes globales.

III.6. *Segundas reflexiones interlocutorias: Responsabilidades y obligaciones; dogmática, políticas y derecho.*

« He elegido la voz de responsabilidad en lugar de la de deber porque la mayor parte del derecho internacional no se aplica directamente a las empresas », manifiesta John Ruggie en una reciente entrevista ⁽¹²⁴⁾. Es el punto de partida del Pacto Mundial o

⁽¹²³⁾ *clavero.derechosindigenas.org/?p=11142*, sobre el caso actual del Perú, donde está cobrando fuerza de posición oficial sustancialmente, aunque así no se presente, el paradigma Ruggie en su versión Anaya. Para recientes introducciones a la situación peruana, Margarita BENAVIDES, *Industrias extractivas, protesta indígena y consulta en la Amazonía peruana*, en « Anthropologica. Revista del Departamento de Ciencias Sociales » (Pontificia Universidad Católica del Perú), 28, suplemento 1, *Industrias extractivas y sociedad rural*, 2010, pp. 263-287; Javier AROCA MEDINA, *El dilema de los pueblos indígenas frente a las industrias extractivas*, en « Revista Latinoamericana de Derecho y Políticas Ambientales », 1-1, 2011, pp. 175-195; Alberto CHRIF, *Pueblos indígenas amazónicos e industrias extractivas*, Lima, Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica-Comisión Episcopal de Acción Social, 2011.

⁽¹²⁴⁾ « Business Ethics. The Magazine of Corporate Responsibility », entrevista con John Ruggie, octubre 2011: *business-ethics.com/2011/10/30/8127-un-principles-on-business-and-human-rights-interview-with-john-ruggie* (« I chose the word responsibility, rather than duty, because for the most part international law doesn't apply directly to companies »). Véase también su prólogo a un volumen de la referida serie de autopromoción *United Nations Intellectual History Project*: Thomas G. WEISS y Ramesh THAKUR, *Global Governance and the UN: An Unfinished Journey*, Bloomington, Indiana University Press, 2010, pp. XV-XX, insistiendo en la imagen del orden internacional vinculante como intergubernamental sin alcance directo a actores como las empresas salvo en lo que respecta al acceso a litigiosidad en defensa propia y a iniciativas de compromisos voluntarios. A dicha misma serie pertenece Tagi SAGAFI-NEJAD y J.H. DUNNING, *The UN*

Global Compact y, ahora, del Marco y los Principios para *Proteger, Respetar, Remediar* que han rehabilitado la regla anterior a los derechos humanos de que sólo los Estados son sujetos de derecho internacional cuando hoy, gracias a los derechos humanos, lo somos todos los individuos y además, junto a los Estados, los pueblos indígenas, muy dudosa y condicionadamente, si acaso, las empresas ⁽¹²⁵⁾.

Antes que las empresas, lo soy yo mismo. Como sujeto internacional de derechos humanos, ¿tengo sólo la responsabilidad y no el deber de respetarlos de cara a todo el resto de la humanidad? Si cuento con capacidad y me dedico a actividades que desbordan a los Estados atropellando derechos humanos, ¿no se me deberá someter, en la medida que así sea, a mecanismos internacionales? Pongamos que se trate de empresa transnacional afectando a pueblo indígena, en cuyo caso no admitir otra posibilidad de protección de los correspondientes derechos que la de remitirse al Estado, ¿no equivale a enervar garantías sustrayéndoles la principal, la del derecho a la autonomía reconocido internacionalmente como forma de libre determinación con requerimiento consiguiente de consulta y consentimiento? Puesto ya a preguntar, ¿no es un mensaje de impunidad lo que se envía a las empresas transnacionales cuando desde las NNUU no se les requiere que afronten sus responsabilidades como las deberes estrictos que son, sino que, como hemos visto, se muestra

and Transnational Corporations: From Code of Conduct to Global Compact, Bloomington, Indiana University Press, 2008.

⁽¹²⁵⁾ Patrick DUMBERRY, *L'entreprise, sujet de droit international? Retour sur la question à la lumière des développements récents du droit international des investissements*, en « *Revue Générale de Droit Internationale Public* », 108-1, 2004, pp. 103-122, aceptándolo limitada y condicionadamente. Aunque actores de políticas y sujetos de derechos no sean lo mismo, títulos renovadores como el de A. CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, siguen alimentando, por el prefijo de negación que ya es una expresión hecha, el estereotipo del Estado como sujeto por excelencia del derecho internacional, tal y como si el resto hubiera de ser por ahora y siempre excepcional. La literatura sobre *non-State actors*, inclusive la obra de Andrew Clapham, no suele incluir a los pueblos indígenas en cuanto tales como actores internacionales que también son con logros como el del pulso durante años por la DDPI (Alan BOYLE y Christine CHINKIN, *The Making of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 48-50; A. EIDE, *Los pueblos indígenas, el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas y la adopción de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*).

comprensión ofreciéndoles generosamente asesoramiento como si no tuvieran capacidad y obligación de tener sus propios equipos legales para ajustar sus proyectos y actividades al derecho? Por lo demás, ¿qué sentido tiene distinguir en tal forma entre responsabilidad y deber u obligación? ¿No es la responsabilidad premisa y la obligación corolario? En otro caso, ¿no resulta la invocación a la responsabilidad una forma de «ratificación retórica de la impunidad»? (126).

Tampoco distingamos, para la reacción internacional, entre actividades transnacionales legales o ilegales, lícitas o ilícitas, según lo fuere la empresa. No sentemos presunciones salvo la de inocencia del individuo. Si atenta contra derechos humanos, es ilícita cualquier actividad de empresa por muy legal que sea ésta. La biopiratería global no es sólo ni principalmente práctica de empresas ilegales. Si el mercado mismo puede intervenir por defensa de los derechos humanos frente a los Estados (127), ¿por qué no cabe actuarse de igual modo frente a las empresas? La ilegitimidad nada ocasional de la legalidad empresarial suele hoy encubrirse con el mantra de un desarrollo que se entiende no depredatorio sólo porque se le adjetive como sostenible y al que se le tiene por conforme a derechos sólo porque se le califique como humano y además se le declare como constitutivo él mismo de derecho, el derecho al desarrollo, un derecho humano ciertamente, pero no a costa del sacrificio completo

(126) La expresión pertenece a Sebastián Martín, compañero en la Universidad de Sevilla, quien, con sus notas de lectura de estas páginas, me ha prestado realmente ayuda para una última revisión.

(127) Anthony E. CASSIMATIS, *Human Rights Related Trade Measures under International Law: The Legality of Trade Measures Imposed in Response to Violations of Human Rights Obligations under General International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007. En la entrevista referida, John Ruggie entiende que esa *mayor parte del derecho internacional* inaplicable directamente a las empresas se encuentra la de los derechos humanos con una excepción, la de obligación estricta ante el derecho internacional de no incurrir en graves violaciones de derechos humanos por crímenes contra la humanidad, un supuesto que Ruggie no es el único en soslayar precisamente respecto a pueblos indígenas (B. CLAVERO, *Genocide or Ethnocide, 1933-2007: How to Make, Unmake and Remake Law with Words*), aparte esto de que los Estados Unidos, cuyo derecho pone Ruggie de ejemplo, no reconoce la correspondiente jurisdicción penal internacional. Por lo pronto, las compañías estadounidenses transnacionales quedan exentas.

de otros derechos humanos o del conjunto de los derechos humanos de sectores determinados como el indígena ⁽¹²⁸⁾.

En 2011 se ha culminado en las NNUU un proceso que arrancó hace una década larga con el establecimiento del Pacto Mundial y con el rechazo de las Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Sustancialmente, usos retóricos aparte, el punto de llegada de las NNUU en 2011 es el punto de partida de la *Organisation for Economic Cooperation and Development* u Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD u OCDE) en 2000, un club exclusivo de Estados, con reserva rigurosa del derecho de admisión, que intenta establecer condiciones en defensa del mercado como valor prioritario no sólo para sus miembros, sino también para el resto de la humanidad, dotado de unas *Guidelines for Multinational Enterprises*, Directrices para Empresas Multinacionales, que registran el respeto a los derechos humanos en términos precisamente de recomendaciones no vinculantes ⁽¹²⁹⁾. A estas alturas, en la edición de 2011, ya se encuentra introducida la referencia a derechos de los pueblos indígenas con la consiguiente falta de compromiso efectivo ⁽¹³⁰⁾. La OCDE no es una organización

⁽¹²⁸⁾ Gilbert RIST, *The History of Development from Western Origins to Global Faith*, edición corregida y actualizada (Zed Books, 2008), Nueva Delhi, Academic Foundation, 2009, con tratamiento de dichas construcciones del PNUD, lo que es decir del referido Grupo de las NNUU para el Desarrollo, particularmente de la categoría de *desarrollo humano* (pp. 205-210); añádase C.A. Boyly, Vijayendra Rao, Simon Szreter y Michael Woolcock (eds.), *History, Historians and Development Policy: A necessary dialogue*, Manchester, Manchester University Press, 2001. Contrástense, por ejemplo, Daniel AGUIRRE, *The Human Right to Development in a Globalized World*, Aldershot, Ashgate, 2008, o, para mayor contraste todavía, Jean-Pierre CHAUFFOUR, *The Power of Freedom: Uniting Development and Human Rights*, Washington, Cato Institute, 2009.

⁽¹²⁹⁾ D. WEISSBRODT y M. KRUGER, Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations, no dejan de colacionar estas Guidelines a los efectos comparativos que interesan; añádase A. CLAPHAM, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, pp. 201-211. La OCDE, establecida como tal en 1961, procede de la Organización Europea para la Cooperación Económica, lo que significa que del Plan Marshall (1947). Intenta mejorar la imagen sobrevalorando el pasado Richard WOODWARD, *The Organization for Economic Cooperation and Development*, Abingdon, Routledge, 2009.

⁽¹³⁰⁾ www.oecd.org/dataoecd/43/29/48004323.pdf.

global, pero quiere tener un alcance global. Igual que la OMC, no guarda relación orgánica constitutiva ni sobrevinida con las NNUU. Comparten actualmente la pretensión de atenerse por adhesión voluntaria al derecho internacional de los derechos humanos, el mismo homenaje de la hipocresía a la virtud que ahora caracteriza al Marco y los Principios para *Proteger, Respetar, Remediar* de las NNUU.

La falacia común a las posiciones de la OMC, la OCDE y del Marco y los Principios para *Proteger, Respetar, Remediar* es la de confundir interesadamente entre ser miembro de las NNUU y contraer obligación con el derecho internacional de los derechos humanos que las mismas declaran; entre asumir el compromiso de garantizar estos derechos y estar vinculado a los mismos. Lo primero compete a los Estados; lo segundo alcanza a todas y todos, individuos y entidades de todo tipo, las empresas naturalmente no exclusive. Con tamaña falacia, está creándose en el mismísimo seno de las NNUU un régimen de exención a favor de intereses empresariales. Mejor sería decir por supuesto que se está intentado crear ese estado de excepción. Ni Principios del Representante Especial ni Informes del Relator Especial constituyen derecho. El Convenio de la OIT y la DDPI de las NNUU sí lo hacen. Estos y no aquellos son derecho. Aquí y no allí se tiene el régimen internacional de unos derechos de pueblos frente a unos intereses de empresas dado el caso usual de contraponerse y colisionar.

La cuestión está abierta. Tampoco es que vaya a resolverse entre tenores y por mayoría de dos contra uno, Ruggie y Anaya contra Weissbrodt. Por mucho que se tienda entre quienes tienen la voz cantante a operar como si la doctrina prevaleciese sobre el derecho habiendo de ser la primera la que imprima sentido al segundo y no a la inversa, por mucho que este supremacismo académico tenga hoy fuerza, las normas mismas resultan suficientes para desautorizarles (baste con recordar artículos citados como el 38 y el 42 de la DDPI). En cuanto a John Ruggie, si se repasa su obra iusinternacionalista, se advertirá cómo realmente pesan o se hacen empeñadamente pesar dogmas añejos, cual el de soberanía exclusiva del los Estados o cual el concomitante del valor normativo de los instrumentos internacionales de derechos humanos sólo respecto a ellos y tan sólo si son tratados suscritos por ellos. Tal es la base y tal

es el escenario para el empeño por parte de Ruggie de incrustar el mercado global en el derecho internacional. De un mercado se trata que, por chocar fácilmente con derechos humanos, necesita del respaldo de los Estados y de las institucionales intergubernamentales. Es lo que Ruggie denomina *embedded liberalism* o, equivaliendo a efectos prácticos, *embedded market*, ese mercado incrustado con poderes internacionales propios entre Estados apoderados. Con la necesidad siempre del respaldo institucional, la agenda antepone negocio a derecho, los negocios a los derechos. Esta es la voz cantante ahora en las NNUU ⁽¹³¹⁾.

No hace falta asumir la agenda de la incrustación del mercado en el derecho internacional para adoptar su corolario de neutralización de garantías internacionales de derechos humanos. Hemos tenido el ejemplo bien expresivo de las posiciones de James Anaya, también profesor universitario y actualmente Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Es la fuerza de la doctrina como forma de verdadero prejuicio. Se antepone y superpone al juicio, al juicio ante todo del propio derecho. ¿Qué vale entonces la evidencia de que tales no son los supuestos de un orden internacional de derechos humanos en general y de las garantías de los derechos de los pueblos indígenas en particular? Aunque no suela ya denominársele así y aunque haya medios jurídicos donde la expresión sea exótica, es la fuerza de la *dogmática*, de una dogmática procedente de tiempos anteriores al derecho internacional de los derechos humanos y que ahora se recicla con cierta continuidad de intereses económicos más que políticos. En tiempos de colonialismo abierto, los Estados podían ser agentes empresariales ellos mismos.

⁽¹³¹⁾ John Ruggie propugna un multilateralismo no reducido a las NNUU que comprende la justificación del GATT, luego WTO (OMC), frente al intento de establecer la Organización Internacional del Comercio de las NNUU (J. RUGGIE, *Constructing the World Polity: Essays on International Institutionalization*, Londres, Routledge, 1998, p. 75), y que se concreta en la agenda de *embedment* del mercado global como un *legitimate social purpose* del orden internacional: J. Ruggie (ed.), *Embedding Global Markets: An Enduring Challenge*, Aldershot, Ashgate, 2008. El dato más sintomático de la agenda no exactamente oculta ya está advertido: mientras que la expresión de las NNUU suele ser la de *derechos humanos y empresas*, el uso sistemático de Ruggie es el de *empresas y derechos humanos, business and human rights*, negocios y derechos humanos, por este orden.

En tiempos de colonialismo encubierto, son las empresas las que intentan poner a los Estados a su servicio, tanto por separado como conjuntados en las NNUU, en una constelación de organizaciones internacionales que predica derechos humanos. Hablo de continuidad de colonialismo entre Estados y pueblos indígenas, no de neocolonialismo entre Estados postcolonialistas y postcolonizados (132).

No todo se debe a las NNUU en su vertiente, que fuera fundacional, de agencia de mantenimiento de colonialismo. La doctrina iusinternacionalista, esta dogmática, contribuye. La dogmática se caracteriza por no construir el estado normativo actual partiendo de las novedades, sino por neutralizarlas a partir de la ficción rampante de prejuicios establecidos en forma de paradigma. Sé que la subordinación del acto normativo a la doctrina o jurisprudencia establecida cuenta con solera en medios jurídicos de tradición británica, pero porque esta tradición no había experimentado y se resistía a admitir intervenciones legislativas de alcance constituyente. Luego se han sumado las pretensiones científicas de la doctrina jurídica sobre el derecho establecido. El caso es que el comportamiento prepotente ha resistido e incluso se ha fortalecido en tiempos precisamente de constitucionalismo (133).

Hoy, tal modo de actuar de la doctrina frente al derecho tiende a imperar en las propias NNUU por vía, más que de diplomacia, de

(132) Laurence FRECH y Magdaleno MANZANÁREZ, *NAFTA and Neocolonialism: Comparative Criminal, Human and Social Justice*, Lanham, University Press of America, 2004 (NAFTA: *North American Free Trade Agreement* o Tratado de Libre Comercio de América del Norte, esto es Canadá, Estados Unidos y México), tomándose en cuenta la presencia de pueblos indígenas. La política de tratados de libre comercio se sitúa en la línea de la OMC y, en general, del multilateralismo no reducido a las NNUU.

(133) Allan C. HUTCHINSON, *The Province of Jurisprudence Democratized*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 2: « This books contributes to a developing tendency to expose the dirty little secret that contemporary jurisprudence is at odds with the unsettling demands of an uncompromising democratic project », *jurisprudence* en el sentido de « science of jurisprudence », la doctrina. Lo propio o quizás mejor podría decirse respecto al proyecto de los derechos que comprende democracia sin agotarse en ella y potenciándola más allá de la representación y la responsabilidad. El término de referencia es por supuesto John AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, 1832 (edición de Sarah Austin, su viuda, 1861, disponible en google-books), pero la exposición dilata el campo de la doctrina analizada.

comités de expertas y expertos afectando a derechos humanos. Contribuye la misma Oficina del Alto Comisionado (hoy Alta Comisionada) para los Derechos Humanos, una oficina llevada por gentes expertas ⁽¹³⁴⁾. No estoy con todo esto planteando el asunto del desarrollo o de la suplencia de derecho por la doctrina, sino el de la suplantación del uno por la otra. Contribuir, incluso decisivamente, a lo primero no previene de poderse incurrir en lo segundo ⁽¹³⁵⁾. En la dogmática iusinternacionalista se conserva más viva la mentalidad supremacista de una cultura sobre otras y de la doctrina misma sobre el derecho, fuertemente vinculados ambos rasgos, sin disposición alguna con todo a cobrar conciencia de las limitaciones de la propia localización cultural de raigambre colonial ⁽¹³⁶⁾.

⁽¹³⁴⁾ www2.obchcr.org/spanish/law/index.htm, donde ya hemos acusado el detalle de que la DDPI se recluya en un apartado junto a los *Derechos de las Minorías* y no se incluya en la sección del *Derecho a la Libre Determinación*. La dicotomía dogmática entre pueblos-estados y minorías-pueblos indígenas opera, degradando la DDPI, prácticamente por todo el sistema de NNUU, no sólo por sus instancias intergubernamentales. Hay quienes se niegan a distinguir a los pueblos indígenas como sujetos de derecho internacional, diga lo que diga el propio derecho internacional, con los peregrinos argumentos de que así lo que se produce es discriminación de las minorías y de que éstas, en espacios como el europeo, se cualifican mejor a efectos constitucionales que los pueblos indígenas por doquier: Will KYMLICKA, *Multicultural Odysseys: Navigating the New International Politics of Diversity*, Oxford, Oxford University Press, 2007; *The Internationalization of Minority Rights*, en «International Journal of Constitutional Law», 6-1, 2008, pp. 1-32. Que *minoría* sea una categoría del tracto colonial enquistada en el derecho internacional con efectos por sí misma discriminatorios de los grupos humanos a los que se aplica no es cuestión que quepa en una perspectiva multicultural que sigue siendo de Estados.

⁽¹³⁵⁾ En el caso de los comités de tratados de derechos humanos, tiende a destacarse más el desarrollo que, llegado el caso, la suplantación; así, interesando a pueblos indígenas, Dominic MCGOLDRICK, *Human Rights Committee: Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, edición actualizada, Oxford, Clarendon, 2004. El Comité de Derechos Humanos se resiste ahora a hacerse cargo del giro marcado por la DDPI respecto a derechos sobre los que tiene sin género de dudas competencia y que antes ha ejercido: clavero.derechosindigenas.org/wp-content/uploads/2009/01/comite-de-derechos-humanos-y-pueblos-indigenas.pdf, además de clavero.derechosindigenas.org/?p=3040 y otro par con los sufijos =2745 e =2711.

⁽¹³⁶⁾ Ahora, para lo primero, lo del desarrollo o lo de la suplencia, estos «Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno», 40, 2011, *Giudici e Giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*, interesando también de los mismos «Quaderni», 33-34, 2004-2005, *L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto*

Respecto al derecho internacional de los derechos humanos, p \acute{o} rtico para la suplantaci \acute{o} n es el argumento visto que lo caracteriza como no derecho a efectos pr \acute{a} cticos, como *soft law* o derecho d \acute{e} bil contrapuesto a *hard law* o derecho fuerte, a derecho propiamente dicho o en rigor, con lo cual se abre el espacio para superponer interpretaciones complacientes con poderes e intereses, interpretaciones que no responden al tenor de las propias normas. El ejemplo m \acute{a} s elocuente resulta el de la recepci \acute{o} n pr \acute{a} cticamente nugatoria de la DDPI. Rep \acute{a} rese adem \acute{a} s en la descompensaci \acute{o} n del juego entre derecho d \acute{e} bil y derecho fuerte cuando opera en el \acute{a} mbito internacional a favor de la discrecionalidad de unos sujetos y no de otros, as $\acute{\i}$ de los Estados y de las empresas transnacionales, no en cambio, en caso alguno, de los pueblos ind \acute{i} genas. Porque dicha distinci \acute{o} n est \acute{e} en boga y sea v \acute{a} lida a algunos otros efectos, no vamos a ignorar que su empleo comienza por afectar negativamente al derecho internacional de los derechos humanos ⁽¹³⁷⁾. Desde posiciones de *soft law* se est \acute{a} n eviscerando incluso los mandatos m \acute{a} s imperativos del derecho internacional de los derechos humanos, como sea el caso del art \acute{i} culo 42 citado de la DDPI. No se trata por supuesto de

coloniale fra Otto e Novecento, abri \acute{o} camino P. Grossi (ed.), *Giuristi e Legislatori. Pensiero giuridico e innivazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, Mil \acute{a} , Giuffr \acute{e} , 1997. Lo segundo, lo de la suplantaci \acute{o} n, con todo cuanto afecta al derecho internacional, est \acute{a} por estudiar o incluso por identificar como tal, pero v \acute{e} anse Martti KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law, 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004; Anthony ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005; Onuma YASUAKI, *A Transcivilizational Perspective on International Law*, La Haya, Academy of International Law, 2010 (=Recueil des Cours, 342, 2009, pp. 77-418). Abre camino sobre la suplantaci \acute{o} n A.C. HUTCHINSON, *The Province of Jurisprudence Democratized*. La hipoteca de la localizaci \acute{o} n cultural de una doctrina que se pretende global tambi \acute{e} n es asunto que est \acute{a} no s \acute{o} lo por estudiar, sino incluso por identificar en cuanto que problema tanto historiogr \acute{a} fico como jur \acute{i} dico.

⁽¹³⁷⁾ Nicholas BAYNE, *Hard and Soft Law in International Institutions: Complements, Not Alternatives*, en John J. Kirton y Michael J. Trebilcock (eds.), *Hard Choices, Soft Law: Voluntary Standards in Global Trade, Environment and Social Governance*, Aldershot, Ashgate, 2004, pp. 347-352. Respecto a los intereses empresariales, en vez de cuestionarse la categor $\acute{\i}$ a misma de la desregulaci \acute{o} n con nombre de derecho, de derecho d \acute{e} bil, la \acute{u} ltima crisis financiera internacional quiere saldarse con su reclamo: Chris BRUMMER, *Soft Law and the Global Financial Crisis: Rule Making in the 21st Century*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

una consecuencia automática, pues media la libertad y la responsabilidad de la doctrina ⁽¹³⁸⁾.

En este escenario, los pueblos indígenas están pugnando no sólo sobre el propio terreno, sino también con los Estados y por los mismos ámbitos internacionales, intergubernamentales o no ⁽¹³⁹⁾, aun sin contar con instancias que realmente les representen en todo el despliegue de la constelación de las NNUU. Las hay abiertas a participación, ninguna basada en representación estricta salvo la de los Estados. NNUU sigue siendo constitutivamente intergubernamental. Es organización formada por Estados y con peso creciente de intereses económicos transnacionales convertidos con todo en poderes globales. Por si fuera poco, los pueblos indígenas se encuentran con que también han de pugnar con expertos y expertas internacionales comprometidos con la defensa de intereses empresariales invocando de continuo y en vano los derechos humanos no raramente además en nombre de los mismos, tal y como si tuvieran la representación de una ciudadanía global, la *ciudadanía corporativa* cual estado formal de transnacionalidad que postula el Pacto Mundial, una ocurrencia que, al igual que la de responsabilidad social, cosecha éxito desde luego por los mismos medios de intereses empresariales ⁽¹⁴⁰⁾. Bajo unos bonitos conceptos se encubre la

⁽¹³⁸⁾ L. RODRÍGUEZ PIÑERO, *La 'implementación' de la Declaración: Las implicaciones del artículo 42*, con el debate que mantuvimos, disponible, como está dicho, en Internet: clavero.derechosindigenas.org/wp-content/uploads/2008/10/articulo-adidpi-def.pdf; el mismo término de *implementación* (de políticas discrecionales se entiende) rehuye el más propio de *aplicación* (de derecho estricto). Las versiones del *soft law* no adversas al valor normativo de los derechos se plantean desde el ámbito menos problemático del Estado constitucional con apertura a órdenes tanto internacional como no estatales: Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (1992), Madrid, Trotta, 2011.

⁽¹³⁹⁾ www.gobernabilidaddemocratica-pnud.org/archivos/ponencia_indigenas_e_industrias_extractivas.pdf, por ejemplo: Caucus de Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe, *Seguimiento de Recomendaciones sobre los Pueblos Indígenas y las Industrias Extractivas del Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas*, 2011. Para el planteamiento de una Red Global de Pueblos Indígenas e Industrias Extractivas: www.es-cr-net.org/news/news_show.htm?doc_id=871981&attribLang_id=13441.

⁽¹⁴⁰⁾ Andreas Georg Scherer y Guido Palazzo (eds.), *Handbook of Research on Global Corporate Citizenship*, Cheltenham, Edward Elgar, 2008; Jesús Conill, Christoph Luetge y Tatjana Shönwälder-Kuntze (eds.), *Corporate Citizenship, Contractarianism and*

evasión corporativa de la vinculación común a ordenamiento y, más particularmente, a las garantías de derechos, lo que no figura, aunque se pregone, entre las prioridades ⁽¹⁴¹⁾. Igualmente se vela el modo de erigir subrepticamente a empresas transnacionales a la posición de sujetos del orden internacional en el marco del Pacto Mundial, lo que es en el seno de las NNUU, suplantando y defraudando a otros, como a los pueblos indígenas. Son políticas que la propia organización internacional acoge y fomenta.

¿Es éste, el de suplantación y defraudación, el modelo de *asesoramiento* encarecido desde instancias de las NNUU competentes en materia indígena? No necesariamente desde luego. Hay ejemplos a la vista en tal dirección ⁽¹⁴²⁾, pero no tienen por qué marcar la pauta. En todo caso, ese es el mensaje que reciben las empresas sin verse contradichas por pregonarlo en forma incluso de propaganda comercial ⁽¹⁴³⁾. Por su parte, para fortalecerlo, John

Ethical Theory: On Philosophical Foundations of Business Ethics, Farnham, Ashgate, 2008; Ingo Pies y Peter Koslowski (eds.), *Corporate Citizenship and New Governance: The Political Role of Corporations*, Dordrecht, Springer, 2011.

⁽¹⁴¹⁾ Juan Hernández Zubizarreta y Pedro Ramiro (eds.), *El negocio de la responsabilidad. Crítica de la Responsabilidad Social Corporativa de las empresas transnacionales*, Barcelona, Icaria, 2009; A. TEITELBAUM, *La armadura del capitalismo*, pp. 237-268; Thøger CHRISTENSEN, Mette MORSING y Ole THYSEN, *The Polyphony of Corporate Social Responsibility: Deconstructing Accountability and Transparency in the Context of Identity and Hypocrisy*, en Georges Cheney, Steve May y Debashish Munshi (eds.), *The Handbook of Communication Ethics*, Nueva York, Routledge, 2011, pp. 457-473. Lo dicho puede fácilmente comprobarse, si es que hiciera todavía falta, en el sitio del *Center for Corporate Citizenship* del Boston College, en el que la prioridad neta es sencillamente la de ofrecer una plataforma de incremento de negocios mediante la *ciudadanía corporativa*: www.bccc.net.

⁽¹⁴²⁾ Radu MARES, el autor de *Defining the limits of corporate responsibilities against the concept of legal positive obligations* y de *Business and Human Rights after Ruggie*, y editor de *Business and Human Rights: A Compilation of Documents* y de *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: Foundations and Implementation*, uno de los principales voceros de *Protect, Respect, Remedy*, ha sido asesor de compañías mineras operantes en el Perú en los tiempos de las políticas más agresivas contra los derechos de los pueblos indígenas de la Amazonía, entre 2008 y 2009, considerándolo además como un dato positivo para su currículo: www.rwi.lu.se/institute/staff/cv/rmcv.pdf.

⁽¹⁴³⁾ Véase el ejemplo de General Electric mediante su buscador: www.ge.com/search/index.jsp. La entradilla de la entrevista citada con Ruggie se congratula de la

Ruggie, como está visto, viene presentando una visión del derecho internacional que incrusta los intereses empresariales bien vivos en un cuadro obsoleto de prevalencia de Estados ⁽¹⁴⁴⁾. Por la suya, las NNUU y los mismos Estados por separado se muestran conniventes. Éstos, los Estados, siguen asumiendo mediante el voto o mediante la ratificación, instrumentos internacionales de derechos humanos con reservas implícitas compartidas en la práctica por las mismas NNUU. Baste, sin ir más lejos, el ejemplo de la DDPI. Para defraudar sus promesas, por mucho que pretenda atenderseles a niveles de políticas ordinarias, basta con la impasibilidad habitual de las constituciones de Estados ante compromisos internacionales que alcanzan al orden constitucional. Las instancias de NNUU y especialmente las agencias de desarrollo suelen aplaudir, dado el caso, esas políticas ordinarias sin suscitar cuestión respecto a la inadecuación de un orden constitucional de valor normativo superior dentro de los Estados, como tampoco en relación al propio derecho internacional de derechos humanos en la medida en que plantean retos

buena acogida de su trabajo por empresas transnacionales significadas, comenzándose por Coca Cola y prosiguiéndose por General Electric. Tras su paso por las NNUU, John Ruggie ha sido contratado por un bufete transnacional con fuerte carga de intereses empresariales (www.foleyhoag.com). El papel de los despachos transnacionales como empresas con capacidad de crear al fin y al cabo derecho (*Non-State Standard Setters*) merecería también atención: Yves Dezalay y Bryant G. Garth (eds.), *Lawyers and the Rule of Law in an Era of Globalization*, Nueva York, Routledge, 2011.

⁽¹⁴⁴⁾ Para otra imagen, Ole WÆVER, *John G. Ruggie: transformation and institutionalization*, en Iver B. Neumann y O. Wæver, eds, *The Future of International Relations: Masters in the Making*, Londres, Routledge, 1997, pp. 170-204; Andrew LANG, *Reconstructing Embedded Liberalism: John Gerard Ruggie and Constructivist Approaches to the Study of the International Trade Regime*, en J.G. Ruggie (ed.), *Embedding Global Markets*, pp. 13-45. Hay casos en los que se hace difícil mantener la presunción de buena fe que se debe estrictamente a las personas individuales (extenderla sin más a los Estados, a las empresas o a las mismas NNUU es un estorbo serio para los debidos controles de constitucionalidad y garantías). John Ruggie, pese a la denominación susodicha de sus tareas docentes, habrá de convenirse en que, al contrario que James Anaya, ni siquiera se encontraba por su trayectoria claramente cualificado para confiarse derechos humanos. En todo caso, ambos operan, como se habrá apreciado, presumiendo buena fe de las empresas, de los Estados y de las propias NNUU, no tanto, significativamente, de los pueblos sin Estados.

constituyentes a los Estados ⁽¹⁴⁵⁾. Y no hay mecanismos en las NNUU para corregir desviaciones tales entre políticas y derecho, entre las políticas y el derecho de la propia organización internacional.

El tiempo importa. En otra época, en tiempos de un derecho internacional abiertamente colonial, antes por ejemplo de la Declaración de las NNUU sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, tales políticas de Estado hubieran tenido un valor superior. Antes por ejemplo de la propuesta de las Normas sobre la Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos por parte de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, el Marco y los Principios para *Proteger, Respetar, Remediar* hubieran podido tener un valor del que hoy carecen. Después de la DDPI, su valencia sólo puede ser netamente negativa. Para una valoración positiva ha de hacerse abstracción de la propia historia. Dicho de otra forma, ha de ocultarse información. La historia de presente la recupera para cobrar conciencia.

Tal y como están las cosas, alguna conclusión al menos vamos logrando. Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales tienen por supuesto las responsabilidades definidas en el Marco y los Principios para *Proteger, Respetar, Remediar*, quién lo duda, pero no con las implicaciones que ahí, en esos informes, se presumen. Respecto a los pueblos indígenas, las empresas transnacionales y otras empresas comerciales tienen además las obligaciones esta-

(145) Es justo consignar de nuevo los casos, en América Latina, de las actuales constituciones del Ecuador y de Bolivia, de 2008 y 2009, conformándose con la DDPI, aunque luego son los respectivos gobiernos los que tienden a seguir operando sobre la reservas implícitas: B. CLAVERO, *Estado plurinacional. Aproximación a un nuevo paradigma constitucional americano*, a publicarse en Rafael Rojas (ed.), *De Cádiz al Siglo XXI. Doscientos años de constitucionalismo en Hispanoamérica*, México, Taurus; *Tribunal Constitucional en Estado Plurinacional: El reto constituyente de Bolivia*, a publicarse en «Revista Española de Derecho Constitucional», 94, 2012. Para algunos otros casos constitucionales en la región, inclusive los del constitucionalismo precedente en Ecuador y en Bolivia, B. CLAVERO, *Geografía jurídica de América Latina. Pueblos indígenas entre Constituciones mestizas*, México, Siglo XXI, 2008, y capítulos suplementarios accesibles en www.derecho.us.es/clavero/geografia.pdf. Lo de las instancias internacionales lo digo por mi experiencia como miembro el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Cabe comprobarse sin mayor problema entre los materiales de su sitio web citado.

blecidas en el derecho internacional de los derechos humanos, esto es al respecto la DDPI, la Declaración que las instancias específicas de las NNUU —Foro Permanente, Mecanismos de Expertos y Relator Especial— deben hacer valer frente a la operación del Marco y los Principios atentatoria contra derechos no sólo de los pueblos indígenas.

Frente a confusión, Declaración, la DDPI por supuesto. Frente a suplantación, derecho, no su tergiversación por intérpretes. Cierto es que el desorden internacional y los desórdenes locales no están comunicados entre sí; que el orden internacional es un universo tan conflictivo como el del orden doméstico; que el derecho internacional no puede suplir las deficiencias de los ordenamientos de Estados. Puede asistir desde luego, sobre todo si el derecho internacional de los derechos humanos lo hacen suyo sus sujetos reconocidos, los pueblos indígenas tras la DDPI en el caso. La confusión es en definitiva superable, pero no sin los pueblos.

IV. Conclusiones.

IV.1. *Constitucionalismo y transnacionalidad; constituyencia y paradigma.*

¿Hay un constitucionalismo internacional rigiendo el despliegue de derechos y poderes que venimos contemplando? Lo visto tan sólo es una cicatera muestra de toda la constelación de instituciones que hoy forman las NNUU y otras organizaciones concurrentes en un ámbito internacional presuntamente sujeto a ordenamiento jurídico, pero puede que sea una muestra, si no representativa, al menos significativa. NNUU no abarca todo el entramado de orden internacional, pero constituye indudablemente el astro rey de este firmamento. He ahí entonces las preguntas. ¿Tiene NNUU Constitución, una constitución que además abarque el orden internacional? ¿Puede plantearse un constitucionalismo de derechos global al tiempo que se enquistan, reproducen e incluso fortalecen poderes del colonialismo en el derecho internacional?

Son preguntas que guardan una estrecha relación desde que la primera no se formula en el sentido de que NNUU cuente o no cuente con normas que la funden y rijan, sino en el de si tenga o no

tenga un ordenamiento que defina principios y establezca a su luz instituciones, unos principios que sólo pueden ser de derechos y unas instituciones que han de mirar al objetivo de promocionarlos y garantizarlos si es que estamos hablando realmente de constitucionalismo. Si tratamos de constitucionalismo, los principios han de ser registros de derechos a los que sirvan las instituciones ⁽¹⁴⁶⁾. Lo reitero porque sigue imperando la mentalidad de que las exigencias constitucionales se tienen con los Estados por separado, no con sus asociaciones, como con la mayor de todas, las NNUU, donde poderes globales se ejercen por Estados reunidos, los Estados mismos al cabo pudiendo actuar sin ajustarse a los respectivos controles internos.

Así concretada la pregunta sobre un constitucionalismo internacional, parece excesiva, no digo que improcedente. Es ciertamente prematura, más propia de la siempre problemática prospección jurídica que de la historia del derecho por muy de presente que ésta sea ⁽¹⁴⁷⁾. El constitucionalismo global integrado no está a la vista ni,

⁽¹⁴⁶⁾ Una concepción más dilatada de *constitución* como base o estructura normativas permite el acercamiento de *lo internacional a lo constitucional* y facilita sin duda la consideración de normas internacionales como normas *constitucionales*: B. FASSBENDER, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, pp. 52-76 y 159-172.

⁽¹⁴⁷⁾ U.K. PREUSS, *Disconnecting Constitutions from Statehood*, p. 25: « [I]t seems that the idea of constitutionalism as a pattern of order is only meaningful within states, rendering any concept of constitutional order beyond the states' internal sphere, let alone of a global constitution, futile from the very outset », bien que apreciando luego elementos incipientes o embriones de una comunidad internacional constitucional por efecto de la relativa desterritorialización y transfronterización del derecho, de la responsabilidad política y de la acción ciudadana en curso. Donde los más visionarios contemplan un constitucionalismo tan supraestatal como de alcance incluso global, lo que otros observan es el desbordamiento del constitucionalismo: Nico KRISCH, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010. Para propuestas y debates sobre alternativas al constitucionalismo en la integración de órdenes plurales, Christian Joerges, Inger-Johanne Sand y G. Teubner (eds.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Portland, Hart, 2004. Para la reconducción de la problemática al pluralismo del constitucionalismo de derechos mismo: Gavin W. ANDERSON, *Constitutional Rights after Globalization*, Portland, Hart, 2005. Sobre limitaciones culturales específicas de la matriz europea, B. CLAVERO, *¿Constitucionalismo multicultural europeo para un mundo pluriverso?*, en « Revista Española de Derecho Constitucional », 88, 2010, pp. 373-380.

por ahora, se le espera, pero, con esto y todo, la constitucionalización internacional es un imperativo indeclinable desde que los derechos humanos son parte integrante, aunque no sea fundacional, del derecho internacional (148). Cuando sea fundacional, podrá haber constitucionalismo internacional. Constitucionalismo global en rigor no puede haberlo mientras persista alguna forma de colonialismo de vocación no menos globalizante como la de empresas transnacionales frente a pueblos indígenas y al conjunto de la humanidad, frente a los derechos humanos y sus garantías en suma. No habrá integración entre constitucionalismos de diversos niveles aunque a estas alturas, por virtud precisamente de los derechos, ya no haya Constitución que opere en solitario (149).

(148) G TEUBNER, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, cap. 5: «Transnational Fundamental Rights: Horizontal Effect», como elemento relevante para la formación de un *constitucionalismo societario*, más que institucional, que pueda ser un constitucionalismo internacional con capacidad para superar la actual fragmentación. Discute y rechaza este planteamiento Thomas VESTING, *Constitutionalism or Legal Theory: Comments on Gunther Teubner*, en C. Joerges, I.J. Sand y G. Teubner (eds.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, pp. 29-39. Por mi parte, el riesgo que veo en categorías laxas como la de *constitucionalismo societario* es que crean un escenario en el que limpiamente, por vía de sociedad civil junto a las organizaciones no gubernamentales (G TEUBNER, *Constitutional Fragments*, pp. 56-58), se cuele el contrabando de la *ciudadanía corporativa* con todas sus implicaciones nada constitucionales por adversas para con los derechos: Larry Catá BACKER, *Transnational Corporate Constitutionalism: The UN Global Compact, the OECD Guidelines for Multinational Enterprises and the Emergence of a Constitutional Order for Economic Enterprises*, contribución a *The Constitutionalization of the Global Corporate Sphere?*, Copenhagen Business School, 2009, disponible el *paper* en Internet: lbackerblog.blogspot.com/2009/09/transnational-corporate.html.

(149) Rafael BUSTOS GISBERT, *La Constitución red. Un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2005. En la Fundación Coloquio Jurídico Europeo donde estas páginas, como está dicho, fueron debatidas, se encareció el diálogo institucional entre tribunales superiores de Estado y jurisdicciones supraestatales de derechos humanos como cauce de integración constitucional. Por mi parte aduje que esto puede operar en espacios regionales, como el interamericano o el europeo, pero que más difícilmente cabe que lo haga a escala global por la falta de autoridad judicial del sistema de comités de tratados de derechos humanos de las NNUU y por las limitaciones de acceso y de competencia de las Cortes radicadas en La Haya, la Internacional de Justicia y la Penal Internacional. Con algo de exceso a mi entender, Juan Antonio Xiol, magistrado del Tribunal Supremo, presentó ese diálogo judicial como forma de *constitucionalismo participativo*. Para un caso de *democracia*

Los derechos humanos, derechos que, desde la DDPI, ya cabe que sean globales, derechos con los que han de sintonizar los de las Constituciones de Estados, pugnan hoy por el constitucionalismo y contra el colonialismo mas no cuentan con una base apropiada y suficiente en los diversos niveles como para impulsar un proceso de integración constitucional entre ámbitos internacional y estatal, aunque sólo fuera, pues también habría de contarse con pueblos sin Estados. El propio constitucionalismo europeo difícilmente puede decirse que merezca en rigor el nombre y más difícilmente todavía que esté en proceso de franca integración con los constitucionalismos de los Estados interesados ⁽¹⁵⁰⁾. Los derechos mismos no pueden sustentar un sistema constitucional integrándose hacia la escala global en las condiciones de persistencia solapada de colonialismo y de secuelas que afectan no sólo a los Estados postcolonizados, sino también a los postcolonialistas. Las visiones usuales sobre el constitucionalismo dizque global ignoran sintomáticamente tal detalle ⁽¹⁵¹⁾.

deliberativa con participación ciudadana en sede judicial de Estado y cierta influencia doctrinal, no tanto jurisprudencial, por América Latina, César Rodríguez GARAVITO y Diana RODRÍGUEZ FRANCO, *Cortes y cambio social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, DeJusticia, 2010.

⁽¹⁵⁰⁾ Pedro Cruz Villalón (ed.), *Hacia la europeización de la Constitución española. La adaptación de la Constitución española al marco constitucional de la Unión Europea*, Bilbao, Fundación BBVA, 2006. El mismo director de este estudio colectivo le había colocado un título bien expresivo a una recopilación de trabajos suyos sobre el particular: Pedro CRUZ VILLALÓN, *La Constitución inédita. Estudios sobre la constitucionalización de Europa*, Madrid, Trotta, 2004.

⁽¹⁵¹⁾ A. PETERS, *Constitucionalismo compensatorio: las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales*, en la misma, M.J. Aznar e I. Gutiérrez (eds.), *La constitucionalización de la Comunidad internacional*, pp. 207-261 (original, *Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Law and Structures*, en «Leiden Journal of International Law», 19, 2006, pp. 579-610), plantea la integración en términos de compensación del proceso de desconstitucionalización del Estado por otro paralelo de constitucionalización del derecho internacional. C.E.J. SCHWOEBEL, *Global Constitutionalism in International Legal Perspective*, contempla unas tendencias o dimensiones de constitucionalismo global — social, orgánica y normativa, ésta la de derechos — para acabar planteando una cuarta *analógica* de tan parco presente como incierto futuro. Por ninguna parte se afrontan al efecto constitucional los problemas de la persistencia del colonialismo y del reto consiguiente de los derechos de los pueblos no constituyentes de Estados.

En el caso de NNUU, sólo con cierto abuso de lenguaje se puede hoy por hoy decir de la Carta fundando instituciones y la Declaración Universal de los Derechos Humanos estableciendo principios que integren una Constitución, que sienten entre ambas las bases de un orden constitucional o que juntas contribuyan a un constitucionalismo de la humanidad. A nuestros efectos baste con señalar que los desenvolvimientos institucionales contemplados no traen causa de la Carta y que las garantías de derechos humanos vistas, las referentes a pueblos y, por supuesto, también a personas indígenas, tampoco tienen su fundamento en la Declaración Universal, sino en una rectificación que, aun no reconociéndose como tal, comenzó si acaso con los Pactos Internacionales de Derechos Humanos. Es un giro que marca la entrada internacional en una era de postcolonialismo todavía, en sus entrañas, colonial. En tales condiciones, ni la Carta ni la Declaración, la Universal, operan como instrumentos constitucionales. No pueden hacerlo. Ni fue lo suyo cuando se adoptaron ni, con todo lo que la segunda, la Declaración Universal, se ha desarrollado e incluso enmendado, han cobrado hasta el momento tal carácter ⁽¹⁵²⁾.

No sólo es cuestión de que al margen e incluso a espaldas de la Carta y de la Declaración Universal pueda producirse el desenvolvimiento tanto de instituciones internacionales como de derechos humanos por parte de las NNUU. El problema de partida ya reside en que la Carta no los mira porque los invoque. Dicho de otra forma, la erección de unas instituciones internacionales como poderes globales no se destina constitutivamente a la garantía de los derechos humanos. Luego se hacen intentos de vincular lo uno con lo otro incluso en serio, no sólo a efectos de legitimación de instituciones por invocación de derechos, pero, si ya en origen hay poderes internacionales en la misma órbita de las NNUU que no responden ni indirectamente a función de promoción y garantía de derechos, el juego ulterior del derecho supraestatal permite la salida a escena de más poderes globales, si no por entero sobrevenidos, finalmente

⁽¹⁵²⁾ Volvamos a ahorrar tiempo y espacio: B. CLAVERO, 'No Distinction Shall Be Made'. *Sujeto sin derechos y enemigo sin garantías en la Declaración Universal de Naciones Unidas, 1945-1966*, en estos «Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno», 38, 2009, pp. 1547-1620.

legitimados y entronizados en el ámbito internacional. La ciudadanía global o transnacionalidad formal generada por las NNUU es el simulacro corporativo que sirve para evadir obligaciones internacionales para con los derechos. Siguiendo a la peor doctrina y seguida a su vez por la doctrina más servil o quizás más ilusa, el Pacto Mundial de las NNUU ha creado ese engendro de ciudadanía sin fronteras y sin vinculaciones con la pretensión de que tal es precisamente la forma de asumirse y atenderse responsabilidades por parte de las empresas transnacionales ⁽¹⁵³⁾.

Ahí está ante todo el caso tan elocuente de la OMC, la Organización Mundial del Comercio flanqueando a las NNUU. Nació a su margen para impedir que las mismas se hicieran cargo. Cuando, conforme avanzaba una descolonización ciertamente limitada, nuevos Estados iban incorporándose a las NNUU, aquellos que habían dominado en tiempos plenamente coloniales reciclan su posición de dominio marcando distancias de algunas de sus agencias, como la OMPI y la UNESCO, e imponiendo sus reglas desde organizaciones que no se integran en las mismas, como la OMC. A continuación, cuando los derechos humanos van tomándose progresivamente en serio con la amenaza que este desarrollo normativo supone para el dominio de origen colonial ahora crecientemente solapado, esos mismos sectores crean un espacio de excepción en el seno de las NNUU para blindaje de las empresas transnacionales, las que también ven protegidos sus intereses por mano de la OMC y de la OCDE. Se trata del *Global Compact* o Pacto Mundial con su continuidad a través de la instancia especial sobre *Derechos Humanos y Empresas* que persigue la desvinculación encubierta de las segundas respecto a los primeros, de las empresas transnacionales para con los derechos humanos. Si se mira no sólo a los poderes estatales e interestatales, sino también a los intereses empresariales tendencialmente globales, se entiende mejor una historia que pro-

(153) Para recordatorio de muestrario, A.G. Scherer y G. Palazzo (eds.), *Handbook of Research on Global Corporate Citizenship*; J. Conill, C. Luetge y T. Schönwälder-Kuntze (eds.), *Corporate Citizenship, Contractarianism and Ethical Theory*; I. Pies y P. Koslowski (eds.), *Corporate Citizenship and New Governance: The Political Role of Corporations*.

cede de tiempos anteriores a las NNUU, de unos tiempos netamente coloniales.

Conviene mirar a esta prehistoria para medir el alcance del asalto de las empresas transnacionales al orden internacional y, desde dicha posición, a los Estados por separado y a las mismas NNUU. Del colonialismo directamente procede, si no el mismo transnacionalismo empresarial, su vocación transfronteriza respaldando o impulsando la de los Estados. Con los derechos humanos ahora por bandera, considerando derecho humano incluso el derecho al desarrollo en singular, a una forma de desarrollo cuyo fondo no se cuestiona porque se le añadan bastante gratuitamente, sin mayor evidencia para quienes sufren las consecuencias, cualificaciones como la de sostenible o la de humano, con tal enseña de enganche, a su sombra, hay empresas transnacionales que siguen comportándose como si el derecho internacional todo debiera estar a su servicio, en lo cual, tal y como están en la actualidad las cosas, no puede decirse que se equivoquen mucho.

Baste observar a Estados cuyas Constituciones están ahora a la altura e incluso por delante del derecho internacional de los derechos humanos, inclusive respecto a las garantías internacionalmente requeridas para los derechos de los pueblos indígenas, como sea el caso del Ecuador y el de Bolivia por América Latina y cuyas políticas económicas se desvían de la dirección constitucional por la presión continua de poderes empresariales principalmente transnacionales, unos poderes que en la práctica desbordan no sólo a los Estados, sino también a las instancias de las NNUU, inclusive las competentes en derechos humanos en general y en derechos de los pueblos indígenas en particular. Los Estados de base de las empresas transnacionales no es raro que pongan su política exterior a su servicio. A menudo, las propias agencias de desarrollo de la órbita de las NNUU, como lo sean el WB y el PNUD, sirven de cauce más que de enderezamiento a los mismos poderes empresariales de carácter transnacional ⁽¹⁵⁴⁾.

⁽¹⁵⁴⁾ Ya he venido indicando que observo y escudriño algunos de estos desenvolvimientos de la historia jurídica del presente más vivo en mi sitio de Internet: *clavero.derechosindigenas.org*. Para caso de declaración de derecho humano por las NNUU, el

Cuando nos interrogamos sobre un constitucionalismo global, si no nos concentramos en derechos, sino en poderes, el panorama se oscurece. Ocurre no sólo que un derecho supraestatal, sea regional o general, está incidiendo positivamente en los constitucionalismos de Estado por lo que interesa a derechos, sino también y quizá principalmente que un orden internacional está minando e incluso subvirtiendo tales mismos sistemas constitucionales por lo que toca al ejercicio de poderes con repercusión negativa en la garantía de derechos, de los mismos derechos que el sistema de las NNUU promociona. Las NNUU mismas no son ajenas al minado y la subversión. En el ámbito internacional, los gobiernos encuentran vías para sortear limitaciones y controles interiores frente a otros poderes del propio Estado. El Estado mismo puede seguir siendo poder no constitucional en el ámbito internacional ⁽¹⁵⁵⁾. En el doméstico, las empresas transnacionalizadas se encuentran con posibilidades de ejercicio de poderes escapando al control del derecho interno inclusive en lo que interesa a la garantía de derechos. Qué dinámica vaya a prevalecer, si la de derechos controlando poderes o la de poderes subvirtiendo derechos, es algo sobre lo que cabe influir ⁽¹⁵⁶⁾, pero no acerca de lo que quepa predecir nada. Es historia de futuro, no factible ni para la historiografía ni, aunque otras ilusiones a menudo se haga, para la doctrina jurídica.

derecho al agua potable y al saneamiento, anticipado por el constitucionalismo del Ecuador y de Bolivia: clavero.derechosindigenas.org/?p=6987.

⁽¹⁵⁵⁾ El caso extremo, por no resultar representativo, no deja de ser, dada tanto su posibilidad constitucional como su viabilidad internacional, significativo. Me refiero al del poder que la Presidencia de los Estados Unidos de América ha acabado por atribuirse, pues originalmente no lo tenía, de actuar en el exterior sin los controles constitucionales del interior que miran a la garantía de derechos (*Reining in the Imperial Presidency: Lessons and Recommendations Relating to the Presidency of George W. Bush*, House Committee of the Judiciary Majority Staff Report, 2009, disponible en google-books). Y no es sólo cuestión de acción militar o policial sin limitación constitucional bajo una determinada presidencia. Más a nuestro asunto, hemos visto cómo el Marco y los Principios sobre Derechos Humanos y Empresas, los de *Proteger, Respetar, Remediar*, se plantean de modo que las empresas estadounidenses puedan quedar sin mucha dificultad exoneradas de responsabilidad por violaciones de derechos humanos.

⁽¹⁵⁶⁾ Están citados desde un inicio intentos plausibles más directos en la línea de los derechos: B. FASSBENDER, *Der Schutz der Menschenrechte als zentraler Inhalt des völkerrechtlichen Gemeinwohls*; S. GARDBAUM, *Human Rights as International Constitutional Rights*; J. KLABBERS, A. PETERS y G. ULFSTEIN, *The Constitutionalization of Inter-*

La OIT, la Organización Internacional del Trabajo, cuenta, desde sus orígenes en 1919, con una Constitución, con una norma constitutiva de esta determinada denominación. Ya nos consta su peculiaridad como organización tripartita, formada por tercio estatal, tercio empresarial y tercio sindical. Desde tiempos plenamente coloniales, pues la OIT se fundó en 1919, viene ocupándose de asuntos concernientes a indígenas. En ningún momento, ni siquiera tras la adopción del Convenio 169, el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Coloniales en Países Independientes, se plantea un cambio de Constitución a los efectos de sumar a sus tres constituyentes originarios la constituyencia indígena sobrevenida por virtud, más que del Convenio 169, de la DDPI. Requiere la OIT a los Estados que cuenten con los pueblos indígenas no aplicándose a sí misma la regla. Por mucho que se hable, ya desde el Convenio, en términos de derechos, sigue aplicándose un criterio de ascendencia colonial y, desde luego, nada constitucional, el de definirse y aplicarse políticas desde instancias internacionales sin la participación debida de los pueblos afectados, de unos pueblos ya reconocidos como sujetos internacionales en un grado que no comparten ni empresas ni sindicatos. La constituyencia indígena no es en sí por supuesto nada sobrevenida. Ahí estaba, sólo que la OIT, como el derecho internacional en general, había venido contemplándola como humanidad a colonizar. Que puedan ignorarse los derechos de los pueblos indígenas en el momento de considerarse responsabilidades de las empresas transnacionales, como hemos visto que también ocurre en el seno de la OIT, no va entonces a extrañar. Por doquier encontramos ininterrumpido y solapado el tracto colonial ⁽¹⁵⁷⁾.

Los propios derechos humanos han venido sufriendo el lastre colonial. Su descolonización puede decirse que en rigor se produce

national Law; A. Peters, M.J. Aznar e I. Gutiérrez (eds.), *La constitucionalización de la Comunidad internacional*.

⁽¹⁵⁷⁾ www.ilo.org/ilolex/spanish/iloconst.htm, la Constitución de la OIT con sus sucesivas reformas incorporadas, ninguna ampliando su constituyencia. Un estudio clave para la respectiva continuidad de signo colonial se encuentra reiteradamente citado: L. RODRÍGUEZ PIÑERO, *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law: The ILO Regime, 1919-1989*.

o, mejor, arranca, no con la adopción de una política descolonizadora limitada por NNUU en 1960, sino con la DDPI, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en 2007. La misma se encuentra con una situación en la que hay poderes globales blindados que afectan neurálgicamente a la factibilidad de las garantías de esos determinados derechos. Más que intereses políticos, son económicos los que priman, no todos los intereses económicos ni todos los intereses empresariales por supuesto, sino aquellos de alcance transnacional que se resisten a plegarse a derechos humanos y, muy particularmente, en todo lo que toca a pueblos indígenas por cuanto que éstos les estorban para el acceso a recursos inexplorados y a conocimientos sobre los mismos. No se trata de intereses legítimos, sino de los que, al lesionar derechos humanos, resultan ilegítimos por mucho que las empresas concernidas sean legales. La misma dicotomía radical imperante entre tráfico transnacionales ilícitos y lícitos dificulta sumamente el planteamiento del problema internacional de las actividades ilegítimas de empresas legales. En momentos, por cuanto hemos visto, puede pensarse que esa ha sido exactamente la finalidad de la instancia irregular de las NNUU sobre *Derechos Humanos y Empresas*. No creo estar imputando intenciones, sino constatando evidencias ⁽¹⁵⁸⁾.

No es cuestión de poderes globales de hecho, sino de poderes

⁽¹⁵⁸⁾ En correspondencia privada sobre estas páginas, James Anaya, el actual Relator Especial de las NNUU sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, insiste en que mi visión entera del derecho internacional de los derechos humanos está sesgada por no atender como debiera los planteamientos de la mejor doctrina iusinternacionalista, una doctrina que ponderaría más equilibradamente entre derechos, Estados y empresas y que, según me subraya, sería verdaderamente internacional, procedente no sólo de Estados Unidos, pero aquí precisamente entiendo que radica el problema, en superponer doctrina a derecho, doctrina que puede ser supremacista a derecho que es internacional, no sólo hoy interestatal. Comienza por situarse en un escenario que ignora el enquistamiento del colonialismo adverso a derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas frente al cual cobra todo su valor la DDPI. Si se implica que es mi posición la que responde a prejuicios, el antiestadounidense y el antiempresarial, esto sí me parecería una imputación de intenciones, pero no soy yo, sino la lectora o el lector, quien ha de juzgarlo. Con otras y otros colegas he mantenido sobre estas páginas correspondencia y conversaciones privadas o también, como en el Aula Tomás y Valiente de la Facultad de Derechos de la Universidad Autónoma de Madrid o en la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, debates públicos. A todos guardo agradecimiento.

globales de derecho, como ahora, para las NNUU, las empresas transnacionales y su mismo estado de transnacionalidad. Global entiéndase siempre como tendencia operante, no como meta lograda o ni siquiera de momento al alcance sin más ⁽¹⁵⁹⁾. Con la institucionalización de la ciudadanía corporativa transnacional por arte del Pacto Mundial, las empresas adquieren la capacidad de globalizar al verse convertidas en sujetos internacionales incluso por encima y, de llegar el caso, en contra de sujetos reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos, como los pueblos indígenas. Acaban imponiendo hasta una visión del mundo como si la ciudadanía humana fuera la ciudadanía corporativa y ninguna otra ⁽¹⁶⁰⁾. Ni para los sujetos natos de derechos, los individuos por supuesto, todos y cada uno de los individuos de la humanidad, se ha concedido por las NNUU una ciudadanía global ⁽¹⁶¹⁾. También sería

⁽¹⁵⁹⁾ Debato este extremo en trabajo de homenaje a António Hespanha: *Gracia y derecho entre localización, recepción y globalización*, que se publica en esta misma entrega, 41, 2012, de los «Quaderni Fiorentini». Hay algún elemento más de contacto. Hoy cabe plantearse el problema de que la economía del don resulte internacionalmente invisible afectando a la calidad de estadísticas y proyectos de agencias de las NNUU (G. RIST, *The History of Development from Western Origins to Global Faith*, p. 206), asunto que se trata en el trabajo sobre Hespanha tanto en sí, por la evidencia de gracia condicionante para el derecho, como en cuanto que factor de limitación de la globalización. Ahí también me ocupó del viaje de regreso de la historia al derecho con el problema de la nostalgia de por medio, así como de la experiencia personal de la finitud del tiempo.

⁽¹⁶⁰⁾ He aprendido de Tony Judt, cuya obra última de historia normativa está citada, a aquilatar los límites de planteamientos que confrontan la visión empresarial del mundo como los representados por la *Commission on the Measurement of Economic Performance and Social Progress*, que es entidad privada, ni intergubernamental ni interempresarial, en la medida en la que se sigue sin lograr construir una categoría integrada de buen-vivir, mejor que bien-estar, humano: J.E. Stiglitz, Amartya Sen y Jean-Paul Fitoussi (eds.), *Report by the Commission on the Measurement of Economic Performance and Social Progress*, 2009, disponible en Internet (www.stiglitz-sen-fitoussi.fr). En términos del constitucionalismo del Ecuador y de Bolivia que he venido encareciendo, la categoría se tiene en la expresión quechua de buen vivir, *sumak kawsay*: C. MAMANI y B. CLAVERO, *Estudio sobre la necesidad de reconocer y respetar los derechos de la Madre Tierra*. En todo caso, con los derechos humanos de por medio y así con unos principios, no se trata de la contraposición entre posturas proempresariales y antiempresariales como las primeras maniqueamente se figuran para negar su tendenciosidad.

⁽¹⁶¹⁾ PAUL KENNEDY, *The Parliament of Man: The Past, Present, and Future of the United Nations*, Nueva York, Vintage, 2007, cap. 6: «We the Peoples: Democracy,

improcedente, pues su constituyencia no es universal, faltando sujetos colectivos distintos a los Estados, como los pueblos indígenas, y careciendo de capacidad para ser responsable ante el conjunto de la humanidad, pero la ocurrencia de la ciudadanía corporativa o transnacionalidad empresarial es aún más deletérea. No olvidemos que el Pacto Mundial se constituyó expresamente con los derechos humanos no como objetivo, sino como instrumento para la legitimación internacional de empresas y así del mercado cual bien global por sí mismo. De esto por lo visto se trata. La legitimación de las empresas transnacionales sin someterlas a los derechos humanos sigue siendo el objetivo ⁽¹⁶²⁾.

Respecto a la ciudadanía de base para la construcción de un orden internacional más integrado, de un constitucionalismo global si prefiere más ambiciosamente decirse, parece claro que se necesita un constitucionalismo de pueblos que complete y corrija al de los Estados, integrándolos. Sin constituyencia indígena en particular no habrá constitucionalismo integrado ni regional ni global ⁽¹⁶³⁾. Tanto

Governments, and Nongovernmental Actors ». Planteándolo a propósito precisamente de la ciudadanía corporativa, Berta Esperanza HERNÁNDEZ-TRUYOL y Stephen J. POWELL, *Just Trade: A New Covenant Linking Trade and Human Rights*, Nueva York, New York University Press, 2009, cap. 5: « Who Belongs, Who Rules: Citizenship —Voice and Participation in the Global Market »; donde también en especial interesa el cap. 11: « First Peoples First: Indigenous Populations ». Respecto a la ciudadanía internacional más en general, J. KLABBERS, A. PETERS y G. ULFSTEIN, *The Constitutionalization of International Law*, cap. 5: « Membership in the Global Constitutional Community », perteneciente a la segunda, Anne Peters.

⁽¹⁶²⁾ A. LANG, *World Trade Law after Neoliberalism: Re-imaginig the Global Economic Order*, Oxford, Oxford University Press, 2011, atendiendo la historia de cuestionamientos de la legitimidad empresarial transnacional desde perspectivas de derechos humanos y considerando que, tras la preponderancia del neoliberalismo, estamos en un nuevo tiempo de crisis de tan necesaria legitimidad, necesaria entiende que en los términos de John Ruggie.

⁽¹⁶³⁾ Incluso desde enfoques voluntariosamente críticos, si alguna atención se presta a la presencia de los pueblos indígenas, resulta por completo insuficiente: Susan MARKS, *The Riddle of all Constitutions: International Law, Democracy, and the Critique of Ideology*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 114; *Exploitation as an International Concept*, pp. 297-300, en la misma (ed.), *International Law on the Left: Re-examining Marxist Legacies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 281-307; *Human Rights and Root Causes*, p. 62, en « Modern Law Review », 74-1, 2011, pp. 57-78. Hay propuestas críticas de reconducción de fondo del orden internacional sin espacio propio

el derecho internacional de los derechos humanos como el constitucionalismo de Estado arrastran un lastre colonial, que aún pesa, por cuanto que se plantearan sin la concurrencia de los pueblos indígenas ⁽¹⁶⁴⁾. De cara a los mismos, en las NNUU el problema reside no sólo en que no cuenten con instancias propiamente representativas, sino también en que no puedan así hacerse vivos con su cultura propia por otras vías como sujetos de derechos junto a otros pueblos, constituyan o no Estados ⁽¹⁶⁵⁾.

El requerimiento elemental de pie de igualdad en derechos entre todas las personas, entre todas las comunidades y entre todos los pueblos hoy se plantea en consideración a la constituyencia indígena, pero no sólo en su beneficio exclusivo ⁽¹⁶⁶⁾. La posibilidad

para los pueblos indígenas: P. Fitzpatrick y Patricia Tuitt (eds.), *Critical Beings: Law, Nations and the Global Subject*, Aldershot, Ashgate, 2004; Sundhya PAHUJA, *Decolonising International Law: Development, Economic Growth and the Politics of Universality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

⁽¹⁶⁴⁾ B. CLAVERO, *Freedom's Law and Indigenous Rights: From Europe's Oeconomy to the Constitutionalism of the Americas*, Berkeley, The Robbins Collection, 2005; Bioko, 1837-1876: *Constitucionalismo de Europa en África, Derecho Internacional Consuetudinario del Trabajo Mediante*, en estos «Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno», 35, 2006, pp. 429-556. Los capítulos que componen *Freedom's Law and Indigenous Rights* se editaron originalmente en estos mismos «Quaderni Fiorentini» (30, 2001, pp. 81-124, y 32, 2003, pp. 175-290).

⁽¹⁶⁵⁾ Ronald NIEZEN, *The Origins of Indigenism: Human Rights and the Politics of Identity*, Berkeley-Los Angeles, University of California Press, 2003; *The Rediscovered Self: Indigenous Identity and Cultural Justice*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 2009; *Public Justice and the Anthropology of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. XI: «Legal anthropology in the era of human rights thus faces the challenge of determining how global concepts of rights and identity are navigated and shaped in practice by those who see themselves as the subjects of rights», precisamente, añadido, porque son los mismos sujetos, y no la antropología ventrilocua como tampoco las agencias internacionales, quienes tienen el derecho humano a la propia determinación.

⁽¹⁶⁶⁾ James TULLY, *Strange multiplicity: Constitutionalism in an age of diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995; Robert A. WILLIAMS, Jr., *Linking Arms Together: American Indian Treaty Visions of Law and Peace, 1600-1800*, Nueva York, Routledge, 1999, cap. 5: «Treaties as Constitutions»; Eve Darian-Smith y Peter Fitzpatrick (eds.), *Laws of the Postcolonial*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1999; B. CLAVERO, *El Orden de los Poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*, Madrid, Trotta, 2007; Vicki HSUEH, *Under Negotiation: Empowering Treaty Constitutionalism*, en Jacob T. Levy y Iris Marion Young (eds.), *Colonialism and its Legacies*, Lanham, Lexington, 2011, pp. 53-77.

de globalización efectiva de derechos humanos abierta por la DDPI es también eventualidad factible no sólo de descolonización definitiva, sino también de constitucionalismo integrado. No se trata de que se sustituya por el paradigma indígena el paradigma imperante del derecho internacional, el que se concreta en el paradigma OMC sobre el mercado como bien global o en el paradigma Pacto Mundial y Ruggie-Anaya sobre absolución de derecho a las empresas. No se trata de que los pueblos indígenas cuenten con derechos distintos a los de otros pueblos.

Se trata de que todos los pueblos, formen o no Estados, tengan garantías de valor y eficacia equivalentes. Se trata de que el paradigma indígena tenga cabida en el nuevo paradigma del derecho internacional que está requiriendo la DDPI, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y cortocircuitando la dogmática imperante ⁽¹⁶⁷⁾. He aquí la suplantación del derecho por la doctrina, algo, como ya sabemos, bien distinto al desarrollo o a la suplencia del primero por la segunda. Tampoco nos va a extrañar que allí donde se anuncia el nuevo paradigma en términos normativos se vea dispuestísima a la doctrina para el cortocircuito y la suplantación ⁽¹⁶⁸⁾.

El cambio de paradigma habría de ser global para el orden jurídico de la humanidad, no meramente sectorial para los pueblos indígenas. Así deberían ya estarse cancelando o es así como habrán de cancelarse « las problemáticas jurídicas del colonialismo » ⁽¹⁶⁹⁾.

⁽¹⁶⁷⁾ Me consta hasta qué punto el planteamiento de Thomas S. KUHN, *La estructura de las revoluciones científicas* (1962), México, Fondo de Cultura Económica (1971), 2007, es controvertido en su terreno de historia de las ciencias, pero no me cabe duda acerca de que su noción de *paradigma* resulta útil para la historia del derecho y su doctrina, bien entendido que, como está visto, ésta última, la doctrina, no siempre es presa inconsciente del paradigma establecido, sino combatiente encubierta. En cuanto a la categoría de *constituyencia*, la acuñé en B. CLAVERO, *Ama Llunku, Abya Yala. Constituyencia indígena y código ladino por América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

⁽¹⁶⁸⁾ Respecto al caso ya señalado del nuevo constitucionalismo boliviano, B. CLAVERO, *Tribunal Constitucional en Estado Plurinacional: El reto constituyente de Bolivia*, en « Revista Española de Derecho Constitucional », 94, 2012, pp. 29-60, especialmente, para el intento de suplantación, nota 52.

⁽¹⁶⁹⁾ Cita segunda de encabezamiento procedente, como ya está dicho, de M.A. HASIAN, JR., *Colonial Legacies in Postcolonial Contexts*, p. 238. Sobre la historiografía de

Sólo entonces, tras un cambio semejante de paradigma, podrá plantearse un constitucionalismo global. Como todo lo que queda para el futuro, su posibilidad no está en absoluto garantizada. A la vista ahora se tiene. Los tiempos no son desde luego lo que eran ni son tampoco de seguro lo que serán.

IV.2. *¿El rey sigue desnudo?*

En las NNUU, por la vía regular de desenvolvimiento del derecho internacional de los derechos humanos, había venido a afrontarse el reto de las empresas transnacionales que desbordan a los Estados afectando a tal categoría de derechos y a las mismas posibilidades de la ciudadanía no recluida en Estados, lo que se había a su vez cortocircuitado por la vía menos regular del Pacto Mundial y su pretensión de una llamada ciudadanía corporativa transnacional generando el espacio para poderes globales de carácter económico al abrigo de obligaciones estrictas con los derechos. Esta otra vía menos regular, Representante Especial del Secretario General de las NNUU mediante, conduce a la suspensión de hecho del valor normativo de instrumentos internacionales de derechos humanos, como lo sea no sólo la DDPI, a favor de intereses empresariales transnacionales. Para todo constitucionalismo, por garantía de los principios y prevención de la arbitrariedad, las formas son importantes. Que la DDIP haya seguido la trayectoria regular de elaboración de normas de derechos humanos en las NNUU y que el proceso de entronización de las empresas transnacionales haya sido más expeditivo, evitando en particular la deliberación colegiada de instancias de expertos y expertas como la antigua Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, no es un dato meramente formal.

referencia para esta cita, la que se presenta como postcolonial sabiendo que no puede serlo del todo, B. CLAVERO, *Europa entre la historia y el derecho o bien entre postcolonial y preconstitucional*, en estos «Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno», 33-34, 2004-2005, pp. 509-607. Respecto a las otras citas de encabezamiento sobre postcolonialismo, la de Elazar Balkan y la de Kenneth Cmiel, de cuya procedencia exacta diré enseguida, tanto la referencia del uno a «autoexamen» del derecho internacional de los derechos humanos como la del otro al «significado denso dentro de cada cultura» de la respectiva tópica cobran su significación más potente en relación a la constituyencia indígena.

En 2006 se produjo en NNUU una reforma institucional en materia de derechos humanos. Su organismo intergubernamental específico se eleva de rango. Lo que había sido una Comisión de Derechos Humanos subsidiaria del Consejo Económico y Social se transforma en Consejo de Derechos Humanos ya no subordinado. Más capacitado, sigue siendo una instancia puramente intergubernamental, formada en exclusiva por representantes de Estados. Al tiempo se instituye como organismo técnico, de expertas y expertos, el Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos, con un perfil en cambio bastante inferior al de la instancia precedente, esto es la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos que a su vez había sucedido a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. La instancia que así desaparece había sido el organismo más dinámico en el desarrollo del derecho internacional de derechos humanos ⁽¹⁷⁰⁾. Ahora el nuevo Consejo de Derechos Humanos se encuentra más apoderado que su antecesora, la Comisión. Puede hacer más fácilmente cosas como dar el espaldarazo a la DDPI para a continuación cortocircuitar su corriente de energía con el respaldo al programa de derechos humanos y empresas transnacionales. Entre todo esto hay todavía por hacer, desde 1945, toda una historia de reajustes de instituciones que no acaban de superar el desajuste con derechos. Ni hay instancia en las NNUU con capacidad para reconducir la cuestión a unos términos sustancialmente constitucionales, los de vinculación de poderes con derechos.

Toda esta historia, la vista, la que comienza en 1947 con el acuerdo del GATT, esto es con el origen de la OMC, impidiendo que las NNUU constituyesen una Organización Internacional del Comercio propia (de por entonces, de 1947, también data la Organización Europea para la Cooperación Económica que fuera antecesora de la OCDE ⁽¹⁷¹⁾), es historia que basta para poner de

⁽¹⁷⁰⁾ Entre la expectación crecida y la frustración precoz, Bertrand G. RAMCHARAN, *The UN Human Rights Council*, Abingdon, Routledge, 2011, no deja de señalar, pp. 66-72 y 128, la incertidumbre sobre métodos y resultados de la función normativa en materia de derechos humanos tras la reforma.

⁽¹⁷¹⁾ Michael W. Osborne, *A History of the Château de la Muette*, París, OECD Publications Service, 1999, pp. 120-123. Adquirida a la familia Rothschild, La Muette

manifiesto la fragilidad del presunto constitucionalismo internacional aunque fuere en ciernes. No es sólo ni principalmente débil por la reserva de soberanía en manos de los Estados como si ellos todavía constituyesen los principales poderes globales; tampoco porque las NNUU naciesen presididas por Estados vencedores de una guerra prácticamente mundial con intereses coloniales y empeño por mantener el colonialismo, arrastrando un lastre hasta hoy, hasta en tanto que no se extraigan en su totalidad las implicaciones descolonizadoras de la DDPI ⁽¹⁷²⁾. Nada de ello parece que constituya el factor esencial al menos para la aparición de poderes globales en manos de empresas transnacionales desbordando tanto

es la sede de la OCDE prácticamente desde su fundación. Esta historia oficiosa es de estilo turístico, propaganda de resabio eurocéntrico o incluso francocéntrico inclusive; p. 3: «La Muette, home of the Organisation for Economic Co-operation and Development has a long and rich history. Its present-day use is a fitting continuation (...)».

⁽¹⁷²⁾ Como arranque resuelto de esa historia por hacer, Mark MAZOWER, *No Enchanted Palace: The End of Empire and the Ideological Origins of the United Nations*, Princeton, Princeton University Press, 2009; Samuel MOYN, *The Last Utopia: Human Rights in History*, Cambridge, Harvard University Press, 2010; Stefan-Ludwig Hoffmann (ed.), *Human Rights in the Twentieth Century*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011; A. Iriye, Petra Goedde y William I. Hitchcock (eds.), *The Human Rights Revolution: An International History*, Oxford, Oxford University Press, 2012, donde se tiene un incisivo capítulo historiográfico con criterio más amplio que el mío, pp. 27-51; Kenneth CMIEL, *The Recent History of Human Rights* (a su fecha, procedente de «The American Historical Review», 109-1, 2004, pp. 117-135, de donde, p. 126, procede la tercera cita de encabezamiento; K. Cmiel falleció al poco tiempo prematura y repentinamente, cuando avanzaba en su investigación sobre la historia de los derechos humanos: historyofcommunicationresearch.org/2010/11/papers-of-kenneth-j-cmiel). Como historiador del derecho, entro en la conclusión del aparato de notas reiterando este deseo de historia frente a sucedáneos. Ya he registrado la existencia de programas de desarrollo de historiografía serviciales de las propias NNUU, la del *United Nations Intellectual History Project* (www.unhistory.org) y la del *ILO Century Project* (www.ilo.org/century), proyectos que resultan tan inapropiados como la promoción de historias nacionales por instancias de Estados, universitarias u otras. Llevan publicados el de las NNUU cerca de veinte volúmenes y el de la OIT media decena, a los que han de sumarse los que promueven por su cuenta otras agencias internacionales como, por ejemplo, el PNUD, por su historia citada, la del subtítulo *A Better Way?* No para la historiografía. Su *worst way* más bien. Junto a sus inapreciables servicios documentales, los sitios oficiales u oficiosos de Internet abundan a ese uso del delfín, como quedó advertido y no creo que, desde perspectiva constitucional, tenga por qué tenerse por algo natural.

a los Estados como al orden internacional. Hay condiciones y causas más recientes, más directas y más decisivas. Entre la OMC o la OCDE que escapan a las NNUU y el espacio confluyente abierto en éstas mismas a partir del Pacto Mundial, se han generado condiciones para la entronización de poderes globales de carácter directamente económico bajo la cobertura de un orden internacional que predica derechos humanos.

Fragilidad patente en el funcionamiento orgánico de las NNUU lo resulta desde luego el espectáculo visto de un individuo creando, como arconte universal, derecho sobre las relaciones entre derechos humanos y empresas transnacionales a favor además en teoría de los primeros y de hecho de las segundas. Sin embargo, esto mismo no tiene explicación sino en función de los intereses empresariales transnacionales que mueven el Pacto Mundial y su prosecución por vía menos regular o realmente irregular de desarrollo normativo de los derechos humanos en el seno de las NNUU. Que el Consejo de Derechos Humanos, organismo en exclusiva intergubernamental, revalide la operación puede llamar la atención, pero tampoco extrañar mucho. Aunque no haya constitucionalismo internacional, hay ordenamiento jurídico de instituciones internacionales. ¿Cómo puede tan fácilmente sortearse y hasta burlarse en nombre, encima, de los derechos humanos? ¿Y cómo las evidencias parece que no lo son? ¿Cómo es que puede ofrecerse la impresión de estar actuándose conforme a derecho, a un derecho internacional? A través de los procedimientos regulares de desarrollo del derecho de los derechos humanos por las NNUU se alcanza la DDPI; ¿cómo se puede en el propio seno de la misma organización producirse su neutralización? Si renunciamos a la pregunta acerca del constitucionalismo global, podremos al menos interrogarnos sobre la carencia, incluso, de regla de derecho.

Ahí que despliega su juego la dogmática a la que se refería Tomás y Valiente como teoría que debe explicarse por historia y reducirse a historia. Es en el caso doctrina que suplanta derecho tendiendo a prevalecer sobre la que lo desarrolla incluso en las instancias no intergubernamentales de derechos humanos, las de expertas y expertos, en las NNUU, no digamos del resto. Permea el sistema. Y no es que los dogmas cieguen. Aunque siempre pueda haber quienes contribuyan, incluso decisivamente, sin estar en el

secreto, la operación de la dogmática resulta tan deliberada como interesada. Sólo la historia, una historia de presente, nos muestra el peso y el alcance de la deliberación y de los intereses. De este modo se aprende a no hacer tabla rasa del pasado en lo que concierne al reconocimiento de derechos así como a no conceder crédito a ninguna doctrina atemporal, ni siquiera a la que postule, incluso con empeño, derechos. La historia no es maestra, pero enseña ⁽¹⁷³⁾.

Todo o poco menos se hace hoy a nombre de los derechos humanos, aunque sea en su contra, más todavía, por supuesto, si es a favor. Hasta hay tiranías que se justifican en defensa de los derechos económicos, sociales y culturales como si pudieran contraponerse a los derechos civiles y políticos. También se da la inversa. En el seno de las NNUU, el énfasis en derechos suele ser inversamente proporcional a su toma en serio, pronunciado si se actúa de hecho a su contra y sólo corriente de guardarse consecuencia. Con todo, el tránsito entre las NNUU predicando derechos y las empresas globales ejercitando poderes dista mucho de haberse consumado ni tiene trazas de conseguirse expeditivamente. ¿Concluimos con nuevas máximas? Contra globalización de poderes, no

⁽¹⁷³⁾ Sobre el origen más inmediato de los derechos humanos de las NNUU en el supremacismo colonial de la cultura europea por África, M. MAZOWER, *No Enchanted Palace*, caps. 1 (« Jan Smuts and Imperial Internacionalism ») y 4 (« Jawaharlal Nehru and the Emergence of the Global United Nations »); para evidencias concurrentes, Carol ANDERSON, *Eyes off the Prize: The United Nations and the African American Struggle for Human Rights, 1944-1955*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003; sobre precedentes, Bonny IBHAWOH, *Imperialism and Human Rights: Colonial Discourses of Rights and Liberties in African History*, Albany, State University of New York Press, 2007. Sobre la magnitud del reto, B. CLAVERO, *Cláusula colonial en el derecho internacional y alguna otra contrariedad para la historia de los derechos humanos*, pp. 1080-1098. Y a propósito, en la línea desde el pasado hacia el futuro hipotecando el presente, esto es en la línea de una historia normativa prácticamente por hacer por lo que toca a la sustanciación de responsabilidades no sólo estatales ni tan sólo respecto a los Estados sobre las de otros agentes, el mismo B. IBHAWOH, *Rethinking Corporate Apologies: Business and Apartheid Victimization in South Africa*, en Mark Gibney, Rhoda E. Howard-Hassmann, Jean-Marie Coicaud y Niklaus Steiner (eds.), *The Age of Apology: Facing Up to the Past*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2008, pp. 271-284; respecto a responsabilidades de Estados, incluyendo el caso de los pueblos indígenas, Elazar BARKAN, *The Guilt of Nations: Restitution and negotiating historical injustices*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2000, part II: « Colonialism and its Aftermath »; de esta obra, p. xvii, procede la primera cita de encabezamiento.

antiglobalización, sino globalización de derechos, globalización de derechos humanos que ya de por sí contienen los contrapesos precisos, los contrapesos de derechos de pueblos no necesariamente identificados con Estados.

Contra globalización todavía limitada de poderes, globalización ya íntegra de derechos. Las corporaciones transnacionales han conquistado un espacio de exención al costo de aceptar los derechos humanos como ideario, manteniéndolos por ahora a raya. Los derechos humanos tomados en serio y no como cobertura legitimadora son hoy posición más genuina de las NNUU, posición que puede y debe contrarrestar poderes y reconducir procesos. En fin, en estos tiempos de constitucionalismo de derechos, es el rey quien sigue desnudo bajo nuevos ropajes ⁽¹⁷⁴⁾. ¿Lo cubrimos o lo exponemos?

¿Contribuimos a prestar legitimación o a poner en evidencia? Otra no hay. Tras todo lo visto, no creo que quepan dudas sobre cual sea la respuesta conforme a derecho o, mejor dicho, a derechos. Esta historia de un punto de presente en el cruce de líneas entre pasado y futuro ya advertí que iba a resultar moralista a fuer de normativa.

(174) Hans Christian ANDERSEN, *El traje nuevo del emperador* (*Cuentos de hadas contados para niños*, 1837): « (...) ¡Pero si no lleva nada! — exclamó de pronto un niño. Dios bendito, ¡escuchen la voz de la inocencia! — dijo su padre. Y todo el mundo se fue repitiendo al oído lo que acababa de decir el pequeño: *No lleva nada; es un chiquillo el que dice que no lleva nada.* Al fin gritó el pueblo entero: ¡Pero si no lleva nada! Aquello inquietó al Emperador, pues barruntaba que el pueblo tenía razón, mas pensó: *Hay que aguantar hasta el final.* Y siguió más altivo que antes. Los ayudas de cámara continuaron sosteniendo la inexistente cola ». Exactamente, me permito apostillar al cuento. La imagen ronda: Ekkehard STRAUSS, *The Emperor's New Clothes? The United Nations and the Implementation of the Responsibility to Protect*, Baden-Baden, Nomos, 2009.

Figure dell'esperienza

FERDINANDO MAZZARELLA

DARWINISMO, STORICISMO, SOCIALITÀ.
« LA NUOVA TENDENZA » DI GIUSEPPE VADALÀ-PAPALE

1. Positivismo, società industriale, sociologia. — 2. La cornice teorica di Giuseppe Vadalà-Papale: 'evoluzionismo giuridico', 'storicismo evoluzionistico', 'scuola sociale del diritto', 'indirizzo sociale e sociologico del diritto'. — 3. Ripensare i Codici superando individualismo e semplicità. — 4. Per una scienza della legislazione: la legge come manifestazione positiva della « coscienza giuridico-sociale ». — 5. La funzione dei giuristi, « legislatori sperimentali dei singoli fatti individuali »: « tendenza positiva » e nuovo metodo « storico-evolutivo ». — 6. L'« eguaglianza sociale »: temi, contenuti e proposte nel segno di un diritto « proporzionato ». — 7. « Diritto economico », contratto di lavoro, legislazione sociale.

1. *Positivismo, società industriale, sociologia.*

Quando nel 1835, sbarcato alle Galapagos dopo la traversata a bordo del brigantino *Beagle*, Charles Darwin (1809-1882) notò che le caratteristiche delle tartarughe e degli uccelli variavano fra isole « distanti cinquanta o sessanta miglia, a portata di vista l'una dall'altra, fatte della medesima roccia, sottoposte al medesimo clima, e che s'innalzano quasi alla medesima altezza », mai avrebbe immaginato le ripercussioni che la sua scoperta avrebbe provocato nel campo delle scienze sociali, umane, giuridiche ⁽¹⁾. Le popolazioni vegetali ed animali si riproducevano ad un ritmo superiore a quello

⁽¹⁾ C. DARWIN, *Journal of Researches into the natural History and Geology of the Countries visited during the Voyage of H.M.S. Beagle round the World under Command of Capt. Fitzroy R.N.*, 1845², trad. it. *Viaggio di un naturalista intorno al mondo*, a cura di P. Costa, Milano, Feltrinelli, 2010, p. 438. Sul tortuoso itinerario delle intuizioni darwiniane, passate, prima di approdare a *L'origine delle specie per selezione naturale* (1859), dagli appunti abbozzati nei *Taccuini*, dalla produzione epistolare e dalla prima comunicazione presso la *Linnean Society* di Londra (1858), si veda C. DARWIN, *L'origine delle specie*, a cura di T. Pievani, Torino, Einaudi, 2009.

delle risorse, scatenando una lotta per l'esistenza e per la vita che aveva come esito una selezione decisa dalla legge del più forte, ovvero, e meglio, dalla legge del più adatto, di quell'organismo, cioè, che grazie a piccole, talvolta impercettibili differenze, variazioni, devianze, si sarebbe rivelato più adatto all'ambiente, ritrovandosi in posizione dominante ed assicurando la prosecuzione della specie (2).

Pensata per spiegare le trasformazioni proprie dell'universo naturale, l'idea secondo cui la struttura genetica degli esseri viventi fosse in continua evoluzione, conformemente a leggi universali di adattamento e di selezione, si andava a saldare con le incipienti prospettive della sociologia, con le già collaudate tesi del malthusianesimo, con le prime asserzioni dello spencerismo (3). L'equiparazione tra organismo naturale, organismo animale e organismo sociale determinava l'applicazione delle leggi biologiche ai fenomeni sociali, propiziando la nascita di un « darwinismo sociale », secondo l'ambigua definizione apparsa negli anni Ottanta dell'Ottocento, che incrinava la visione tradizionale della società liberale e assoggettava l'ordine sociale a processi di trasformazione scanditi da leggi scientifiche (4): la società era un organismo, caratterizzato da un nesso organico fra il tutto e le sue parti; il rapporto fra società e individui corrispondeva a quello fra l'organismo e i suoi organi, il corpo e le sue cellule; le singole parti del corpo sociale si presentavano diffusamente collegate in aggregati più estesi; l'organismo sociale, al pari di quelli animali e vegetali, si trasformava senza soluzione di continuità, per effetto di dinamiche fondate su basi scientifiche; il libero gioco dell'iniziativa individuale determinava la prevalenza del più forte sul più debole, del più astuto sul più ingenuo, del più dotato sul meno capace (5).

(2) A *L'origine della specie per selezione naturale*, com'è noto, si sarebbe affiancata, nel 1871, la pubblicazione dello studio su *La filiazione dell'uomo e la selezione sessuale*.

(3) E. RUTIGLIANO, *Teorie sociologiche classiche. Comte, Marx, Durkheim, Simmel, Weber, Pareto, Parsons*, Torino, Bollati Boringhieri, 2001, specialmente pp. 9-27 e 36-55.

(4) T. BONAZZI, *Darwinismo sociale*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, vol. II, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1992, pp. 674-683.

(5) Un quadro generale in A. LA VERGATA, *Positivismo e darwinismo sociale*, in *Il pensiero politico. Idee teorie dottrine*, vol. III, *Ottocento e Novecento*, a cura di G. Pasquino, vol. I, Torino, Utet, 1999, pp. 243-272.

Al generale rinnovamento del quadro scientifico, in quello stesso volgere di metà Ottocento, si accompagnava, in un intricato intreccio tra pratica e teoria, realtà e scienza, economia, società e cultura, la fase cruciale dell'industrializzazione, che determinava un cambiamento profondo nella struttura sociale, sempre più votata ad una dimensione organizzativa, collettiva, comunitaria. A prescindere dal ruolo che si fosse voluto assegnare allo Stato, era un fatto che la società industriale, con la lotta di classe, la contrapposizione di categorie, la coesione corporativa intorno a comuni interessi, allontanava il conformismo individualistico del primo liberalismo, amplificando, come in quegli anni enfatizzato dal socialismo marxista, tensioni e sperequazioni, disparità e disegualianze ⁽⁶⁾: la società, come anche dall'interno della dottrina liberale rilevavano Tocqueville (1805-1859) e Stuart Mill (1806-1873), si andava risistemando sulla base di trame organizzative che generavano partiti e comitati, associazioni ed enti, società di mutuo soccorso, cooperative, sindacati, camere del lavoro, federazioni di mestiere e leghe contadine, compagnie, imprese, consorzi, società in accomandita e società per azioni ⁽⁷⁾.

La consonanza fra le trasformazioni intervenute nel quadro economico-sociale e gli assunti scientifici del positivismo era quasi perfetta: la struttura complessa di ciascun organismo, la presenza nel singolo corpo di unità elementari differenziate, la tendenza all'aggregazione, il dinamismo evolutivo degli organismi, la lotta fra specie forti e specie deboli sembravano rappresentare al meglio la struttura della società industriale, la sua conflittualità, la sua rapidità, le sue spinte associative ⁽⁸⁾. Spencer (1820-1903) poteva trarre dalla teoria

⁽⁶⁾ Cfr. A. GIDDENS, *Capitalism and Modern Social Theory*, Cambridge, 1971, trad. it. *Capitalismo e teoria sociale. Marx, Durkheim, Weber*, Milano, Est, 1998, pp. 78-93, e E. RUTIGLIANO, *Teorie sociologiche classiche*, cit., pp. 72-78. Sia invece consentito rinviare, in merito alle ripercussioni che la dimensione collettiva della società industriale ebbe sulle concezioni dello Stato, a F. MAZZARELLA, *La semplicità immaginaria. Apogeo e crisi dello Stato liberale di diritto*, in «Ars interpretandi», XVI, 2011, pp. 57-79.

⁽⁷⁾ N. MATTEUCCI, *Dal costituzionalismo al liberalismo*, in *Storia delle idee politiche, economiche e sociali*, diretta da L. Firpo, vol. IV, *L'età moderna*, tomo II, Torino, Utet, 1975, pp. 160-162.

⁽⁸⁾ P. ROSSI, *Positivismo e società industriale*, Torino, Loescher, 1975.

darwiniana l'impianto concettuale del suo organicismo evolutivistico, basato sull'idea che il progresso di una « società industriale » passasse non dall'estensione delle attribuzioni dello Stato, ma dalla libera azione di energie individuali organizzate secondo meccanismi di « cooperazione volontaria » (9). Schäffle (1831-1903) poteva rivigorire l'analogia tra fenomeni naturali e fenomeni sociali, organicismo biologico e organismo sociale, proponendo l'immagine di un « corpo sociale » formato da individui collegati al tutto e tenuti insieme da tessuti connettivi quali la famiglia, la religione, la razza, il lavoro (10). Ardigò (1828-1920) poteva sviluppare una teoria della società e dell'azione incentrata sulla nozione di « idealità sociale », intesa come compulsione psichica alla socializzazione, in linea con un « evolucionismo organicistico a base comunitaria » (11). Durkheim (1858-1917), alla fine del secolo, poteva far leva sui concetti di « divisione del lavoro » e di « solidarietà organica » per dimostrare l'interdipendenza degli individui e dei gruppi, ipotizzando, con chiaro parallelismo fra natura e società, un sistema di relazioni integrative basato sulla differenziazione dei caratteri e sulla specializzazione delle funzioni (12).

In un contesto culturalmente ed economicamente così febbrile, che metteva a nudo lo « scarto » fra l'asserzione politica di eguaglianza e la varietà effettiva della realtà sociale, diventava improrogabile un ripensamento critico delle soluzioni giuridiche intro-

(9) H. SPENCER, *The Principles of Sociology*, vol. I, 1876, ed. New York, Appleton and Company, 1897³, pp. 564-569. Cfr. G. LANARO, *L'evoluzione, il progresso e la società industriale. Un profilo di Herbert Spencer*, Firenze, La Nuova Italia, 1997.

(10) A.E.FR. SCHÄFFLE, *Bau und Leben des sozialen Körpers. Encyclopädischer Entwurf einer realen Anatomie, Physiologie und Psychologie der menschlichen Gesellschaft mit besonderer Rücksicht auf die Volkswirtschaft als sozialen Stoffwechsel*, 4 Bände, Tübingen, Laupp, 1875-1878, tradotto in italiano da Ludovico Eusebio nella terza serie della *Biblioteca dell'economista*, sotto la direzione (1876-1892) di Gerolamo Boccoardo, col titolo *Struttura e vita del corpo sociale. Saggio enciclopedico di una reale anatomia, fisiologia e psicologia della società umana con speciale riferimento all'economia sociale come scambio sociale di materia*, Torino, Ute, 1881.

(11) O. LENTINI, *Organicismo e azione sociale da Ardigò a Pareto*, in « Quaderni di sociologia », XXIX, 1980-1981, 2, pp. 192-215 (citazione a p. 199).

(12) É. DURKHEIM, *De la division du travail social* (1893), 1902², trad. it. *La divisione del lavoro sociale*, Milano, Edizioni di Comunità, 1999, specialmente pp. 73-234. Cfr. G. POGGI, *Émile Durkheim*, Bologna, Il Mulino, 2003, pp. 59-84.

dotte dalla codificazione napoleonica agli inizi del secolo ⁽¹³⁾: la mole di sollecitazioni che sul piano scientifico, politico, economico e sociale investiva l'Europa del secondo Ottocento impegnava la cultura giuridica più avveduta ad affrontare un processo palingenetico proteso a mettere in discussione quei canoni del legicentrismo e dell'esegesi che avevano monopolizzato il clima post-rivoluzionario, così da poter modificare, alla luce dei nuovi principi scientifici e del quadro economico-sociale, i contenuti di un diritto privato imperniato sull'« individualismo », sul « volontarismo », sul « soggettivismo », sul « moralismo » ⁽¹⁴⁾. Al di là delle differenze tra le correnti del positivismo, tra Comte (1798-1856) che annoverava fra i compiti della sociologia quello di fissare i limiti generali dell'azione politica e Spencer che reputava dannosa ogni forma di intervento statale ⁽¹⁵⁾, rimaneva il dato, innegabile, per cui la società industriale aveva via via assunto una fisionomia complessa, a struttura associativa e corporativa, lontana da quel progetto « semplice, anzi semplicissimo », con il quale il legislatore rivoluzionario aveva artificialmente diviso lo spazio politico-sociale fra i due soli poli dell'individuo e della nazione, tra « macro-soggetto politico » e « micro-soggetto privato » ⁽¹⁶⁾.

Di fronte al quadro socio-economico determinato dall'industrializzazione, nel quale gli squilibri, le differenze e le disegualian-

⁽¹³⁾ J. DONZELOT, *L'invention du social. Essai sur le déclin des passions politiques*, Paris, Fayard, 1984, p. 33.

⁽¹⁴⁾ Così A.-J. ARNAUD, *Les juristes face à la société du XIX^e siècle à nos jours*, Paris, Puf, 1975. Fondamentale la visione d'insieme di P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato nel secolo XIX*, 1991, in Id., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 127-141. Si vedano inoltre, a conferma della dimensione europea del processo di rinnovamento epistemologico iniziato alla fine dell'Ottocento, i due recenti volumi dei « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XL, 2011, dedicati al tema *Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*.

⁽¹⁵⁾ Sul tentativo di Spencer di conciliare il suo « individualismo » con la concezione organicistica della società, di dare fondamento scientifico, attraverso gli assunti del darwinismo e del lamarckismo, all'incompatibilità tra intervento statale e progresso sociale, M.W. TAYLOR, *Men versus the State. Herbert Spencer and Late Victorian Individualism*, Oxford, Clarendon, 1992, specialmente pp. 71-99 e 131-166.

⁽¹⁶⁾ P. GROSSI, *Un recupero per il diritto: oltre il soggettivismo moderno*, in Id., *Società, diritto, stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 226.

ze si ingigantivano vertiginosamente, accentuando la tendenza degli individui ad organizzarsi in ragione di uno o più elementi di comunanza, si poteva scegliere la via spenceriana di una concorrenza libera e di una selezione sociale oppure immaginare una regolamentazione legislativa equilibrata, attraverso la legislazione sociale, la legislazione industriale, una legislazione civilistica orientata⁽¹⁷⁾; si poteva rimanere appagati, come professava il liberismo del *laissez faire*, dall'astratta enunciazione dell'eguaglianza formale o reclamare a gran voce, come avrebbe fatto la scuola economica tedesca del « socialismo della cattedra », l'intervento perequativo dello Stato⁽¹⁸⁾; si poteva tener fede alla rappresentazione di una società semplice, composta da individui liberi ed eguali, o registrare la pluralità di soggetti, l'obiettivo condizione di diseguaglianza, la tendenza "solidaristica" ad associarsi in gruppi omogenei⁽¹⁹⁾; si poteva insistere nel culto idolatrico della legge e nell'ossequio esegetico al testo o ripensare l'intero quadro delle fonti del diritto, includendovi i fatti economici e sociali, riconoscendo giuridicità agli organismi istituzionali, assegnando all'interpretazione "giurisprudenziale" un ruolo creativo⁽²⁰⁾.

(17) P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, vol. III, *La civiltà liberale*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 3-136.

(18) Il « Kathedersozialismus », ufficialmente nato con il congresso di Eisenach nell'autunno del 1872 e animato fra gli altri da Schmoller, Wagner, Schönberg, Brentano, Nasse, Conrad, Held, Sybel, Gneist, Rösler, si diffuse anche in Italia, dove il messaggio fu raccolto dalla scuola « lombardo-veneta » di Angelo Messedaglia, Luigi Cossa e Fedele Lampertico, proseguita da Augusto Montanari, Giuseppe Toniolo e Alberto Errera, ma soprattutto da V. CUSUMANO, del quale si veda, specialmente per avere un profilo dei diversi autori tedeschi, *Le scuole economiche della Germania in rapporto alla questione sociale*, Napoli, Marghieri, 1875, pp. 81-204.

(19) Cfr. P. COSTA, "Oltre lo Stato": teorie "pluralistiche" del primo Novecento, in *Agire associativo e sfera pubblica*, a cura di M. Bortolini, Milano, FrancoAngeli, 2002, pp. 11-35, e R. EISFELD, *Pluralismus zwischen Liberalismus und Sozialismus*, Stuttgart, Kohlhammer, 1972, trad. it. *Il pluralismo fra liberalismo e socialismo*, Bologna, Il Mulino, 1976. Sulle radici ideologiche delle diverse "ondate" di anti-individualismo A. LAURENT, *Histoire de l'individualisme*, Paris, Puf, 1993, trad. it. *Storia dell'individualismo*, Bologna, Il Mulino, 1994, pp. 81-93.

(20) Un dilemma non diverso da quello stigmatizzato da P. GROSSI, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento epistemologico*, 2003, in *Id., Società, diritto, stato*, cit., pp. 251-278.

2. *La cornice teorica di Giuseppe Vadalà-Papale: 'evoluzionismo giuridico', 'storicismo evoluzionistico', 'scuola sociale del diritto', 'indirizzo sociale e sociologico del diritto'.*

È in questa temperie spirituale, legata a doppio filo con il quadro economico-sociale generato dal capitalismo industriale, che larghe componenti della cultura giuridica, da un lembo all'altro dell'Europa, ma presto da una sponda all'altra dell'Oceano, si ritrovarono unite nel nome della socialità. La percezione di una realtà lontana da quella rappresentata nelle codificazioni alimentava un movimento di « riscoperta del sociale », che per effetto del combinato intrecciarsi — fatto di attrazioni ma anche di rigetti — di antropologia, biologia, psicologia, filosofia ed economia, andava ridefinendo, dalla metà dell'Ottocento, gli orizzonti della cultura europea nel segno del positivismo sociologico ⁽²¹⁾. Con obiettivi diversi, sotto molteplici forme e profili, le nuove « teorie sociologiche » e le nuove dottrine « anti-formalistiche » condividevano una rinnovata apertura verso la dimensione sociale, una tendenza all'uso della sociologia, un impiego sempre più disinvolto delle scienze sociali ⁽²²⁾.

Se in Francia, tra fine Ottocento e primo Novecento, la compagine di « juristes inquiets » reclamava un capovolgimento della gerarchia delle fonti, per effetto del quale spostare l'epicentro dalla legge alla giurisprudenza, dal Codice alla realtà sociale ⁽²³⁾, e in

⁽²¹⁾ L. MUCCHIELLI, *La découverte du social: naissance de la sociologie en France (1870-1914)*, Paris, La Découverte, 1998.

⁽²²⁾ R. TREVES, *Introduzione alla sociologia del diritto*, Torino, Einaudi, 1980², specialmente pp. 65-84 e 154-192.

⁽²³⁾ M.-C. BELLEAU, *Les juristes inquiets: classicisme juridique et critique du droit au début du XX^e siècle en France*, in « Les Cahiers de Droit », XL, 1999, pp. 507-544. Era il caso, con sensibilità, proposte e accenti diversi, di Glasson, Planiol, Saleilles, Gény, Bonnacase, Demogue, Lambert, ma anche, nell'ottica di una concezione che superasse il monismo statualistico, così da rintracciare il diritto ora nella « legge della vita sociale », nei vincoli di solidarietà che univano ciascun individuo agli altri, ora nelle « istituzioni collettive », nel « corpo sociale organizzato », di Duguit e Hauriou. Cfr. almeno la sintesi di A.-J. ARNAUD, *Da giureconsulti a tecnocrati. Diritto e società in Francia dalla codificazione ai giorni nostri*, a cura di F. Di Donato, Napoli, Jovene, 1993, in particolare pp. 69-141, e i due saggi di P. GROSSI, *Ripensare Gény e Assolutismo giuridico e diritto privato. Lungo l'itinerario scientifico di Raymond Saleilles*, in Id.,

Germania i fautori del « giusliberismo » propugnavano l'idea di un diritto innervato nel sociale, da esplicitare più o meno “liberamente” attraverso l'interpretazione creativa di giudici e giuristi ⁽²⁴⁾, in Italia prendeva forma, forse prima che altrove, un movimento eterogeneo ed eclettico, che variamente intrecciando i motivi del positivismo evolucionistico, dello storicismo, del socialismo e della sociologia ⁽²⁵⁾, propendeva per un organicismo evolucionistico di matrice anti-individualistica, teso a temperare la selezione naturale con le riforme sociali ⁽²⁶⁾.

Assolutismo giuridico e diritto privato, cit., rispettivamente pp. 143-192 e 193-261, nonché, da ultimo, anche per i più recenti riferimenti bibliografici, M. SABBIONETI, *Democrazia sociale e diritto privato. La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)*, Milano, Giuffrè, 2010.

⁽²⁴⁾ I nomi, fra i tanti, sono quelli di Ehrlich, Kantorowicz, Fuchs, Rumpf, Stampe, Heck, Isay, Radbruch, Müller-Erbach. Sulla « profonda ispirazione comune » delle diverse anime del « giusliberismo », con particolare riferimento alla Germania e all'Austria, va tuttora ricordata l'opera di L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 201-370. Si vedano inoltre K. MUSCHELER, *Relativismus und Freirecht*, Heidelberg, Müller, 1984, pp. 85-203; K. RIEBSCHLÄGER, *Die Freirechtsbewegung. Zur Entwicklung einer soziologischen Rechtsschule*, Berlin, Duncker & Humblot, 1968; J. SCHMIDT, *Das « Prinzipielle » in der Freirechts-Bewegung. Eine Studie zum Frei-Recht, seiner Methode und seiner Quelle*, Bonn, Bouvier, 1968. Sull'importanza della giurisprudenza e della scienza giuridica nel quadro delle fonti del diritto tedesco si veda da ultimo H. MOHNHAUPT, *Das Verhältnis zwischen Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft als Rechtsquellenproblem (18. bis 20. Jahrhundert)*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XL, 2011, *Giudici e giuristi*, cit., vol. I, pp. 19-52.

⁽²⁵⁾ Sempre utile il saggio di R. TREVES, *La sociologia del diritto in Italia*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », XLIII, 1966, pp. 409-435, ma specialmente pp. 410-415. Sulla diversa fortuna, nell'Italia del secondo Ottocento, di Comte, Darwin e Spencer, in un clima di contaminazione tra positivismo, darwinismo, marxismo e sociologia, F. BARBANO, *Sociologia e positivismo in Italia: 1850-1910. Un capitolo di sociologia storica*, in F. BARBANO - G. SOLA, *Sociologia e scienze sociali in Italia. 1861-1890. Introduzioni critiche e repertorio bibliografico*, Milano, Franco Angeli, 1985, pp. 7-73. Sui motivi unitari del positivismo italiano E. GARIN, *Metodo e concezione del mondo nel positivismo, in Cultura e società in Italia nell'età umbertina. Problemi e ricerche, Atti del primo Convegno*, Milano, 11-15 settembre 1978, Milano, Vita e Pensiero, 1981, pp. 163-188.

⁽²⁶⁾ È sufficiente per il momento richiamare G. CAZZETTA, *Critiche sociali al Codice e crisi del modello ottocentesco di unità del diritto*, in ID., *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 27-65, e P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*,

Di questa « civilistica neoterica » (27), ora ‘evoluzionismo giuridico’, ora ‘storicismo evoluzionistico’, ora ‘scuola sociale del diritto’, ora ‘indirizzo sociale e sociologico del diritto’, Giuseppe Vadalà-Papale, nato a Catania il 15 aprile del 1854, fu, se non fondatore, certamente figura centrale, emblematica, rappresentativa (28). Piena-

Milano, Giuffrè, 2000, pp. 13-70. Vale inoltre la pena di leggere le ariose considerazioni di R. ORESTANO, *Sociologia e studio storico del diritto*, in « Jus », 1957, pp. 199-222, in tema di rapporti fra sociologia e scienza del diritto.

(27) « Civilistica neoterica » — nella consapevolezza « che, dagli anni Ottanta, non si affaccia sul palcoscenico della scienza giuridica italiana una scuola compatta con un fondatore e un programma definito » — è la qualificazione adoperata da P. GROSSI, *“La scienza del diritto privato”*. Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo. 1893-1896, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 15-16, per indicare il « multiforme terreno che fa spicco relativamente all'immediato passato della paleo-civilistica esegetica ».

(28) Laureatosi in giurisprudenza a Catania nel 1874, Vadalà-Papale (1854-1921) frequentò le Università di Napoli, Torino, Bologna, Siena, Pisa e Roma prima di conseguire nel 1881 la libera docenza in Filosofia del diritto, diventare professore straordinario nel 1894 e ordinario nel 1899. Rettore dell'Università di Catania nel 1910-1911, fu Preside della Facoltà di Giurisprudenza dall'a.a. 1912-1913. Consigliere al Comune di Catania dal 1885 al 1920, assessore nel 1886 (come supplente), nel 1887, nel 1892 e nel 1893, consigliere provinciale dal 1889, Presidente della provincia nel 1905-1906, fu anche membro della Commissione provinciale per le imposte dirette (1899-1920), delegato della Provincia presso il Consiglio generale del Banco di Sicilia (dal 1910) e presso il Consiglio di amministrazione della Cassa di soccorso per le opere pubbliche in Sicilia (dal 1917). Ricoprì inoltre la carica di Presidente della Società di Storia Patria per la Sicilia Orientale (dal 1909), nonché quella, conformemente alla sua particolare sensibilità verso le problematiche sociali, di presidente del Consiglio di amministrazione della benefica istituzione degli asili d'infanzia di Catania. In attesa della prossima pubblicazione del *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, curato da E. Cortese, I. Bircocchi, A. Mattone e M. Miletti, Bologna, Il Mulino, nel quale chi scrive ha curato la voce *Vadalà-Papale*, utili riferimenti bio-bibliografici possono trovarsi, oltre che nelle opere che si avrà modo via via di citare, in M. BARILLARI, *Giuseppe Vadalà Papale (Necrologio)*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », I, 1921, pp. 285-286; G. BIAGI, *Chi è? Annuario biografico italiano*, Roma, Romagna e C., 1908, p. 258 (solo un cenno); A. CASTRO, *L'insegnamento della Filosofia del diritto nell'Università di Catania*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », XXXVIII, 1961, specialmente pp. 328-333; P. FIORENTINI, *Scienza del diritto e scienza della società nella Sicilia dell'Ottocento: Giuseppe Vadalà-Papale*, in « Sicularum Gymnasium. Rassegna della Facoltà di lettere e filosofia dell'Università di Catania », 1997, *Studi in onore di Salvatore Leone*, vol. I, pp. 263-315; A. GROPPALI, *Vadalà-Papale*, in *Enciclopedia filosofica*, vol. IV, Venezia-Roma, Istituto per la collaborazione culturale, 1957, c. 1481; A. LEVI, *Giuseppe Vadalà-Papale (cenno necrologico)*, in « Annuario della R. Università di Catania », 1922-23, pp.

mente immerso nel suo tempo, collaboratore dei periodici più aperti alle nuove sensibilità metodologiche, egli respirò infatti il clima del positivismo scientifico, collegò la scienza giuridica alle neonate scienze sociali, assorbì i postulati dell'evoluzionismo e del darwinismo, che lo condussero ad una concezione del diritto organicistica, deterministica, storicistica e sociologica (29).

Uomo di frontiera, entusiasta sostenitore delle nuove linee metodologiche e programmatiche condivise nel "fatidico" 1881 da Cimbali (1855-1887), Brini (1856-1941) e Gianturco (1857-1907) (30), fondatore, insieme a Giuseppe Fiamingo e Filippo Virgili, della *Rivista di sociologia*, Vadalà-Papale visse per intero questa stagione di trasformazioni, a cavallo non solo di due secoli, ma di due visioni del diritto profondamente diverse, l'una imperniata sulla staticità

83-89; F. PARADISO, *Maestri ed idee nello Studio catanese dopo l'Unità*, Catania, Squeglia, 1972, pp. 157-167; S. SALOMONE, *La Sicilia intellettuale contemporanea. Dizionario bibliografico*, Catania, Galati, 1913, pp. 430-431.

(29) Tra le riviste maggiormente "frequentate" da Vadalà-Papale vanno ricordate « Lo Spedalieri », « Il Circolo giuridico », « Archivio giuridico », « La Scuola positiva », ma soprattutto « La scienza del diritto privato » e « Antologia giuridica », sulle quali si vedano, rispettivamente, P. GROSSI, *La scienza del diritto privato*, cit., specialmente pp. 15-39, e G. SPECIALE, *Antologia giuridica. Laboratori e rifondazioni di fine Ottocento*, Milano, Giuffrè, 2001, soprattutto pp. 32-37, 47-49 e 128-138.

(30) Il 1881 rappresentava, già nella percezione di G. VADALÀ-PAPALE, *Il diritto civile nell'insegnamento universitario*, in « Archivio Giuridico », XXVII, 1881, specialmente pp. 447-448, un autentico anno di svolta per la civilistica italiana, l'anno in cui le nuove proposte metodologiche venivano divulgate, oltre che dallo stesso Vadalà-Papale, anche da E. CIMBALI, *Lo studio del diritto civile negli Stati moderni*, Roma, Bocca, 1881, poi in ID., *Studi di diritto civile*, Torino, Ute, 1900², pp. 1-29, da G. BRINI, *Saggio d'istituzioni del diritto civile italiano. Introduzione e programma*, in « Archivio giuridico », XXVI, 1881, pp. 544-580, e da E. GIANTURCO, *Gli studi di diritto civile e la questione del metodo in Italia*, 1881, in ID., *Opere giuridiche*, vol. I, Roma, La Libreria dello Stato, 1947, pp. 3-19. La coincidenza di eventi e interventi caduti nel 1881 è stata ampiamente rilevata dalla storiografia giuridica: cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana*, cit., pp. 13-22, e N. IRTI, *La cultura del diritto civile*, Torino, Utet, 1990, pp. 10-25. A rivendicare il "primato" del rinnovamento metodologico e programmatico del diritto civile, tuttavia, sarebbe stato proprio Vadalà-Papale, il quale — come ricostruito da P. FIORENTINI, *Scienza del diritto e scienza della società nella Sicilia dell'Ottocento*, cit., p. 270, nota 31 — « siglava l'Introduzione a *Il Codice civile italiano e la scienza...* con la data del 1° gennaio 1881, mentre la prolusione romana del Cimbali era del 25 gennaio », sottolineando come la sua opera « fosse il punto d'arrivo di anni di incubazione e di preparazione ».

legalistico-formale del diritto, l'altra incline ad accentuare la dimensione sociale, economica e storica del fenomeno giuridico ⁽³¹⁾. Il suo pensiero riflette perciò la complessità di un'età di transizione, i compromessi e le tensioni di un'epoca attraversata da concorrenti tendenze, con i prevedibili eccessi, le comprensibili ingenuità e gli inevitabili paradossi di un movimento alternativo di rottura ⁽³²⁾.

Già nelle prime opere, risalenti al 1881, il quadro culturale di riferimento assume una fisionomia ben definita, nella quale spiccano le effigi di Vico, Malthus, Mill, Romagnosi, Comte, Darwin, Spencer, Ahrens, Lerminier e Schäffle, tenuti insieme da una catena di concetti come l'evoluzionismo, la mobilità, la proporzione, la progressività, il dinamismo, la storicità, il determinismo ⁽³³⁾. Ne deriva un percorso di pensiero basato sulla convinzione che a determinare la vita e lo sviluppo del cosmo, tanto nel mondo fisico ed organico, quanto in quello morale e sociale, sia « la legge di evoluzione », partecipe delle leggi della biologia, dell'antropologia, dell'etnografia, della statistica, della storia, ma soprattutto della sociologia, vera « scienza madre », « scienza nuova, prodotto della seconda metà del secolo XIX », all'ombra della quale va ricondotto anche il diritto, nient'altro che la vita, la « potenza dinamica » del mondo, l'« anima dell'umanità » ⁽³⁴⁾.

Fin dall'inizio, così, emergono, ad uno stato più che embrionale, le linee di un pensiero complesso, al fulcro del quale sta l'idea del diritto come prodotto sociale, la sua natura di fenomeno scientifico determinato dalla storia e dalla biologia, di « organamento » vivente della coscienza del popolo. I risultati raggiunti nel campo delle scienze naturali diventavano un passaggio obbligato tanto per

⁽³¹⁾ Sulla breve vita (1894-1896) della *Rivista di sociologia* cfr. A. PUSCEDDU, *La sociologia positivista in Italia (1880-1920)*, Roma, Bulzoni, 1989, pp. 75-97.

⁽³²⁾ Cfr. P. GROSSI, "La scienza del diritto privato", cit., pp. 24-28.

⁽³³⁾ Per una bibliografia delle opere di Vadalà-Papale: P. FIORENTINI, *Scienza del diritto e scienza della società nella Sicilia dell'Ottocento*, cit., pp. 310-315; M. SBRICCOLI, *Elementi per una bibliografia del socialismo giuridico italiano*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », III-IV, 1974-75, *Il "Socialismo giuridico". Ipotesi e letture*, vol. II, pp. 995-997; P. UNGARI, *In memoria del socialismo giuridico*, in « Politica del diritto », I, 1970, parte II, *Crisi e tramonto del movimento*, p. 399.

⁽³⁴⁾ Così già nella prima pubblicazione di G. VADALÀ-PAPALE, *Morale e diritto nella vita*, Napoli, De Angelis, 1881, pp. 9 e 129.

impadronirsi delle leggi che disciplinavano il corpo sociale, quanto, e di conseguenza, per ricostruire le dinamiche storico-sociali da cui si svolgeva il fenomeno giuridico, soggetto, al pari di ogni altra forza dinamica, al « *principio evolutivo* »⁽³⁵⁾. Il diritto recuperava « *storicità* », riguadagnava, grazie al principio evolutivo, quella tensione storica che discendeva dal rapporto diretto con i fatti sociali, rinvenendo la sua vera natura, come avrebbe sintetizzato Icilio Vanni (1855-1903), « nella evolubilità storica »⁽³⁶⁾.

Conformemente a queste premesse, Vadalà-Papale, nel presupposto di una perfetta equiparabilità tra processi biologici, fenomeni sociali e dinamiche psichiche, sottoponeva « il fenomeno della vita sociale » alle stesse leggi, le stesse metamorfosi, gli stessi cambiamenti, le stesse energie e le stesse evoluzioni del fenomeno fisico. La società, come rappresentato da Krause (1781-1832) e da Ahrens (1808-1874), era concepita come « un organismo », « una gradazione più elevata delle società organiche e delle società animali », che soggiace alla stessa « legge meccanica » che « agita il mondo fisico, la *legge del movimento* », ed è retta da forze che, al pari di quelle « fisico-dinamiche », sono « insieme *centripete* e *centrifughe*, *organi-*

⁽³⁵⁾ Ivi, p. 124. Si vedano, fra le tante, le considerazioni di P. COGLIOLO, *Saggi sopra l'evoluzione del diritto privato*, Torino, Bocca, 1885, specialmente pp. 25-28, sulla « reale e storica evoluzione degli istituti giuridici », e di G. D'AGUANO, *La genesi e l'evoluzione del diritto civile secondo le risultanze delle scienze antropologiche e storico-sociali con applicazioni pratiche al Codice vigente*, Torino, Bocca, 1890, pp. 118-140, sul « diritto attraverso l'evoluzione storica ».

⁽³⁶⁾ I. VANNI, *Il problema della filosofia del diritto nella filosofia, nella scienza e nella vita ai tempi nostri*, Verona, Tedeschi, 1890, p. 50. Non a caso, nella recensione al citato volume di Vanni e a quello dello stesso autore dal titolo *Gli studi di Henry Sumner Maine e le dottrine del diritto*, Verona, 1892, in « Archivio giuridico », XLIX, 1892, pp. 475-480, Vadalà-Papale elogiava la scelta di ricollegare il diritto alla vita, di rifarsi alla Scuola storica, concependo il diritto come fatto storico-sociale e ravvisando lo scopo della filosofia del diritto nello studio e nel coordinamento dei fatti giuridici. Sull'« eclettismo » teorico di Vanni e sulla convergenza in quegli anni fra « postulati della scuola storica giuridica » e « dottrine sociologiche positive » cfr. G. D'AMELIO, *Positivismo, storicismo, materialismo storico in Icilio Vanni*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », III-IV, 1974-75, *Il "Socialismo giuridico"*, cit., vol. I, pp. 431-455. Sul rapporto, valorizzato dalla scienza giuridica italiana dell'ultimo ventennio dell'Ottocento, tra positivismo, evolucionismo e storicismo, F. TESSITORE, *Crisi e trasformazioni dello Stato. Ricerche sul pensiero giuspubblicistico italiano tra Otto e Novecento*, Napoli, Morano, 1963, pp. 102-114.

che ed evolutive » (37). Fra i primi, se non il primo, a parlare di « darwinismo sociale », Vadalà-Papale concepiva quindi la società come « un organismo, soggetto alle leggi medesime che reggono ogni altro organismo della Natura » (38). Il suo sviluppo era paragonabile a quello di un organismo naturale, di un « corpo organico », formato da molteplici « agglomerazioni sociali », da « unioni più estese e più strette con strutture più complesse » (39).

La lezione di Darwin era pervasivamente recepita: evocati anche Malthus, Comte, Spencer e Schäffle, Vadalà-Papale sposava infatti l'idea che l'evoluzione sociale fosse determinata dalle leggi naturali, fra le quali, giusta l'insegnamento darwiniano, la lotta per l'esistenza, la selezione naturale e artificiale, la legge di adattamento e la legge di eredità, tutte e quattro riconducibili « alla legge di evoluzione degli organismi, che è la legge-madre regolatrice il fenomeno della variazione della specie » (40). Se la società era un organismo, che, al pari di ogni altro organismo vivente, soggiaceva alle leggi invariabili ed « intime » della natura, attraverso la socio-

(37) G. VADALÀ-PAPALE, *Darwinismo naturale e darwinismo sociale. Schizzi di scienza sociale*, Roma-Torino-Firenze, Loescher, 1883, pp. 81-84. Si vedano le favorevoli recensioni di B. BRUGI, in « Archivio giuridico », XXXI, 1883, pp. 339-341, che parlava addirittura di « geniale tentativo di porre in luce il parallelismo intercedente tra gli organismi fisiologici e l'organismo sociale » e di « uno dei migliori lavori di scienza sociale pubblicati fra noi », e di P. DELOGU, in « Il Circolo giuridico », XIV, 1883, I, pp. 277-283, nonché quella, per la verità più critica, di E. FERRI, in « Rivista critica delle scienze giuridiche e sociali », I, 1883, pp. 289-290. Cfr., con la medesima impostazione teorica, G. VADALÀ-PAPALE, *Gli ospedali e il Darwinismo. Studi sociologici*, Roma, Forzani, 1884, con recensione di P. COGLIOLO, in « Archivio Giuridico », XXXIII, 1884, p. 423.

(38) G. VADALÀ-PAPALE, *La filosofia del diritto a base sociologica*, in « Il Circolo giuridico », XVI, 1885, I, p. 165. Si vedano le considerazioni che, l'anno successivo alla pubblicazione di *Darwinismo naturale e darwinismo sociale*, svolgeva G. TARDE, *Darwinisme naturel et darwinisme social*, in « Revue philosophique de la France et de l'étranger », XVII, 1884, I, pp. 607-637, sulla locuzione adoperata da Vadalà-Papale e sulle analogie tra mondo inorganico, vivente e sociale.

(39) G. VADALÀ-PAPALE, *D'una scienza delle legislazioni comparate nei rapporti sociologico, storico, legislativo e politico*, in « Il Circolo giuridico », XIII, 1882, I, p. 206.

(40) ID., *Darwinismo naturale e darwinismo sociale*, cit., pp. 265-285 e specialmente 281-281. Cfr. anche G. VADALÀ-PAPALE, *Malthus, Darwin, Spencer, Schäffle intorno al problema della popolazione*, in « Antologia giuridica », I, 1886-1887, pp. 683-704.

logia, vera e propria «*Filosofia dei fatti sociali*», sarebbe stato possibile indagare «le leggi del fenomeno sociale», osservando, spiegando e ricostruendo «*tutto il processo della vita sociale*», determinato da «cause fisiche, cause termiche, cause etnografiche, cause psicologiche, politiche, accidentali» (41). Studiare il corpo sociale significava ricostruire le leggi che ne regolavano lo sviluppo, a loro volta modellate sulle leggi che scandivano lo sviluppo biologico della natura.

3. *Ripensare i Codici superando individualismo e semplicità.*

Trasferiti sul piano del diritto, il darwinismo e l'evoluzionismo imprimevano al fenomeno giuridico una tensione dinamica che imponeva di rifondare il metodo, di ridisegnare il quadro delle fonti, di ripensare lo statuto epistemologico del giurista, di rinnovare i contenuti del diritto privato (42). Alla continua evoluzione della società, parallela come si è visto a quella della natura, corrispondeva il continuo adattamento del diritto, che viveva «nel popolo, nella coscienza sociale, allo stato dinamico» e che in quanto creato dalla «coscienza giuridica sociale» avrebbe dovuto riflettere ogni trasformazione dei fatti economici e sociali (43). Il Codice civile del 1865, ancora imperniato sulla proprietà fondiaria, sulla ricchezza immobiliare e su un'economia agraria, risultava superato, "macchiato", secondo le celebri pagine di Pellegrino Rossi, dalla «lacuna tra il nostro Diritto privato e il nostro stato economico» (44), compro-

(41) ID., *La filosofia del diritto a base sociologica*, cit., pp. 166-168.

(42) A proposito dell'influenza dell'indirizzo sociologico sugli studi giuridici cfr. le osservazioni di R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, Giappichelli, 1963², pp. 288-294 e 485-499, che rilevava «l'apporto fecondo che esso diede ad un ampliamento dell'orizzonte degli studi di storia giuridica, sia sviluppando gli studi comparativi fra diritti diversi, sia introducendo una più vasta considerazione dei nessi che uniscono solidalmente e funzionalmente la fenomenologia giuridica agli altri aspetti della vita sociale» (p. 291).

(43) G. VADALÀ-PAPALE, *L'ordinamento della legge positiva nella società*, in «*Antologia giuridica*», VII, 1893, pp. 137-173 e 201-217, poi Catania, Pansini, 1893, specialmente pp. 3-4.

(44) ID., *Necessità della codificazione dell'economia politica per la costituzione del codice privato-sociale*, in «*La scuola positiva*», I, 1891, 4, p. 170 e prima pp. 154-155, ma

messo dall'individualismo astratto dell'ideario illuministico e dall'egualitarismo formalistico dell'orizzonte napoleonico ⁽⁴⁵⁾.

L'osservazione della realtà economico-sociale, infatti, denunciava una serie di cambiamenti, tali e tanti da rendere falsante ogni rappresentazione della realtà in termini di spazio omogeneo di individui liberi, eguali, proprietari. Il miraggio di una società uniforme, semplice e astratta, svaniva, in un'Europa attraversata dalle profonde trasformazioni generate dal capitalismo, dinanzi ad una realtà di classi, parti e collettività, combinazioni atipiche di beni e forme negoziali trasversali, nella quale proliferavano istituzioni e consorzi, imprese e sindacati, aziende e universalità di beni, « *associazioni e corporazioni* », « società cooperative e di mutuo soccorso » ⁽⁴⁶⁾. La società era un organismo vivente, un'organizzazione complessa, composta da gruppi e da associazioni, da « cellule sociali » e da « tessuti connettivi », ma soprattutto da unioni di persone e di cose scaturite dalla « tendenza all'associazione del capitale e del lavoro, alla compartecipazione dei frutti della terra da parte del proprietario e dell'agricoltore », giusta un processo che avrebbe portato « l'individualismo... a scomparire per cedere il posto alle *istituzioni sociali* » ⁽⁴⁷⁾.

l'usuale richiamo a Pellegrino Rossi, che aveva segnalato i « tanti difetti e vuoti di quel Codice » e il « suo non troppo ammirevole organismo », è già in G. VADALÀ-PAPALE, *Il Codice civile italiano e la scienza*, Napoli, Morano, 1881, pp. 11-13.

⁽⁴⁵⁾ G. CAZZETTA, *Critiche sociali al Codice*, cit.

⁽⁴⁶⁾ G. VADALÀ-PAPALE, *Per un Codice privato-sociale*, in « Lo Spedalieri », I, 1891, pp. 59-60.

⁽⁴⁷⁾ ID., *Darwinismo naturale e darwinismo sociale*, cit., pp. 329 e 393. Era in virtù di questo parallelismo tra organismo animale e organismo sociale, largamente presente nella civilistica neoterica, che si respingeva pertanto ogni approccio individualistico: proprio come nell'« organismo animale » — avrebbe argomentato G. D'AGUANO, *La genesi e l'evoluzione del diritto civile*, cit., pp. 157-158 — « la persona singola diviene tanto più insufficiente nell'organismo sociale, non collegandosi ad altri individui, quanto più l'organismo sociale è complesso »; diventava « indispensabile » la formazione di « molteplici associazioni proponenti scopi industriali, scientifici, letterari, commerciali, di beneficenza, di mutuo soccorso », entrando nelle quali « l'individuo » avrebbe acquistato « nuova forza per lottare nelle battaglie della vita », mentre « coi principii puri dell'individualismo, col *selfgovernment* a cui pare informato il nostro codice », si sarebbe caduti « inevitabilmente nel dominio della forza »; ed E. CIMBALI, *La funzione sociale dei contratti e la causa giuridica della loro forza obbligatoria*, in « Archivio giuridico », 1884,

Non più uno spazio sociale popolato da atomi indipendenti, ma « un corpo in sé indivisibile, le cui particelle sgregate funzionano secondo una legge generale che è legge del corpo sociale, regolatrice del movimento delle forze tutte e degli enti che, aggregazione di persone o di beni per dati scopi, affermano e proteggono la personalità umana nella vita sociale, ed elaborano il campo di sviluppo dell'umana attività » (48). Non più un universo economico monopolizzato dalle relazioni semplici ed unilineari della proprietà e dello scambio, ma un tessuto complesso, intersecato trasversalmente da composite organizzazioni di beni e di persone, conformemente ad un « individuo che si riflette in una miriade di associazioni, in complessi ordinamenti di beni, di funzioni, di complicazioni contrattuali » (49).

L'individuo astratto, stilizzato e indifferenziato della codificazione borghese si sgretolava per l'urto del sociale, frammentandosi ed « incarnandosi », come avrebbe detto Vadalà-Papale, in una molteplicità indefinita di soggettività concrete e caratterizzate, diseguali e differenziate, individuali o complesse, personali o patrimo-

poi in *Id.*, *Studi di diritto civile*, cit., pp. 33-35 e 49: « quel che accade... nella vita dell'organismo animale, si compie... nella vita più complessa dell'organismo sociale », nel quale « l'individuo umano, entrando nella composizione di un organismo più complicato e più vasto, perde gradatamente la sua incoerenza ed indipendenza originaria, per acquistare uno stato di maggiore coerenza e dipendenza nel rapporto cogli altri individui »: un'inter-dipendenza dagli altri, un « alternarsi continuo di rapporti tra gli uomini », un susseguirsi di relazioni, contatti e rapporti che « forma come un vasto tessuto connettivo, onde tutti gli uomini si trovano in uno stato di correlazione perenne fra di loro ». L'individuo era « semplice elemento » e « cellula rudimentale di più vasto e complesso aggregato, l'organismo della società ».

(48) G. VADALÀ-PAPALE, *La filosofia del diritto a base sociologica*, cit., p. 165. La “sociologica” considerazione, di stampo durkheimiano, in base alla quale « l'individuo... è insufficiente a sé stesso », non poteva che sollecitare, a giudizio di G. VADALÀ-PAPALE, *Morale e diritto nella vita*, cit., pp. 42 e 59, una reazione contro « l'atomismo ».

(49) *Id.*, *Diritto privato e Codice privato-sociale*, in « La scienza del diritto privato », I, 1893, p. 24. Dalla registrazione di questa realtà socio-economica complessa — come si è cercato di ricostruire in F. MAZZARELLA, *La scoperta di un paradigma complesso. L'« Unternebmén » nel diritto commerciale e nella dottrina austro-tedesca del primo Novecento*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XXXIX, 2010, pp. 299-386 — avrebbe tratto impulso il processo di definizione della nozione giuridica di impresa.

niali ⁽⁵⁰⁾: impiegati e contadini, lavoratori autonomi e artigiani, operai e commercianti, donne e minori, proprietari e conduttori, soci e concorrenti, competitori e consorziati, ma anche fabbriche e opificii, imprese e mutue assicuratrici, aziende e consorzi ⁽⁵¹⁾.

Il Codice civile, in questo scenario in divenire, avrebbe dovuto rifondarsi « in tutta la sua tessitura e nel suo spirito informatore », perché poco o punto coerente con la moderna vita sociale, « assai complessa in tutti i suoi movimenti e nelle svariate organizzazioni » ⁽⁵²⁾. Un codice avrebbe dovuto « incarnare lo sviluppo *reale* e *storico* dell'uomo in tutti i suoi rapporti sociali », avrebbe dovuto essere « in ogni tempo l'espressione della sua epoca », non « una formula matematica, assoluta, immutabile », ma « il prodotto della storia e della civiltà » ⁽⁵³⁾. Ancor più in generale, anzi, era l'intero diritto civile a dover essere ridisegnato, partendo dall'osservazione

⁽⁵⁰⁾ « Per avere avuto di vista solo l'uomo astratto, difetto dei legislatori filosofi » — osservava G. SALVIOLI, *I difetti sociali del Codice civile in relazione alle classi non abbienti ed operai*, Discorso letto nella solenne inaugurazione degli studi il giorno 9 novembre 1890, in « Annuario della R. Università degli Studi di Palermo », 1890-91, p. 17 — « si è perduto l'uomo reale nelle sue svariatissime situazioni ».

⁽⁵¹⁾ Una società di gruppi — come negli stessi anni osservava E. GIANTURCO, *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale*, 1891, poi in Id., *Opere giuridiche*, vol. II, Roma, Libreria dello Stato, 1947, pp. 262-269 — di individui economicamente « disuguali »: « usurai » e « popolani », « proprietari » e « contadini », « imprenditori » e « operai ».

⁽⁵²⁾ G. VADALÀ-PAPALE, *La nuova tendenza del diritto civile in Italia*, in « Rivista di Giureprudenza di Trani », VIII, 1883, poi Trani, Giovinazzo, 1883, p. 4.

⁽⁵³⁾ Id., *Il Codice civile italiano e la scienza*, cit., p. 26. Così — aveva già sostenuto I. VANNI, *I progressi della legislazione civile in Italia dopo la Rivoluzione*, Discorso letto nella libera Università di Perugia nel giugno del 1878, in Id., *Saggi di filosofia sociale e giuridica*, a cura di G. Marabelli, Bologna, Zanichelli, 1906, pp. 161-162 — si sarebbero scongiurate le legittime preoccupazioni di Savigny: il Codice avrebbe dovuto interpretare la « coscienza popolare e dirigerla, ritrarre la vita nazionale nelle sue forme, nelle sue tendenze, nei suoi bisogni, nelle sue condizioni intellettuali, morali ed economiche, e promuovere ad un tempo l'ulteriore sviluppo, conservare l'eredità del passato nel suo lato vivo e sostanziale consertandola ai bisogni del presente, preparandola ai progressi dell'avvenire »; il Codice, soggetto come ogni altro ente alla « gran legge dell'evoluzione », non avrebbe « immobilizzato il nostro diritto », né avrebbe « compresso la incessante attività dello spirito nazionale », ma avrebbe « aperto l'adito a tutti i progressi che i voti della scienza, i suggerimenti della giurisprudenza, i bisogni sociali verranno additando; di guisa che in luogo di essere, come altri legislatori hanno preteso, un domma immutabile e chiuso, sarà il punto di partenza e la fonte dei progressi futuri ».

dei fatti sociali e dalla considerazione del diritto come fenomeno sociale, al fine di seguire ed assecondare uno sviluppo che, « coe-reentemente alla ripetizione delle leggi naturali scoperte dal genio del Darwin », si improntava a statuti organizzativi ed istituzionali complessi ⁽⁵⁴⁾.

Non si trattava, dunque, « di completare qualche articolo » o « di cangiare la disposizione di qualche rubrica », ma di uscire dall'equivoco di un Codice civile eterno e perfetto, capace una volta per tutte di disvelare lo sviluppo sociale ⁽⁵⁵⁾. Si trattava di registrare e armonizzare i nuovi equilibri sociali dell'organizzazione industriale secondo « la nuova tendenza del diritto civile », sintesi perfetta di due tendenze complementari ⁽⁵⁶⁾: la prima, definita « positiva », imponeva di applicare al diritto civile, considerato una scienza fondata su dati reali, sociali e naturali, il metodo positivo, sì da « organarlo » in un tessuto scientifico interdisciplinare, soggetto agli

⁽⁵⁴⁾ G. VADALÀ-PAPALE, *La nuova tendenza*, cit., p. 5. In questo modo — come confermava G. D'AGUANNO, *La genesi e l'evoluzione del diritto civile*, cit., p. 19 — « verrà a farsi manifesto anzitutto l'errore del nostro Codice di porre l'individuo come centro di tutti i diritti; e tutti i rapporti d'ordine pubblico e privato e tutti i vari istituti giuridici guardare esclusivamente sotto il punto di vista dell'utilità che possono rendere all'individuo ».

⁽⁵⁵⁾ G. VADALÀ-PAPALE, *La nuova tendenza*, cit., p. 4. « Non trattasi più » — avrebbe condiviso C. CAVAGNARI, *Nuovi orizzonti del diritto civile in rapporto colle istituzioni pupillari. Saggio di critica e riforma legislativa*, Milano, Dumolard, 1891, pp. 1-2 — « di rivedere e di riordinare semplicemente, avvertono giustamente gli evoluzionisti, con qualche lieve modificazione di forma e di dettato, gli istituti e le disposizioni esistenti, ma si tratta invece di intraprendere una riforma ed un mutamento profondamente radicale in tutto l'organismo e la struttura del Codice Civile imperante ». Diversa la posizione di B. BRUGI, *La riforma della nostra legislazione civile*, in « Antologia giuridica », III, 1889, pp. 181-208, che dissentendo dalle proposte di Vadalà-Papale, guardando con scetticismo l'allargamento ad un « diritto privato-sociale » e difendendo la tradizione romanistica, riteneva che l'Italia non fosse pronta « ad una totale riforma del Codice » e che si potesse al più procedere, attraverso « leggi speciali », a « quelle riforme del diritto civile che hanno un immediato rapporto con gl'interessi sociali ». Cfr. G. MARINO, *Positivismo e giurisprudenza. Biagio Brugi alla congiunzione di scuola storica e filosofia positiva*, Napoli, Esi, 1986, specialmente pp. 73-111.

⁽⁵⁶⁾ Così, nel 1883, G. VADALÀ-PAPALE, *La nuova tendenza*, cit., anticipando il più celebre intervento di E. CIMALI, *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali*, 1885, Torino, Utet, 1895³: cfr. P. GROSSI, « *La scienza del diritto privato* », cit., pp. 35-39.

influssi della biologia, delle scienze naturali, dell'antropologia, della psicologia e soprattutto della sociologia; la seconda, quella « sociale », era volta a cogliere e proporzionare la dimensione organizzativa del corpo sociale, fino ad allora sostanzialmente ignorata dalle moderne codificazioni, tutte rivolte a legiferare la vita dell'individuo, « senza preoccuparsi che l'atomo sociale nel gran corpo sociale va a costituire una serie di tessuti, di organi, di funzioni, che costituiscono l'intero organismo e svolgono la vita sotto altri grandi ambienti » (57).

Due tendenze tutt'altro che incompatibili, anzi l'una causa dell'altra, l'una da coordinare ed armonizzare con l'altra, in maniera tale da far « perdere al Codice quel rigore astratto, metafisico che regola le attuali istituzioni, e che le rende estranee ai reali rapporti della vita in tutte le loro combinazioni, spingendolo ad attuare quel nuovo organamento che, distribuendo meglio i diritti dei privati, assicurerà evolutivamente la consecuzione dei diversi fini sociali » (58). Stava in questa sfida « tutta la missione della nuova epoca »: nel rinnovare gli studi di diritto civile, che si erano fino ad allora « limitati alla sfera dei fatti individuali, puramente atomistici, senza riguardo al necessario organamento sociale delle diverse istituzioni », « nel legiferare organicamente questi rapporti civili », nel predisporre « un *Codice* più rispondente ai bisogni della nuova era » (59).

Solo così, ripensando la società in termini complessi e regolando gli istituti giuridici in ragione della loro funzione sociale, del loro essere incardinati in un organismo nel quale le singole parti erano in relazione reciproca e in accordo col tutto, avrebbe potuto raggiungersi quel traguardo ambizioso ed improrogabile che stava nell'emanazione di un Codice civile di nuova concezione: un « Codice Sociale-Civile », un « *Codice privato-sociale* » in grado di registrare le nuove istanze e le « nuove esigenze sociali », la più fedele manifestazione « dei nuovi tempi, la resultanza dei nuovi bisogni delle classi e degli individui associati » (60), il nuovo epicentro di un

(57) G. VADALÀ-PAPALE, *La nuova tendenza*, cit., p. 17.

(58) Ivi, p. 19.

(59) Ivi, p. 6.

(60) Ivi, pp. 14-19.

diritto privato, come proposto anche da Cimbali e Gianturco, da Vanni e Salvioli (1857-1928), che, sostituendo « lo spirito della socialità » allo « spirito dell'individualismo », disciplinasse finalmente l'individuo « non dal lato atomistico, ma in rapporto al tutto che gli dà la vita, l'educazione, l'intelligenza, la condotta, la cultura, lo sviluppo di se stesso » (61).

Solo così, ancora, avrebbero preso forma codici che, rivolti finalmente agli ambiti sensibili della società industriale, avrebbero consentito di spostare il baricentro del diritto privato dalla terra all'industria, dalla proprietà fondiaria alla proprietà mobiliare, dall'individuo ai gruppi, dalla vendita all'assicurazione, dalla locazione al contratto di lavoro: un « Codice industriale », interamente dedicato al lavoro, al capitale, al credito, al prodotto, alle fabbriche, agli opifici e alla proprietà industriale (62), e un « Codice rurale », votato a raccogliere le novità e le trasformazioni che la rivoluzione industriale andava introducendo in tema di rapporti agrari (63).

4. *Per una scienza della legislazione: la legge come manifestazione positiva della « coscienza giuridico-sociale ».*

La concezione del diritto come fenomeno sociale, prodotto di una forza in perenne trasformazione, rendeva però inevitabile ripensare su più larga scala il quadro delle fonti del diritto, perché nessun codice, per quanto attuale, moderno e aggiornato, avrebbe potuto riflettere i mutevoli equilibri del corpo sociale. L'obiettivo di un diritto positivo in evoluzione, capace di registrare tempestivamente i passaggi evolutivi dell'organismo sociale e di armonizzare progressivamente le scosse di assestamento provocate dai nuovi equilibri,

(61) G. VADALÀ-PAPALE, *Diritto privato e Codice privato-sociale*, cit., pp. 7-39, ma anche *Per un Codice privato-sociale*, cit., pp. 50-83, e *Necessità della codificazione dell'economia politica*, cit., pp. 152-170.

(62) G. VADALÀ-PAPALE, *Il Codice civile italiano e la scienza*, cit., pp. 90-98. Cfr. P. GROSSI, « *La scienza del diritto privato* », cit., p. 27, nota 47. In quest'ottica C. CAVAGNARI e G. TRONCONE, *Codice del commercio, dell'industria e del lavoro*, Milano, Sonzogno, 1899, avrebbero intrapreso un lavoro di tipo « codificatorio », spiegando, nell'*Avvertenza*, che scopo della pubblicazione voleva essere la « comprensione dei bisogni vivi e generali del nostro ambiente economico e giuridico che vi si associa ».

(63) G. VADALÀ-PAPALE, *Per un Codice privato-sociale*, cit., p. 57.

candidava le « leggi civili speciali » a fonti irrinunciabili del diritto della società industriale ⁽⁶⁴⁾.

A questo proposito, Vadalà-Papale propugnava un programma di scienza legislativa che, chiaramente suggestionato dall'origine storico-sociale del diritto, lo portava ad agganciare il diritto positivo ad una necessaria razionalità, derivante dalla sua corrispondenza al progredire storico della società ⁽⁶⁵⁾. Riannodati i fili storici di una filosofia politica vincolata dall'esistenza di una legge superiore, a tal fine rievocando, variamente sparsi nell'articolata produzione di saggi e libelli, la « teoria sociale » di Aristotele, il predominio della virtù nella Repubblica di Platone, la ragione naturale di Cicerone ⁽⁶⁶⁾, il principio di giustizia nella dottrina di S. Agostino, il fondamento razionale della filosofia tomistica ⁽⁶⁷⁾, l'elemento sociale di Dante e Marsilio da Padova ⁽⁶⁸⁾, la concezione psicologico-giuridica della filosofia della storia di Vico ⁽⁶⁹⁾, la « costituzione essenziale di ragione della società » di Romagnosi e lo spirito popolare dello storicismo savigniano ⁽⁷⁰⁾, Vadalà-Papale rilanciava l'idea di un governo ordinato al bene comune in quanto teso all'attuazione nel

⁽⁶⁴⁾ C. CAVAGNARI, *Leggi civili speciali*, in « La scienza del diritto privato », I, 1893, pp. 93-116, 229-235 e 275-283, e C. GHIGI, *Appunti ed osservazioni sul diritto civile extravagante*, in « Giurisprudenza italiana », XLII, 1890, IV, cc. 124-156. Cfr. P. GROSSI, « La scienza del diritto privato », cit., pp. 153-161.

⁽⁶⁵⁾ Sul « programma » di Vadalà-Papale si soffermavano, nelle loro recensioni, G. SALVIOLI, in « Il Circolo giuridico », XXVI, 1895, I, pp. 69-70, e G. D'AGUANO, in « Rivista di storia e filosofia del diritto », II, 1899, p. 191.

⁽⁶⁶⁾ G. VADALÀ-PAPALE, *Le leggi nella dottrina di Platone, Aristotele, Cicerone*, Catania, Pansini, 1894.

⁽⁶⁷⁾ ID., *Le leggi nella dottrina di S. Agostino e S. Tommaso*, Catania, Galàtola, 1894.

⁽⁶⁸⁾ Entrambi elogiati per aver affrancato la dottrina giuridico-sociale dagli elementi teologico-religiosi voluti da S. Agostino e da S. Tommaso e per aver quindi individuato nello Stato un ente al servizio del popolo e nel diritto lo strumento « per l'organamento del popolo ai fini del bene sociale »: G. VADALÀ-PAPALE, *Le leggi nella dottrina di Dante Alighieri e di Marsilio da Padova*, Torino, Bocca, 1898, p. 37.

⁽⁶⁹⁾ G. VADALÀ-PAPALE, *Dati psicologici nella dottrina giuridica e sociale di G.B. Vico*, Roma, Bocca, 1889.

⁽⁷⁰⁾ ID., *La funzione organica della società e dello stato nella dottrina di G. D. Romagnosi*, in « Rivista italiana per le scienze giuridiche », III, 1887, pp. 341-395.

diritto positivo dei princìpi di giustizia via via elaborati dalla coscienza giuridica sociale ⁽⁷¹⁾.

Alla luce di questi precedenti illustri, che tutti affermavano la legge del progredire storico e l'idea del bene comune come fine della legge positiva, Vadalà-Papale elaborava, principalmente ne *L'ordinamento della legge positiva nella società*, una scienza della legislazione incentrata sul principio della necessaria corrispondenza fra leggi positive e norme di ragione, che erano tali in quanto conformi alla coscienza giuridica sociale ⁽⁷²⁾. Il diritto era « una forza vivente dentro il Corpo sociale », « una delle forze sociali dell'organismo, che integrando tutti gli elementi della vita sociale, ne afforza lo sviluppo, or aiutando, or moderando la loro espansione per ottenere l'armonia di tutti i rapporti sociali » ⁽⁷³⁾; il diritto era « fluido nerveo dell'organismo », « prodotto sociale » ⁽⁷⁴⁾, « prodotto dell'energia psichica dello spirito di un dato popolo, che riverbera tutte le vicissitudini di razze, di clima, di avvenimenti, di tradizioni, tutte le manifestazioni della vita sociale » ⁽⁷⁵⁾; non era « manifestazione estrinseca dei bisogni del corpo sociale », ma « forza organica incorporata alle molecole dell'organismo », « sentimento dell'organismo stesso che si estrinseca e si incarna alle istituzioni tutte, che le plasma, le incorpora alla vita, le elabora, le rende attive, le

⁽⁷¹⁾ Sul tentativo di individuare le origini di una concezione storicistica del diritto G. SOLARI, *Filosofia del diritto privato*, vol. II, *Storicismo e diritto privato*, 1940, rist. Torino, Giappichelli, 1971. Ma sull'«ontologico» collegamento tra fenomeno giuridico e dimensione storica sia consentito rinviare a quanto da ultimo si è osservato in F. MAZZARELLA, *Fatto e diritto. Tradizione e progetto. « Territori di confine »*, in « Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo », LIV, 2010-2011, pp. 183-201.

⁽⁷²⁾ G. VADALÀ-PAPALE, *L'ordinamento della legge positiva nella società*, cit.

⁽⁷³⁾ Ivi, pp. 2-11.

⁽⁷⁴⁾ G. VADALÀ-PAPALE, *La filosofia del diritto a base sociologica*, cit., p. 176. Sull'immagine dello « stato fluido » del diritto si rinvia a F. MAZZARELLA, *Un diritto « allo stato fluido »*. Note storico-giuridiche su *aequitas* e *ragionevolezza*, in « Giornale di Storia costituzionale », 11, 1/2006, pp. 121-144, e « *Stato fluido* » del diritto e *ragionevolezza fra età moderna ed età contemporanea*, in *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Atti del Convegno di Studi, Roma «La Sapienza», 2-4 ottobre 2006, Roma 2007, vol. II, pp. 359-377.

⁽⁷⁵⁾ G. VADALÀ-PAPALE, *Dati psicologici nella dottrina giuridica e sociale di G.B. Vico*, cit., p. 23.

personifica, le afferma, le varia col variare dell'*ambiente sociale* » (76); il diritto viveva « nel popolo, nella coscienza sociale, allo stato dinamico » (77); la sua « forza sociale » viveva « nell'insieme, costituendo la *coscienza giuridico-sociale* » (78).

Era questa coscienza, come Vadalà-Papale fin nei primi scritti aveva sottolineato, a sprigionare, giorno dopo giorno, un diritto che incarnava « la sua forza vitale », « l'anima del suo movimento », « la causa della sua autonomia nella Storia », il « sentimento di tutto il popolo », la « forza sociale che si svolge nell'ambiente esterno » (79). A condizione, evidentemente, che un tale diritto non fosse lasciato ad uno stato grezzo, indeterminato e naturale, ma fosse elaborato in forme positive fedelmente rispettose dell'evoluzione storica, sociale e naturale. Affinché potesse affermarsi nella vita, in altri termini, il diritto avrebbe dovuto assumere una « *forma positiva*, che segni da un canto la sfera di azione delle singole attività, i diritti e i doveri verso gli altri, il limite al di là del quale si cadrebbe nella *negazione del diritto*, e dall'altro determini coattivamente le diverse volontà individuali ad uniformarsi per la consecuzione del bene sociale. Il Diritto assume questa *forma positiva* nella vita sociale, o senza la cosciente decisione della volontà collettiva del popolo, o dietro cosciente decisione. La prima forma appellasi *consuetudine* — l'altra *legge* » (80).

(76) ID., *La filosofia del diritto a base sociologica*, cit., p. 176.

(77) ID., *L'ordinamento della legge positiva nella società*, cit., pp. 2-4. La familiarità con lo storicismo savigniano sembra qui pari a quella di G. SALVIOLI, *Il metodo storico nello studio del diritto civile italiano*, Prolusione al corso di storia del diritto nell'Università di Palermo, in « Il Circolo giuridico », XVI, 1884, pp. 83-105.

(78) G. VADALÀ-PAPALE, *L'ordinamento della legge positiva nella società*, cit., pp. 2-4.

(79) ID., *D'una scienza delle legislazioni comparate*, cit., p. 207.

(80) ID., *L'ordinamento della legge positiva nella società*, cit., pp. 13-14. Non molto diverse erano state le precedenti riflessioni, di dichiarata ascendenza savigniana, di I. VANNI, *Della consuetudine nei suoi rapporti col diritto e colla legislazione*, dissertazione letta nell'Università di Perugia nell'anno accademico 1875-76 e pubblicata su iniziativa della Facoltà di Giurisprudenza, 1877, in ID., *Saggi di filosofia sociale e giuridica*, cit., pp. 1-127: « la legge non è che il riconoscimento autorevole, la sanzione del diritto nato dalla coscienza popolare, estrinsecatosi colle consuetudini, radicato nei costumi » e i « grandi legislatori... non fecero che descrivere fatti già esistenti, interpretare e ritrarre la vita nazionale che già s'era sviluppata » (pp. 16 e 18-19).

Per produrre i suoi effetti, per acquistare forza cogente e prescrittiva, il diritto avrebbe dunque dovuto uscire dal suo stato di indeterminazione: occorreva «una determinazione positiva della coscienza giuridica sociale — ed ecco la *legge positiva*, che non è cosa diversa del diritto, che incarna il diritto in tutte le esplicazioni della vita, in mezzo ai fini sociali che deve regolare»⁽⁸¹⁾. Scopo dello Stato era solo quello di formulare il diritto in leggi «per regolare i diritti e gli obblighi degli individui consociati e dei diversi enti negli adattamenti e sviluppi diversi della loro attività», così da «condurli al conseguimento dei fini sociali»⁽⁸²⁾. La sua legislazione, pertanto, «per avere un contenuto conforme natura», avrebbe dovuto essere «il prodotto della più generale azione e reazione reciproca dei singoli e degli elementi del corpo sociale»⁽⁸³⁾. La legge positiva avrebbe dovuto essere espressione dell'organismo sociale, del corpo vivente del popolo, della comunità storica. «Il contenuto del diritto non» sarebbe scaturito dall'autorità dello Stato; soltanto sarebbe stato, «dall'autorità dello Stato», «formulato, sanzionato e protetto»⁽⁸⁴⁾.

La legislazione — fin dal 1881 aveva sostenuto Vadalà-Papale — avrebbe quindi dovuto muoversi «come la vita, come la scienza, come noi», essere «regolatrice dello sviluppo dei bisogni sociali»⁽⁸⁵⁾; avrebbe dovuto disciplinare le scuole, le università, le accademie, gli istituti di beneficenza, gli ospedali, gli orfanotrofi, il rapporto di lavoro, gli infortuni sul lavoro, le Casse di soccorso, la

(81) G. VADALÀ-PAPALE, *L'ordinamento della legge positiva nella società*, cit., pp. 5-6.

(82) Ivi, p. 9.

(83) Ivi, p. 20. Anche per questo, dovendo la scienza della politica impadronirsi degli «estremi psico-sociali del popolo» — annotava G. VADALÀ-PAPALE, *La scienza della politica nelle università italiane*, in *Scritti in memoria di Angelo Majorana*, vol. I, Catania, Giannotta, 1914, p. 241 — «non si può essere politico, senza essere il Psicologo della società; non si può essere cultore di scienza politica senza essere padrone di questa grande Psicologia, che è maestra di esperienza e di fine agire». Sull'importanza attribuita da Vadalà-Papale all'elemento psicologico si sofferma in particolare P. BENEDEUCE, *Culture dei giuristi e "revisione" orlandiana: le immagini della crisi*, in *I giuristi e la crisi dello Stato liberale fra Otto e Novecento*, a cura di A. Mazzacane, Napoli, Liguori, 1986, pp. 97-98.

(84) G. VADALÀ-PAPALE, *L'ordinamento della legge positiva nella società*, cit., p. 20.

(85) Id., *Il Codice civile italiano e la scienza*, cit., p. 19.

pensione di vecchiaia, il credito ed in genere realizzare « tutti gli scopi della vita sociale »⁽⁸⁶⁾; avrebbe dovuto avere un carattere « dinamico-sociale », affinché « il movimento intellettuale, morale, economico, commerciale, sociale » fosse in essa « permanentemente riflesso » e subire quindi una « continua revisione... sulle diverse materie », al fine di conformarsi « meglio alle esigenze dei tempi e della civiltà »⁽⁸⁷⁾. Certo « anche un arbitrio » avrebbe potuto « divenir legge per opera della forza collettiva dello Stato, ed avere efficacia obbligatoria »; ma non avrebbe potuto « essere questo l'ideale dello Stato in materia legislativa »: le leggi avrebbero dovuto « rispondere a questa meta — devono cioè informarsi al progresso determinato delle masse e allo spirito della popolazione, ed esser il risultato del progrediente ordine di cultura »⁽⁸⁸⁾.

5. *La funzione dei giuristi, « legislatori sperimentali dei singoli fatti individuali »: « tendenza positiva » e nuovo metodo « storico-evolutivo ».*

Da sole, tuttavia, nemmeno le leggi, più flessibili e ramificate dei codici, avrebbero consentito di seguire l'incessante sviluppo dell'organismo sociale, di raccogliere la forza vivente del diritto del popolo, di trasformare tempestivamente in diritto positivo le manifestazioni psicologiche della coscienza giuridica sociale. I cambiamenti innescati dalla società industriale, che ad ogni passo postulava

⁽⁸⁶⁾ ID., *L'ordinamento della legge positiva nella società*, cit., p. 38.

⁽⁸⁷⁾ Ivi, p. 43, ma si veda anche G. VADALÀ-PAPALE, *Il processo dinamico della legge e delle codificazioni nell'organamento sociale*, in « Lo Spedalieri », II, 1892, pp. 363-387.

⁽⁸⁸⁾ G. VADALÀ-PAPALE, *L'ordinamento della legge positiva nella società*, cit., p. 51. Si ha forse qui, nella necessaria corrispondenza fra legge dello Stato e diritto dell'evoluzione storica della società, una risposta ai dubbi sollevati da V. POCAR, *Riflessioni sul rapporto tra « Socialismo giuridico » e sociologia del diritto*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », III-IV, 1974-75, *Il "Socialismo giuridico"*, cit., vol. I, pp. 145-154, in merito all'idea di Stato proposta dagli esponenti del cosiddetto « Socialismo giuridico ». Va anzi sotto quest'aspetto messo in evidenza, come ha fatto P. BENEDEUCE, *Questione del « metodo » e critica dello « Stato indifferente » nella cultura giuridica italiana di fine Ottocento*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », XIII, 1/1983, pp. 57-84, il forte nesso tra proposte metodologiche, istanze riformistiche ed esigenze di una nuova concezione dello Stato.

nuovi equilibri, nuove dinamiche e nuove mentalità, fondandosi su una struttura socio-economica complessa, attraversata da gruppi, interessi, aggregazioni e organizzazioni, stridevano con l'ontologico immobilismo della fonte legislativa, esaltando, al contrario, la funzione adeguatrice dell'interpretazione.

Dottrina e giurisprudenza, in questa prospettiva, assumevano una posizione centrale tra le fonti del diritto, accomunate dal contatto diretto con i fatti economici e sociali, da una vicinanza che faceva dell'interprete un insostituibile organo di sviluppo giuridico. Abbracciare la « nuova tendenza », sotto questo profilo, significava affrontare « la *quistione del metodo* » e rispondere alla « necessità storica e sociale che si formi una *Scienza del Diritto Civile*, la quale non si limiti soltanto a commentare le disposizioni positive, a riordinare in prosa gli svariati versicoli del Codice, a mettere a modo una casistica più o meno minuta, ma abbia inoltre per scopo di coordinare le istituzioni nel loro passato e nel loro presente, ed additare le grandi linee che ci vengono riflesse dall'indirizzo del movimento sociale contemporaneo »⁽⁸⁹⁾.

La dottrina avrebbe dovuto affrancarsi dai dogmi dell'Esegesi, recuperare il ruolo e la funzione che per primi avevano avuto i giuristi romani, « legislatori sperimentali dei singoli fatti individuali », abbandonare quindi quella « servile » sterilità che a seguito

(89) G. VADALÀ-PAPALE, *La nuova tendenza*, cit., p. 6. La « nuova tendenza » e il nuovo « metodo » avrebbero dovuto vincere le resistenze della civilistica tradizionale, aggrappata al diritto romano e all'Esegesi francese, contraria all'idea che « la interpretazione delle leggi » fosse « *progressiva* », che il « nostro movimento scientifico giuridico » dovesse rendersi indipendente « dalla scuola francese », che l'uso del « diritto romano nello studio e nella pratica del diritto civile vigente » fosse non più attuale, che l'insegnamento universitario del diritto civile avesse ad oggetto non la « spiegazione teorico-pratica del Codice », ma la storia, la società, l'economia, che, infine, in aperta polemica con Vadalà-Papale, la « questione del metodo per lo studio del diritto civile » potesse trovar soluzione « nell'ambiente di una *scuola positivista*, di una *evoluzione darwinistica*, o di certe *nuove tendenze* » (P. MELUCCI, *Metodo e questioni di diritto civile*, Torino, Ute, 1884, specialmente pp. 6, 29-31, 70-83, 94). Qualcuno, come T. CUTURI, *Delle recenti discussioni sul metodo nello studio del diritto civile italiano*, in « Archivio giuridico », XXXIX, 1887, pp. 269-309, dichiarava invece di voler mediare tra le diverse tendenze — esegetica, sistematica, storica, evolutivista — confessando tuttavia di non comprendere « come la teoria dell'evoluzione giovi a rendere più sicura l'interpretazione delle nostre leggi civili » (p. 277).

delle prime codificazioni aveva causato un'« anemia nello stesso sviluppo legislativo », elevarsi infine a scienza, « che non sarà il nudo commento della volontà » del legislatore, ma la « sintesi delle ricerche naturali intorno al fenomeno sociale-privato, la particolarizzazione delle sue funzioni, il vero lato della loro ricostituzione organica, il legame intimo delle une colle altre nelle manifestazioni organiche vitali »⁽⁹⁰⁾.

La giurisprudenza pratica, dal canto suo, avrebbe avuto il compito, nel presupposto che la legge positiva non fosse « un'area santa imm modificabile », di risolvere il caso concreto tenendo in considerazione l'evoluzione del contesto socio-economico, facendo ricorso all'analogia, applicando i giusti principi alle nuove fattispecie prospettate dalla realtà⁽⁹¹⁾. La « *tendenza positiva* » legittimava il magistrato a seguire « le oscillazioni della vita », chiamandolo ad « estendere lo spirito del testo, se questo è insufficiente a regolare dei casi che devono essere decisi sotto l'azione delle nuove spinte sociali »⁽⁹²⁾.

Con queste premesse, Vadalà-Papale suggeriva un « nuovo indirizzo al metodo d'interpretazione », capace di rispondere « alla

⁽⁹⁰⁾ G. VADALÀ-PAPALE, *La nuova tendenza*, cit., pp. 7-12. Non molto diverse erano le riflessioni di E. CIMBALI, *Lo studio del diritto civile negli Stati moderni*, cit., pp. 3-5, che evocava « l'ombra veneranda dei giureconsulti romani », il loro « sacerdozio », la loro « grandiosa e rinnovatrice » opera di temperamento « del *jus strictum quiritarium* » di fronte all'« azione incessante degli urgenti bisogni e delle mutate condizioni sociali », e di V. SIMONCELLI, *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, Discorso letto per l'inaugurazione dell'anno scolastico 1889-1890 nell'Università di Camerino il 17 novembre 1889, in ID., *Scritti giuridici*, raccolti ordinati e curati da D. Simoncelli, vol. I, Roma, Società editrice del « Foro italiano », 1938, pp. 415-441, che vedendo nell'« interpretazione » della legge non « la rivelazione della volontà del legislatore », ma « lo studio della stessa vita sociale », la considerava non solo « rivolta a stabilirne il senso delle parole, a determinare il concetto delle regole, ma a completare la legge, a scoprire quel ch'è latente in essa, o meglio, quel che in essa si rattrova in potenza » (p. 424).

⁽⁹¹⁾ G. VADALÀ-PAPALE, *Dei metodi d'interpretazione giuridica per il novello indirizzo degli studi di diritto privato*, in *Atti del V. Congresso Nazionale Giuridico-Forense*, Palermo, 20-27 aprile 1903, Palermo, Barravecchia, 1904, p. 58.

⁽⁹²⁾ ID., *La nuova tendenza*, cit., pp. 16-17. Sul ruolo della giurisprudenza italiana nella seconda metà dell'Ottocento G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, Laterza, 2000, pp. 204-223.

realtà della vita e dei bisogni sociali », valido sia per « lo studioso » che per « il magistrato » ⁽⁹³⁾. Constatata l'insufficienza dell'interpretazione logica ed analogica, protesa al ricamo teorico del dato testuale, ma poco sensibile al mondo reale dei fatti sociali e delle leggi naturali, Vadala-Papale rivendicava per l'Italia un metodo autoctono, diverso da quello messo a punto in Francia da Gény (1861-1959), un metodo « unico », perché sintesi dei diversi indirizzi vigenti ⁽⁹⁴⁾. A differenza del metodo messo a punto dal giurista lorenese, secondo il quale era possibile in via interpretativa elaborare serie di rapporti non disciplinati da leggi vigenti, il metodo italiano avrebbe dovuto ispirarsi al « principio storico evolutivo », in maniera tale da coniugare il momento storico dell'emanazione della legge con il processo dinamico di evoluzione sociale ⁽⁹⁵⁾.

Le condizioni esistenti al momento dell'emanazione di una legge non sarebbero mai state eguali a quelle presenti al giurista e al magistrato al momento dell'interpretazione, né sarebbero state eguali le nuove esigenze nel frattempo sorte, i rapporti via via instaurati, gli equilibri progressivamente maturati. Il nuovo metodo, che

⁽⁹³⁾ G. VADALÀ-PAPALE, *Dei metodi d'interpretazione giuridica*, cit., p. 58.

⁽⁹⁴⁾ Ivi, p. 59. Ancora una volta riecheggiano le parole di E. CIMBALI, *Lo studio del diritto civile negli Stati moderni*, cit., pp. 12-18, il quale, sollevato il problema del « metodo che debba seguirsi ... nella forza di attuazione e di esplicamento che le leggi codificate debbono serbare di fronte al lavoro dell'interprete, si presenti esso sotto la forma dottrinale del professore e dello scrittore, sotto la forma pratica dell'avvocato o sotto quella giudiziale del magistrato », sollecitava i giuristi italiani a ravvivare « le nostre forze » e ad esercitare « virilmente il nostro genio », a « operare » sopra gli istituti di diritto civile, cercando di allontanarsi « egualmente dagli estremi opposti in cui si rompono la dottrina francese e la tedesca » e di trovare così principi « più conformi alla natura di siffatti istituti », più congeniali « all'indole del nostro spirito e delle nostre tradizioni nazionali ». Sull'aspirazione della civilistica italiana ad elaborare un metodo autenticamente nazionale, anche per neutralizzare le aperture « sociali » e le tendenze « giusliberiste », G. CAZZETTA, *Coscienza giuridica nazionale e giurisprudenza pratica nel primo Novecento italiano*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XL, 2011, *Giudici e giuristi*, cit., vol. II, pp. 781-812.

⁽⁹⁵⁾ G. VADALÀ-PAPALE, *Dei metodi d'interpretazione giuridica*, cit., p. 58. Cfr. P. COSTA, *L'interpretazione della legge: François Geny e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », XX, 1991, pp. 403-405.

Vadalà-Papale definiva appunto « storico-evolutivo » e che imponeva anche una revisione degli studi universitarii ⁽⁹⁶⁾, avrebbe consentito di inquadrare nella legge tutti i « nuovi rapporti giuridici nascenti dai nuovi fenomeni sociali », di ricondurre « tutto questo diritto invadente che si esplica nella vita sociale nell'ordine della codificazione » ⁽⁹⁷⁾.

A tal fine, Vadalà-Papale proponeva anche l'istituzione di un ufficio di legislazione, composto da giuristi, pratici e magistrati, che, amalgamando gli « studi scientifici » con i « fenomeni sociali », elaborasse un materiale in grado di inquadrare i nuovi rapporti e preparasse così le basi scientifiche delle necessarie riforme legislative ⁽⁹⁸⁾. Grazie ad una costante attività di rilevamento e di studio, resa possibile dall'esperienza, dalla preparazione e dalla logica, l'ufficio di legislazione avrebbe costituito un osservatorio privilegiato della realtà sociale, dal quale tracciare le linee di sviluppo legislativo, ma anche le direttive per un primo inquadramento dei casi non regolati. Il processo legislativo non si sarebbe potuto arrestare, ma nelle more del suo sviluppo, la giurisprudenza, che doveva essere una scienza e non un'arte, logica giuridica e non sinossi, avrebbe provveduto a regolare i nuovi rapporti sociali, « aiutata da un istituto di legislazione, che non è vero potere legislativo, ma organo di preparazione » ⁽⁹⁹⁾.

⁽⁹⁶⁾ Cfr. G. VADALÀ-PAPALE, *Il diritto civile nell'insegnamento universitario*, cit., ma anche *La Giurisprudenza nell'insegnamento e negli studi di diritto civile*, in « Foro Messinese », II, 1882, pp. 3-11, e *Per l'insegnamento della Filosofia del diritto*, in « Rivista critica di diritto e giurisprudenza », VIII, 1910, pp. 20-32.

⁽⁹⁷⁾ G. VADALÀ-PAPALE, *Dei metodi d'interpretazione giuridica*, cit., p. 58. Appare chiara qui l'influenza del metodo scientifico-sistematico tedesco sulla cultura giuridica italiana degli anni Ottanta dell'Ottocento, così come evidenziato, fra gli altri, da A. CAVANNA, *Influenze francesi e continuità di aperture europee nella cultura giuridica dell'Italia dell'Ottocento*, in *Studi di storia del diritto*, vol. III, Milano, Giuffrè, 2001, specialmente pp. 748-751, N. IRTI, *La cultura del diritto civile*, cit., pp. 10 ss., e C. SALVI, *La giusprivatistica fra Codice e scienza*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari, Laterza, 1990, pp. 233-273.

⁽⁹⁸⁾ G. VADALÀ-PAPALE, *Dei metodi d'interpretazione giuridica*, cit., pp. 58-59.

⁽⁹⁹⁾ Ivi, p. 62.

6. L'« *eguaglianza sociale* »: temi, contenuti e proposte nel segno di un diritto « *proporzionato* ».

Codici e leggi, consuetudini, dottrina e giurisprudenza, componevano, dunque, un quadro articolato di fonti del diritto, tanto lontano dal monismo legalistico idealizzato nel primo Ottocento, quanto vicino all'universo complesso dei fatti economici e sociali dell'età industriale. Le diverse fonti rappresentavano altrettanti canali di avveramento del diritto vivente, non solo nel senso che tramite esse si dava attuazione positiva ai principi desunti dalla coscienza giuridica sociale, ma anche perché esse concorrevano a proporzionare ed armonizzare le diverse spinte dello sviluppo sociale, a temperare la vita, limitando « l'egoismo del singolo e l'egoismo altrui » ⁽¹⁰⁰⁾.

Al fine di conseguire il bene comune, infatti, non bastava che la legge positiva rispecchiasse la coscienza giuridica sociale, dovendo anche attuare un principio di giustizia, di eguaglianza, di proporzione e di equilibrio. Il diritto era « il regolo per la distribuzione delle utilità », serviva ad armonizzare le linee di sviluppo sociale, a temperare le distorsioni determinate dall'evoluzione naturale ⁽¹⁰¹⁾. Il diritto era « legge di equilibrio » ⁽¹⁰²⁾, mezzo per applicare ai rapporti sociali il principio di proporzione reale e personale, correttivo necessario al fine di raggiungere « la più perfetta soddisfazione dei bisogni, la migliore determinazione funzionale dei limiti dell'attività umana nei rapporti con gli altri, con le cose, con la collettività, la più concreta eguaglianza sociale nell'evoluzione dei tempi, la consecuzione reale della solidarietà sociale nell'attuazione di programmi, di idee, di scopi » ⁽¹⁰³⁾.

L'« *invenzione della solidarietà* », passata dalla sociologia al diritto quale istanza di proporzione e di equilibrio tra le parti di una struttura organica, dava un fondamento teorico e al contempo un limite all'intervento dello Stato nella società, una legittimazione alle diverse forme del « *diritto sociale* » ⁽¹⁰⁴⁾. La legge positiva aveva il

⁽¹⁰⁰⁾ G. VADALA-PAPALE, *La filosofia del diritto a base sociologica*, cit., p. 176.

⁽¹⁰¹⁾ ID., *Dati psicologici nella dottrina giuridica e sociale di G.B. Vico*, cit., p. 99.

⁽¹⁰²⁾ ID., *La filosofia del diritto a base sociologica*, cit., p. 201.

⁽¹⁰³⁾ ID., *Una concezione integrale del diritto*, in *Studi in onore di Biagio Brugi nel XXX anno del suo insegnamento*, Palermo, Gaipa, 1910, p. 15.

⁽¹⁰⁴⁾ J. DONZELOT, *L'invention du social*, cit., pp. 73-120.

compito di favorire lo scopo sociale, promuovendo le iniziative dei più capaci e garantendo i diritti dei meno fortunati, di elaborare norme rispondenti allo sviluppo storico-sociale, ordinando le spinte antitetiche, trovando un equilibrio tra azioni e reazioni, contemperando le leggi naturali della selezione e dell'adattamento, in maniera tale da favorire il progresso della società nel suo insieme e di agevolare l'adattamento delle forze sociali allo sviluppo ⁽¹⁰⁵⁾.

Non sfuggiva a Vadalà-Papale che l'attuazione dei principi di eguaglianza e proporzione, per il tramite di interventi solidaristici e sociali, avrebbe compromesso la vigenza, nella società umana, della legge di selezione naturale elaborata da Darwin, ma non sembrava potersi contestare che il progresso umano si era andato svolgendo « non solo rafforzando le specie e gli individui forti, ma aiutando anche gli esseri deboli a conservarsi mercè », da un lato, « le diverse istituzioni altruistiche protettrici », dall'altro la « carità pubblica », a dimostrazione del fatto che, tanto quanto la legge di selezione, anche quella di equilibrio e di proporzione era una legge dell'evoluzione naturale ⁽¹⁰⁶⁾: l'incontrollata vigenza della legge del più forte avrebbe determinato una prevaricazione sulle categorie più deboli — donne e minori, lavoratori e locatari, figli naturali e anziani — alla quale il diritto avrebbe dovuto porre rimedio ⁽¹⁰⁷⁾.

⁽¹⁰⁵⁾ Sul « legame genetico » tra sociologia e questione sociale, espressione, quest'ultima, « adoperata per configurare la società come problema e il problema come oggetto centrale di una scienza che di tale società fosse la forma di conoscenza specifica ed autonoma », G. SOLA, *Sviluppi e scenari della sociologia italiana: 1861-90. Percorsi di lettura da una bibliografia*, in F. BARBANO-G. SOLA, *Sociologia e scienze sociali in Italia*, cit., specialmente pp. 162-167.

⁽¹⁰⁶⁾ G. VADALÀ-PAPALE, *Progresso e parassitismo*, Discorso letto il 6 novembre 1900 per la solenne inaugurazione degli studi nella R. Università di Catania, Catania, Galati, 1901, p. 18.

⁽¹⁰⁷⁾ « L'eguaglianza » — aggiungeva G. VADALÀ-PAPALE, *Il processo dinamico*, cit., p. 376 — « si è affermata come forza evolutiva, che spinge alle continue modificazioni delle costituzioni politiche, civili e sociali dei popoli ». Né bastava, come con pagine destinate a diventare celebri spiegava E. GIANTURCO, *L'individualismo e il socialismo*, cit., pp. 262-263, l'« eguaglianza di diritto », « l'assoluta libertà contrattuale », il « rimettere alla volontà e libertà delle parti ogni stipulazione », perché l'operaio, il mutuatario o il colono avrebbero evidentemente dovuto, a causa della posizione economica di inferiorità, prestare il loro consenso a condizioni contrattuali sfavorevoli.

In nome di « *una concezione integrale del diritto* » Vadalà-Papale richiamava perciò l'idea aristotelica del diritto come necessaria proporzione dei rapporti, ripromettendosi di « trovare nella proporzione il mezzo, non di esplicare più adeguatamente i rapporti giuridici », ma « di regolare quei rapporti nel loro movimento dinamico in rapporto alla popolazione, di quantitarli, di distribuirli per equa misura, e conseguentemente di riuscire nella migliore e sempre più perfetta affermazione dell'attività umana in tutte le manifestazioni della personalità individuale e ... della personalità degli enti » (108).

In concreto, l'applicazione del principio di proporzione e di equilibrio significava perseguire un programma di eguaglianza sociale, un sistema che premiasse i più validi, i più capaci e i più virtuosi, ma che garantisse anche, attraverso un tessuto di leggi sociali, di tutelare i più deboli, di assicurare a ciascuno i mezzi di sussistenza e di adattamento, di contemperare « lo sviluppo differenziato di tutti, assegnando a loro il giusto mezzo » (109). L'indirizzo storico-sociale di Vadalà-Papale si impregnava di « solidarismo » e di integrazione, aprendosi alle istanze di riforma sociale che lo sviluppo repentino del capitalismo organizzato generava a causa dei suoi scompensi e delle sue sperequazioni (110). « Il grido di *riforma* »

(108) G. VADALÀ-PAPALE, *Una concezione integrale del diritto*, cit., pp. 3-23 (citazione alle pp. 8-9).

(109) Id., *La filosofia del diritto a base sociologica*, cit., p. 200.

(110) Sarebbe stato L. BOURGEOIS, *Solidarité*, Paris, Colin et C^{ie}, 1896 — come ricordato da J. DONZELOT, *L'invention du social*, cit., p. 107 — a inventare, dopo le anticipazioni di Renouvier e Fouillée, non la denominazione, riconducibile all'economista Charles Gide, ma « la doctrine du solidarisme », a redigere, per usare le parole di P. COSTA, *Civitas*, cit., p. 76, ma più ampiamente pp. 67-136, il « manifesto » del « solidarismo ». Cfr., sui precedenti, sulla storia e sui fondamenti scientifici del solidarismo, l'ampia sintesi di C. BOUGLÉ, *Le solidarisme*, Paris, Giard & Brière, 1907. In generale, sulla nozione di « solidarietà », peraltro già ampiamente presente in Comte, M. BORLANDI, *Solidarité*, in *Dictionnaire de la pensée sociologique*, publié sous la direction de M. Borlandi, R. Boudon, M. Cherkaoui, B. Valade, Paris, Puf, 2005, pp. 656-657, R. COATES, *Solidarity*, in *The Blackwell Encyclopedia of Sociology*, edited by G. Ritzer, vol. IX, Malden (USA) Oxford (UK) Carlton (Australia), Blackwell, 2007, pp. 4612-4615, e soprattutto R. ZOLL, *Solidarietà*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, vol. VIII, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1998, pp. 240-255, ma più specificamente, sul movimento del « solidarismo », p. 245. Per un'analisi semantica, costruita sui diversi

si propagava in ogni opera, in ogni discorso, in ogni prolusione, proponendosi quale tratto distintivo della nuova epoca, la parola d'ordine di un programma di « rigenerazione della vita del pensiero e della nazione » (111).

Tra i principali esponenti del movimento social-riformista — inteso, secondo la « falsante » definizione di Achille Loria (1857-1943), come « socialismo giuridico » (112) — insieme a Cavagnari, Cogliolo, Vanni, Papa-D'Amico, Gianturco, Salvioli, Simoncelli, Tortori, D'Aguanno e soprattutto Cimbali, al quale dedicava, nella commemorazione letta nell'Aula Magna dell'Università di Catania il 2 luglio del 1887, parole di esaltato encomio e di affettuosa amicizia, Vadalà-Papale metteva pertanto al primo posto la « *quistione sociale* », che rappresentava il nodo cruciale dello sviluppo industriale e

significati assunti nel tempo dalla parola, in continuità con corporativismo e fraternità, M. SALVATI, *Solidarietà: una scbeda storica*, in « Parolechiave », II, 1993, pp. 11-22.

(111) G. VADALÀ-PAPALE, *Il Codice civile italiano e la scienza*, cit., p. 23.

(112) P. GROSSI, « *La scienza del diritto privato* », cit., p. 95. Di « riconosciuta equivocità », anche secondo P. UNGARI, *In memoria del socialismo giuridico*, cit., parte I, *Le « Scuole del diritto privato sociale »*, p. 245, la definizione di A. LORIA, *Socialismo giuridico*, in « La scienza del diritto privato », I, 1893, pp. 519-527, poi in *Id.*, *Verso la giustizia sociale (idee, battaglie ed apostoli)*, Milano, Sel, 1908², pp. 485-491, suscitava la reazione, com'è noto, di E. VIDARI (*Sul socialismo giuridico del Prof. Loria*, ivi, pp. 577-582) e di G. D'AGUANNO (*Ancora sul socialismo giuridico del Prof. Loria*, ivi, pp. 641-643), riluttanti ad un'identificazione del nuovo movimento con l'ideologia socialista. In questa prospettiva, G. SOLARI, *Socialismo e diritto privato. Influenza delle odierne dottrine socialiste sul diritto privato (1906)*, edizione postuma a cura di P. Ungari, Milano, Giuffrè, 1980, avrebbe avvertito che la nuova civilistica italiana esprimeva in realtà una tendenza *sociale*, non una tendenza *socialista*, propria invece del « socialismo giuridico » di Anton Menger. Semmai, come rilevavano B. DONATI, *Il socialismo giuridico e la riforma del diritto*, Torino, Bocca, 1910, e soprattutto F. COSENTINI, *Il socialismo giuridico*, in *Studi storici e giuridici dedicati ed offerti a Federico Ciccaglione nella ricorrenza del XXV anniversario del suo insegnamento*, vol. II, Catania, Giannotta, 1910, pp. 157-280, il « socialismo giuridico » italiano era espressione della « tendenza riformista », non di quella « rivoluzionaria » del marxismo, senza trascurare che molti di coloro « che appoggiano il movimento riformatore, iniziato dal socialismo giuridico, si ispirano particolarmente al *solidarismo* », non potendo dirsi in nulla socialisti. Per un quadro storiografico che dia conto delle diverse interpretazioni del « socialismo giuridico » si vedano anche, oltre le opere già citate nella presente nota, P. FIORENTINI, *Scienza del diritto e scienza della società nella Sicilia dell'Ottocento*, cit., pp. 263-269, e G. ALPA, *La cultura delle regole*, cit., pp. 229-236.

la manifestazione più vistosa di una patologica diseguaglianza ⁽¹¹³⁾. Tutte le classi sociali, a cominciare da quelle « infime », le grandi masse di lavoratori, le donne e i minori, chiedevano a gran voce di « prendere parte alla vita, all'attività sociale, al lavoro », lottavano, in nome dell'« eguaglianza sociale », per entrare « nella vita, nel governo, nelle elezioni, nella legislazione, che perciò va tramutandosi in *legislazione sociale* » ⁽¹¹⁴⁾.

La legislazione sociale, di conseguenza, era « l'effetto della vittoria delle minoranze fin oggi trascurate, che sono riuscite a traverso le lotte a far sentire i proprii bisogni », ad « imporsi come reale maggioranza », ad entrare « nel dominio del diritto », portando « l'affermazione di nuovi principii, di nuove esigenze, di nuovi ordinamenti, che ha causata la distruzione di un diritto già fossilizzato nell'individuo per aprire le braccia al sollievo delle sofferenze collettive di masse abbandonate ed inorganiche » ⁽¹¹⁵⁾. Si rendeva necessario un programma di riforme, in forza del quale realizzare una « trasformazione della legislazione civile » che ponesse finalmente rimedio alla « questione dei salari », alla « migliore distribuzione della utilità delle cose e del benessere generale », al « problema del lavoro », alla « garanzia della persona del lavoratore », all'« avvenire dell'operaio e della sua famiglia », alla « costituzione

⁽¹¹³⁾ G. VADALÀ-PAPALE, *Commemorazione del Prof. Enrico Cimbali*, in « Antologia giuridica », II, 1887-1888, pp. I-XVI.

⁽¹¹⁴⁾ Id., *L'eguaglianza sociale*, in « Antologia giuridica », I, 1886-1887, pp. 27-44, 243-260, 317-341 (citazione a p. 35). « Legislazione sociale » — riepilogava B. GABBA, *Trenta anni di legislazione sociale*, Torino, Bocca, 1901, p. 16 — come attuazione dei principi di integrazione e di solidarietà, non « più legge di eguaglianza, ma di proporzione, in quanto dovrà appunto proporzionarsi alle svariate condizioni dei cittadini ».

⁽¹¹⁵⁾ G. VADALÀ-PAPALE, *Una concezione integrale*, cit., p. 22. Non sembra applicabile a Vadalà-Papale, il quale avvertì chiaramente le implicazioni rispetto alla concezione dello Stato, il giudizio di G. GOZZI, *Legislazione sociale e crisi dello Stato di diritto in Italia*, in « Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento », X, 1984, pp. 195-230, poi con modifiche in Id., *Modelli politici e questione sociale in Italia e in Germania fra Otto e Novecento*, Bologna, Il Mulino, 1988, pp. 181-231, secondo il quale la legislazione sociale non sarebbe stata colta dagli esponenti del cosiddetto « socialismo giuridico » nella sua portata innovatrice, quale momento di cambiamento strutturale della concezione dello Stato, ma presentata ora come manifestazione della funzione amministrativa, ora come insieme di leggi specifiche e settoriali.

del lavoro associato » e all'« ordinamento di tutte le associazioni principalmente operaie », alla « costituzione di un sistema di assicurazione dell'operaio dagli infortuni del lavoro, dalla vecchiaia, dai danni della miseria », all'« assicurazione di tutta la vita dell'individuo » (116).

Anno dopo anno, tassello dopo tassello, Vadala-Papale avrebbe quindi abbozzato un programma di riforme, avanzando una serie di proposte — in materia di successioni, proprietà, obbligazioni, famiglia, industria e lavoro — volte non solo a temperare l'individualismo della tradizione con la dimensione sociale dell'era industriale, ma più in generale ad introdurre, abolire o aggiornare istituti in ragione del progresso economico, sociale, morale e culturale, rilevando la necessità ora di dar fiato alla libertà dei singoli, ora di registrare la distanza fra la complessità organizzativa dell'economia industriale e la semplicità atomistica dell'economia di scambio, ora di riconoscere sul piano giuridico ad alcuni soggetti il ruolo già conquistato sul piano sociale, così nel complesso perseguendo la « più elevata *eguaglianza* », la « più estesa *libertà* » e la « più organica *tutela sociale* » (117).

In quest'ottica, spostando l'angolo di osservazione dai principi

(116) G. VADALA-PAPALE, *Diritto privato e Codice privato-sociale*, cit., p. 15.

(117) ID., *La filosofia del diritto a base sociologica*, cit., p. 201. Il programma di riforme risultava simile, con maggiori o minori radicalismi, con influenze ideologiche e metodologiche variabili, a quello che più o meno negli stessi anni avanzavano altri protagonisti del movimento riformista, da E. CIMBALI, *La nuova fase*, cit., che rivendicava, in nome della « socialità » e a superamento del « periodo individualistico », l'urgenza di « intraprendere una riforma ed un mutamento profondamente radicale in tutto l'organismo e la struttura del Codice civile imperante » (p. 10), a G. SALVIOLI, *I difetti sociali del Codice civile*, cit., pp. 4-46, che invocava « solidarietà », « integrazione », « giustizia », « eguaglianza » ed « equità »; da E. GIANTURCO, *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale*, cit., che chiedeva di integrare la « morale individualistica » con la « morale sociale », di trasformare i « codici di mero diritto privato » in « codici di diritto privato sociale », evidenziando la « necessità, che il diritto contrattuale venga rinnovellato dallo spirito sociale » (p. 266 e 268), a G. D'AGUANNO, *La riforma integrale della legislazione civile*, in « La scienza del diritto privato », I, 1893, pp. 42-48, 138-152, 321-338, 598-621, 672-694 e 733-760, che sollecitava « le più urgenti riforme nella legislazione civile » alla luce del « nuovo bisogno, la nuova idea, che agita la società », vale a dire la « solidarietà » (p. 735). Un quadro di sintesi l'avrebbe offerto nel 1910 F. COSENTINI, *Il socialismo giuridico*, cit., pp. 157-280.

agli istituti, Vadalà-Papale proponeva di introdurre il divorzio, passo fisiologico dopo l'introduzione del matrimonio civile, venendo peraltro esso « in ajuto dei coniugi, quando l'amore più non dura »⁽¹¹⁸⁾; di prendere atto della « continua elevazione sociale della donna » e di sopprimere quindi l'autorizzazione maritale, tanto più che anche la famiglia andava considerata « un organismo », nel quale era impensabile « una limitazione della libertà di ciascuno »⁽¹¹⁹⁾; di riconoscere a ciascun membro della famiglia piena capacità, libertà ed autonomia patrimoniale, contestualmente rinsaldando i vincoli di solidarietà, così da « regolare l'assistenza e la cura reciproca dei coniugi »⁽¹²⁰⁾; di introdurre la ricerca della paternità naturale⁽¹²¹⁾; di valorizzare e regolare la proprietà mobiliare, a scapito di quella immobiliare, tenuto conto che « oggidi la ricchezza sta nella *proprietà mobile*, che per la sua qualità eminentemente circolabile, trasportabile, girabile, rende maggiori servizii e soddisfa meglio i nostri bisogni »⁽¹²²⁾; di riconoscere la funzione sociale della proprietà, che, in quanto istituto da adeguare all'ambiente, ai tempi e ai territori, andava disciplinata nel contesto industriale quale « *forza economico-sociale* dal cui ordinamento accurato possono ottenersi i mezzi più adatti alla soddisfazione dei bisogni di tutti »⁽¹²³⁾; di rimuovere la disparità fra creditori e legatari del defunto (i primi alla morte del debitore « già in possesso dei loro titoli » e dunque in condizione di « correre alla conservazione delle ipoteche per iscrivere i loro chirografi a titolo di separazione di patrimoni », mentre i secondi « alla morte del testatore non sempre in possesso del titolo, che è il testamento »), riformando l'art. 2057 Cod. civ. nel senso di mantenere per i soli creditori il termine decadenziale di tre mesi entro il quale chiedere la separazione dei beni, prevedendo invece, in ordine ai legatari, che il termine di tre mesi, « in un'epoca in cui la *pubblicità* è il carattere di tutta la vita », decorresse « dalla pubbli-

⁽¹¹⁸⁾ G. VADALÀ-PAPALE, *Il Codice civile italiano e la scienza*, cit., p. 54.

⁽¹¹⁹⁾ Ivi, pp. 58-74.

⁽¹²⁰⁾ G. VADALÀ-PAPALE, *Per un Codice privato-sociale*, cit., p. 67.

⁽¹²¹⁾ ID., *Il Codice civile italiano e la scienza*, cit., pp. 78-81.

⁽¹²²⁾ Ivi, p. 83.

⁽¹²³⁾ G. VADALÀ-PAPALE, *Il fenomeno sociale della proprietà privata*, Milano, Aliprandi, 1892, p. 15.

cazione del testamento » (124); di riformare il sistema del credito ipotecario introducendo istituti di credito immobiliare, posseduti o controllati dallo Stato, per mezzo dei quali armonizzare l'interesse dei debitori « di stabilire il prestito per lunghi anni, per avere la possibilità di rimborsarlo colla produzione del fondo », e quello dei creditori di avere « un titolo di debito alienabile in ogni tempo, bene assicurato da capitali indubbii, con interessi vantaggiosi », così da rendere veramente mobile la proprietà, trasformando « le basi fondamentali su cui si aggirano i moderni Codici civili » (125); di ritenere inapplicabile l'art. 47 delle disposizioni transitorie del Codice civile, riguardante il regime delle prescrizioni cominciate prima dell'entrata in vigore del Codice, al diritto di revoca per sopravvenienza di figli della donazione perfezionata sotto la vigenza delle vecchie leggi (126); di spiegare il diritto di comunione forzata del muro alla luce di un interesse sociale e « della sovrapposizione del Socialismo all'Individualismo » (127); di improntare il diritto ereditario, nell'ottica di un « nuovo ordinamento democratico-sociale », a principi di equità, « equilibrio » ed eguaglianza, estendendo la legittima a due terzi del patrimonio, così da ridurre le ingiustizie tra componenti della stessa famiglia e le sproporzioni tra maschi e femmine, restringendo la sfera dei successibili *ex lege*, devolvendo i beni, in mancanza di eredi, « alla locale Congregazione di carità », incrementando i diritti del coniuge superstite e del figlio naturale, determinando il valore dei beni mobili in collazione con riferimento al tempo della morte, dividendo per legge il patrimonio del defunto da quello dell'erede (128); di riformare il diritto delle obbligazioni tenendo conto delle

(124) *Id.*, *I legatari e l'art. 2057 Cod. civ. it.*, in « Archivio giuridico », XXIX, 1882, pp. 528-537.

(125) *Id.*, *Il carattere del sistema ipotecario e del credito fondiario in diversi Stati di Europa e la scienza della legislazione*, in « Il Circolo giuridico », XVIII, 1887, I, pp. 153-176 e 185-213.

(126) *Id.*, *Gli art. 885 e 891 LL. CC. — 1083 e 1090 Cod. civ. it. di fronte all'art. 47 disposiz. trans.*, in « Foro catanese », I, 1881, fasc. marzo e aprile, poi Catania, Galati, 1881.

(127) *Id.*, *Il Diritto di comunione forzata dei muri e la inefficacia della rinuncia convenzionale in perpetuo*, in « Il Foro catanese », III, 1883, pp. 137-142.

(128) *Id.*, *La riforma del diritto ereditario*, in *Atti del VI Congresso giuridico nazionale*, Milano 24-30 settembre 1906, Varese, Bellinzaghi, 1906, pp. 1-29.

relazioni dell'industria « col lavoro che dirige ed eseguisce l'impresa, coll'uso del capitale e coi componenti sostanziali del capitale », così da disciplinare le forme di conclusione dei contratti, la consegna, il pagamento, la trasmissione delle obbligazioni ⁽¹²⁹⁾; di allargare gli orizzonti del Codice di commercio ad una dimensione internazionale, onde « regolare gli effetti di alcuni istituti, come la lettera di cambio, la polizza di carico e il fallimento, all'estero » ⁽¹³⁰⁾, conformemente ad una prospettiva di internazionalismo giuridico oramai divenuta ineludibile ⁽¹³¹⁾.

7. « *Diritto economico* », *contratto di lavoro*, *legislazione sociale*.

Nel suo programma di riforme, ovviamente, Vadalà-Papale dedicava, in sintonia con le fibrillazioni sociali del secondo Ottocento, particolare attenzione alla proposta di schiudere le porte del diritto alla sfera industriale e all'ordinamento del lavoro, in tal modo prefigurando un vero e proprio « Diritto economico », volto « ad ottenere una organizzazione economico-sociale che consenta alle varie forze libertà di movimento », ma anche ad aiutare i « deboli con regolare lo Stato il *contratto di lavoro* che garantisce l'operaio di fronte al proprietario ed al capitalista, ed afforza il lavoro che è la fonte più immediata della produzione — con intervenire a regolare l'igiene delle fabbriche e delle miniere — con moderare il lavoro delle donne e dei fanciulli — con limitare le ore di lavoro degli adulti — con garantire l'operaio dagli infortunii del lavoro — con assicurare all'operaio un avvenire economico mercè istituti di previdenza

⁽¹²⁹⁾ Id., *Per un Codice privato-sociale*, cit., p. 74.

⁽¹³⁰⁾ Id., *Il Codice civile italiano e la scienza*, cit., pp. 47-50.

⁽¹³¹⁾ Esemplificativa, sotto questo profilo, l'opera *Sotto le grandi masse acquie, sia del Nord o del Sud, sia del Mediterraneo o degli Oceani*, in *Scritti giuridici dedicati ed offerti a Giampaolo Chironi nel XXXIII anno del suo insegnamento*, vol. I, *Diritto privato*, Torino, Bocca, 1915, pp. 643-660, nella quale Vadalà-Papale invocava « una disciplina dei rapporti di diritto privato internazionale », perché il diritto civile non avrebbe più potuto « essere guardato come una legge particolare di un singolo popolo, che regola i rapporti privati degli individui e dei loro beni, sviluppatansi e coordinantisi nel territorio di ogni singolo Stato », in quanto ormai chiamato a svolgere « una funzione *universale* », resa necessaria dagli effetti « delle invenzioni e della spinta industriale moderna ».

e di assicurazione, ecc. » (132). I nessi economici che collegavano l'industria, il lavoro, il credito e la proprietà intellettuale, imponevano una "riperimetrazione" dei confini disciplinari, così da individuare anche sul piano giuridico uno spazio unitario, suscettibile di autonoma codificazione, nel quale collocare, gli uni accanto agli altri, i segni distintivi, l'impresa, l'azienda, le società, il fallimento, le invenzioni industriali, ma soprattutto l'assicurazione sociale e il contratto di lavoro (133).

La prima, l'assicurazione sociale, andava concepita come una misura di applicazione generale, « una valvola di sicurezza », mediante la quale apprestare una garanzia per i soggetti più deboli, esposti a rischi economici e sociali che richiedevano l'impegno di ingenti risorse: la « formazione universale di un capitale di associazione », in questo senso, avrebbe consentito di fronteggiare non solo gli infortuni sul lavoro, bensì, in un'ottica volta alla sostanziale parificazione di tutti, « la miseria, la sventura, la malattia, gli eventi straordinari, la debolezza del corpo o della mente, le difficoltà del lavoro, le crisi economiche » (134).

Il secondo, il contratto di lavoro, andava ripensato nell'ottica dell'economia industriale, in modo da sottrarre « la prestazione di opera all'arbitrio illimitato, spesso insensato dei padroni, dei capitalisti, degli intraprensori per garantirla dai rischi e dagli infortuni del lavoro, e integrarla nel sistema del *Diritto Contrattuale* in armonia alle nuove esigenze dell'ordinamento legislativo del Diritto

(132) G. VADALÀ-PAPALE, *Il fenomeno sociale della proprietà privata*, cit., p. 46. Sulle conseguenze, paventate dalle componenti meno innovative della scienza giuridica ottocentesca, che l'emanazione di leggi sociali e la disciplina imperativa del rapporto di lavoro avrebbero potuto avere sulla "purezza" sistematica del diritto privato, cfr. G. CAZZETTA, *Scienza giuridica, leggi sociali ed origini del diritto del lavoro*, in Id., *Scienza giuridica e trasformazioni sociali*, cit., pp. 69-169, e *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, Giuffrè, 1991.

(133) La « codificazione dei rapporti economici » — già nel 1891 aveva osservato G. VADALÀ-PAPALE, *Necessità della codificazione dell'economia politica*, cit., pp. 167-169 — avrebbe dovuto « comprendere tutti i rami della economia applicata, cioè l'agricola, l'industriale, la commerciale, quella del credito, dei trasporti, delle assicurazioni, dei servizi personali », tentando « di coordinare gli interessi dei proprietari e degli intraprenditori con la condizione dei lavoratori ».

(134) G. VADALÀ-PAPALE, *L'eguaglianza sociale*, cit., pp. 32-33.

privato » (135). A tal fine, evidentemente, il contratto di locazione, disciplinato dagli artt. 1627-1628 del Codice civile, risultava insufficiente, pensato com'era più per il lavoro domestico che per il lavoro « nelle grandi industrie, nelle miniere, nel grande movimento economico-industriale », come insufficienti risultavano « i principii generali delle obbligazioni e le stesse convenzioni delle parti per il regolamento funzionale di un tal contratto », che non era riconducibile ai principi dell'individualismo e dell'eguaglianza formale, perché sviluppatosi secondo coordinate che, estranee all'economia della proprietà rurale, non erano allora ancora « contemplate nel Codice Civile » (136): la locazione d'opere di tradizione romanistica poteva al più servire per regolare « i servigi degli schiavi, dei vassalli, dei servi della gleba », mentre la moderna società industriale necessitava di un modello contrattuale funzionale ad operai liberi, « ad attenuare la lotta e a comporre le divergenze tra l'operaio e il padrone » (137).

In linea con la concezione della legislazione come manifestazione positiva della coscienza sociale, pertanto, Vadalà-Papale auspicava, proprio come Gianturco e Salvioli, l'emanazione di una nuova legge, una nuova disciplina normativa del lavoro industriale, ispirata certo a principi di solidarietà e di tutela del contraente debole, ma anche a logiche di funzionalità e di redditività dell'organizzazione produttiva (138). Tuttavia, conformemente alla sua idea di una scienza giuridica attivamente partecipe del processo di evoluzione del diritto, Vadalà-Papale assegnava al giurista il delicato compito di leggere la realtà e di preparare le linee della riforma, certo che il legislatore mai avrebbe potuto « governare questo istituto giuridico, senza che la scienza ne abbia approfondita l'essenza, le condizioni, la forma, i diritti e le obbligazioni rispettive dei

(135) Id., *La costruzione giuridica del contratto di lavoro*, in *Atti del IV Congresso giuridico nazionale*, Napoli, 1897, vol. II, *Relazioni della Sezione di Diritto Civile*, Napoli, Tocco, 1897, p. 10.

(136) Ivi, pp. 10 e 17. Sulle critiche mosse dai giuristi dell'indirizzo social-riformista al modello romanistico della *locatio-conductio* G. CAZZETTA, *Scienza giuridica, leggi sociali ed origini del diritto del lavoro*, cit., pp. 134-141.

(137) G. VADALÀ-PAPALE, *Per un Codice privato-sociale*, cit., p. 77.

(138) L. CASTELVETRI, *Le origini dottrinali del diritto del lavoro*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », XLI, 1987, pp. 254-256 e 269-270.

contraenti, i modi di estinzione o di rottura dell'impegno » (139): la scienza giuridica avrebbe ricavato dalla lettura dell'ordine socio-economico la « *costituzione giuridica* » del contratto di lavoro, così consegnando al legislatore l'ossatura del nuovo istituto e preparando « il campo alla *costituzione legislativa* » (140).

In quest'ottica, tra il 1891 e il 1897, Vadalà-Papale si cimentava con il tentativo di dare una fisionomia al contratto di lavoro, da stipulare per iscritto, « sotto pena di nullità assoluta », in maniera tale che « il *consenso* » cadesse « sulla natura della prestazione dei servizi e sul genere del lavoro, se diurno o notturno » (141). La « peculiare natura del rapporto » esigeva « temperamenti e limitazioni », soprattutto « in tema di capacità » dei minori, degli interdetti, degli inabilitati, delle donne maritate, « tutti essendo capaci di lavorare e legittimati a trovare nel lavoro la realizzazione della propria personalità » (142). Tra le cause di cessazione del rapporto di lavoro avrebbe dovuto prevedersi il recesso con « congedo » di 15 giorni nel caso di contratto senza determinazione di tempo (143). Ma sarebbe stato soprattutto nelle norme imperative a tutela della parte debole che la nuova fattispecie contrattuale avrebbe avuto il suo fulcro: la disciplina degli infortuni sul lavoro, che Vadalà-Papale

(139) G. VADALÀ-PAPALE, *La costruzione giuridica del contratto di lavoro*, cit., p. 11. Anche la magistratura, secondo G. VADALÀ-PAPALE, *Dei metodi d'interpretazione giuridica*, cit., p. 58, avrebbe ovviamente dovuto contribuire alla configurazione del contratto di lavoro.

(140) ID., *La costruzione giuridica del contratto di lavoro*, cit., p. 11.

(141) ID., *Per un Codice privato-sociale*, cit., p. 78. Per una valutazione critica delle proposte di Vadalà-Papale, alla luce del dibattito che tra Otto e Novecento si accese in Italia sul problema del contratto di lavoro, cfr. P. PASSANITI, *Storia del diritto del lavoro*, vol. I, *La questione del contratto di lavoro nell'Italia liberale (1865-1920)*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 129-133.

(142) G. VADALÀ-PAPALE, *La costruzione giuridica del contratto di lavoro*, cit., pp. 37-48. In *Per un Codice privato-sociale*, cit., p. 78, Vadalà-Papale aveva ritenuto che « il consenso suppone la capacità a stipulare un tal contratto, la quale deve uniformarsi ai principi generali. Cosicché un minore di età non può fare contratti di *apprentissage*, né locare i suoi servizi senza l'autorizzazione dei genitori o del tutore, principalmente nello stabilire le condizioni dell'*apprentissage* o della prestazione della sua opera. Un limite deve lo Stato apporre alla possibile libertà di intendimenti nel genitore o tutore circa tale autorizzazione ».

(143) G. VADALÀ-PAPALE, *La costruzione giuridica del contratto di lavoro*, cit., pp. 84-87.

riteneva un rischio professionale, per il quale poteva solo prevedersi un'assicurazione obbligatoria ⁽¹⁴⁴⁾; la determinazione « dell'età in cui i minori, debitamente autorizzati », potessero essere « impiegati dai padroni o commessi nelle fabbriche », con la sanzione della « nullità assoluta » in caso di « contravvenzione a tal precetto » ⁽¹⁴⁵⁾; la determinazione del « lavoro per le donne, anche maggiori di età, divietando con la sanzione della nullità qualunque convenzione per i lavori sotterranei nelle miniere » ⁽¹⁴⁶⁾; la fissazione dei « limiti delle ore di lavoro per i ragazzi e per le donne » e dell'« età in cui il ragazzo potrà impiegare l'opera sua in un lavoro di notte o nel lavoro delle domeniche » ⁽¹⁴⁷⁾; la previsione di « un *obbietto*, che è per il padrone il lavoro da eseguire e per l'operajo il lavoro a fornire », che fosse « possibile, non contrario ai buoni costumi, non contrario alla legge » ⁽¹⁴⁸⁾; la fissazione del « salario » non « ad arbitrio del padrone », ma fra un minimo e un massimo in base a « leggi generali del mercato » ⁽¹⁴⁹⁾.

Non tutto, alla fine, sarebbe andato come Vadala-Papale avrebbe voluto. Se la legislazione sociale, dopo anni di discussioni parlamentari, disegni di legge e polemiche, avrebbe parzialmente mitigato le distorsioni del capitalismo industriale, alleggerendo la posizione dei lavoratori, delle donne e dei fanciulli ⁽¹⁵⁰⁾, la « costru-

⁽¹⁴⁴⁾ Ivi, pp. 81-82.

⁽¹⁴⁵⁾ G. VADALÀ-PAPALE, *Per un Codice privato-sociale*, cit., pp. 78-79.

⁽¹⁴⁶⁾ Ivi, p. 79.

⁽¹⁴⁷⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁴⁸⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁴⁹⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁵⁰⁾ Il riferimento è all'istituzione di una Cassa nazionale di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (legge 8 luglio 1883, n. 1473), alla disciplina del lavoro dei fanciulli nelle fabbriche (legge 11 febbraio 1886, n. 3657), al riconoscimento giuridico delle società di mutuo soccorso operaie (legge 15 aprile 1886, n. 3818), alla creazione della magistratura dei probiviri (legge 15 giugno 1893, n. 295), all'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro (legge 17 marzo 1898, n. 80), all'istituzione della Cassa di previdenza per le malattie e la vecchiaia (legge 17 luglio 1898, n. 350): cfr. almeno A. CABRINI, *La legislazione sociale (1859-1913)*, Roma, Bontempelli, 1913; L. MARTONE, *Le prime leggi sociali nell'Italia liberale (1883-1886)*, in « *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* », III-IV, 1974-75, *Il "Socialismo giuridico"*, cit., vol. I, pp. 103-144; T.L. RIZZO, *La legislazione sociale nella nuova Italia (1876-1900)*, Napoli, Esi, 1988.

zione giuridica del contratto di lavoro » avrebbe dovuto attraversare un lungo percorso “giurisprudenziale” prima di approdare ad una disciplina legislativa ⁽¹⁵¹⁾, mentre molte delle auspiccate riforme in materia di famiglia, proprietà, credito e successioni avrebbero dovuto attendere tempi assai più lunghi di quelli sperati ⁽¹⁵²⁾.

Forse anche per questo, forse anche per l’influenza di certa filosofia germanica ⁽¹⁵³⁾, Vadalà-Papale avrebbe col tempo maturato una vena di pessimismo ⁽¹⁵⁴⁾, più vistosamente a partire dalla crisi di fine secolo, dopo il fallimento dell’esperienza associativa dei Fasci siciliani ⁽¹⁵⁵⁾, dal principio del Novecento, « affranto dal dolore della perdita inaspettata della mia adorata Madre », scosso dall’assassinio di Umberto I, « *grande delitto* che ha fatalmente macchiato l’epoca nostra », turbato dalle incertezze che preannunciava il secolo nuovo, demoralizzato, infine, dall’aumento, insieme al « progresso », del « parassitismo », inteso, secondo l’insegnamento di Schäffle, come sottrazione « ad altri con la violenza o con l’inganno [di] una parte dei mezzi materiali, senza prestare a chi li mantiene un servizio corrispondente » ⁽¹⁵⁶⁾.

La vita, a lui che all’inizio del secolo, in un’Europa governata

⁽¹⁵¹⁾ Si veda il lungo itinerario, disseminato di commissioni, disegni di legge, contributi dottrinali ed interventi giurisprudenziali, ricostruito da P. PASSANITI, *Storia del diritto del lavoro*, cit.

⁽¹⁵²⁾ P. UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1975)*, Bologna, Il Mulino, 2002, pp. 177-206, ma si vedano anche le sintesi di G. ALPA, *La cultura delle regole*, cit., pp. 240-253, e R. BONINI, *Premessa storica*, in *Trattato di Diritto Privato*, diretto da P. Rescigno, vol. I, *Premesse e disposizioni preliminari*, Torino, Utet, 1999², specialmente pp. 204-215.

⁽¹⁵³⁾ G. VADALÀ-PAPALE, *La dottrina filosofico-giuridica di Schopenhauer e di Hartmann. Studio critico-sistematico*, in « Rivista di Giureprudenza di Trani », XIII, 1888, poi, con numerazione autonoma, Trani, Vecchi, 1888.

⁽¹⁵⁴⁾ ID., *Il pessimismo del secolo e la patologia sociale*, in « Rivista italiana per le scienze giuridiche », XXIX, 1900, pp. 305-353.

⁽¹⁵⁵⁾ C. DOLLO, *La cultura accademica di fine secolo e i Fasci siciliani*, in *I Fasci dei Lavoratori e la crisi italiana di fine secolo (1892-1894)*, a cura di P. Manali, Caltanissetta-Roma, Sciascia, 1995, pp. 317-359, ma in particolare 321-324.

⁽¹⁵⁶⁾ G. VADALÀ-PAPALE, *Progresso e parassitismo*, cit., pp. 3-4 e 18. Su progresso e parassitismo cfr. C. DOLLO, *Il positivismo in Sicilia. Filosofia, istituzioni di cultura e condizionamenti sociali*, a cura di G. Bentivegna, S. Burgio, G. Magnano San Lio, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2004, p. 325, ma soprattutto F. PARADISO, *Maestri ed idee nello Studio catanese dopo l’Unità*, cit., pp. 159-161, il capitolo dedicato a “L’addio del secolo».

« da mezze figure, se non da figure microscopiche », aveva profeticamente messo in guardia da guerre « sempre più minacciose e più disastrose a causa dei mezzi distruttivi che coll'aiuto della meccanica e della chimica applicata l'uomo inventa », avrebbe ancora riservato lo spettacolo tragico della Grande guerra ⁽¹⁵⁷⁾. La morte, a Catania il 3 settembre del 1921, gli avrebbe almeno risparmiato di assistere all'avvento, di lì a un anno, del regime fascista, all'applicazione degenerativa del suo amato darwinismo, alla progressiva mortificazione della « nostra terra gentile » ⁽¹⁵⁸⁾.

di Vadalà-Papale. Sulla crisi culturale di fine secolo L. MANGONI, *Una crisi fine secolo. La cultura italiana e la Francia fra Otto e Novecento*, Torino, Einaudi, 1985.

⁽¹⁵⁷⁾ G. VADALÀ-PAPALE, *L'addio del secolo*, conferenza letta il 18 marzo 1900 nel Ridotto del Teatro Bellini di Catania a favore del Comitato per gli Asili infantili di Catania, Catania, Giannotta, 1901, rispettivamente pp. 144 e 20.

⁽¹⁵⁸⁾ ID., *Progresso e parassitismo*, cit., p. 4.

PAOLO GROSSI

LUIGI MENGONI NELLA CIVILISTICA ITALIANA DEL NOVECENTO (*)

1. Un primo approccio con il civilista Luigi Mengoni. — 2. Mengoni: un personaggio in ascolto. — 3. E un osservatore attento del proprio tempo. — 4. La centralità della Costituzione nel pensiero giuridico di Mengoni. — 5. E la sua analisi del Novecento giuridico. — 6. Mengoni: un giurista inquieto? — 7. L'assillo metodologico di Mengoni. — 8. La dimensione diacronica: un salvataggio per il giurista. — 9. La impietosa critica mengoniana del monismo giuridico moderno. — 10. Il diritto come scienza 'controversiale'. — 11. Oltre il formalismo giuridico: "il problema della fondabilità conoscitiva dei valori". — 12. La Costituzione come istituzionalizzazione di valori meta-giuridici. — 13. Il soggetto di diritto nella nuova antropologia costituzionale. — 14. Il gius-civilista e il gius-lavorista nella coerenza etica ed intellettuale del giurista Mengoni. — 15. Il ruolo protagonista della interpretazione/applicazione. — 16. Per la costruzione di solidi argini contro le derive soggettivistiche. — 17. Sulla 'nuova dogmatica' mengoniana.

1. *Un primo approccio con il civilista Luigi Mengoni.*

Una contemplazione attenta e oggettiva dell'itinerario della scienza civilistica italiana durante il Novecento non può che pervenire a una confortevole conclusione: l'elevato livello scientifico della riflessione di parecchi dei suoi cultori. Spostata l'osservazione — come oggi, in questa giornata di studio, si intende fare — sulla singola personalità di Luigi Mengoni, una contemplazione parimente attenta ed oggettiva ci porta pianamente a concludere che nessun civilista italiano riveste un ruolo tanto peculiare quanto Lui, un ruolo che ne fa un *unicum* in seno alla corallità scientifica. Disegnare questa assoluta tipicità e dimostrare che non si tratta da parte mia di

(*) Il presente saggio ha costituito la Relazione tenuta, il 21 ottobre 2011, presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore in Milano, nell'ambito del Convegno destinato a ricordare la personalità scientifica di Luigi Mengoni nel decennale della sua morte. È in corso di pubblicazione negli "Atti" congressuali.

un atteggiamento unilateralmente apologetico è lo scopo primario di questa Relazione introduttiva.

Cominciamo con alcuni preziosi dati autobiografici, che Mengoni ci offre nel colloquio/intervista concesso a Pietro Ichino nel 1992.

Si laurea in diritto commerciale con Mario Rotondi, scelta significativa se si pensa che — allora — Rotondi era fra i pochissimi privatisti italiani che valorizzassero l'analisi comparativa. Dopo la sobria ammissione che suoi maestri diretti furono Messineo e Barbero, quasi a farci comprendere che con essi il rapporto era stato abbastanza formale, tiene a sottolineare il vincolo culturale che, fin da giovane, lo legò a due commercialisti, Tullio Ascarelli e Alberto Asquini ⁽¹⁾.

E ce ne indica i motivi. In Ascarelli, mentore costante della sua vita intellettuale, egli coglie l'allievo fedele di Vivante, il grande rifondatore — a fine Ottocento — della scienza commercialistica italiana, lo studioso ereticale che, all'inizio del primo volume del suo 'Trattato di diritto commerciale', non aveva esitato a porre la 'Natura dei fatti' tra le fonti formali del diritto. Di Asquini, allievo del legalista Alfredo Rocco, sottolinea « una intelligenza acutissima delle cose (fu uno dei primi a studiare l'argomentazione dalla 'natura delle cose' » ⁽²⁾), riferendosi esplicitamente a un celebre saggio scritto nel 1921 ed espressivo di un momento pos-bellico di grossi turbamenti per ogni consapevole giurista.

Indicazioni apparentemente occasionali, ma che, nella voce del settantenne Mengoni, valevano a segnalare la convinzione e la bussola orientativa di tutta una vita di studioso: la carnalità del diritto, la sua sostanza prima ed ultima di essere scritto sulla pelle di uomini in carne ed ossa.

Facciamo un'ulteriore sosta sulla intervista di Ichino. Alla domanda: « a quale scritto è più affezionato? » Luigi risponde: « ricordo con qualche soddisfazione quelli in cui ho avuto occasione di portare un contributo alla storia dei dogmi » ⁽³⁾. *Storia dei dogmi!*

⁽¹⁾ Questi dati si trovano in: *Intervista a Luigi Mengoni*, a cura di P. Ichino, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1992, Parte I, p. 110.

⁽²⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽³⁾ *Intervista a Luigi Mengoni*, cit., p. 113.

Pare quasi una antinomia nel voler coniugare la tendenza assolutistica di un dogma con la sua storicità, ma qui c'è tutto Mengoni, o almeno uno dei contrassegni della sua riflessione giuridica: quello di uno studioso che annette un grosso rilievo alla posizione e definizione di rigorose categorie dogmatiche, ma che non intende sottrarle al divenire del flusso storico e anche alla usura della storicità. Se Mengoni non fosse stato, nel 1940, poco più che un ragazzone e avesse partecipato alla disputa sui concetti giuridici suscitata da Arturo Carlo Jemolo, avrebbe ben volentieri sottoscritto il risultato di quell'intenso dialogare scientifico approdante alla duplice conclusione della indispensabilità dei 'concetti' ma anche della loro irrinunciabile 'storicità'.

2. *Mengoni: un personaggio in ascolto.*

Possiamo fare un passo innanzi in questo tentativo di comprensione, stando sulle due raccolte che Luigi personalmente curò di suoi scritti: "Diritto e valori" nel 1985, "Ermeneutica e dogmatica giuridica" nel 1996 ⁽⁴⁾. Due raccolte che, essendo state volute e organizzate dallo stesso autore, hanno il pregio di segnalarci con franchezza che, almeno dopo certe manifestazioni giovanili influenzate dal magistero di Messineo, si ha lo sviluppo di una lunga linea di ricerca intellettuale all'insegna di una sostanziale continuità; due raccolte che ci mostrano un personaggio profondamente unitario. Sarà questo il tema della Relazione dell'amico Benatti, e sono pago di questo accenno (che è, però, essenziale al nostro discorso).

Eloquentissime sono le prefazioni mengoniane alle due raccolte, perché vi sono espressi motivi e orientazioni di tutto un itinerario. Scorriamo quella del 1985, dove emergono nitidamente le due virtù che hanno sempre caratterizzato l'atteggiamento di Mengoni.

Innanzitutto, la virtù più preziosa per un uomo di scienza, l'umiltà, ben sottolineata dall'espresso riferimento al rimprovero di astratto e arido concettualismo rivolto da Emilio Betti a certi esperimenti giovanili, rimprovero che Mengoni umilmente accoglie,

⁽⁴⁾ Rispettivamente, la prima: Bologna, Il Mulino; la seconda: Milano, Giuffrè.

prontissimo all'ascolto ⁽⁵⁾. In tutta la sua vita egli dimostrerà di saper ascoltare, anche la polemica più accesa, anche la critica più demolitiva, con un comportamento che gli è naturale e che si sostanzia nel pieno rispetto per il suo interlocutore. E benissimo hanno fatto gli organizzatori di questo Convegno in suo onore riproducendo nella prima pagina del foglietto/programma una splendida fotografia di Lui che lo ritrae in posizione di ascolto, di attento ascolto.

In secondo luogo, ma in stretta connessione con quanto si è ora detto, il mantenimento di una serena pacatezza, che fa di Luigi un uomo vocato al dialogo. Il che non gli impedisce, come vedremo in seguito, polemiche innegabilmente assai dure, come verso il liberalismo individualistico moderno e le sue scelte giuridiche, mai — però — trascese a bassi livelli emozionali e sempre filtrate dalle dimensioni culturale e tecnica, che permettono di non abbandonare il terreno di una pacata serenità, il più sicuro per un uomo di scienza.

Sotto questo profilo la sua è testimonianza esemplare: conscio di immergersi spesso (quale civilista e gius-lavorista) in campi funestati da gravi scontri ideologici, portatore lui stesso non di una neutra impassibilità, ha sempre affermato il primato della cultura sull'ideologia, della valutazione cognitiva (aggettivo, questo, a lui carissimo) sulla credenza, persuaso della valenza tendenzialmente unitiva della dimensione culturale.

3. *E un osservatore attento del proprio tempo.*

Nella prefazione dell'85 si staglia con chiarezza un primo tema di fondo che ha un ruolo protagonista nello svolgersi della riflessione mengoniana: la « inadeguatezza, rispetto ai bisogni della nuova società industriale e pluralistica, delle sintesi valutative cristallizzate nelle strutture concettuali del sistema classico del diritto privato » ⁽⁶⁾. Qui appare un tratto che distingue costantemente il Nostro, e cioè l'essere un osservatore attento del proprio tempo, mai immobilizzato nel presente ma — al contrario — sorpreso in un divenire dove passato presente e futuro sono intimamente coinvolti; né è

⁽⁵⁾ *Prefazione a Diritto e valori*, cit., p. 5.

⁽⁶⁾ *Prefazione a Diritto e valori*, cit., p. 5.

soltanto un divenire di forme e norme giuridiche, ma dei contesti entro cui forme e norme si situano e da cui ricevono continue modificazioni.

Lo interessano istituti radicati nella fattualità economica e da quella intensamente impressi, come proprietà e impresa; lo interessa la forte dialettica fra la prima e la seconda, segnata da un ruolo sempre più povero di poteri della proprietà all'interno dell'impresa, della sempre minore rilevanza della proprietà dei mezzi di produzione quale fonte del potere economico. L'atteggiamento, rinvenibile in un saggio del 1958 su "Recenti mutamenti nella struttura e nella gerarchia dell'impresa", che Mengoni ricomprende nella raccolta dell'86 (7), lo si ritrova intatto, esattamente trenta anni dopo, nelle pagine su "Proprietà e libertà" (8). Egli avverte puntualmente il premere della fattualità sulle linee rigorose delle costruzioni giuridiche, in coerenza con la sua perenne convinzione della umanità e, quindi, della carnalità del diritto.

Lo sguardo rivolto alla fattualità economica non gli impedisce, però, di affermare con altrettanto sicura convinzione (e cita a suo conforto, addirittura, parole di Hegel) che il civilista non può non « prendere su di sé la fatica del concetto » (9); che è fatica, perché si tratta di costringere una realtà mobilissima entro intelaiature ordinanti, perché si tratta di soddisfare le due nature discordanti del diritto — che è, al contempo, storia e sistema —, ma alla quale non può sottrarsi il giurista depositario del mistero della giuridicità e conscio della sua complessità. Infatti, non c'è contraddizione, bensì una visione più complessa, restituita a tutta la sua problematicità; e della « esigenza di integrazione del pensiero problematico nel pensiero sistematico » si parla nella prefazione, additandovi « il tema dominante dei saggi raccolti nella prima parte del volume » (10).

È una esigenza, questa, assillante per Mengoni, giacché è di natura squisitamente metodologica. Non a caso il volume si apre con le pagine del '76 su "Problema e sistema nella controversia sul

(7) In *Diritto e valori*, cit., p. 335 ss.

(8) *Proprietà e libertà*, in *Rivista critica del diritto privato*, a. 1988, soprattutto p. 433 ss.

(9) *Prefazione a Diritto e valori*, cit., p. 8.

(10) *Prefazione a Diritto e valori*, cit., p. 7.

metodo giuridico”, pagine che nella intenzione dell’autore hanno un rilevante profilo di programma metodologico. Il punto focale è lì, e il Nostro avverte che dal modo come il giurista risolve la dialettica fatto/concetti, magma fattuale/categorie teoriche ordinanti, discende la correttezza del suo approccio. Si può dire senza timore di enfattizzazioni che Mengoni è il civilista italiano che ha vissuto più da vicino il bisogno di sicure fondazioni epistemologiche: le ha cercate, le ha trovate, ma ha sempre voluto rimeditarci sopra con dichiarata umiltà.

4 *La centralità della Costituzione nel pensiero giuridico di Mengoni.*

V’è un ulteriore tema di fondo della riflessione mengoniana che emerge con nettezza nella prefazione dell’86, ed è la centralità di quell’evento epocale per la storia giuridica italiana del Novecento rappresentato dalla Costituzione, la profonda incidenza che esso ha avuto sul difficile ‘mestiere’ di civilista, complicando il lineare paesaggio giuridico cui era avvezzo, aprendo squarci dove — prima — c’erano chiusure gelosamente conservate, scombinando una tranquillità ritenuta fino a quel momento imperturbabile.

Se il civilista misoneista, turbato nella sua pigrizia culturale, non poteva non esserne sgradevolmente scosso, Mengoni, giurista ben calato nel suo tempo storico e con gli occhi apertissimi a contemprarlo e a registrarlo, ne afferra le novità profonde che gli venivano messe a portata di mano e si dà prontamente a servirsene. Il misoneista vi pone rimedio confinando la Costituzione in una sorta di prologo in cielo, un insieme di nobilissime proposizioni filosofico-politiche, preziosa fonte di ispirazione per il futuro legislatore ma di cui — almeno per ora — il solido cultore del diritto civile positivo fa bene a non occuparsi.

Il Nostro vi scopre la norma giuridica fondamentale della nuova Italia recante scritto nelle sue righe il nuovo breviario del nuovo cittadino italiano. Un breviario di cui Mengoni si affretta ad afferrare almeno due aspetti estremamente positivi, che sono i due nuclei focali su cui la sua riflessione costantemente poggia e si sviluppa: con il costituzionalismo novecentesco, quello inaugurato a Weimar e di cui la carta italiana del 1948 è testimone puntuale, si

supera quel vecchio legalismo — degenerato troppo spesso in legolatria — e che, nella sua eccessiva rigidità, aveva troppe volte inaridito l'ordinamento giuridico; con le costituzioni novecentesche viene finalmente positivizzato il vincolo del diritto positivo a valori meta-legislativi, consentendogli di ossigenarsi e di possedere un respiro più ampio.

5. *E la sua analisi del Novecento giuridico.*

Vale la pena di dedicare un minimo di attenzione anche alla prefazione della raccolta del 1996, che esordisce con una frase che è assai espressiva dello stato d'animo di chi ha voluto radunare nel volume i suoi saggi di indole più scopertamente metodologica: « Il Novecento è un secolo in cui tutto è stato rimesso in discussione »⁽¹¹⁾. Agli occhi di chi lo guarda storicisticamente, il secolo che, nel '96, può essere ormai contemplato nel suo lungo distendersi e compiersi, appare come un tempo di transizione verso nuovi approdi, con mutazioni che arrivano a trasformare il volto del diritto così come lo aveva disegnato la modernità illuministica e ottantanovarda.

Ce ne darà conto Mengoni nelle pagine che commenteremo tra breve: è un secolo che vive un progressivo spostamento di attenzione dalla giustizia commutativa a quella distributiva, che vede l'emersione di una fattualità virulenta e il diritto civile abbandonare — lentamente ma decisamente — l'ideale di una scienza pura. Ora, nel libretto del '96, tenue di pagine ma non di contenuto, preme al Nostro di puntualizzare una svolta salutare sul piano epistemologico: il mettersi a fuoco di una struttura *topica* della *iurisprudencia*, la rivalutazione del *problema* e la sua naturale ricollocazione alla base del *sistema*; una rivalutazione che è da considerarsi il salvataggio del sistema, perché ne consente la adeguata storicizzazione.

6. *Mengoni: un giurista inquieto?*

Possiamo tirare una prima, provvisoria somma. Mengoni è un personaggio che si è posto problemi inerenti alla sua fondazione più

⁽¹¹⁾ *Prefazione a Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., p. VII.

riposta di uomo di cultura e di giurista, un giurista in cui si trasferiva la sensibilità di un raffinato uomo di cultura. Si è posto problemi e ha posto problemi al civilista italiano scuotendolo dal suo sopore legalistico, dalla sua pigrizia culturale.

Inquietudine di Mengoni? Non direi. Qualche anno fa, chiamato dalla Facoltà giuridica messinese a ricordare Salvatore Pugliatti nel centenario della sua nascita, io non ebbi esitazione a qualificarlo civilista inquieto ⁽¹²⁾, ma avrei delle forti perplessità nell'estendere a Mengoni una simile qualificazione. Pugliatti è strutturalmente inquieto, perché è turbato da un dubbio che mette a rischio le fondazioni stesse del sapere giuridico: a quale grado di scientificità può assurgere la scienza giuridica in quanto scienza particolare? Dominato da un assillante complesso di inferiorità rispetto alla *scientia maior*, la filosofia, convinto — come egli scrive in uno dei suoi saggi più programmatici — che « oggi più che mai la scienza giuridica... è chiamata a comparire al tribunale della filosofia per difendersi dell'accusa di abuso del titolo di scienza » ⁽¹³⁾, non può che essere anche dominato da una inquietudine dirompente, alla quale cerca in qualche modo di rimediare chiedendo apertamente ausilio ai naturalisti e ai linguisti (al linguista Giovanni Nencioni, in modo particolare ⁽¹⁴⁾).

Mengoni non è affatto percorso da questa sottile ed erosiva sofferenza intellettuale, né ha mai nutrito dubbii sulla scientificità del diritto. Certo, egli non appartiene al novero dei civilisti tranquilli dissodatori di un campicello fatto di Codici e di leggi speciali, né si identifica in chi — come Francesco Santoro Passarelli — è assolutamente pago di erigere, con le sue 'Dottrine generali del diritto civile', ammirevoli pinnacoli gotici sul sistema legislativo ⁽¹⁵⁾. L'at-

⁽¹²⁾ Cfr., oggi, P. GROSSI, *Salvatore Pugliatti giurista inquieto* (2003), in *Nobiltà del diritto-Profilo di giuristi*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 531 ss.

⁽¹³⁾ S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica* (1950), ora in *Grammatica e diritto*, Milano, Giuffrè, 1978, p. 105.

⁽¹⁴⁾ Giovanni Nencioni si era posto per la linguistica lo stesso dubbio erosivo di Pugliatti per la scienza giuridica, e aveva scritto, nel 1946, un libro, dal contenuto prettamente metodologico, intitolato 'Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio', libro che immediatamente Pugliatti legge e recensisce.

⁽¹⁵⁾ Mengoni le definisce « una sintesi (si potrebbe dire un sublimato) della dottrina del proprio tempo » (*Ricordo di Francesco Santoro Passarelli*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1996, p. 803).

teggiamento psicologico che possiamo sorprendere in lui è, piuttosto, la insoddisfazione, insoddisfazione per l'angustia culturale di un diritto positivo rinchiuso nella sua rigidità legalistica. Agli occhi del giurista storicista la statica non si addice a quel corpo vivo che è il diritto, tanto meno al diritto civile cui compete la fornitura al cittadino/qualunque di un tessuto di rapporti idoneo a regolare la mobilità della esperienza quotidiana.

Più che con lo strutturalmente inquieto Pugliatti, coglierei qualche somiglianza con Gino Gorla fertilizzato da una perenne ansia di ricerca e, congiuntamente, da una perenne insoddisfazione, placata in lui dalle risorse offerte dalla analisi comparativa, e precisamente, nel momento della maturità, dalle indagini nel *common law* (ed ecco, a mezzo degli anni Cinquanta, i due volumi sul contratto), nel momento della vecchiaia, dalle immersioni nella comparazione verticale (ed ecco gli studi sulla giurisprudenza dei grandi tribunali dell'età proto-moderna).

Credo che un favorevole punto di avvio alla comprensione del civilista Mengoni sia proprio quello di iniziare dalle sue insoddisfazioni, tentando di cogliere come egli abbia cercato di corrispondervi e di rispondervi.

7. *L'assillo metodologico di Mengoni.*

Cominciamo da quell'assillo — già da noi segnalato come sua nota persistente — per una sempre più compiuta correttezza metodologica.

L'umiltà, connessa con un salvante atteggiamento di auto-critica, impedisce a Mengoni di improvvisarsi in filosofo. L'umiltà, però, gli consiglia — anzi, gli impone — di nutrirsi di letture filosofiche e di dialogare con i maestri della *scientia maior*, differenziandosi profondamente da quei civilisti — primo fra tutti Santoro Passarelli — che, pur dedicandosi a costruzioni teoriche assai ardite, si contrassegnano per una assoluta — e, se vogliamo, sorda — auto-referenzialità ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁶⁾ Se si aprono le *Dottrine generali del diritto civile* di Santoro Passarelli, si ha la sorpresa che, in un esperimento di teoria generale del diritto civile, non si chieda soccorso ai filosofi né di essi si faccia la pur minima menzione. Lo stesso avviene per i

Il suo bisogno di colloquio — che è nulla più che la estrinsecazione della sua capacità di ascolto, già da noi segnalata — ha il significato di rendere più fondato e, quindi, più solido il proprio discorso di giurista, ma non gli preclude di rivendicare a sé con la massima fermezza, e in quanto giurista di diritto positivo, in quanto civilista, il dovere etico e professionale di riflettere, in perfetta autonomia, sulle scelte epistemologiche di fondo. Scriverà, in una piccola, appartatissima nota sepolta nella pagina di un saggio dell'83 ma che mi piace mettere in evidenza per il suo forte significato: « il giurista positivo, e in particolare il civilista, non può *delegare* [corsivo mio] la riflessione metodologica al filosofo del diritto, perché l'elaborazione del metodo è legata da uno stretto nesso di interazione all'attività di applicazione al proprio oggetto specifico »⁽¹⁷⁾.

Interrogarsi sul metodo è, infatti, interrogarsi sulla propria identità, sul proprio ruolo di giurista nella vita e nella cultura del diritto in una determinata epoca, e, più ampiamente, nella vita e nella cultura di una determinata civiltà storica. Ed è per questo che la riflessione mengoniana, appena abbandonate le pseudo-cerchezze comunicategli da Messineo, è costellata da un concatenarsi di interrogativi sul metodo, tanto da assurgere a una costante tipizzante del suo pensiero.

8. *La dimensione diacronica: un salvataggio per il giurista.*

Ma v'è un'altra costante, cui abbiamo già accennato e che conviene ora riprendere e approfondire; ed è la coscienza sempre assai acuta della storicità del diritto.

Percorrere un itinerario diacronico serve — agli occhi dello storicista Mengoni — per raggiungere una compiuta comprensione del presente.

Nel 1976, in quello che è — forse — la messa a fuoco più sostanziosa della propria posizione metodologica, “Problema e si-

filosofi del diritto, se si eccettua la solitaria sparuta menzione di un saggio di Alessandro Levi ‘Sul concetto di potere giuridico’ (F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1954, p. 54, nota 1.

⁽¹⁷⁾ *Ancora sul metodo giuridico* (1983), ora in *Diritto e valori*, cit., p. 80, nota 5.

stema nella controversia sul metodo giuridico”, è chiarissimo sul punto: la dimensione diacronica è vista non soltanto come un recupero di complessità per l’analista di un diritto positivo, ma come il salvataggio più sicuro per il civilista; altrimenti, « si smarrisce il senso della continuità dinamica del diritto »⁽¹⁸⁾, la sua ineliminabile vincolazione alla vita che — lo si voglia o non — ininterrottamente *diviene*.

Quando, ormai ai termini estremi del suo itinerario riflessivo, è chiamato a tenere nel 1998, presso la veneziana Fondazione Cini, una lezione sul tema che mette alla prova tutta la sua forza speculativa e gli permette, parimente, di fissare una meditazione conclusiva, “Diritto e tempo”, non si limiterà alla riaffermazione (tutto sommato, banale) che il diritto è nella storia ma che « è esso stesso storia; ha la struttura temporale della storicità »⁽¹⁹⁾.

A Mengoni interessa, in quella sede dove il suo discorso può e deve volare alto svincolato com’è da particolarizzazioni e immiserimenti contingenti, sottolineare con forza quella che lui chiama la « temporalità ontologica »⁽²⁰⁾ del diritto, perché per lui, giurista e non puro filosofeggiatore — cui non è lecito trascurare la traduzione dell’idea, dell’intuizione, in esperienza — preme la conseguenza enorme che ne deriva a livello esperienziale, e cioè lo spiccato rilievo della interpretazione/applicazione rispetto alla testualità immobile della legge. E afferra, e scrive, e sottoscrive una grande verità: « il tempo agisce sul diritto... dall’interno mediante l’interpretazione e l’applicazione »⁽²¹⁾. Ossia: rispetto a quello impietoso misuratore di forze e di efficacia che è lo scorrere del tempo, il salvataggio è nella capacità adeguatrice dello strumento interpretativo, il quale non si adagia sul diritto quale sua appendice meramente estrinseca ma incide sulla sua corteccia solo apparentemente dura, lo plasma, lo rende congeniale alle novità del tempo che esso è chiamato a ordinare.

Come si può ben vedere, il discorso dell’ultimo Mengoni ha il

(18) *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, ora in *Diritto e valori*, cit., p. 31.

(19) *Diritto e tempo*, in *Ius*, a. 1998, p. 636.

(20) *Diritto e tempo*, cit., p. 637.

(21) *Diritto e tempo*, cit., pp. 636/637.

suo perno essenziale, intorno a cui tutto gira, nel momento interpretativo/applicativo. Il suo grande mentore giuridico è ancora — e ancor più — Ascarelli, il mentore filosofico è Gadamer, cui cede la parola conclusiva citando espressamente un passo altamente significativo di 'Wahrheit und Methode': il testo normativo « per essere compreso in modo adeguato, deve essere compreso in ogni momento, ossia in ogni situazione concreta, nuovamente e altrimenti » (22). *Nuovamente e altrimenti*: il mistero del tempo si sposa indissolubilmente al mistero del diritto, alla sua « temporalità ontologica » secondo la puntuale espressione mengoniana.

Il costante atteggiamento, che abbiamo appena sottolineato come caratterizzante del civilista Mengoni, lo porta ad avere occhi aperti e attentissimi al divenire che gli sta scorrendo attorno: una società tecnologica di massa (come lui la chiama), che è una realtà in continuo sviluppo. In questa sua osservazione, egli non abdica mai a quello che chiamerei *realismo storicistico*, alieno sempre da stupori, rimpianti, entusiasmi, sentimenti che sono quasi sempre all'insegna di una ingenuità culturale e che appannano — quando non imediscono — il risultato della comprensione, quel risultato che è un bene prezioso da conseguire per il pacato osservatore, per l'osservatore che fa della pacatezza (l'abbiam detto all'inizio) una sua virtù tipica.

Da qui consegue — non può non conseguire — un netto rifiuto del formalismo concettuale, per la più che semplice ragione che « finisce col nascondere i problemi posti dal divario che continuamente si rinnova tra norma e realtà » (23). Aggiungendo, con la preoccupazione provocata da un culto per l'astrattezza esercitato diffusamente dai civilisti con inconsapevole vanagloria: « può occultare anche fenomeni di perversione del diritto privato » (24).

9 *La impietosa critica mengoniana del monismo giuridico moderno.*

Dalla capacità di osservatore acuto del flusso storico e da una

(22) *Diritto e tempo*, cit., p. 638.

(23) *Diritto e politica nella dottrina giuridica*, in *Iustitia*, a. 1974, p. 340.

(24) *Loc. ult. cit.*

osservazione volutamente immune da inquinamenti emozionali ma rigorosamente rinserrata in una dimensione cognitiva (uso volentieri un aggettivo caro al Nostro), discende la sua visione negativa della società borghese e della forma di Stato che fu elaborata (e realizzata) a suo vantaggio.

Mengoni, che non è certo un marxista, ce ne dà una raffigurazione scopertamente classista perché duramente, impietosamente oggettiva. Ai suoi occhi spogli di prevenzioni è una società monistica, retta dal predominio di una *classe*, ispirata al primato dell'*avere*, dove ciò che conta è il *patrimonio* e che, sul piano della proiezione giuridica, si identifica in un rigido positivismo legislativo, dal quale discende consequenziale un altrettanto rigido formalismo, l'uno e l'altro funzionali alla conservazione del controllo della produzione del diritto e delle sue fonti nelle mani della classe borghese ormai vittoriosa e detentrica del potere politico grazie al successo della grande rivoluzione dell'89.

Egli non èsita a denunciare il carattere mistificatorio di tutta la propaganda borghese sul tema della pretesa armonizzazione di proprietà, libertà, democrazia, puntualizzando che il bene 'lavoro', l'unico che fosse nella disponibilità del lavoratore subordinato, è soltanto il frutto di una ipocrita finzione, e che l'unico bene a contare è il patrimonio immobiliare e mobiliare. Si legga quanto scrive, nell'88, nel saggio straordinariamente franco su "Proprietà e libertà": « le teorizzazioni ottocentesche che radicano la garanzia costituzionale della proprietà nel principio della libertà della persona » sono « contraddette, sul piano del diritto pubblico, dai sistemi elettorali, nei quali la considerazione fittizia dei lavoratori come proprietari di un bene avente valore di mercato cede il posto alla considerazione realistica della proprietà come fonte di rango e di potere sociale » (25).

Per il Mengoni scienziato il risultato più negativo è che il diritto civile diventa il regno della astrattezza e la scienza civilistica tende a rivestire i panni di una scienza pura; astrattezza e purezza che sono la scelta insensata di as-trarsi dal tempo storico, calpestando tutti i canoni fondanti della epistemologia mengoniana.

(25) *Proprietà e libertà*, cit., p. 433.

Egli si riconosce, invece, nella società pluralistica del Novecento (quante volte la contrappone al monismo borghese!). È lì che, come afferma nella pensatissima Relazione del 1988 al Convegno su 'Diritto ed etica pubblica' intitolata significativamente "La questione del 'diritto giusto' nella società post-liberale", c'è « la rinata esigenza di una legittimazione meta-legislativa dell'ordinamento giuridico »⁽²⁶⁾, dove si rifiuta il positivismo legislativo e la pura dogmatica, dove del positivismo legislativo si rifiutano i « due postulati fondamentali...il postulato della completezza dell'ordinamento giuridico, il postulato del formalismo giuridico », i quali « producevano una rigida separazione del diritto dalla morale »⁽²⁷⁾, erano funzionalizzati a produrre una siffatta separazione.

Alla luce della complessità e ricchezza della società pluralistica novecentesca — che fa spicco rispetto al vecchio riduzionismo borghese — Mengoni coglie l'insufficienza dell'asfittico articolo 12 delle Preleggi e interpreta il termine 'legge' evocato nell'articolo 101, primo comma, della Costituzione, da intendersi come « comprensivo del diritto di formazione extra-legislativa e, più in generale, del cosiddetto diritto vivente »⁽²⁸⁾.

La vecchia società monistica e l'edificio giuridico costruito su di essa e a sua misura sanno di artificio. Mengoni lo affermava già nel '71 in una lucida analisi dei rapporti fra sindacato e potere politico in Italia: perché si « contrappone la sfera sociale alla sfera politica in funzione dell'accentramento nello Stato del potere politico » e si « promuove l'integrazione della società nello Stato attraverso il sistema rappresentativo elettivo »⁽²⁹⁾; che Mengoni, con ammirevole coraggio, non manca di sottoporre a critica demolente, giacché « la ricerca razionale e astratta della volontà generale » è falsante proprio per il suo contrapporre « rigidamente l'interesse

⁽²⁶⁾ *La questione del 'diritto giusto' nella società post-liberale*, in *Relazioni industriali*, a. 1988, p. 17.

⁽²⁷⁾ *Note sul rapporto tra diritto e morale*, in *Iustitia*, a. 1998, p. 306.

⁽²⁸⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽²⁹⁾ *La partecipazione del sindacato al potere politico dello Stato* (1971), ora in *Diritto e valori*, cit., p. 178.

generale agli interessi particolari senza lasciare spazio agli interessi intermediari di gruppo » (30).

Il coraggio stava proprio nel puntare un dito accusatorio, in quei primi anni Settanta ancora pervasi dalle vecchie mitologie post-illuministiche, sul « difetto cardinale del modello costituzionale classico » (31), sul sistema politico così come era uscito confezionato dalle laboriose officine della rivoluzione francese, artificioso nella sua totale cancellazione delle formazioni sociali, però indiscusso e indiscutibile nel clima pos-bellico italiano di riscoperta d'una democrazia parlamentare.

10. *Il diritto come scienza 'controversiale'.*

Insomma, i vecchi schemi giuridici della civiltà borghese, con le loro aspirazioni alle purezze geometriche, appaiono tutti viziati dal difetto — voluto e puntigliosamente perseguito, ma inficiante — della astrattezza.

Per Mengoni il diritto è, al contrario, caratterizzato da una ineliminabile carnalità, dalla sua storicità, giacché « il diritto è un sistema di sapere e di azione ». Frase che egli scrive nel 2000, alla fine del suo itinerario di vita e ribadendo una delle sue convinzioni più profonde. La scrive all'interno di sue riflessioni su Giuseppe Capograssi (32), un autore al quale si è avvicinato tardi, che avverte — lui, montanaro trentino, non avvezzo a raffinatezze stilistiche — un po' distante a causa della sua pagina redatta « con uno stile personalissimo e a volte disperante » (33), ma che stima, sia perché « autentico giurista oltre che profondo filosofo, due qualità che raramente fanno coppia » (34), sia soprattutto per la sostanziale sintonia culturale che non poteva non sussistere con il teorizzatore del diritto come esperienza.

Dietro Capograssi Mengoni coglie nel diritto una 'scienza

(30) *La partecipazione del sindacato al potere politico dello Stato*, cit., p. 182.

(31) *Loc. ult. cit.*

(32) *Attualità di Giuseppe Capograssi*, in *Europa e diritto privato*, a. 2000, p. 1019.

(33) *Attualità di Giuseppe Capograssi*, cit., p. 1017.

(34) *Attualità di Giuseppe Capograssi*, cit., p. 1018.

controversiale', dove centrale è la *controversia*. Se postulato fermo del positivismo giuridico è che nella legge c'è un unico significato prestabilito, nella nuova visione disegnata dalla rivoluzione ermeneutica e rivalutatrice del momento interpretativo/applicativo — l'una e l'altra da lui pienamente condivise — è la controversia, ossia il caso pratico che esige e imprime variazioni ⁽³⁵⁾.

Già assai prima, nel 1982, in un saggio espressamente dedicato alla tutela giuridica della vita materiale, il rimprovero, che sente di poter elevare ai vecchi e tecnicamente ammirevoli Codici, è per quello che lui chiama il loro *agnosticismo* ⁽³⁶⁾ proprio riguardo alla vita materiale, nella quale — invece — il Nostro vede immerso il diritto e dalla quale vuole che il diritto si lasci impressionare; del Codice Civile italiano segnala nella sua valenza negativa « l'indifferenza...per le esigenze biologiche dell'uomo connesse all'età, alla salute, alla malattia » ⁽³⁷⁾.

Alcuni mesi prima della morte, in una lettera indirizzata a Natalino Irti a proposito del volume di quest'ultimo 'Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto', non ha mezzi termini: « il normativismo puro non solo de-territorializza il diritto ma lo *disumanizza* » ⁽³⁸⁾ [corsivo mio]; ciò che egli teme sovra ogni altro risultato negativo è una « perdita di umanità », ed è per questo che in lui « rimane immutata l'avversione a Kelsen » ⁽³⁹⁾, il grande e greve protagonista della scienza giuridica novecentesca responsabile di aver ridotto il diritto a una sorte di mirabile involucro ma vuoto di contenuti, e di averlo conseguentemente inaridito.

Nello stesso ultimo anno di vita, appena un po' prima della lettera, polemizzando con lo stesso Irti e con Emanuele Severino, autori di un 'dialogo su diritto e tecnica' pubblicato su una vivace

⁽³⁵⁾ « legare l'interpretazione alla controversia, cioè a un concreto contesto di vita, implica abbandonare il postulato del formalismo giuridico per cui nelle parole della legge sarebbe incorporato un unico significato prestabilito una volta per tutte » (*Attualità di Giuseppe Capograssi*, cit., p. 1019).

⁽³⁶⁾ *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo* (1982), ora in *Diritto e valori*, cit., p. 124.

⁽³⁷⁾ *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, cit., p. 126.

⁽³⁸⁾ N. IRTI, *Una lettera di Luigi Mengoni*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2002, p. 1156.

⁽³⁹⁾ *Loc. ult. cit.*

Rivista giuridica italiana, egli aveva rifiutato la adescante proposta kelseniana di una *reine Rechtslehre* perché fondata su finzioni, a cominciare dalla « mitica norma fondamentale che legittima tutto quanto senza essere a sua volta suscettibile di giustificazione razionale »⁽⁴⁰⁾.

Con questi ultimi scritti siamo ai testamenti spirituali di Mengoni, confirmativi però di una convinzione che nasce lontano: corrispondendo a una elementare etica della responsabilità, egli vuole esorcizzare proprio il disegno di un diritto che si propone come artificio, ossia di un diritto sradicato da un contesto di umana vicenda.

11. *Oltre il formalismo giuridico: "il problema della fondabilità conoscitiva dei valori"*.

Fin dal 1963 Mengoni ha colto la funzione del diritto quale mediazione tra realtà economica e valori morali, animato da una duplice diffidenza verso due opposti ma parimente unilaterali approcci metodologici: verso una analisi prettamente economica del diritto, che lui tiene a respingere perfino in uno scritto tardo del '96 quando i nuovi strumenti analitici giunti da Oltreatlantico avevano fatto breccia nel provincialismo dei civilisti italiani ottenendo il successo di folte adesioni e quando, a partire dagli anni Ottanta, si andava sempre più consumando in Italia il tramonto del primato della politica sull'economia⁽⁴¹⁾; verso un diritto ridotto a mera verità procedurale, che non è verità, che è pseudo-verità, che è, anzi, tradimento di quello che lui chiama la « pretesa veritativa del diritto »⁽⁴²⁾.

⁽⁴⁰⁾ *Diritto e tecnica*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2001, p. 4.

⁽⁴¹⁾ « in un ordinamento costituzionale come il nostro, che ha riportato il diritto positivo a un fondamento etico, la riduzione dell'argomentazione giuridica alla analisi economica trasformerebbe l'economia in un criterio morale ultimo, mentre i valori morali incorporati nella Costituzione formale derivano da un'etica personalistica » (*Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione*, in *Persona e mercato-Lezioni*, a cura di G. Vettori, Padova, Cedam, 1996, p. 39).

⁽⁴²⁾ *Diritto e tecnica*, cit., p. 6. Aggiunge Mengoni, dominato da un'istanza nobilissima di responsabilità etica e culturale: « il nominalismo normativista lascia solo l'uomo in un mondo che si suppone vuoto di senso » (*ibidem*).

Ma Mengoni è personaggio troppo moralmente e culturalmente provveduto per non vedere il rischio che può annidarsi in una fondazione valoriale: il soggettivismo nei valori. E il civilista non può mancare di affrontare « quello che è oggi il problema centrale della scienza giuridica: il problema della fondabilità conoscitiva dei valori »; i quali possono e debbono avere una fondazione almeno ragionevole. La frase mengoniana or ora citata è tratta da un suo saggio dell'86 dedicato alla teorizzazione delle cosiddette clausole generali ⁽⁴³⁾, saggio che è finora il tentativo più compiuto, anche se discusso, di sistemazione di un tema su cui la civilistica italiana non aveva mancato di sostare ripetutamente. Se per clausola generale può intendersi — come ha proposto oggi un valente giurista nostro, raccogliendo il senso di una lunga catena definitoria — una « disposizione operante in un determinato ordinamento giuridico... formulata attraverso espressioni linguistiche indeterminate, sì da esservi implicito il richiamo a valori della morale o del costume » ⁽⁴⁴⁾, si capisce bene l'interesse di Mengoni: le clausole generali sono incrinature del chiuso auto-referenziale positivismo legale con la implicita delega al giudice a ricercare entro il tessuto della morale e del costume.

12. *La Costituzione come istituzionalizzazione di valori meta-giuridici.*

Se per il civilista Mengoni il problema scientifico fondamentale, quello assolutamente ineludibile, è la fondabilità conoscitiva dei valori, dalla cui soluzione egli si ripromette un approdo epistemologicamente sicuro per un itinerario giuridico che non può restringersi alle acque tranquille ma stagnanti delle norme, delle procedure, delle tecniche collaudate nella secolare tradizione, nessuna bussola può orientarlo e guidarlo con maggiore provvedutezza di quella offerta dalla Costituzione, da una Costituzione calata nella concretezza della storia del popolo italiano come la nostra repubblicana del

⁽⁴³⁾ *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Rivista critica del diritto privato*, a. 1986.

⁽⁴⁴⁾ F. ROSELLI, *Clausole generali. Iura novit curia. Contraddittorio*, in *Giurisprudenza italiana*, luglio 2011, p. 1701.

1948, così distante dalle ‘carte dei diritti’ di giusnaturalistica memoria perché rifuggente da nuvolesche astrazioni e intrisa di valori e di fatti.

Vi abbiamo già accennato, ma il tema va ripreso ora, tornando a ribadire la centralità della Costituzione nell’orizzonte mengoniano, tornando a ribadire che, nel lungo e coerente disegno suo dell’ordine giuridico, mai sono affiorati atteggiamenti di diffidenza o — tanto meno — di rimozione.

Già nel 1963, quando il civilista quarantenne ha già compiutamente tracciato e con fermezza il senso del suo itinerario scientifico, studiando l’interrelazione tra ‘forma giuridica e materia economica’ che allora la realizzazione in Italia dello Stato sociale esaltava con vivacità, Mengoni dà la massima rilevanza agli articoli 2 e 3 della nostra Carta, rinvenendovi un preciso carattere normativo, anche se « la struttura di queste norme costituzionali è diversa da quella delle norme giuridiche che i giuristi sono abituati a maneggiare »⁽⁴⁵⁾; « esse non sono... *ius normatum*, ma *iustitia normans* », come egli ama precisare citando Forsthoff e il linguaggio scolastico usato dal giuspubblicista tedesco⁽⁴⁶⁾.

Percezione di fondo, questa, che si staglia con straordinaria intensità nelle riflessioni conclusive della vecchiaia: la Costituzione come collegamento fra diritto e morale, come rifiuto del formalismo positivistico, il diritto costituzionale come ‘diritto per principii’ e perciò capace di ricondurre il diritto positivo a una fondazione etica. Di più! Ed è quel che preme a Mengoni, che non abbandona mai il suo stallo di giurista: « la Costituzione rifiuta la riduzione positivistica della legittimità (ossia della giustizia) alla legalità, ma *converte* [corsivo mio] il problema della fondazione etica della legittimità in un problema giuridico »⁽⁴⁷⁾. Mi verrebbe quasi di aggiungere: enorme pregio agli occhi di Mengoni, che mi viene fatto di sorprendere mentre tira un grosso respiro di sollievo.

Infatti, « la positivizzazione non spoglia questi principii del loro

⁽⁴⁵⁾ *Forma giuridica e materia economica* (1963), ora in *Diritto e valori*, cit., p. 160.

⁽⁴⁶⁾ *Forma giuridica e materia economica*, cit., p. 161.

⁽⁴⁷⁾ *Il diritto costituzionale come diritto per principii*, in *Ars Interpretandi-Annuario di ermeneutica giuridica*, 1996, p. 96.

statuto ontologico e logico originario, ma li riveste di un nuovo tipo di vigenza costituita dalla validità formale propria del diritto positivo: essi hanno una duplice qualità, l'appartenenza necessaria insieme al diritto e alla morale » (48). Ed ecco ciò che dà sollievo al civilista: « inserito nella sfera del diritto positivo, il diritto naturale diventa il diritto degli argomenti ragionevoli, una speculazione critica sui valori », « nel punto di passaggio dalla morale al diritto il controllo del criterio di 'ragionevolezza' [corsivo mio] ha la funzione di impedire l'infiltrazione nell'ordinamento giuridico di fondamentalismi di ogni specie, etici, politici o economici » (49).

Il fondamentalismo è il nemico da battere, e Mengoni si appaga di avere individuato nella Costituzione il modo di esorcizzare il mostro. Ancora nelle ultime genuine espressioni del suo pensiero, ormai agli estremi dell'esistenza terrena, egli confermava: grazie alla Costituzione « è restituita al diritto positivo la fondazione di un ordine oggettivo di valori sostanziali » (50); con questa precisazione, necessaria per la probità intellettuale di Luigi: « l'innovazione basilare della Costituzione sta nel passaggio dal punto di vista esterno al punto di vista interno, ossia nella stabilizzazione del punto di vista morale all'interno del diritto positivo » (51).

La Costituzione è colta, dunque, come istituzionalizzazione di valori meta-giuridici (52), che il Nostro fonda non su un credo religioso che sarebbe unilaterale nel suo insopprimibile fondamentalismo, ma leibnizianamente — Leibniz è uno dei suoi mentori filosofici privilegiati — sulla logica del verisimile, del semplicemente probabile (ma su questo si dovrà ritornare).

13. *Il soggetto di diritto nella nuova antropologia costituzionale.*

Al civilista Mengoni preme soprattutto un formidabile salto in

(48) *Il diritto costituzionale come diritto per principii*, cit., p. 97.

(49) *Il diritto costituzionale come diritto per principii*, cit., p. 98.

(50) *Diritto e tecnica*, cit., p. 7.

(51) *Loc. ult. cit.*

(52) In *L'argomentazione nel diritto costituzionale* (1996), ora in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., p. 117, egli parla espressamente di "istituzionalizzazione dei valori morali, che ne costituiscono il referente pre-giuridico".

avanti compiuto dalla Costituzione: se ieri si era avuto un concetto formale/astratto di soggetto ⁽⁵³⁾, oggi, dopo il '48, si ha un soggetto che è persona, ossia creatura relazionale, ben inserito nella comunità, disegnato non quale individuo insulare ⁽⁵⁴⁾ ma con gli altri, in mezzo agli altri, e a cui fanno capo *diritti e doveri* ⁽⁵⁵⁾; né dispiace a Luigi quel principio di solidarietà, che è compenetrato a tutto il testo costituzionale, giacché insinua la nozione di dovere come basilare per la nuova antropologia di riferimento per il cittadino ⁽⁵⁶⁾.

Egli vede con favore, negli anni Sessanta, il crescente Stato sociale. La stessa *programmazione*, ai suoi occhi di civilista sì ma smalzato e senza opacizzazioni individualistiche, appare come il positivo coordinamento fra autonomia contrattuale e interesse sociale, espressione non di contrapposizione ma di sussidiarietà tra privati e Stato ⁽⁵⁷⁾. Il vincolo sociale della libertà di iniziativa privata diventa, nella sua analisi, componente strutturale della libertà ⁽⁵⁸⁾.

Quel che più gli importa, e che individua come messaggio forte del movimento di pensiero e di azione grandeggiante nell'Italia degli anni Sessanta, è un nuovo rapporto fra diritto ed economia, dove il diritto depona l'umiliante condizione di fungere da mera forma

⁽⁵³⁾ « Il Code Civil è un Codice destinato a una società di proprietari intenti ad aumentare la loro ricchezza...a questo modello antropologico corrisponde una concezione volontaristica del diritto, il quale viene fondato non sull'uomo nella sua realtà globale, ma su un soggetto astratto » (*La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, cit., p. 125); ancora: « il sistema giuridico classico (legato all'ideologia individualistica) è fondato su un concetto formale-astratto di persona, che lo riduce al concetto di soggetto di diritti... ridotto dalla teoria pura del diritto al concetto vuoto di contenuto di centro di imputazioni giuridiche » (*ibidem*, p. 144).

⁽⁵⁴⁾ Che è per Mengoni il vizio capitale della civiltà borghese, quando si è predicato (e, conseguentemente, applicato) « l'esistenza di una libertà naturale che produce la coincidenza dell'interesse individuale, liberamente perseguito, con l'interesse generale » (*Proprietà e libertà*, cit., p. 428).

⁽⁵⁵⁾ *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, cit., p. 144.

⁽⁵⁶⁾ *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà*, in *Ius*, a 1998, soprattutto p. 50.

⁽⁵⁷⁾ *Programmazione e diritto*, in *Ius*, 1966, soprattutto p. 7.

⁽⁵⁸⁾ È il tema di fondo del saggio *Forma giuridica e materia economica*, cit., risalente al 1963.

esteriore del comportamento economico ⁽⁵⁹⁾. In lui gli entusiasmi di quegli anni, da tanti allora condivisi e poi prontamente rifiutati, hanno una inattaccabile durevolezza. Ancora nel 1996 è convinto che « democrazia pluralistica e Stato sociale formano un binomio inseparabile », perché questo gli appare come il contesto più congeniale affinché il consenso della collettività possa esprimersi compiutamente ⁽⁶⁰⁾.

14 *Il gius-civilista e il gius-lavorista nella coerenza etica ed intellettuale del giurista Mengoni.*

Le poche considerazioni or ora fatte ci portano pianamente a individuare il significato di quella congiunzione del civilista e del gius-lavorista che il Mengoni docente e scienziato ci offre in tutto il distendersi della sua vita professionale; una congiunzione che, proprio perché non episodica, contribuisce non poco a intensificare la tipicità culturale del personaggio.

Sappiamo da lui — nella intervista a Ichino — che la congiunzione nacque per caso: perché c'era un vuoto didattico nella Facoltà

⁽⁵⁹⁾ Nella concezione classica, quella del *laissez faire*, il diritto ha « soltanto la funzione di organizzare le forme esteriori del processo economico, nell'ambito delle quali i singoli comportamenti economici si svolgono in condizioni di sostanziale immunità dalla regola giuridica »; qui « l'ordine economico è concepito come ordine naturale, risultato di un automatismo, di cui si ritiene dotato il processo economico ». Nella concezione propria allo Stato sociale il diritto costituisce, invece, « uno strumento attivo del processo economico ». Aggiungendo a chiarimento: « la forma giuridica è impotente a dominare la materia economica, quando si svolge esclusivamente nella concessione di diritti soggettivi, riducendo l'idea del dovere giuridico a quella di semplice limite o misura della libertà individuale e così rinunciando a introdurre il dovere nell'intima struttura dell'agire libero » (*Forma giuridica e materia economica*, cit., rispettivamente pp. 148 e 151). Lo sforzo teoretico di Mengoni è di incuneare il dovere all'interno dell'agire libero, componente inabdicabile di un agire che rifiuta di cangiarsi in arbitrio.

⁽⁶⁰⁾ Ecco l'intera frase scritta da Mengoni (cfr. *Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione*, cit., pp. 38/39): « Democrazia pluralistica e Stato sociale formano un binomio inseparabile, perché il pluralismo non ammette altro criterio di legittimazione delle decisioni normative all'infuori del consenso della collettività, e questo non può essere ottenuto se non nel contesto dello Stato sociale ».

giuridica della Università Cattolica di Milano e perché fu accolto a Mengoni l'incarico dell'insegnamento del 'diritto del lavoro' (61).

Sappiamo, però, dal suo *cursus* didattico e scientifico che l'incarico provvisorio si trasformò in presenza, in presenza duratura, come dimostra il nostro Presidente di questa seduta antimeridiana, il gius-lavorista Tiziano Treu, che fu allievo del gius-lavorista Mengoni. E precisiamo subito: la veste del gius-lavorista gli si attaglia perfettamente addosso.

Chiamato, nel 1990, a parlare della influenza del diritto del lavoro sul diritto civile, egli ci svela con franchezza le motivazioni di una indubbia sintonia, che è sintonia nel profondo. Apprezza « il postulato personalistico del diritto del lavoro » (62), che risalta *per oppositum* rispetto a un diritto civile che si è fatto troppo irretire da una giustizia meramente commutativa, dove il soggetto è troppo spesso osservato e individuato dal punto di vista del patrimonio, dove troppo spesso si pecca di astrattezza e di separatezza dalla complessità dei contesti in cui una vicenda umana è naturalmente immersa.

Mengoni si riconosce pienamente nel diritto del lavoro, che è attentissimo anche alla giustizia distributiva, che pensa alla tutela della vita materiale (la vita materiale! Ecco una preoccupazione costante del Nostro) e di tutti i valori di cui è portatrice la persona.

Proprio per queste buone ragioni il gius-civilista non ha fatto nulla per assorbirlo nell'orbita del diritto civile, come, operativamente, ha invece fatto un altro sodale di Mengoni, Francesco Santoro Passarelli, chiamato anch'egli a compiere un lavoro scientifico di supplenza (63). È con sincero compiacimento, infatti, che il Nostro constata il modificarsi delle categorie civilistiche nella applicazione al rapporto di lavoro (64), o l'influenza di questo su diversi aspetti della teoria generale dei contratti di durata (65). Cui si unisce,

(61) *Intervista a Luigi Mengoni*, cit., p. 111.

(62) *L'influenza del diritto del lavoro su diritto civile, diritto processuale civile, diritto amministrativo*, cit., p. 17.

(63) La dimostrazione ce la dà lo stesso Santoro Passarelli nel suo scritto programmatico del 1949: *Autonomia collettiva, giurisprudizione, diritto di sciopero*, ora in *Saggi di diritto civile*, vol. I, Napoli, Jovene, 1961.

(64) *L'influenza del diritto del lavoro su diritto civile, diritto processuale civile, diritto amministrativo*, cit., p. 13.

(65) *Op. ult. cit.*, p. 19.

ovviamente, anche il compiacimento di trapianti della tecnica civilistica che valga ad arricchire senza mortificare la specialità gius-lavoristica ⁽⁶⁶⁾. Del resto, i più intelligenti e colti studiosi italiani di diritto del lavoro nell'immediato secondo dopoguerra, Gino Giugni e Federico Mancini, hanno apertamente riconosciuto l'influsso formativo su di loro di un assai pregevole saggio mengoniano di teoria generale delle obbligazioni ⁽⁶⁷⁾.

Resta, però, ferma la conclusione che da Mengoni il diritto del lavoro viene individuato e rispettato nella sua autonomia genetica e strutturale.

15. *Il ruolo protagonista della interpretazione/applicazione.*

Tutto quanto abbiamo detto sinora serve a farci capire perché, nella visione mengoniana, l'interpretazione/applicazione assuma — all'interno del procedimento di formazione del diritto — un ruolo determinante. Se, già nel '76, nel suo primo breviario metodologico, poteva insegnare che il da lui sottolineato primato del *problema* sul *sistema* significava innanzi tutto primato della interpretazione, nell'impegnativo saggio teoretico avviato in quegli stessi anni ma successivamente sottoposto a continue revisioni e modificazioni fino al '96 quando diventerà il primo saggio della raccolta "Ermeneutica e dogmatica giuridica" ribadisce gadamerianamente intensificando: « punto di partenza dell'interpretazione non è il testo, bensì un fatto della vita o una situazione problematica, sui quali il testo, che ha qualcosa da dire in proposito, viene interrogato » ⁽⁶⁸⁾.

Ciò, perché l'essenziale è il problema, perché è attraverso di esso che la interpretazione si fa *mediazione* fra testo autorevole e realtà sociale. Mengoni respinge la vecchia impostazione post-illuministica della indipendenza della norma dal caso concreto. La norma astratta è identificata in una entità incompiuta; infatti, « essa

⁽⁶⁶⁾ *Legge e autonomia collettiva* (1980), ora in *Diritto e valori*, cit., pp. 290/291.

⁽⁶⁷⁾ È il saggio: *Obbligazioni 'di risultato' e obbligazioni 'di mezzi'*, che Mengoni pubblica sulla 'Rivista di diritto commerciale' nel 1954.

⁽⁶⁸⁾ *Teoria generale dell'ermeneutica ed ermeneutica giuridica*, ora in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., p. 10.

attende la sua integrazione dall'interprete » (69). Attendere! Attesa! Terminologia e struttura di pensiero che esplicitamente fanno capo alla rivoluzione ermeneutica, che Mengoni accoglie come affrancatoria perché costituisce il superamento del positivismo legislativo e delle conseguenti secche formalistiche. Ovviamente, una dignità epistemologica indiscutibile è il legame indissolubile fra interpretazione e applicazione costituenti un processo unico (70).

16. *Per la costruzione di solidi argini contro le derive soggettivistiche.*

La valorizzazione del momento interpretativo/applicativo porta a un ruolo rilevante di quell'interprete/applicatore che, per la natura della sua funzione, si còlloca sulle trincee più avanzate dell'esperienza, laddove attore e convenuto lo investono quotidianamente con le loro richieste di giustizia.

Il giudice vede sensibilmente ampliati i suoi còmpiti, che sono ormai, di fronte alle sempre più flagranti carenze del legislatore, anche supplenza nel colmare vuoti intollerabili, rielaborazione di istituti tradizionali sottoposti a sostanziale rinnovazione (per il civilista Mengoni, esempi eloquenti sono il contratto e la responsabilità civile), tutela della funzione di certi istituti contro possibili (probabili) distorsioni da parte del potere economico (71).

Ma Mengoni non si arresta qui. Se clamorosa è la vicenda del giudice durante la pos-modernità novecentesca, il problema è tuttavia più ampio anche se meno vistoso; ed è la relazione tutta nuova che ogni giurista viene, nell'immediato ieri e nell'oggi, ad avere con la società e che non si può facilonescamente risolvere riesumando quella che un tempo si chiamava impassibilità, la pretesa virtù dell'impassibilità, dove impassibilità suona impermeabilità e, tutto sommato, anche insensibilità.

Riflessioni, queste, che Luigi scrive nel 1974 per l'organo ufficiale della Unione Giuristi Cattolici Italiani, all'interno di un tema scottante: diritto e politica, e dove l'osservatore sereno e puntuale del

(69) *Interpretazione e nuova dogmatica* (1988), ora in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit. p. 82.

(70) *Loc. ult. cit.*

(71) *Diritto e politica nella dottrina giuridica*, cit., p. 345.

divenire dell'esperienza non può fare a meno di registrare la crescente incapacità dello Stato a disciplinare adeguatamente la produzione giuridica e ad ordinare giuridicamente il magma sociale. Il legislatore, questa entità numinosa idealizzata e gigantizzata dalla propaganda illuministica e giacobina, subisce una erosiva de-mitizzazione, e al suo arretramento da una posizione protagonista nella vita e sviluppo dell'ordinamento corrisponde l'emersione di quelle fonti che il riduzionismo moderno aveva costretto alla passività.

Mengoni non esulta, contempla e registra, munito del suo consueto realismo storicistico. Vede, però, con chiarezza i rischi derivanti dalla solitudine dell'interprete, il possibile arbitrio, le possibili degenerazioni nel soggettivismo e, poi, nel relativismo. Occorrono argini, ma il primo, il più solido, è di non abbandonare il sentiero segnato da una sicura metodologia.

Già nel saggio del '74 che affrontava il tema — supremo ed ultimo — « diritto e politica », dopo averlo ricondotto nell'alveo più ampio del problema dei rapporti fra giurista e società, si premurava di aggiungere come in un monito per se stesso e per i colleghi: « problema essenzialmente metodologico » (72). E ritorna il salvataggio del sistema giuridico, nel quale la regola elaborata per la decisione del caso concreto deve integrarsi.

Un uditore, che ha ascoltato nella sua interezza questa mia Relazione, potrebbe intravedere un Mengoni in contraddizione con se stesso, ma non corrisponderebbe al vero. Il Nostro non ha mai avuto dubbii sulla indispensabilità per il giurista di quel prezioso supporto e sostegno stabilizzante che è il coordinarsi di norme, concetti, dati in una architettura sistematica. La grande lezione epistemologica di Mengoni era consistita unicamente nel provvedere a iniezioni problematizzanti, che non avevano — certo — lo scopo di erodere alla base il sistema per disgregarlo; avevano, al contrario, il solo scopo di evitare la sua chiusura, la sua riduzione a un edificio statico, immobile e immobilizzante.

Quello che egli ha sempre preteso, secondo quanto gli suggeriva il suo realismo storicistico, è il « confronto costante » con la

(72) *Diritto e politica nella dottrina giuridica*, cit., p. 346.

società della costruzione logica e tecnica del civilista ⁽⁷³⁾, giacché l'osservatore attento, a conclusione di una spassionata osservazione, giungeva a una valutazione sconfortata: « le profonde trasformazioni della società e dell'economia, che a partire dagli anni sessanta hanno progressivamente destabilizzato le strutture concettuali del sistema classico del diritto privato, hanno acuito lo spirito critico della dottrina giuridica, ma non hanno prodotto un rinnovamento altrettanto vigoroso dello spirito sistematico » ⁽⁷⁴⁾.

È la contemplazione impietosa che gli occhi del civilista trentino conseguono a seguito dell'impietoso esame di coscienza scientifico che egli fa nel 1988, portando avanti la sua analisi critica, additando i vizi del processo conoscitivo del civilista e additando soprattutto il guasto fondamentale, il più corrosivo, il più devastante: « l'indebolimento del pensiero dogmatico, e quindi degli strumenti concettuali di verifica di legittimità della prassi, è una delle cause della instabilità della giurisprudenza » ⁽⁷⁵⁾.

L'empiria dei fatti era stata costretta dalla povertà e aridità delle categorie logiche ordinanti entro dei contenitori costrittivi delle sue potenzialità storiche. Il preteso lavacro nella purezza dei concetti si era risolto nella messa a nudo della sterilità delle guide epistemologiche prescelte, guide false e falsanti, che solo le innovative misure offerte dalla ermeneutica gadameriana sono finalmente riuscite a sanare.

Il 1988 è una annata liberatoria per Mengoni, perché, accanto a un salutare esame di coscienza, e cioè il saggio di indole metodologica da noi or ora utilizzato su 'Interpretazione e nuova dogmatica', si giustappone l'indicazione di un possibile salvataggio; sono le pagine su 'La questione del diritto giusto nella società post-liberale', dove l'analisi del Nostro si distende tra passato e futuro, tra rimproveri e proposte, valorizzando la funzione critica di una analisi squisitamente storico-giuridica.

Ecco il rimprovero: il giurista di diritto positivo è stato ed è

⁽⁷³⁾ « Un confronto costante del sistema giuridico col suo ambiente rappresentato dalla società umana, dai bisogni e dalle valutazioni che in essa storicamente si esprimono » (*Interpretazione e nuova dogmatica*, cit., p. 85).

⁽⁷⁴⁾ *Interpretazione e nuova dogmatica*, cit., pp. 87/88.

⁽⁷⁵⁾ *Interpretazione e nuova dogmatica*, cit., p. 88.

troppo legato a un concetto antiquato di scienza e a un concetto troppo ristretto di una razionalità ridotta soltanto ad argomenti deduttivi. Posto che non si può eludere la verità centrale che l'analisi storico-giuridica pone perfettamente in luce, e cioè che « nella società pluralistica attuale c'è una rinata esigenza di una legittimazione meta legislativa »⁽⁷⁶⁾, l'invito mengoniano è alla leibniziana verisimiglianza, alla logica del probabile, una logica che non ignora ma valorizza i problemi nascenti dalla concretezza delle situazioni esperienziali su cui il giurista lavora e ragiona.

Da qui, quasi un grido, una denuncia del civilista lettore del suo tempo, grido e denuncia che non rappresentano una caduta del civilista dal suo stallo di serena pacatezza, perché sono legittimati dal vizio epistemologico di fondo che è stato commesso e che nel futuro immediato si deve a ogni costo evitare: « l'uomo è *extra muros* del sistema, non parte di esso »⁽⁷⁷⁾. Ossia: si deve conservare l'autonomia del sistema giuridico, pena — altrimenti — una esiziale perdita di identità; purché questa non si trasformi e si stravolga in autarchia, « cioè sistema chiuso, autosufficiente, isolato dal mondo vitale in cui è ambientato »⁽⁷⁸⁾.

Quindi, il no più deciso a una funzione auto-fondante del sistema, mentre il problema essenziale di una scienza giuridica pos-positivistica, ossia della nostra odierna scienza civilistica, è l'adeguamento costante delle architetture concettuali del sistema cognitivo ai valori ancorati nel sistema reale, è il recupero della capacità *comunicativa* — come dice acutamente Mengoni — del sistema dogmatico col suo ambiente⁽⁷⁹⁾.

Nel 1999, analizzando Derrida e le sue aporie de-costruttive, egli insegna: « sia al livello delle fonti di produzione, sia al livello delle interpretazioni, le norme giuridiche possono essere giustificate razionalmente con la logica del verosimile, non con una logica di certezze definitive »⁽⁸⁰⁾. Due assilli perennemente riaffioranti lo tor-

⁽⁷⁶⁾ *La questione del diritto giusto nella società post-liberale*, cit., p. 17.

⁽⁷⁷⁾ *La questione del diritto giusto nella società post-liberale*, cit., p. 22.

⁽⁷⁸⁾ *Loc. ult. cit.*

⁽⁷⁹⁾ *La questione del diritto giusto nella società post-liberale*, cit., p. 22.

⁽⁸⁰⁾ *Le aporie decostruttive del diritto secondo Jacques Derrida*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1999, p. 359.

mentano: da un lato, l'assillo del soggettivismo esasperato e dell'arbitrio, con l'esigenza di una fondazione razionale; dall'altro, l'assillo di una logica puramente sillogistica che inchioda dall'alto la realtà.

17. *Sulla 'nuova dogmatica' mengoniana.*

Un semplice accenno, a chiusura, sul rapporto tra ermeneutica e dogmatica giuridica; possiamo ridurlo a poche osservazioni, giacché ne tratterà — da par suo — Giuseppe Benedetti nella sua Relazione, ma non possiamo esimerci dal parlare di un argomento che conchiude integrando quanto abbiamo analizzato fino ad ora.

Sarebbe troppo spicciativo (e anche alterativo dello stesso pensiero mengoniano) credere che non ci sia spazio per la dogmatica nel problematismo del Nostro. Che ci sia lo dimostra appieno un saggio dell'88, già da noi citato, in cui, financo nel titolo, vengono posti a stretto contatto « Interpretazione e nuova dogmatica ».

Nuova dogmatica è in Mengoni l'espressione appropriata a sottolineare l'esigenza altamente epistemologica di una decisa affrancazione da ogni ingessatura di dogmatismo. Essa deve, infatti, consistere nella conveniente organizzazione del sapere ermeneutico in unità razionale, e si pone quale strumento per una corretta fondazione del sistema, garantendone la razionalità in forza della sua preziosa funzione di controllo. Ma si precisa anche subito, tenendo dietro all'insegnamento di Esser, che i cosiddetti dogmi sono « soltanto principii euristici, formule saggiatorie »⁽⁸¹⁾, devono insomma sempre fondarsi sul problema, sulla combinazione indispensabile tra pensiero problematico e pensiero sistematico.

Un esempio illuminante è, per Mengoni, il fecondo lavoro di dottrina e prassi sull'articolo 2043 del Codice Civile, dove si sancisce il principio della colpa in tema di responsabilità extracontrattuale; un articolo che appare a Mengoni « coerente con le esigenze della politica di *laissez faire* »⁽⁸²⁾ ma fuori del tempo attuale di capitalismo maturo. Entrano, però, in azione congiuntamente il pensiero problematico e il pensiero sistematico, il primo utilizzando argo-

⁽⁸¹⁾ *Dogmatica giuridica* (1988), ora in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., p. 52; *Interpretazione e nuova dogmatica*, cit., p. 71.

⁽⁸²⁾ *Dogmatica*, cit., p. 54.

menti forniti anche dalla analisi economica dei costi e dei benefici a favore di una diversa soluzione, il secondo con l'analisi dogmatica chiamata a « reperire nell'ordinamento indici normativi dai quali sia possibile derivare per una costellazione di casi un criterio di imputazione (ad esempio, il criterio del rischio d'impresa) diverso dal concetto di colpa » (83).

Nuova dogmatica, che non può non fare i conti con la interpretazione rinnovata dal di dentro grazie alla nuova ermeneutica: è un messaggio emesso nella sua compiutezza nel 1988. Cinque anni dopo, nel '93, c'è un passo ulteriore da fare, e questo passo non può non consistere nello sforzo di costruzione « Per una dogmatica dei diritti fondamentali » (84). Cosciente dei « nuovi compiti che si propongono alla dogmatica giuridica nella fase attuale della dottrina civilistica », Mengoni è convinto che debba essere « caratterizzata dalla raggiunta consapevolezza dell'incidenza dei principi costituzionali nell'ordinamento dei rapporti privati e del carattere non meramente cognitivo del ruolo del giudice, ma partecipativo ai processi di formazione del diritto » (85).

Nel 1993 egli è da sei anni giudice costituzionale, ed ha trovato lì una palestra idonea a manifestare le proprie convinzioni epistemologiche maturate in decenni di continua riflessione. Basterebbe pensare a certe sentenze in tema di diritto di famiglia e delle successioni, o su problemi gius-lavoristici, che lo hanno visto relatore e redattore, e dove un complesso di motivi e di ispirazioni trova un esplicito riconoscimento. Sintonia con tutto il suo itinerario, nel quale ininterrotta *ricerca* culturale e tecnica e *convinzioni* etiche si armonizzano dandoci quel volto unitario del personaggio di cui si discorreva all'inizio. Il messaggio unitario fa risaltare anche la indiscutibile tipicità — mi verrebbe voglia di dire: la irripetibilità — di questo grande giurista italiano.

(83) *Dogmatica*, cit., pp. 54/55.

(84) Il contenuto del saggio fu esposto oralmente durante le *Giornate in onore di Angelo Falzea* tenute a Messina il 15/16 febbraio 1991, ma pubblicato negli 'atti' relativi nel 1993 (Milano, Giuffrè).

(85) *Per una dogmatica dei diritti fondamentali*, cit., p. 48.

FRANCESCO SAVERIO NISIO

IL GIURISTA-MASSA E IL NON-GIURISTA.
CARBONNIER FILOSOFO

Le arti del Novecento hanno lasciato in eredità un osservatore sociale di nuovo tipo: il primo autobiografo delle folle, Canetti; due cineasti dai mille sguardi dentro l'immagine, Godard e Oliveira; un giurista-massa, Carbonnier. Esiste già uno storico del pensiero plurale?

1. Negli scritti di Jean Carbonnier è sempre percepibile un'aderenza rigorosa al senso delle parole: senza aver bisogno di esprimersi in sterile stile analitico; né dovendo prendere in considerazione esplicitamente, *en philosophe*, il tema del linguaggio (in ciò obbedendo alla « distinzione dei generi », e lasciando l'incombenza all'amico e collega di Facoltà, Michel Villey); nondimeno, non c'è pagina a sua firma nella quale non si percepisca, netta, la ricerca dell'espressione necessaria, del termine adeguato.

Vi è una necessità del linguaggio, come vi è una necessità del diritto: Savigny non è lontano. E linguaggio e diritto esprimono questa necessità *costringendo*. Nel caso del linguaggio, la costrizione è al senso delle parole. Carbonnier si obbliga, anche soggettivamente, ad utilizzare parole necessarie. *Entia Non Sunt Multiplicanda Praeter Necessitatem*.

« Necessità »: difficile offrire una definizione del vocabolo, ma certamente con esso si esprime al meglio l'esperienza di un'idea, o immagine, che è al contempo un'azione, una costrizione, che all'individuo viene dall'esterno, dalla società. Nel caso del diritto: un obbligo che impone un comportamento. Quel vocabolo è dunque il segno d'un processo di metamorfosi in corso: che l'etimo sia dal lat. *Nec*, « Non » + *Cessus*, da *Cedere*, « Cadere, venir meno », e dunque

« Incessante, continuo, senza fine »; o che provenga da un radicale lat. *Nac-*, « Raggiungere, conseguire »; ebbene sempre si percepisce, nel senso del vocabolo, un movimento che passa oltre le forme date, le trasforma, le riformula, le modifica. La necessità di un comportamento segnala che una metamorfosi s'impone.

Incessante metamorfosi dell'esteriorità (linguaggio, diritto) che si trasforma in grazia di un'interiorità (idea, immagine) che la ridefinisce, in un continuo capovolgimento fra immagine e cosa, interiorità ed esteriorità, oggetto e idea, dove i contrari — soggetto e oggetto, idea e realtà — sono sempre presenti ma sempre in movimento, in reciproca alternanza, intreccio e capovolgimento. La razionalità (il linguaggio, il diritto) è un breve ed intenso spazio di ordine nel caos di incessanti metamorfosi (la percezione del linguaggio, del diritto, da parte di chi vi partecipa).

Anche ciò mostra come lo sguardo di Carbonnier fosse lo sguardo del sociologo — certamente, del sociologo del diritto —, discepolo impersonale d'una tradizione sociologica cui egli si ricollegava con estrema determinazione, rinnovandola. Si tratta, evidentemente, della tradizione durkheimiana. Un'appartenenza d'ordine innanzitutto epistemologico, beninteso, non semplicemente disciplinare o accademico. Una tradizione che peraltro è sopravvissuta, e bene, pure in Bourdieu, segnatamente sotto il profilo dell'attenzione al linguaggio come fatto sociale, alla sua dimensione oggettiva o, per essere durkheimiani, al suo esser cosa.

Essendo usato da tutti, nonché al meglio distribuito fra tutti, il linguaggio — le parole — non soffre di appropriazione privata (Wittgenstein non è lontano), dunque non può esserci un diritto privato, particolare, che ne regoli i significati. I significati sono pubblici, collettivi, dettati principalmente dall'uso (« Non rifiutiamo al diritto oggettivo la specie di privilegio che *l'uso* gli riconosce sulla parola *diritto* », Carbonnier, *Écrits*, 1012), e dunque quei significati costringono, obbligano, anche se può mancare la coscienza soggettiva di quella condizione. E la costrizione altro non è che la legge della pratica (il gr. *Pratto*, « Tratto, faccio, tento di raggiungere un fine », la radice sscr. *Par= Pra-*, « Passar oltre, attraverso », donde il gr. *Perao*, « Penetro », *Peirao*, « Attraverso i mari »), il movimento continuo della vita e delle sue infinite necessità.

2. Non c'è bisogno di riprendere nel dettaglio alcuni dei punti fondamentali de *Le Regole del Metodo Sociologico* di Durkheim, in particolare nei primi due capitoli, per verificare il legame vivente che Carbonnier intratteneva con quella scuola su questi temi, in particolare sul linguaggio come fatto sociale.

Eccone un veloce elenco, cominciando dal principio esperienziale che « L'essere umano non può vivere in mezzo alle cose senza farsene delle idee, in base alle quali egli regola la propria condotta » (Durkheim, *Regole*, 64): la sensazione, non il concetto astratto, come punto d'avvio della riflessione, dunque l'importanza delle prenozioni, « Delle quali ci serviamo per gli usi correnti della vita quotidiana, [e la cui esistenza] non possiamo immaginare di metter in dubbio, dato che le percepiamo allo stesso tempo in cui percepiamo noi stessi » (ivi, 68); l'esteriorità dei fenomeni sociologici, appunto il loro esser necessari perché collettivi, dunque costrittivi — impongono metamorfosi — nella prospettiva della coscienza individuale, poiché sono « Prodotti di ripetute esperienze e traggono dalla ripetizione, e dall'abitudine che ne risulta, una sorta di ascendente e di autorità. Noi le sentiamo resisterci, quando cerchiamo di liberarcene. E non possiamo non guardare come reale ciò che si oppone a noi » (*ibid.*); la costruzione delle nozioni vere e proprie, attraverso la definizione dei loro caratteri esteriori, partendo dalle parole quotidiane come riferimento orientativo, ma sostituendole se necessario nel corso dell'osservazione; infine, la corrispondenza (vale a dire il continuo, possibile capovolgimento dei punti di vista) che si dà tra la nozione derivata dall'osservazione e la realtà, « Ciò che si oppone a noi ».

Va solo aggiunto che tutto ciò configura un metodo per la sociologia, consistente nel « Non prender mai per oggetto di ricerca altro che un gruppo di fenomeni precedentemente definiti sulla base di alcuni caratteri esteriori che sono loro comuni, comprendendo nella stessa ricerca tutti quelli che rispondono a questa definizione » (ivi, 85). Il metodo, dunque, include il parallelismo tra definizione e campo di osservazione: cambiare campo operativo è ben possibile, ma ciò richiede mutare al contempo definizione, giustificandone una differente. Anche questo significa costrizione da parte del linguaggio, in base alla sua natura collettiva e al suo potere di indurre metamorfosi.

Certamente, quest'impostazione conoscitiva può con difficoltà esser ricondotta ad una posizione definibile semplicemente « positivista », sicché anche in questo caso si può far uso della formula che Carbonnier utilizza in riferimento a se medesimo (in Arnaud, *Jean Carbonnier. Un juriste dans la cité*, 63): questa posizione *conoscitiva* è un « positivismo [*al centro c'è il fatto, sì, ma sociale*] relativizzato da una dottrina dei due regni » — salvo che, stavolta, non si deve far riferimento a Lutero per dar senso alla formula, bensì ancora a Durkheim e al suo *Homo Duplex*, in relazione al quale egli stesso impiegava l'espressione « Due Regni » (*Regole*, 59, dove peraltro si traduce *Deux Règnes* con « Due Nature »). Durkheim parla infatti, esplicitamente, della « Dualité de Nature » dell'essere umano (ivi, 57, correttamente tradotto), riferendosi al campo sociologico, cioè collettivo, e a quello socio-psichico, privato (si veda ivi, 56-59).

Una posizione ontologica di tal fatta — si tratta, beninteso, di ontologia sociale — tutto fornisce fuorché una prospettiva « semplicemente » positivista. E del resto Durkheim, in quegli stessi capitoli delle *Regole*, critica la sociologia del suo tempo la quale, « Fino ad oggi, ha più o meno trattato non di cose, ma di concetti », riferendosi esplicitamente alle opere di Comte e al suo oggetto d'indagine principale: un'idea, non un fatto, « Il progresso dell'umanità nel tempo » (ivi, 69).

3. Volgendosi alla sociologia applicata alla cosa giuridica, tutto quel che precede permette a Carbonnier di affermare che *C'è più di una definizione nella casa del diritto*. Infatti, nel breve e fondamentale saggio omonimo del 1990, il sociologo del diritto parte dalla constatazione che il diritto, oggetto in metamorfosi, « Si offre ad una molteplicità di definizioni » (Carbonnier, *Écrits*, 1012). Si trattava di uno stato di fatto evidenziato, tra l'altro, anche dall'inchiesta della rivista sulla quale egli pubblicava il proprio contributo accanto a quello di altri colleghi, precisamente sul tema *Definire il diritto*. Egli fa subito intendere, dunque, che la molteplicità essenziale cui egli si riferisce, nell'offrire la propria definizione di diritto, è quella della natura *Duplex*, complessa e non *Simplex*, della cosa da definire.

Si tratta della « Dualità dei punti di vista » che guardano al diritto: da un lato, « Osservare il diritto — un diritto — dal di fuori, come una cosa » (*ibid.*); dall'altro, offrire « Una definizione ontolo-

gica del diritto [*che non può*] costruirsi che dall'interno » (ivi, 1013). Si tratta dunque dell'osservazione e della vita, dell'oscillazione fra sguardo sociologico e dimensione ontologica, fra oggettiva analisi esteriore e punto di vista interno, in una dualità relazionale nella quale ognuno dei poli trae linfa dal rapporto col proprio contrario, il capovolgimento delle prospettive essendo continuo e spontaneo.

E il tutto avvenendo dentro un unico spazio (« La casa del diritto », ma si potrebbe anche dire: il suo « regno », il regno del diritto), dunque in una dimensione rigorosamente immanente. Se è vero quanto si è letto e cioè, come affermava Durkheim, che « L'essere umano non può vivere in mezzo alle cose senza farsene delle idee », allora anche per la nozione di diritto esiste una moltitudine, una massa di prospettive delle quali dar conto, e delle quali l'osservatore sociale deve tener conto. Qui si radica la prospettiva pluralista sul diritto, così cara a Carbonnier. Ed ognuna di quelle definizioni altro non sarà che un'ipotesi, data la sua natura soggettiva e dunque riferita all'ente *Homo*. Un'ipotesi dotata di valore sì, ma solo in quanto operativa: uno strumento insomma, reso significativo dall'uso che se ne fa, dalla capacità esplicativa che esso dispiega.

Detto di passaggio, questo si potrebbe definire il « realismo ipotetico » di Jean Carbonnier. Se si volesse scomodare il fantasma, si potrebbe anche parlare di « realismo fantasmatico ». E Carbonnier non a caso ha definito la propria prospettiva ontologica sul diritto in termini, appunto, ipotetici, indicandola come « L'ipotesi del Non-Diritto » (Carbonnier, *Flessibile diritto*, 25 ss.)

Non c'è bisogno, anche qui, di seguire nel dettaglio l'argomentazione del sociologo del diritto nel saggio concernente la definizione del diritto: basti ricordare che, dal punto di vista esterno, egli individua i criteri della giuridicità derivandoli dall'osservazione delle molteplici definizioni operative utilizzate nella ricerca sociologica a riguardo dell'attività del meccanismo giuridico. Egli individua quei criteri nella forza esecutoria (« La costrizione organizzata », emanante cioè da un potere espressamente organizzato a tal fine), e nella giustiziabilità (« Il dibattito in giudizio », la paradossale disponibilità del diritto a non esser messo in esecuzione) (Carbonnier, *Écrits*, 1013-14). Riassumendo in una formula: « Il giuridico, per essenza, è la violenza accompagnata dalla [*avec la*] facoltà di dubitare prima o dopo » (Arnaud, *Jean Carbonnier. Un juriste dans la cité*, 63).

Sul versante ontologico, invece — e si tratta, come detto, d'una ontologia immanente, di massa, sociale, « Costruita dall'interno, proiezione di diritto come lo percepiscono coloro che vi sono coinvolti attualmente o virtualmente », dunque un qualsiasi cittadino francese nel 1989 (Carbonnier, *Écrits*, 1013) —, Carbonnier individua tre immagini possibili con le quali il diritto viene pensato, dato che « La parola [*diritto*] non fa emergere nell'individuo sempre la stessa immagine »: il diritto in relazione al potere, alla forza dello Stato; il diritto senza leggi o tribunali statali, dunque senza formula esecutiva, un diritto prudenziale; infine, il diritto come giustizia trascendente, il diritto profetico. Più avanti si scenderà un po' più nel dettaglio.

4. Come si può notare, la filosofia di Carbonnier — perché, in fondo, di ciò si tratta, in un fecondo intreccio tra sguardo sociologico e prospettiva ontologica — si articola attorno ad una visione della cosa (nello specifico, della cosa giuridica) in continua metamorfosi, dunque una cosa che non possiede una forma osservabile con certezza, né definibile una volta per tutte sul piano ontologico. Si è letto, egli parla di « Proiezione di diritto » a partire dalla sensibilità, cioè dalla percezione che ne hanno quanti ne sono coinvolti, in un intreccio tra razionalità (linguaggio) ed emozione (sensazione, sentimenti, affetti) che è costitutivo dell'umano, dell'*Homo Duplex*, come ripetutamente affermato dall'unico maestro di cose filosofiche da Carbonnier esplicitamente riconosciuto, Lucien Lévy-Bruhl, in particolare ne *La Morale et la Science des Moeurs*. Al quale certamente può essere affiancato, come dice Arnaud (*Jean Carbonnier. Un juriste dans la cité*, 95), il grande Pascal, che vedeva ad un tempo presenti, nello spirito umano, *Géometrie* e *Finesse*.

Il linguaggio (espressione della natura razionale dell'essere umano, calcolatrice, misuratrice, regolatrice: « La ragione è la cosa al mondo meglio suddivisa », Carbonnier, *Écrits*, 1014) offre ai singoli — attraverso questa sua natura fantasmatica, metamorfica, fuggevole nel suo intrecciarsi fra misura e dismisura, calcolo e sensibilità — una dimensione nella quale il reale, la cosa, se si vuole l'oggetto, può trovare una corrispondenza, un parallelismo e, appunto, un'espressione, tramite l'intreccio di parola ordinaria (*Le mot vulgaire*, « il termine popolare », come si esprimeva Durkheim) e definizione.

Ordo Et Connexio Rerum Idem Hac Ordo Et Connexio Idearum, come si legge nell'*Ethica* spinoziana: parallelismo che *mostra* come il senso, il sentimento di quell'identità fra realtà e linguaggio sia integralmente depositato nel nesso esibito, appunto, nella visione o fantasma (gr. *Phaino*, « Presento alla vista »), vale a dire nel tener insieme i due lati d'una proposizione che può esser letta, essa pure, in continuo capovolgimento, da un lato all'altro e viceversa, intendone gli elementi. A quel nesso bisogna credere, aderire o, per usare un termine caro a Lévy-Bruhl, partecipare.

« Cos'è dunque questo diritto al quale non dovremmo *credere?* », come s'interroga Carbonnier sociologo del diritto — metodologicamente ateo e fornito di « Un occhio agnostico » (*Sociologie Juridique*, 157) — sulla copertina del manuale di sociologia giuridica (edizione 1994, copertina ahinoi! in seguito modificata; si veda comunque tutta la *Troisième Partie* del volume, ivi, 303 ss.). Ebbene sì, c'è anche una fede nel diritto con la quale fare i conti.

5. Spetta pur sempre alla molteplicità dei singoli dar *corpus* al fantasma, e in tema di diritto non si tratta di un *corpus iuris* « irrigidito », bensì di storia, interpretazione, riforme: « Il diritto autenticamente positivo è diritto che vive. Non *corpus* irrigidito, bensì pullulare di corpuscoli in movimento (basti pensare alle centinaia di migliaia di giudizi resi in fatto, o in equità). Non la superficie delle leggi nell'istante immediato, bensì lo spessore della loro storia, il loro passato che le solidifica in consuetudine, l'eventuale divenire riformatore che già le rende fragili. Non il testo nudo per ciò che pare esprimere, ma l'infinità delle interpretazioni concepibili, fino al loro opposto contrario » (Carbonnier, *Écrits*, 1014).

Si tratta, nel testo letto, della declinazione operativa di un approccio filosofico più ampio, visto che altrove Carbonnier parla del diritto come di « Una infinità di atomi dalle combinazioni aleatorie. [...] L'atomo è il *fenomeno giuridico*, varietà del fenomeno sociale. Per quanto l'osservatore possa afferrarli coi sensi, i fenomeni giuridici sono di un'evidente eterogeneità. Per citare solo qualche esempio: una seduta del Consiglio di Stato e una copia della Gazzetta ufficiale, una cerimonia di matrimonio e tutti i tipi di rapporti tra marito e moglie, una firma posta in calce a un atto e l'*atelier* di una fabbrica (gli operai sono obbligati per contratto), tutti possono essere guardati allo stesso

modo come fenomeni. Giurista, non sono anch'io un fenomeno giuridico? » (Carbonnier, *Sociologie Juridique*, 331-32).

Carbonnier, qui, mostra al meglio la propria natura di *giurista-massa*, espressione che va sempre riferita al profilo conoscitivo. Si è visto che l'individuo, cioè l'essere sensibile, vivente, è intrecciato al molteplice delle cose della natura — qui, della natura sociale — attraverso il fatto sociale del linguaggio (la parola, la definizione). Ed anche il diritto è intreccio di cosa espressa (i fenomeni giuridici, in particolare la regola di diritto — legge, consuetudine —, e il giudizio) e di sentimento (il punto di vista interno o ontologico, « Il diritto come lo percepiscono coloro che vi sono coinvolti attualmente o virtualmente »: si noti, Carbonnier dice « coinvolti », dunque *partecipi*, creatori a loro volta di nuovo diritto). Ebbene, il trattino che lega il singolo giurista alla massa dei consociati (dato che egli stesso o ella stessa partecipa della vita del diritto, ne è all'interno, il punto di vista dal quale egli o ella vede il diritto è quello di chi ne è parte costitutiva e ne pratica lo spazio interno in rapporto ai fenomeni che lo strutturano: legge, sentenza, interpretazione) è il segno di una complessità in atto, un intreccio già operativo nella sfera della conoscenza tramite linguaggio e definizione.

Detto di passaggio: si tratta di una complessità che non necessita di « teoria », cioè di costruzione di un linguaggio specialistico, per essere espressa. Si tratta di complessità declinata nell'esperienza linguistica ordinaria, sicché anche temi quali « paradigma » e « metodo » (Morin) diventano ridondanti.

Per averne conferma basterebbe rileggere il capitolo di *Sociologie Juridique* dal titolo *Le Droit Est Complexe* (331-85), ma ecco un esempio più diretto di questa « teoria » declinata in linguaggio ordinario: si tratta della chiusura della *Préface* alla prima edizione del *Droit Civil*, regolarmente riedita fino all'edizione conclusiva del 2004, la quale adesso potrebbe esser più comprensibile in rapporto al piano epistemologico e non solo nel suo valore quale « politica del diritto »: « Dobbiamo concludere con una precisazione di ordine personale: anche quando accadrà a questo libro di sembrar riflettere un partito preso (chi non ne ha?), si voglia ben sottintendere, al di là del partito preso, una *simpatia* davvero profonda per tutte le opinioni che dividono la dottrina, per tutti i *sentimenti* che fanno la Francia ». Notevole esempio di intreccio fra linguaggio (« Questo

libro »), partecipazione (« Simpatia ») e molteplicità dei singoli la quale si esprime mediante il parallelismo di cosa giuridica espressa e sentimento (« Tutte le opinioni che dividono la dottrina, [...] tutti i sentimenti che fanno la Francia »).

Francia: sia detto per inciso, si tratta di un *Ethnos* molto composito. Ma va subito specificato che si usa qui il termine *Ethnos* unicamente in senso storico, perché solo la vicenda storica, oggi, può legittimamente servire da referente per quel concetto: le lotte politiche che hanno dato volto attuale ad una popolazione, che inerisce ad un territorio definito.

Un *Ethnos*, allora, al contempo « Voltaireiano e Hugoliano » (Carbonnier, *Écrits*, 1951), del quale il giurista-massa condivideva — in spirito di laicità — il sentimento di minoranza, e la tensione pluralistica sul piano *lato sensu* politico, di almeno due fra le sue storiche componenti: per fede religiosa personale, quella riformata di confessione calvinista, un'appartenenza ben nota e sulla quale non c'è qui bisogno di dilungarsi.

Per prossimità intellettuale, e di amicizia personale, quella ebraica, date le durevoli relazioni di amicizia intrattenute con la famiglia Lévy-Bruhl, in particolare col figlio di Lucien, Henry, anche suo collega di Facoltà; nonché a motivo del debito intellettuale, pubblicamente riconosciuto, contratto con pensatori ebrei del calibro di Lévy-Bruhl padre, Durkheim, Frédéric Rauh e — non ultima — con l'*Ethica* di Spinoza. Senza dimenticare lo studio della lingua ebraica in gioventù, così come la frequentazione della sinagoga di Bordeaux negli anni Trenta, anche a motivo dei suoi interessi biblici indirizzati in particolare verso l'Antico Testamento (cfr. *ivi*, 20).

6. In questo spazio conoscitivo, *non-giurista* sarà invece il sociologo che *non vede la necessità*, vale a dire il senso e il carattere costrittivo della definizione del diritto centrata su forza esecutoria e giustiziabilità. Si badi bene: colui che non vede *i due insieme* — nello stesso tempo, *uno intuitu* —, e cioè non vede al contempo la definizione (visione dal di fuori) e la necessità di quella definizione (« Proiezione di diritto » dall'interno).

Come detto, nulla vieta di cambiare definizione, ma ciò richiede argomentazione al fine della costruzione di una nuova definizione del diritto la quale, a sua volta, tenga conto di tutte le definizioni del

diritto operative nell'osservazione — il rischio essendo, altrimenti, di non più rispettare la « distinzione dei generi » (che è una distinzione analitica, operativa), e dunque far altro che lavoro sociologico.

Al fine di non-partecipare alla vita del diritto, in tal modo diventando immediatamente anche altro dal giurista-massa, è sufficiente dunque separare i due punti di vista, tenendosi legato solo all'uno o solo all'altro di essi, in tal modo negando ad esempio rilevanza ad una delle definizioni del diritto presenti nel dibattito. E la non-partecipazione alla vita del diritto si determina anche sottraendo rilevanza (o dichiarando, e praticando, la propria estraneità) ad uno dei molteplici modi nei quali il diritto è reso operativo.

Afferma Carbonnier: « I sociologi che non sono pienamente giuristi, e si potrebbe anche dire: professionalmente giuristi, prendono il diritto così com'è. Lo conoscono, lo prendono anche alle fonti migliori, ma non partecipano essi stessi al lavoro creativo. Essi affermano che non è il loro ruolo, e dicono: "Non è roba nostra". Prendono il diritto così com'è. Di colpo, non sono veramente giuristi. Forse mi esprimo male. [...]. Il sociologo del diritto è qualcuno che sta al di fuori. Egli guarda al diritto. Si consideri quest'immagine: in una foresta vergine il diritto sono le liane, l'insieme [*un massif*] delle liane, estremamente imbricate fra loro: questo è il diritto. Il giurista è al suo interno, è il pappagallo che sta fra i rami [*la foresta infatti è la casa degli uccelli*], ogni volta che parla egli fa muovere i rami; mentre il sociologo sta fuori e non può farli muovere. Egli non è pienamente nel diritto. Questo era quello che diceva Durkheim, "*Bisogna saper considerare l'oggetto sociale come una cosa*". La difficoltà [*per il sociologo del diritto*] consiste nello star fuori, tuttavia possedendo lo spirito del giurista. Lì è la contraddizione » (in Arnaud, *Jean Carbonnier. Un juriste dans la cité*, 48-49).

Come si vede, per esser giurista-massa bisogna pur esser in condizione di « far muovere i rami », oltreché guardare al diritto dal di fuori. Il giurista-massa ha questo potere, cioè partecipa di questa dimensione collettiva attraverso la propria sensibilità al diritto — il punto di vista interno, dettato in particolare dalla propria cultura giuridica —, la quale si esprime nel toccar con mano il « ramo », ovvero il diritto positivo (si pensi all'opera di legislatore di Carbonnier), poi anche operando in giudizio o dedicandosi all'interpreta-

zione delle norme (e qui si tratta del manuale di diritto civile nei caratteri a stampa grossi, dedicati al diritto positivo e dogmatico).

Se dunque sensibilità significa anche, in un senso più ampio e meno tecnico, capacità di far muovere il diritto, partecipare alla sua vita, trasformarlo, modificarlo, e ancora rivendicarlo o anche astenersene, ecco come Carbonnier descrive (*Écrits*, 1013-16) le tre modalità possibili di rapporto al diritto — all'immagine del diritto — intrattenute interiormente dalla « Francese qualunque », la massa dei cittadini: relazione col potere o forza dello Stato (« Il diritto nel campo della forza », insomma il diritto positivo); diritto che fa a meno della forza, lontano dallo Stato (« Il diritto senza obbligo né sanzione », un diritto che decide senza formula esecutiva, che transige e concede, espressione di ragionevolezza, sociabilità, saggezza o prudenza); e ancora un diritto altro, cioè il diritto al di là dei diritti: la ricerca della giustizia, « Spazio metafisico nel quale i pensieri sono orientati in base alla sensibilità personale ed anche, sovente, da un incomunicabile effetto di rivelazione ».

Non c'è peraltro spazio, qui, per infine seguire nel dettaglio i riferimenti che Carbonnier dissemina nel *Droit Civil* alla necessità per legislatore e giudice di esser sempre sensibile — appunto, quale antidoto alla sempre possibile deriva pangiurista — alla percezione del proprio limite, vale a dire alla possibilità del ritiro, o della ritirata, dinanzi al non-diritto. Esempi di un tale rapporto al proprio limite sono: l'equità nel giudicare; la consapevolezza che la maniera migliore per regolare alcune materie è quella di non legiferare, dunque evitando di « Far troppo diritto »; il giudicare e legiferar « Tremando »; considerare la possibilità del « Diritto di compromesso [... anche sotto un aspetto...] più psicologico [*che politico*], nel senso di evitare che la nuova legge colpisca nella loro sensibilità i sostenitori della vecchia legge; bisogna aver cura d'una parte della popolazione, se la popolazione è divisa » (Carbonnier, *Écrits*, 1554).

È questione, ancora e sempre, di capacità di metamorfosi, di intreccio, di trasformazione dell'oggetto diritto nel gioco fra i punti di vista. Complessità in atto, dunque.

E altrettanta complessità è all'opera nell'intreccio fra diritto e non-diritto. *Il Diritto tra Diritto e Non-Diritto*: è questo il titolo di un altro saggio di Carbonnier, scritto nel 1992 (ivi, 262 ss.). Quel titolo potrebbe suonar nulla più che gioco di parole ad un lettore figlio

dell'epoca presente, epoca nella quale è andata perduta la consapevolezza dell'articolazione collettiva, sociale, del linguaggio (dimensione sociale ancora riconosciuta, peraltro, da filosofi del diritto del Novecento quali Villey e Dworkin, e da osservatori sociali quali Mary Douglas e Bourdieu). Se ogni singolo è intrecciato al molteplice, di cui è parte, allora la stessa cosa vale pure nella sfera della conoscenza per ogni definizione possibile, e dunque anche quella concernente la conoscenza del diritto.

Quel titolo — si noti che altrove Carbonnier parla di « Diritto del Non-Diritto » (ivi, 1015) e di « Diritto al Non-Diritto » (ivi, 1525 ss.) — fa comprendere come il diritto stesso debba confrontarsi col proprio contrario, movimento che rende qualsiasi definizione del diritto ipotetica, provvisoria, fantasmatica. Ogni definizione del diritto esige, come necessario e costrittivo, il passaggio per l'immaginario, il simbolico, la credenza. Carbonnier parla, in effetti di « Attraversamento del Simbolico » (cfr. Arnaud, *Jean Carbonnier. Un juriste dans la cité*, 29).

Ancora una volta, una logica complessa è qui all'opera. L'oggetto — se di oggetto si può, propriamente, parlare — è dato nell'intreccio fra sé e il suo contrario; e solo nel rapporto col proprio contrario (per il diritto, col non-diritto), si può vedere l'oggetto, il diritto, nella luce più corretta. Detto in altri termini: la sfera giuridica, confrontata alle altre norme sociali — qui Bourdieu conferma che ogni campo sociale (economia, scienza, religione, politica, ecc.) è, *ipso facto*, campo regolato da norme o, come direbbe Wittgenstein, *Lebensform*, « forma-di-vita » e ancora, come direbbe Durkheim, fatto sociale —, ebbene, la sfera giuridica *percepisce* (cioè, i giuristi-massa percepiscono) la propria (la loro) partecipazione alla sfera normativa complessiva e ne viene relativizzata, comprendendosi quale parte, e dunque all'occasione disponendosi al meglio per un « ritiro » dal campo normativo; se non dovendosi adattare, al peggio, ad una « ritirata », rispetto all'incalzare di altre logiche normative (Carbonnier, *Flessibile diritto*, 27).

È vero, Carbonnier parla della sociologia giuridica quale scienza « ausiliaria » del diritto: ausiliaria nell'immane sforzo che compete al diritto, data « La singolare malleabilità e la capacità unica, che esso possiede, di organizzare tutte le altre organizzazioni » (Carbonnier, *Écrits*, 994; *Sociologie juridique*, 15), di *partecipare* alla

regolazione della vita associata nel suo intero, in relazione ad altre sfere normative. Insomma, Carbonnier fa capire che si tratta di aiutare il diritto dogmatico in un compito rispetto al quale esso mostra deficienze operative, causate dalla sempre possibile mancata percezione del proprio limite.

Cionondimeno, egli definisce la sociologia giuridica soprattutto quale « Scienza antidoto »: « Diritto comparato, storia del diritto, sociologia giuridica [...]: quando dobbiamo definire la loro relazione col diritto dogmatico, noi parliamo volentieri di scienze ausiliarie, se non ancillari, del diritto. Ausiliarie? L'espressione non è delle più felici, se essa fa pensare a qualche missione di rinforzo, laddove la realtà è all'opposto. Più che come scienze ausiliarie, è nel loro essere scienze antidoto che converrà qualificarle — antidoto al diritto dogmatico. Quanto alle metafore tratte dallo schiavismo, se ce ne volesse una in assoluto, sceglieremmo quella dell'*imperator* prudente, che non manca d'installare accanto a sé dei servitori, domandando loro di ricordargli ad alta voce che è mortale » (Carbonnier, *Ècrits*, 950). Ed è noto che i vocabolari, quando devono definire il significato della parola « antidoto », fanno ricorso al veleno rispetto a cui trovare difesa, ovvero al concetto di « rimedio »...

In tal modo, qualsiasi definizione di diritto non può non tener conto (ecco l'« antidoto ») della relazione che il diritto — quale ne sia la definizione — intrattiene, costitutivamente, col non-diritto, cioè con le altre sfere sociali, altrettanto capaci di regolazione normativa. E ciò significa che il campo che si costruisce attraverso costrizione organizzata e giustiziabilità (dunque, il campo giuridico) non potrà non tener conto delle differenti sfere normative che lo circondano, e questo precisamente attraverso la doppia cultura, cultura dogmatica partecipante e cultura sociologica relativizzante, che i giuristi-massa avranno elaborato *dall'interno della sfera giuridica*. Situazione che Carbonnier, per inciso, definisce, come si è letto poco sopra, di « Contraddizione ». Contraddizione, antidoto...

7. Non sembri un gioco di astrazioni concettuali, « dialettico », quello fin qui esposto: in campo normativo, l'oscillazione dei contrari (per la quale la famosa immagine del Tao rimane sempre il simbolo migliore: un cerchio attraversato da un diametro a due curve, il quale disegna due forme eguali e capovolte, due contrari o

principi in alternanza) apre alla metamorfosi, alla pluralità delle forme possibili per il diritto, nel passaggio incessante, storico — si tratta, evidentemente, di una « storia fantasmatica » — del principio dominante da un campo all'altro. Infatti, adesso diventa comprensibile come propriamente « diritto » — cioè quel « diritto » che si vede nel gioco fra « diritto » e « non-diritto » — sia tutto ciò che, nel tempo e nelle trasformazioni, dunque nella storia, è servito da giustificazione, attraverso le definizioni che ne venivano date, per la pratica costrittiva necessaria all'ordinamento della società.

Consuetudine, diritto giurisprudenziale, diritto naturale, *Lex*, *Stare Decisis*, diritto positivo, diritto flessibile ed oggi anche *Governo & Governance*: ecco alcuni nomi del diritto quale cosa, quale fatto sociale, accanto ai quali altri se ne daranno in futuro. Ma se dunque diventa così rilevante la logica del movimento e dell'oscillazione fra i contrari (se dunque il diritto, al fine di percepire la propria identità, deve volta a volta far di conto con la storia, la religione, l'economia, la politica, la morale, l'antropologia, la psicologia: si tratta dei « piccoli caratteri » del *Droit Civil*), ciò significa che non c'è spazio per una teoria « scientifica », e men che meno « pura », del diritto e del suo rapporto con la società.

Carbonnier parla di una scienza del diritto e di una sociologia giuridica entrambe « Senza rigore », dovendo la teoria far di conto con ambiti conoscitivi che per definizione rifuggono da una dimensione calcolistica ed astrattamente misuratrice (si pensi al sapere storico, o alle vicende « singolari » in campo religioso e morale). Ovvero con dimensioni normative dell'esperienza quali i *Mœurs*, i costumi (nel loro senso più ampio), approcciabili solamente tramite documenti espressivi di natura artistica e letteraria (romanzi, cinema, pittura, poesia), ovvero tramite indagini conoscitive di natura quantitativa (i sondaggi) che restituiscono un'immagine « generica » nel senso migliore del termine, vale a dire indifferenziata, media, anonima. Non è dunque un caso che il sottotitolo di *Flessibile Diritto* rinvii esattamente ad *Una Sociologia del Diritto Senza Rigore*. E si sarà compreso in quale senso il « Senza Rigore » riguardi, al contempo, sia la sociologia giuridica, sia — e forse soprattutto — il diritto, il quale saprà far ben uso delle « scienze antidoto ».

Si dovrebbero aggiungere molte altre cose al fine di offrire ad un lettore contemporaneo una disamina completa di un pensiero

talmente ricco e complesso — e il riferimento temporale serve solo ad indicare i problemi differenti cui oggi tutti si trovano dinanzi, rispetto a quelli del Novecento attraversato con occhi ben aperti da Carbonnier. Bastino nondimeno gli argomenti esposti, argomenti coi quali provare ad ipotizzare in qual modo, oggi, il giurista-massa avrebbe reagito alle trasformazioni in corso, sotto il suo sguardo, nella sfera giuridica e in quella normativa in senso ampio.

Ma è anche vero che Carbonnier non è più fra noi, e a maggior ragione quelle risposte, adesso ed ancor più di prima, competono a tutti, perché tutti vivono nella storia — o, forse, perché tutti sono la storia.

Riferimenti bibliografici

Volumi

- A-J. ARNAUD, *Critique de la Raison Juridique. 2: Gouvernants Sans Frontières*, LGDJ, Paris 2004 (recensione in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 33-34, 2004).
- A-J. ARNAUD, *Jean Carbonnier. Un juriste dans la cité*, Paris, Lgdj (Collana Droit et Société «Classics»), 2012.
- J. CARBONNIER, *Droit Civil* [1955], Paris, Puf, 2004.
- J. CARBONNIER, *Flexible Droit* [1969], Paris, Lgdj, 2001; tr. *Flessibile diritto*, Milano, Giuffrè, 1997.
- J. CARBONNIER, *Sociologie juridique* 1978, Paris, Puf, 2004.
- J. CARBONNIER, *Écrits*, Paris, Puf, 2008.
- E. DURKHEIM, *Les Règles de la Méthode Sociologique* [1895], Paris, Puf/Quadrige, 2002; trad. *Breviario di sociologia. Le regole del metodo sociologico*, Roma, Newton Compton, 1981.
- L. LÉVY-BRUHL, *La Morale et la Science des Mœurs* [1903], Paris, Puf, 1971.
- E. MORIN, *Introduction à la Pensée Complexe* [1990], Paris, Seuil, 2005; trad. *Introduzione al pensiero complesso*, Milano, Sperling & Kupfer, 1993.
- R. VERDIER (a cura di), *Jean Carbonnier. L'Homme et l'Œuvre*, Paris, Presses Universitaires de Paris Ouest, 2012.

Temi

Su *interno/esterno* in sociologia giuridica

- A-J. ARNAUD, *La valeur heuristique de la distinction interne/externe comme grande dichotomie pour la connaissance du droit: éléments d'une démystification*, in «Droit et Société», 2/1986 e 3/1986.
- J. CARBONNIER, *La sociologie juridique en quête de ses frontières* [1974], in J. Carbonnier, *Écrits*, a cura di R. Verdier, Paris, Puf, 2008.
- J. CARBONNIER, *Il y a plus d'une définition dans la maison du droit* [1990], in J. Carbonnier, *Écrits*, a cura di R. Verdier, Paris, Puf, 2008.

- S. LEADER, voce *Interne/Externe (Perspective)*, in *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*, Paris, Lgdj, 1993.
- F. OST - M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une Théorie Critique du Droit*, Bruxelles, FUSL, 1987.
- F. OST, *Défense et illustration d'une distinction*, in « *Droit et Société* », 2/1986.
- J-F. PERRIN, *À propos de la controverse concernant la distinction interne-externe*, in « *Droit et Société* », 3/1986.
- C. VARGA, *Domaine « externe » et domaine « interne » en droit*, in « *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques* », 14, 1985.

Sul rapporto Spinoza-Durkheim

- Y. CITTON-F. LORDON (a cura di), *Spinoza et les Sciences Sociales. De l'Économie des Affects à la Puissance de la Multitude*, Paris, Éditions Amsterdam, 2008.
- E. GILSON, « *Universitas Magistorum...* », in E. GILSON, *Le Philosophe et la Théologie* [1960], Paris, Vrin, 2005.
- C. LAZZERI, « *Spinoza et Durkheim* », in A. TOSEL - P-F. MOREAU - J. SALEM (a cura di), *Spinoza au XIXe Siècle*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2007.
- D. A. NIELSEN, *Three Faces of God. Society, Religion, and the Categories of Totality in the Philosophy of Emile Durkheim*, Albany, State University of New York Press, 1999.

Su Lévy-Bruhl e l'intreccio razionalità/emozioni nella scuola durkheimiana (e oltre)

- L'Autore fa riferimento anche ai propri interventi in argomento (elencati in ordine cronologico), che immagina possano interessare il lettore del presente saggio.
- Sociologia Ethica in Halbwachs*, in F. S. NISO, *Comunità dello Sguardo. Halbwachs, Sgalambro, Cordero*, Torino, Giappichelli, 2001.
- Partecipazione come Scientia intuitiva. Lévy-Bruhl e Spinoza*, in « *Revue Philosophique de la France et de l'Étranger* », 3, 2005.
- Nondum Tradiderunt Oblivioni. Conoscenza nella tradizione e campo giuridico*, in AA.VV., *Tradizione Civilistica e Diritto dei Contratti*, Milano, Giuffrè, 2006.
- Metamorfosi di Bourdieu. La mistica, il diritto, la storia*, in « *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* », 35, 2006.
- Jean Carbonnier, ou la filiation entre sociologie et tradition*, in « *L'Année Sociologique* », 2, 2007.
- Spinoza con Villey. Il diritto sub specie aeterni*, in « *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* », 37, 2008.
- Recensione a R. SACCO, *Antropologia Giuridica. Contributo a una Macroistoria del Diritto*, Bologna, Il Mulino, 2007, in « *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* », 38, 2009.
- Manoel de Oliveira. Cinema, parola, politica*, Recco (Ge), Le Mani, 2010.
- Ethica e politica in Canetti*, in « *Iride. Filosofia e Discussione Pubblica* », 61, 2010.
- Lucien Lévy-Bruhl et Jean Carbonnier. Expérience mystique et droit*, in R. Verdier (a cura di), *Jean Carbonnier, l'Homme et l'Œuvre*, Paris, Presses Universitaires de Paris Ouest, 2012.
- Michel Villey et Jean Carbonnier, autour de la « participation »*, in R. Verdier (a cura di), *Jean Carbonnier. L'Homme et l'Œuvre*, Paris, Presses Universitaires de Paris Ouest, 2012.

La terra del non-diritto, in A. Germanò - D. Viti (a cura di), *Agricoltura e « Beni Comuni »*, Milano, Giuffrè, 2012.

S. DEPRez, *Lévy-Brubl et la Rationalisation du Monde*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2010.

F. KECK, *Lévy-Brubl. Entre Philosophie et Anthropologie*, Paris, CNRS, 2008.

BARTOLOMÉ CLAVERO

GRACIA Y DERECHO
ENTRE LOCALIZACIÓN, RECEPCIÓN Y GLOBALIZACIÓN
(LECTURA CORAL DE LAS VÍSPERAS
CONSTITUCIONALES DE ANTÓNIO HESPANHA)

[T]al como os astrónomos fizeram com o agora malogrado Plutão, possamos prever todas estas características sempre que haja uma base empírica que torne altamente provável a gestação de um sistema político deste tipo [o sistema centrífugo das vésperas do Leviathan]. Só que, no caso concreto, a comprovação empírica está aí à mão. Cada manifestação de uma nova adaptação contextual ainda reforça a validade do modelo, mostrando como ele é capaz — ao contrário dos modelos políticos universalistas que virão depois — de incorporar os localismos e reverberar as diferenças.

António Manuel HESPANHA, 2007

1. Ofrenda, escenario, propósito. — 2. La gracia, la historia, el derecho. — 3. Historia general, historia local, historia colonial no localizada. — 4. La recepción incluso pacífica como piedra de toque en la historia del derecho. — 5. Ikea (sic) como teoría de trasplantes para el pasado, en el presente y cara al futuro. — 6. Entre historia y actualidad, recepción y globalización. — 7. La invención de Plutón y su extensión analógica. — 8. Heautontimorumenos sumarásimos.

1. *Ofrenda, escenario, propósito.*

Estas páginas se conciben y producen como brindis a António Manuel Botelho Hespanha con motivo de su jubilación oficial. António Hespanha es el autor con quien más he congeniado y con cuya obra más ha sintonizado en momentos la mía desde nuestra lejana juventud, hasta el punto de que algún émulo de Lucio Mestrio

Plutarco de Queronea podría reducir nuestras trayectorias a perfiles paralelos de vitalidad fosilizada. Rendir homenaje en vida tiene este sabor agridulce de celebrar una obra en marcha como si estuviera acabada. Pues citaré sobre todo de escritos recientes de Hespanha, mal evitaré la falsa impresión de que son los últimos y de que no ha de esperarse más ⁽¹⁾.

Más, bastante más, espero; confieso que con egoísmo para mi solaz y provecho. Cuando llegamos a una edad en la que han de irse descartando temas de trabajo dilectos porque ya se ha extinguido la alucinación juvenil de infinitud del tiempo y ubicuidad en el espacio, puedo esperar que Hespanha se ocupe de asuntos sobre los que me gustaría volver y a los que, apurando la vida a más afectos, renuncio ⁽²⁾. Digo esto no sólo por auspiciar la complementariedad en el paralelismo, sino sobre todo por recalcar hasta qué punto la obra de Hespanha está todavía abierta prácticamente de par en par. No es tan sólo un presente granado lo que celebramos, sino también un futuro que promete. Hay viejas promesas que lo son precisamente por haber cumplido como promesas jóvenes ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Gerald MARTIN, *Gabriel García Márquez. Una vida*, Bogotá, Random House, 2009, pp. 587 y 664: “No quiero homenajes póstumos en vida” (a Colombia, aunque de entrada extrañe, habrá razones para acudir luego). Respecto al momento de la fosilización, cierro estas páginas a finales de diciembre de 2011. El repaso sistemático de la direcciones de Internet lo efectué a principios de ese mes. Una primera parte aligerada aparecerá en un volumen de homenaje promovido por allegados a Hespanha de la academia portuguesa (Nuno Gonçalo Monteiro, Maria Teresa Belezza, Mafalda Soares da Cunha, José Subtil, Ângela Barreto Xavier, Cristina Nogueira da Silva, Pedro Cardim y Nuno Camarinhas), a quienes debo, con su invitación, el impulso de este trabajo. Escribo estas páginas pensando en una lectura no sólo desde la historia del derecho, sino también desde la historia y desde el derecho, por lo que consigno algunos datos editoriales y otros de los que, de dirigirme a círculo adepto a especialidad, pudiera hacerse gracia.

⁽²⁾ A.M. HESPANHA, *Imbecillitas. As bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades de Antigo Regime*, São Paulo, Annablume, 2010, por ejemplo, con razones que expresaré y aún con discrepancias que registraré. Ha sido el resultado de un curso de postgrado dos años antes en la Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas de la Universidade Federal de Minas Gerais con igual título y diferente subtítulo: *A linguagem da desigualdade e da discriminação no discurso jurídico do Antigo Regime*. Luego también incidiré en la diferencia entre subtítulos.

⁽³⁾ <https://sites.google.com/site/antoniomanuelhespanha/home> es el sitio de António Manuel Hespanha con registro actualizado de su obra y enlaces a una serie trabajos, inclusive algunos de los que aquí se discuten: “Sirvo-me desta página para

Iniciamos Hespanha y yo nuestras investigaciones en el terreno de la historia altomoderna del derecho. A partir ambos de nuestros resultados en relación a dicha época, nos hemos extendido, aunque no siempre desde luego discurriendo por los mismos derroteros, a la historia de tiempo constitucional hasta el presente así como a la historia colonial tampoco desentendida de desafíos actuales de cara al futuro ⁽⁴⁾. En cuanto que historiadores profesionales del derecho nuestro punto fuerte creo que sigue residiendo ahí donde más congeniamos, en la atalaya de la historia anacrónicamente dicha preconstitucional o, como Hespanha prefiere decirle de forma más expresiva y no menos retrospectiva, de unas vísperas, las del Leviatán ⁽⁵⁾, de unos tiempos en los que la política y el derecho eran de

trocar opiniões e disponibilizar materiais nas áreas da história, da história do direito e da teoria do direito”.

⁽⁴⁾ Para mi sintonía con una primera fase del trabajo de António Hespanha, la fase que puede llamarse de pre-Leviatán en el doble sentido que él mismo nos va a marcar, el de precedente al Leviatán y el de anterior a su obra sobre *as vésperas do Leviathan*, B. CLAVERO, *Del pensamiento jurídico en el estudio de la historia*, en estos “Quaderni Fiorentini”, 13, 1984, pp. 561-577, comentando su *História das Instituições. Época medieval e moderna* (1982). Para ulterior testimonio, el *diálogo* que mantuve con Hespanha, por su iniciativa, en el primer número de la revista “Penélope. Fazer y desfazer la história”, 1, 1988, pp. 102-109 (*Diálogo: Bartolomé Clavero*), revista a la que pronto me referiré. Para percepción temprana de relación entre nuestro trabajo, Johannes-Michael SCHOLZ, *Acerca de la historia del derecho en España y Portugal*, en “Revista Crítica de Derecho Inmobiliario”, 550, 1982, pp. 633-661.

⁽⁵⁾ A.M. HESPANHA, *As Vésperas do Leviathan. Instituições e poder político. Portugal, século XVII* (en castellano, trad. Fernando Bouza, Madrid, Taurus, 1989; en portugués, ampliado, Coimbra, Almedina, 1994; había sido su tesis doctoral, ed. íntegra por el autor, 1986). Reseñé las *Vésperas de Leviatán*, la ed. española, anterior a la no privada portuguesa, en “Journal of Modern History”, 63-4, 1991, pp. 801-802, y en *Debates historiográficos en la historia de las instituciones políticas*, pp. 204-205, en autores varios, *Problemas actuales de la historia*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1993, pp. 199-210. Para una reflexión en formato de autorreseña, “Scienza e Política per una storia delle dottrine”, 5, 1991, sección de *Heautontimorumenos*, infringiéndose el suyo, pp. 105-109, donde presenta *As Vésperas do Leviathan* como una obra de inspiración weberiana y foucaultiana con influencias de antropología cultural así como de “i resti di una formazione materialista”. En el *ma(r)xweberismo* también confluímos: B. CLAVERO, *Religión y capitalismo (más acá de Max Weber)*, en “Áreas. Revista de Ciencias Sociales” (de la Universidad de Murcia), 10, 1989, pp. 17-24, de momento ya en mi caso de un cierto escepticismo de vuelta (comenzaba con una cita de Luis Cernuda: “Buscaban un dios nuevo, y dicen que lo hallaron. / Yo apenas vi a los hombres; jamás he visto dioses”).

un dinamismo centrífugo, estadófugo al cabo, hoy arduo de captar y problemático de representar, como todo lo que nos es profundamente extraño a criaturas que vivimos en Estados ⁽⁶⁾. *Leviathan* es palabra clave para la obra de Hespanha. En las *Vésperas* se cifra su originalidad y con las *Vésperas* se produce su lanzamiento ⁽⁷⁾. No

A nuestra paralela juventud más llanamente marxista habré de referirme en más de una ocasión. Para el relanzamiento del nombre de *Leviatán* como el Estado en general, la concurrencia de otro joven marxista ibero de nuestra generación, José Ignacio LACASTA ZABALZA, *Cultura y Gramática del Leviatán Portugués*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 1988, no fue ajena, pues lleva prefacio precisamente del propio Hespanha.

(6) A.M. HESPANHA, *Centro e periferia nas estruturas administrativas do Antigo Regime*, en “Ler História” (revista del Instituto Universitário de Lisboa), 8, 1986, pp. 35-60; p. 37: “Chamo a atenção para o facto de que nunca utilizo, para descrever o sistema político anterior às revoluções liberais, palavras como *Estado*”; *Diálogo: Bartolomé Clavero*, p. 103: “A.H.— Quando negas tão radicalmente a existência de Estado antes da revolução burguesa, com licença da palavra..., estás à procura da fórmula que provoque mais polémica? Pois não é verdade que, nestes termos, ninguém te segue? B.C.— Não exageres. Bem sabes que há quem fale, para a época moderna, em *vésperas do Leviathan* (...). A.H.— Mas então, se não há Estado, perante o que é que nos encontramos? B.C.— Aqui está a dificuldade. Realizei a tarefa de demolição: abaixo o Estado; também a de remoção dos destroços: abrir caminho à jurisprudência (histórica). Felizmente, há ainda trabalho a fazer. A.H.— Um tanto vago...”. En estas pláticas andábamos después de que él concluyera sus *Vésperas do Leviathan*.

(7) *As Vésperas do Leviathan*, sus ediciones no privadas, tiene aperitivos variados, entre los que destacan *L'espace politique dans l'Ancien Régime*, en *Estudos em homenagem aos Profs. M. Paulo Merêa e G. Braga da Cruz*, Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, 1982, vol. II, pp. 455-510, recogido en *La Gracia del Derecho*, que luego citaré; *Les magistratures populaires dans l'organisation judiciaire du Portugal d'Ancien Régime*, en *Diritto e potere nella storia europea. Atti in onore di Bruno Paradisi*, Nápoles, Leo S. Olshki, 1983, pp. 805-823; *Para uma teoria da história institucional do Antigo Regime*, en A.M. Hespanha (ed.), *Poder e instituições na Europa do Antigo Regime. Colectânea de textos*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, pp. 7-89; *Représentation dogmatique et projets de pouvoir. Les outils conceptuels des juristes du ius commune dans le domaine de l'administration*, en Erik Volkmar Heyen (ed.), *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime. Europäische Ansichten*, Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann, 1984, pp. 1-28 (en portugués, en *Estudos em homenagem do Prof. Doutor António Arruda Ferrer Correia*; Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, 1989, vol. III, pp. 103-142), también recogido en *La Gracia del Derecho*, así como *Centro e periferia* citado; *A historiografia jurídico-institucional e a 'morte do estado'*, en “Anuario de Filosofía del Derecho”, Nueva Época, 3, 1986, pp. 191-227. La *muerte del Estado* se hace motivo historiográfico característico suyo: A.M. HESPANHA, *Storia delle istituzioni politiche*, Milán, Jaca Book, 1993, pp. 7-16 (=Enciclo-

pasaría mucho tiempo antes de que la obra y la figura del autor fuesen un referente obligado, en pro o a la contra, para la historia de *antes de Leviatán* en un radio además, más que portugués, internacional, por medios académicos europeos y americanos (8).

De la relevancia de la obra de Hespanha para la historia de unas vísperas constitucionales partiré. En su desarrollo me centraré. Voy a ocuparme de una línea de desenvolvimiento del conjunto de su obra en su calidad de historiador del derecho, de la línea que

pedia Tematica Aperta, *Politica*, Milán, Jaca Book, 1993, pp. 69-82; version abreviada en castellano, "Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales", 166, 1996, pp. 9-46). Para ejemplo, si se necesita, de la fuerza mantenida por la narrativa de la formación del Estado en tiempos bajomedievales y altomodernos, antes incluso de que se conciba *Leviathan* alguno, frente a la que Hespanha se alinea: Thomas ERTMAN, *Birth of the Leviathan: Building States and Regimes in Medieval and Early Modern Europe*, Cambridge, Cambridge University, 1997. En medio de las líneas de resistencia, en el contexto por ejemplo de un encuentro sobre el *Estado moderno* (sobre la categoría y sobre una publicación, la de una antología siempre útil, pero pronto datada: Ettore Rotelli y Pierangelo Schiera, eds., *Lo Stato Moderno*, I, *Dal medioevo all'età moderna*, II, *Principi e ceti*, III, *Accentramento e rivolte*, 1971-1974), se acusan dificultades para hacerse cargo del enfoque estadófono de Hespanha incluso cuando se asume: Angela DE BENEDICTIS, *Heautontimorumenos*, en *Storia Amministrazione Costituzione* (Annale dell'Istituto per la Scienza dell'Amministrazione Pubblica), 16, 2008, pp. 215-228.

(8) Hespanha es el primer nombre mencionado por Jean-Frédéric SCHAUB, *The Internationalization of Portuguese Historiography*, en "e-journal of Portuguese History", 1-1, 2003, *Surveys and Debates*, artículo 7; el artículo 8 (Diogo Ramada CURTO, *Is There a Trend Towards Internationalization in Portuguese Historiography?*) se muestra en cambio derogatorio arguyendo que su obra se ha movido entre modas, del marxismo al postmodernismo, sin trascender en momento alguno la perspectiva normativa de las fuentes jurídicas, como sí Hespanha, como veremos, no hubiera puesto en evidencia que es el propio derecho histórico el que se trasciende a sí mismo. A la crítica de Curto volveré. El desbordamiento disciplinar es justamente lo que ya acababa subrayando J.F. SCHAUB en su reseña de *As Vésperas do Leviathan* ("Annales. Économies. Sociétés. Civilisations", 41-2, 1991, pp. 502-505); el propio Schaub reseñó otras publicaciones de Hespanha y alguna mía, conjuntamente, en "Revue d'Histoire Moderne et Contemporaine", 41-2, *Espagne, espagnes. XV^e-XX^e siècles* (ed. Bernard Vincent), 1994, pp. 367-373. El dossier de referencia de "e-journal of Portuguese History" se acrece en el siguiente número, 1-2, 2003, cuyo artículo 3 (Jorge PEDREIRA, *The Internationalization of Portuguese Historiography and its Discontents*) también acredita a Hespanha por su contribución a la promoción exterior, con el soporte de su dominio de las lenguas académicamente dominantes.

entiendo y suele considerarse principal ⁽⁹⁾, y voy a hacerlo no como si se pudiera trazar una raya sola de las dos paralelas, la suya, ni como si el propio émulo de Plutarco, no otro que yo mismo, se pudiese situar cual sola referencia en la segunda posición del par de líneas ⁽¹⁰⁾, sino como si lo que me cupiera ser fuere la ligadura de todo un florido haz. Colacionando líneas dispares, una pluralidad incluso de tangentes, secantes y rompientes, ¿puedo pretender que procedo a una lectura coral habiendo así de hacer más voces tanto concordantes como disonantes, tanto apreciativas como desfavorables? ¿Puedo constituirme en portavoz sin mandato expreso de nadie? ¿Seré capaz? ¿Cómo podría granjearme y merecerme la autoridad de la representación de toda una polifonía?

Si abrigo ciertamente dudas al respecto, sé al menos cómo no

⁽⁹⁾ Eduardo França PAIVA, *Apresentação de Imbecillitas*, pp. 9-11, arranque: “António Manuel Hespanha, professor da Universidade Nova de Lisboa, é um dos renomados historiadores contemporâneos e sua contribuição para os estudos da organização sócio-jurídica das sociedades modernas vem, há tempos, renovando a historiografia sobre a temática. A forte influência de suas idéias sobre as gerações mais novas de historiadores e de juristas se vê fácil e reiteradamente na base da argumentação de grande quantidade de estudos desenvolvidos em Portugal e no Brasil, principalmente, mas, também, em vários outros países europeus e nos Estados Unidos”, yendo *sociedades modernas* en el sentido de precontemporáneas, donde se ubica *Imbellicitas*, no en el de *modern societies*, las de hoy, aunque se amplía enseguida con justicia el radio de la obra de Hespanha mediante la referencia a su influjo sobre *juristas*, lo que tendremos ocasión de apreciar hasta qué punto no se debe a trabajos de historia moderna.

⁽¹⁰⁾ Para alguna otra línea más o menos paralela y una de ellas maestra, la representada por Paolo Grossi, Jesús VALLEJO, *Paratónia de la historia jurídica*, en “Mélanges de la Casa de Velázquez”, 31-2, 1995, pp. 109-141; sobre la paralela de Hespanha, pp. 112-118, respondiendo a un efectivo aprovechamiento: J. VALLEJO, *Power Hierarchies in Medieval Juridical Thought: An Essay in Reinterpretation*, p. 21, en “Ius Commune”, revista del Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte, 19, 1992, pp. 1-29. Pues los trasciende, tiene Hespanha mala ubicación en el ámbito portugués o en el ibero: José TENGARRINHA, *La historiografía portuguesa en los últimos veinte años*, en “Ayer” (revista de la Asociación de Historia Contemporánea), 26, 1997, *La Historia en el 96* (ed. Celso Almuíña), pp. 19-63; Lourdes SORIA SESÉ, *Portugal en la historia del derecho español*, en “Anuario de la Facultad de Derecho” (de la Universidad de Extremadura), 22, 2004, pp. 447-474. Acerca de la aportación de Hespanha a la historia y al derecho hay un trabajo monográfico que como tal está inédito: Ricardo Marcelo FONSECA, *Direito e história: relações entre concepções de história, historiografia e a história do direito a partir da obra de António Manuel Hespanha*, tesis de maestrado, Universidade Federal do Paraná, 1997.

debo ni intentarlo. En el campo de la investigación, no cabe asumirse la dirección de un coro en busca de la armonía imposible con batuta de mano firme como si se tratase de una comparsa teatral. El concierto de la investigación consiste precisamente en el desconcierto debido a la concurrencia y confrontación entre enfoques, procederes y resultados, en esta continua disonancia de voces. A mayor entidad de una voz, superior su exposición, lo que se cumple como veremos en el caso de la obra de Hespanha, aquilatándola. La crítica razonada del trabajo expuesto es forma de reconocer y puede serlo de homenajear. ¿Hace falta argüir que el criticismo abierto no antagonista entre profesionales, cercanos o no, constituye una práctica saludable? El mismo Hespanha ofrece ejemplo ⁽¹¹⁾. Ahora que he concluido la faena y último este introito, sé que ni siquiera yo escaparé indemne del lance. Habré de infringirme un *beautontimorumenos* extremando la autocrítica. Mi voz también participa, no

(11) A.M. HESPANHA, *A Note on Two Recent Books on the Patterns of Portuguese Politics in the 18th Century*; José SUBTIL, *The Evidence of Pombalism: Reality or Pervasive Clichés?*; Nuno Gonçalo MONTEIRO, *The Patterns of Portuguese Politics in the 18th Century or the Shadow of Pombal. A Reply to António Manuel Hespanha*, formando un dossier de *Surveys and Debates* en “e-journal of Portuguese History” (www.brown.edu/Departments/Portuguese_Brazilian_Studies/ejph), 5-2, 2007, artículos quinto a séptimo. Nuno Monteiro de entrada celebra el debate por lo infrecuente de las reseñas verdaderamente críticas en la academia actual portuguesa. Para animar el medio, Hespanha impulsó la cooperativa *Fazer e Desfazer a História* cuyo órgano de expresión fuera “Penélope. Fazer e Desfazer a História”, bajo dirección de Hespanha entre 1988 y 1997 y con apartado de *Leituras* siempre, adoptando, de 2000 a 2004, año de cabecera del último número, el subtítulo más neutro de “Revista de História e Ciências Sociais” (www.penelope.ics.ul.pt). “Homenagem” entiende Hespanha una reseña crítica (en “Penélope”, 2, 1989, pp. 174-179, con la expresión al final; es reseña a D.R. CURTO, *O discurso Político em Portugal, 1600-1640*, 1988, autor a quien hemos visto descalificar de forma sumaria la obra de Hespanha, a lo que volveré). Ese homenaje me lo ha rendido justamente Hespanha, como no dejaremos de ver, en más de una ocasión. Respecto al coro necesario para esta ópera, figurarán entre sus voces las del grupo HICOES (*Historia cultural e institucional del constitucionalismo en España y América*), que fundé y dirijo junto con Marta Lorente, y cuya obra veremos que presenta contrastes de fondo con la de Hespanha. Como diré, del grupo HICOES no me ha faltado asistencia para estas páginas. De dicha obra de Diogo Curto hay una segunda reseña más incisiva de A.M. HESPANHA, *Categorias. Uma reflexão sobre a prática de classificar*, en “Análise Social” (revista del Instituto de Ciências Sociais de la Universidade de Lisboa), 168, 2003, pp. 823-840, en parte (pp. 834-838) recogida en los capítulos introductorios de *A Política Perdida y de Imbecillitas*.

diré que como una más, en la disonancia que hace concierto. Lo hace también aquí la suya, la de Hespanha, pues no me reservo la última palabra y él ha tenido el gesto de responder positivamente a la invitación al desconcierto ⁽¹²⁾.

Así que en compañía de otras voces me dispongo a departir con una vertiente de la obra de investigación en historia del derecho de alguien que además, como es el caso patente de Hespanha, no sólo se ha dedicado a esto, a la investigación histórico-jurídica, sino a más, principalmente por la razón de haber sido a conciencia profesor de historia del derecho, de teoría del derecho y de historia más que jurídica sin que sus tareas docentes hayan transcurrido al margen de su obra como investigador ⁽¹³⁾. Cuenta con libros no sólo

⁽¹²⁾ A los variados motivos por los que de tiempo guardo agradecimiento a António Hespanha se suma ahora el de la paciencia con la que ha leído y comentado más de una versión de estas páginas y la del respeto por mis posiciones cuando discrepamos, en lo que correspondo, no habría que decirlo pues lo que debo es demostrarlo. Nuestra comunicación personal me ha ayudado particularmente en algún extremo que podrá apreciarse puesto que, con disculpas al corresponsal por la menor elaboración de los escritos privados coloquiales, incorporo respuestas y comentarios suyos efectuados en correspondencia mantenida a este propósito (“Fico sem saber como corresponder o enorme trabalho que te deste. Nem sei como descobriste tanta coisa útil para a interpretação do que escrevi...”). En estas páginas hay así una primera ronda de *Discussione* con António Hespanha, gracias a su disponibilidad. Huelga decir que la responsabilidad por todo cuanto sigue, comenzando por el manejo del más que desdoblamiento entre autor de la partitura, portavoz del coro y deuteragonista del reparto, es en exclusiva mía. Contando con su beneplácito, también es de mi sola responsabilidad la edición de comentarios y respuestas de Hespanha.

⁽¹³⁾ El compromiso de Hespanha con la docencia no solo además universitaria, un compromiso al cabo cívico, viene de tiempo. Se testimonia luego mediante comparación y colaboración: António TEODORO, *Os programas dos governos provisórios no campo da educação. De uma intenção da continuidade com a reforma Veiga Simão à elaboração de um programa para uma sociedade a caminho do socialismo*, en “Educação, Sociedades e Culturas”, 11, 1999, pp. 29-66; *Mobilização educativa em tempos de crise revolucionária. Periferia e centro no processo de democratização das escolas, 1974-1976*, en *Revista Portuguesa da Educação*, 17-2, 2004, pp. 181-207; *Revolução e Utopia. Um programa de acção no campo educativo para uma sociedade a caminho do socialismo: Portugal 1975*, en *Revista Lusófona de Educação*, 10, 2007, pp. 141-154. Ya hemos tenido un ejemplo de curso que desemboca en libro no meramente manualístico. La mencionada revista “Penélope. Fazer e Desfazer a História”, de la que fuera el alma durante sus primeros años, puede considerarse testimonio adicional del compromiso cívico mediante docencia e investigación seriamente vinculadas. Hespanha también ha sido fundador de

manualísticos que se vinculan directamente a cursos, lo que hace pensar en la aportación de su docencia por sí misma. Y su obra se proyecta y mantiene viva en el trabajo de discípulos y discípulas con entidad propia y en un radio de influencia bastante más difícil, por su dilatación, de divisar tan siquiera, ya no digo de analizar (14). Por lo demás, aunque vaya a centrarme en obra reciente, no puedo ignorar todo el conjunto de su trayectoria, una trayectoria que se caracteriza por un hilo de coherencia notable para una generación que ha experimentado fuertes convulsiones culturales (15).

Toda la labor de Hespanha no la abarco. ¿Quién podría? Voy a operar con la obra no íntegra de Hespanha, y con alguna parte además sólo colateralmente, tomándome libertades, por celebrarla, de escrutinio y evaluación entre pares. Para nosotros el éxito de la operación podría reducirse a que no vaya a derramarse la copa del brindis con la animación del debate. No hay cuidado, aunque para ustedes, en especial para quienes os dispongais a la lectura sin participar en la celebración, la exigencia la imagino lógicamente distinta y superior. Es asunto vuestro, por supuesto, decidir cuál sea y aplicarla sin miramientos para con los riesgos que entrañen mis criterios en estos menesteres del análisis historiográfico con un componente de mi parte de autoanálisis (16).

“Themis. Revista de Direito” de la Universidade Nova de Lisboa, dirigiéndola entre 1999 y 2004.

(14) Pedro CARDIM, *Entrevista a António Manuel Hespanha*, en “Análise Social”, 200, *Comemorando 200 números da ‘Análise Social’*, 2011, pp. 430-445, extendiéndose sobre su trabajo de dirección de investigaciones en el que naturalmente no se agota en absoluto su influencia.

(15) Marina Costa LOBO, *Entrevista a António Barreto*, en “Análise Social”, 200, 2011, pp. 414-429, proyectando los giros y quiebras de su trayectoria personal a partir de un marxismo juvenil sobre todo un grupo generacional que es también, año más, año menos, el de Hespanha y mío, y repudiando con una radical descalificación las posiciones políticas e intelectuales de partida (p. 420: “Creio que só com a geração que vem a seguir, a dos anos 90, é que se começa a praticar as ciências sociais com método académico, sem tentação política. Por exemplo, fazer ciência política em 1975, ou em 1980, era o mesmo que fazer um gabinete de estudos de um partido político”). Si la evolución de Barreto resulta de verdad representativa de un grupo generacional, Hespanha constituye entonces por fortuna una excepción.

(16) Refiriéndome a Francisco Tomás y Valiente y a Paolo Grossi como maestros que reconozco, tengo dicho que de ellos he recibido “el impulso para adentrarme

Con todo esto no se trata de captación de benevolencia, sino de excusa obligada. Sólo me resta desear que cuanto sigue se tome como lo que quiere ser, un brindis de jubilación mediante ejercicio franco de libertad crítica en mercado de ideas abierto a contraste, un gesto sentido y no rendido de homenaje a un colega querido y admirado (17).

2. *La gracia, la historia, el derecho.*

Fue en Nápoles a mediados de 1990 como el propio Hespanha lo recuerda ahora: «encontrámo-nos eu e Bartolomé Clavero (...) num colóquio sobre *razão de Estado*», al cual él aportaba un trabajo

por unos caminos así compartidos [por el del constitucionalismo y por el del *ius commune* respectivamente] en los que se producen desde luego tanto acuerdos como desacuerdos” conforme “debe ser en una relación intelectual”: *Entrevista* de Fernando Martínez y Alejandro Agüero, en “Forum Historiae Iuris. Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte” (*www.forbistiur.de*), sección *Ein Gespräch mit...*, 2008; cita, par. 4. Y los desacuerdos que creo relevantes no los he guardado para mí ni entre nosotros: *Tomás y Valiente. Una biografía intelectual*, Milán, Giuffrè, 1996; *La Paix et la Loi. ¿Absolutismo constitucional?*, en “Anuario de Historia del Derecho Español”, 69, 1999, pp. 603-645. Para operaciones de historiografía analítica con el componente siempre de involucramiento por mi parte, puedo también remitir a B. CLAVERO, *Iurisdictio nello specchio o el silencio de Pietro Costa*, en Pietro COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale, 1110-1433* (1969), Milán, Giuffrè, 2002, pp. xviii-lxxx.

(17) Comentario de Hespanha a esta introducción en nuestra correspondencia particular: “Será preciso tomar tantos cuidados?”. Confieso que no las tengo todas conmigo con este efectivo exceso por prevenir malentendidos, pero me siento así más libre y seguro para entrar en debate público. Agrega Hespanha: “Vistas as coisas desde hoje, em 40 anos escrevem-se muitas coisas parciais, não pensadas em termos dos seus sentidos últimos (i.e., mais profundos, mais sistemáticos, mais recentes). Vale a pena chamar a atenção para isso, não tanto por causa de quem já escreveu, mas por causa de quem ainda está escrevendo. Embora eu creia que nenhuma obra escapa a esta fatalidade de que, a meio do caminho, não se pode ver o fim do caminho. E, no fim do caminho, normalmente parece que ele não teve curvas e marchas atrás; vamos inconscientemente, refazendo o percurso, pondo-o de acordo com os lugares de chegada. Globalizamos os localismos da nossa biografia intelectual. Por isso mesmo, acabo por não me rever em alguns pontos da biografia que traças”. Y por ello también es por lo que intento centrarme en escritos suyos más recientes. Para tales puntos es además cuando en especial procuro citar sus comentarios y respuestas a estas mismas páginas como última palabra. Sólo me la reservo de ser autocrítica.

a la contra de tal presunta razón titulado *Les autres raisons de la politique. L'économie de la grâce*, que confluiría en el libro *La Gracia del Derecho* (18). Apareció éste en una colección, *Historia de la Sociedad Política*, fundada en el mismo año, 1990, por iniciativa mía y acuerdo de Francisco Tomás y Valiente y Francisco Laporta, éste como director del Centro de Estudios Constitucionales que la ha albergado, quienes me confiaron la dirección. El libro donde comenzó a gestarse fue en el encuentro partenopeo no sólo por la presentación de la ponencia con el coloquio subsiguiente, sino también por el curso de nuestras conversaciones e intercambios. No hizo falta que le estuviera animando para que, mediante la recopilación de varios trabajos y con ese título final de *La Gracia del Derecho*, lo tuviéramos. Se publicó poco después, al año largo, del mío *Antidora*, centrado igualmente en la gracia, lo que el título de la versión francesa, por no querer admitirlo en otra lengua que el francés, resaltaría (19). Como Hespanha subraya en su reciente

(18) A.M. HESPANHA, *A Política Perdida. Ordem e Governo antes da Modernidade*, Curitiba, Juruá, 2010, arranque del prefacio. Del encuentro hubo actas, sin los coloquios, al cabo de unos años: P. Schiera (ed.), *Ragion di Stato e Ragioni dello Stato, secoli XV-XVII*, Nápoles, Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, 1996, la contribución de Hespanha en pp. 38-67; su publicación se anticipó en J.F. Schaub (ed.), *Recherches sur l'histoire de l'État dans le monde ibérique, 15^e-20^e siècle*, Paris, École Normale Supérieure, 1993, p. 67-86; traducida al castellano en el susodicho libro *La Gracia del Derecho*, del que enseguida registraré la cita; en Portugal y en portugués no se ha publicado hasta *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. IV, Coimbra, Almeida, 2011, pp. 709-739, al tiempo que se recoge en la colección citada de edición brasileña *A Política Perdida*. El simposio se organizó por el Istituto Storico Italo-Germanico de Trento y el Istituto Italiano per gli Studi Filosofici de Nápoles. Paralelas sobre paralelas, había pensado en comenzar por este encuentro mi homenaje antes de reparar en que Hespanha hace al mismo tiempo lo propio en su prefacio de *A Política Perdida*.

(19) A.M. HESPANHA, *La Gracia del Derecho. Economía de la cultura en la edad moderna*, trad. Ana Cañellas, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993 (materiales complementarios ahora se encuentran en otras recopilaciones suyas, en la citada *A Política Perdida* y en *Caleidoscópico do Antigo Regime*, São Paulo, Alameda, 2011). B. CLAVERO, *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, Milán, Giuffrè, 1991 (a mediados de 1990 se trataba de un artículo extenso, que Paolo Grossi me recomendaría convertir en libro; algún material complementario recordaré luego); *Grâce du don. Anthropologie catholique de l'économie moderne*, trad. J.F. Schaub, Paris, Albin Michel, 1996 (para mantener un título ya identificativo alegué que la palabra de

evocación, habíamos llegado a conclusiones similares de forma independiente. Antes del encuentro de Nápoles de 1990 no habíamos hablado entre nosotros de esa línea paralela de investigación ⁽²⁰⁾.

Nápoles, 9 de julio de 1990. A la caída de la tarde, tras la jornada de trabajo en el Palazzo Serra di Cassano, callejeábamos Hespanha y yo por el barrio de Santa Lucia, desde Monte di Dio hacia la altura más o menos de Santo Spirito cuesta abajo camino del hotel ⁽²¹⁾, creo recordar que aquel donde el aguerrido patriota

raíces griegas *antidora* había sido históricamente tanto castellana como francesa, pero ni modo; en la era informática también es cierto que convienen títulos previsibles para que sean rastreables). *Antidora* tuvo igualmente sus aperitivos: B. CLAVERO, *Usura. Del uso económico de la religión en la historia*, Madrid, Tecnos, 1984. En el prefacio de *A Política Perdida* (p. 8), Hespanha me atribuye la expresión de *economía de la cultura* en la portada de su libro con referencia al juego histórico de una cultura normativa no necesariamente jurídica y así yo también lo recuerdo: el título fue suyo, del autor, y el subtítulo, mío, del editor, barajando de este modo entre ambos los términos de *economía da graça*.

⁽²⁰⁾ No tratamos entre nosotros el tema cuando sólo un año antes, en 1989, habíamos departido largamente con ocasión de un simposio florentino, en el Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, sobre el escenario ibérico de la historia del derecho: B. Clavero, Paolo Grossi y Francisco Tomás y Valiente (eds.), *Hispania: Entre derechos propios y derechos nacionales*, Milán, Giuffrè, 1990, aunque hubo ocasión por haber debate: B. CLAVERO, *Debates historiográficos*, pp. 202-204. Tampoco lo habíamos hecho, aunque la materia diera ciertamente pié, en unas jornadas de 1987, a las que nos convocó Tomás y Valiente y que condujo igualmente a volumen colectivo: *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, Alianza, 1990. Para recuerdo de aquel tiempo de frecuente cooperación por coordinación de Grossi y de Tomás y Valiente, A.M. HESPANHA, *O que Tomás fez por nós*, en “Anuario de Historia del Derecho Español”, 67, 1997, pp. 35-39, número en memoria de Francisco Tomás y Valiente, asesinado por la banda terrorista ETA el 14 de febrero de 1996. *Lo que Tomás hizo por nosotros* es, con reconocimiento a Hespanha, el primer epígrafe de Marta LORENTE, *Historia del derecho y sentido común: La obra de Francisco Tomás y Valiente y el oficio de historiador*, en “Historia Social”, 38, 2000, pp. 141-159. He aquí otras paralelas, éstas entre maestros que van más allá del magisterio académico: Tomás y Valiente fue y Paolo Grossi es magistrado constitucional.

⁽²¹⁾ El paseo hubo de ser largo pues en nuestra correspondencia Hespanha recuerda que, antes de bajar hacia el hotel desde el Palazzo Serra di Cassano en Monte di Dio, “l’Istituto dell’Avvocato Marotta, como era geralmente conhecido entre os taxistas que me levavam e traziam”, dimos un rodeo: “Lembro-me que descíamos umas escadas, lá no Quartiere Spagnuolo”. Esa tarde es obvio que no tomamos un taxi. En el prefacio de *A Política Perdida*, Hespanha cuenta que llevé al simposio un anticipo de

polaco Henryk Adam Aleksander Pius Sienkiewicz de Oszyk último su *Quo Vadis*, ficción anacrónica sobre la gracia cristiana ⁽²²⁾. De situar la gracia en la historia radicándola en la sociedad para tiempos menos antiguos, los de una Europa altomoderna, hablábamos nosotros. Ambos estábamos sumamente interesados en el asunto. Andaba por mi parte concluyendo lo que sería el referido libro sobre las relaciones antidorales mediante el intercambio encadenado de dones. Comprobábamos que era un momento de máxima confluencia entre nuestras investigaciones. Y nos sentíamos felices por lo que estábamos descubriendo, no otra cosa que el carácter derivado y secundario del derecho en el orden social de la Europa sudoccidental altomoderna y así, desde esta atalaya, la multiplicidad de manifestaciones y de funciones del derecho mismo en sí y en la variedad de sus contextos normativos no jurídicos ⁽²³⁾. Resulta que el sistema

Antidora, pero es favor que me hace, pues me atuve al tópico de la convocatoria (P. Schiera, ed., *Ragion di Stato e Ragioni dello Stato*, pp. 246-284), con lo que se desarrollaría como primer capítulo de mi *Razón de estado, razón de individuo, razón de historia* (1991), que también allí se alumbra. En Nápoles, la gracia surgió gracias a su aportación, no a la mía.

⁽²²⁾ Para situarnos no haría falta decir que el conocimiento primario de obras como ésta y asuntos como el de la gracia por parte de nuestra generación (Hespanha es mayor que yo, pero sólo por un par de años) ya era cinematográfico, de anacronismo, si cabe, todavía superior aunque sólo fuera por la serie de rostros conocidos poblando como gigantes la pantalla, lo que malamente podía compensarse con los conocimientos menos figurativos y más icónicos deparados por la instrucción religiosa de nuestra infancia y adolescencia (ambos, Hespanha y yo, recibimos educación católica preconciiliar): Ramón TEJA, *Historia y leyenda en la Roma del Quo Vadis?*, en José Uroz (ed.), *Historia y cine*, Alicante, Universidad de Alicante, 1999, pp. 183-209; Jon SOLOMON, *The Ancient World in the Cinema*, ed. ampliada, New Haven, Yale University, 2001, pp. 216-223: *Whither Goest Thou?*

⁽²³⁾ En el descubrimiento de la gracia se ha radicado justamente la revelación del Hespanha ya maduro, arguyéndose que todos sus “nuevos desarrollos alzan el vuelo a finales de los ochenta, cuando el autor pone a circular su teoría de la economía de la gracia por la vía de una nueva historia de las prácticas de conducta (ética, teología moral, sentimientos)”. Es constatación de Antonio SERRANO, reseña a su *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, que luego registro, en estos “Quaderni Fiorentini”, 1998, pp. 420-428; cita, p. 422. Serrano puede hablar con especial conocimiento de causa pues, como veremos, acababa de colaborar con Hespanha en un trabajo sobre *La senda amorosa del derecho*; había también prestado asistencia a la traducción de *La Gracia del Derecho*, así como luego se ocuparía de cuidar la edición castellana de dicho *Panorama*. Abundaba otro allegado, bien que con algún reparo no sustancial como el de descon-

de *as vésperas do Leviathan* era no solo estadófugo, sino también jurófono, fuguista respecto no sólo al Estado, sino también al derecho, resultando lo uno tanto como lo otro términos de referencia anacrónicos. La base de nuestro encuentro en el primer terreno, el del estadofuguismo, ya estaba bien asentada ⁽²⁴⁾. De lo que se trataba entonces, en Nápoles, y sigue tratándose ahora lo sintetiza luego, recientemente, el propio Hespanha:

[Era y es] do carácter alternativo dos cânones do poder na

cierto por el juego de palabras en portada de *La Gracia del Derecho. Economía de la cultura en la edad moderna*: Carlos PETIT, *Estado de Dios y Gracia de Hespanha*, pp. 119-128, en "Initium. Revista Catalana d'Història del Dret", 1, 1996, *Homenatge al Prof. J.M. Gay i Escoda*, pp. 101-128. Se ha prestado ciertamente a interpretaciones. Renán SILVA, recensión en "Sociedad y Economía", revista de la Universidad del Valle, 2, 2002, pp. 149-158, en p. 150: "El título del libro de Hespanha no debe desorientar. La expresión *la gracia del derecho* es parte de un juego con el que, de un lado, se busca insinuar el carácter activo y productor del Derecho, del ordenamiento jurídico, pues el derecho es una *gracia*, un *don*" y, de otro, el subtítulo, *Economía de la cultura en la edad moderna*, me rendiría homenaje, lo que resultaría un impropio autohomenaje pues, como está dicho, me pertenece.

(24) El estadofuguismo altomoderno ya lo tenía Hespanha bien articulado en sus *Vésperas do Leviathan*. Mis posiciones al respecto estaban menos elaboradas, pero ya había recogido algunos trabajos dispersos alrededor del motivo: B. CLAVERO, *Tantas Personas como Estados. Por una antropología política de la Europa moderna*, Madrid, Tecnos, 1986, con el capítulo de más entidad al final: *Hispanus Fiscus, Persona Ficta*, primeramente publicado en estos "Quaderni Fiorentini", 11-12, 1982-1983, *Itinerari moderni della persona giuridica*, pp. 95-167. Para ulterior reflexión, A.M. HESPANHA, *Las categorías del político y de lo jurídico en la época moderna*, en "Ius Fugit. Revista Interdisciplinaria de Estudios Histórico-Jurídicos", 3-4, 1994-1995, pp. 63-100; *O debate acerca do Estado Moderno*, en J. Tengarrinha (ed.), *A Historiografia Portuguesa Hoje*, São Paulo, Hucitec, 1999, pp. 135-147 (= "Working Papers", Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 1/99, 1999; trad. francesa en Anne-Marie Cocula, ed., *Adbésions et résistances à l'État en France et en Espagne. 1620-1660*, Burdeos, Presses Universitaires de Bordeaux, 2001, pp. 11-21). Para testimonios recientes de dicho asentamiento del estadofuguismo en términos no meramente negativos de exclusión histórica del Leviatán con la cesura que esto implica para su aparición, Carlos GARRIGA, *Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen*, en "Istor. Revista de Historia Internacional", 16, 2004, *Historia y derecho, historia del derecho*, pp. 13-44; Luca MANNORI y Bernardo SORDI, *Science of Administration and Administrative Law*, en Enrico Pattaro (ed.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. IX, Damiano Canale, P. Grossi y Hasso Hofmann (eds.), *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900*, Dordrecht, Springer, 2009, pp. 225-261, aun no asumiendo éstos el consejo sobre la inconveniencia histórica de la palabra *Estado*.

sociedade de Antigo Regime, salientando como estes se alicerçavam sobretudo no condicionamento pelos sentimentos — dos sentimentos domésticos às virtudes da moral clássica e cristã —, transformados em deveres jurídicos pela estrutura absorvente e esponjosa do direito comum [no *common law*, sino *ius commune* de índole jurisprudencial construído sobre materiales romanos, bizantinos, canónicos y feudales]. Da piedade familiar surgiam os deveres e direitos jurídicos (*dominica potestas*) dos *patresfamilias* em relação aos seus familiares e dependentes, incluindo os escravos. Da *gratia* (ou *liberalitas, caritas*) surgia a mercê (ou *beneficium*), eventualmente o direito à mercê. Da *miserecórdia* surgia o perdão, eventualmente o direito ao perdão. Da *fraternitas* (ou simplesmente da *amicitia*) surgia a *compositio* ou *compromissum*, eventualmente o dever de entrar em compromisso amigável, de resolver as questões *per dimidiam* (de cortar as diferenças pelo meio). É esta a economia moral — para usar a terminologia de E.P. Thompson — que Pedro Cardim reconstitui, num quadro geral que consome e ultrapassa de longe estudos meus e de Bartolomé Clavero sobre uma sub-região singular deste mundo dos deveres estritamente não devidos (« antidorais ») — a « graça » (25).

(25) A.M. HESPAÑA, *Depois do Leviathan*, pp. 15-16 (interpolaciones en castellano mías), en *Caleidoscópico do Antigo Regime*, pp. 7-38, capítulo de recapitulación primeramente publicado por la revista electrónica “Almanack Braziliense” (www.almanack.usp.br), 5, 2007, pp. 55-66, significando el título después de *As Vésperas do Leviathan*, su exposición de arte mayor sobre estructura política y orden jurídico do Antigo Regime (Xavier GIL PUYOL, *Tiempo de Política. Perspectivas historiográficas sobre la Europa Moderna*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 2006, p. 128). La referencia más enfática de Hespanha conduce a P. CARDIM, *Amor e amizade na cultura política dos séculos XVI e XVII*, en “Lusitania Sacra”, 11, 1999, pp. 21-57; *Religião e ordem social. Em torno dos fundamentos católicos do sistema político do Antigo Regime*, en “Revista de História das Ideias”, 22, 2001, pp. 133-174; artículos que gravitan alrededor de su tesis doctoral en historia: *O poder dos afectos. Ordem amorosa e dinâmica política no Portugal de Antigo Regime* (2000), que merecería impresión (se tiene en Internet). En cuanto a E.P. THOMPSON, su obra más interesante al propósito, aparte su conocimiento directo por Hespanha, había sido tempranamente recopilada en castellano, aun con título de la recopilación poco expresivo de su novedad: *Tradicción, revuelta y conciencia de clase. Estudios sobre la crisis de la sociedad preindustrial*, Barcelona, Crítica, 1984 (pp. 62-134: *La economía moral de la multitud en la Inglaterra del XVIII*, mostrándose luego poco dispuesto a extrapolar la categoría a otras épocas y otros medios sociales).

Si la historia del derecho nos identifica profesionalmente tanto a Hespanha como a mí, ¿cómo podía hacernos tan felices la revelación de que el derecho no fuera históricamente tan relevante? ¿La gracia nos iluminaba o, tal vez, cegaba? Algo que pudiera parecer en principio bien extraño cabe que tuviera explicación, una explicación además común a ambos casos. Creo que en esto también hay paralelismo, un paralelismo que comienza antes incluso de que nos conociésemos. Se debe a posturas personales ante circunstancias generacionales. Cuando éramos estudiantes en las respectivas facultades de derecho, Coímbra y Sevilla, tanto Portugal como España sufrían regímenes abiertamente represores de libertades, lo que pesaba con dureza en el orden social y en la doctrina jurídica, un orden y una doctrina que no representaban en todo caso por entero productos de dictaduras, pues procedían de vetas conservadoras de la historia constitucional ⁽²⁶⁾. El estudio de aquel concreto derecho no nos entusiasmó para nada. Más aún, llegó a repelernos. Habíamos llegado a estos estudios por influencia familiar, la de nuestros padres, notarios ambos ⁽²⁷⁾. Escuchemos a Hespanha al cabo de los años, de largo tiempo ya reconciliado con el derecho como yo

⁽²⁶⁾ A.M. HESPANHA, *L'histoire juridique et les aspects politico-juridiques du droit (Portugal, 1900-1950)*, en estos "Quaderni Fiorentini", 10, 1981, pp. 423-447; *Discours juridique et changement politique: l'exemple de la révolution portugaise de 1974*, en Erk Volkmar Heyen (ed.), *Historische Soziologie der Rechtswissenschaft*, Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann, 1986, pp. 107-131; *Os modelos jurídicos do liberalismo, do fascismo e do Estado social. Continuidades e rupturas*, reseña a autores varios, *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica* ("Quaderni Fiorentini", 28, 1999, pp. 1-850), en "Themis. Revista de Direito", 3, 2001, pp. 459-497, y en "Análise Social", 165, 2002, pp. 1285-1302; Federico Fernández-Crehuet y A.M. Hespanha (eds.), *Franquismos und Salazarismus: Legitimation durch Diktatur*, Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann, 2008. F. Fernández-Crehuet dirige desde la Universidad de Almería, Andalucía, un grupo de investigación sobre *Dictadura y Derecho: Portugal y España* en el que se integra Hespanha (www.ual.es/GruposInv/Derecho-Dictadura).

⁽²⁷⁾ Dándole especial relevancia para su apreciación a la larga del derecho a ras de tierra, A.M. HESPANHA, *O contínuo regresso da oralidade*, p. 206, en *A Política Perdida*, pp. 205-224 (= *The everlasting return of orality*, en Dag Michalsen, ed., *Reading Past Legal Texts*, Oslo, Unipax, 2006, pp. 25-56). Otro paralelismo biográfico, que es relevante para la continuidad de un proyecto de vida y trabajo: ambos nos casamos bastante jóvenes y nos mantenemos unidos con compañeras de clase en derecho, María da Graça Cordeiro-Pereira y María de las Mercedes Rodríguez-Piñero, de nombres además ambas antidorales.

también había venido a estarlo, recordando su regreso a la docencia en facultad jurídica tras haber mantenido un destino de historia a secas:

Soube-me a desforra, soube-me a familiaridade, soube-me a rendição, sabe-me a uma maldade gostosa, a um verrumar de consciências, às vezes a uma inutilidade, outras vezes a uma impotência perante verdades estabelecidas, de tal forma os espíritos majestosos dos juristas majestosos se encontram longe dos espíritos inquietos dos historiadores inquietos ⁽²⁸⁾.

Escribiendo en estos mismos tiempos recientes, se refiere Hespanha con ironía a que, aun con todas las apariencias e incluso evidencias adversas, « ainda (...) algum historiador (do direito) ande obcecado com o direito », puntualizando en nota por si hiciera falta y para mayor ironía: « Como seria o meu caso, segundo alguma interpretação » ⁽²⁹⁾. Ciertamente, hay sectores de la historiografía que guardan sus reservas ante el éxito en sus medios de la obra de Hespanha por la razón de que en ella siempre pesaría demasiado el derecho, demasiado para ser buena historia. Peor sería por supuesto entonces para los periodos del pasado en los que la gracia es lo que más pesa, bastante más que el propio derecho ⁽³⁰⁾, sólo que no hay

⁽²⁸⁾ Así concluye una breve *Auto-biografia* que Hespanha me facilita, publicada en el “Jornal de Letras, Artes e Ideias”, marzo de 2007. El momento de referencia se sitúa a mediados del año 2000, cuando pasa de investigador en el Instituto de Ciências Sociais de la Universidade de Lisboa, 1989-2000, a catedrático de la facultad de derecho de la Universidade Nova de Lisboa, de donde ahora se ha jubilado y donde ha impartido no sólo historia, sino también *Introdução ao direito I (Direito e pensamento jurídico)*; de ahí donde procede el volumen *O Caleidoscópio do Direito*, que citaré (no confundir con *Caleidoscópio do Antigo Regime*).

⁽²⁹⁾ En un contexto clave, al que luego acudo, para la disonancia de voces en el coro, A.M. HESPANHA, *Depois do Leviathan*, p. 9 (paréntesis en portugués siempre suyos).

⁽³⁰⁾ A.M. HESPANHA, *A mobilidade social na sociedade do Antigo Regime*, en *Tempo* (revista del Departamento de História de la Universidade Federal Fluminense), 21, 2006, pp. 133-143, particularmente pp. 138-143: *Graça: Gratidão, Liberalidade e Misericórdia*, como síntesis reciente, ahora integrada como último capítulo en *Imbecillitas*; en castellano, con variante de título que comentaré, *Las estructuras del imaginario de la movilidad social en la sociedad de antiguo régimen*, en Francisco Chacón Jiménez, N.G. Monteiro (eds.), *Poder y movilidad social. Cortesanos, religiosos y oligarquías en la Península Ibérica (siglos XV-XIX)*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Cien-

especialidades académicas de historia o de economía de la gracia y hemos tenido que venir fungiendo, lo quisiéramos o no, de historiadores del derecho, cuando no se nos toma como simples historiadores ⁽³¹⁾. De economistas de la gracia, sin historia por medio, podríamos quizás haber tenido un futuro, uno que ahora sería presente, pero no es ese el camino que elegimos ⁽³²⁾.

tíficas, 2006, pp. 21-42; a lo que puede añadirse, con selección de fuentes, *Serviço, mercê e salário. Uma nota com base na doutrina jurídica seicentista*, en *Caleidoscópio do Antigo Regime*, pp. 187-211.

⁽³¹⁾ Habría cosas todavía por decir sobre una *economía de la gracia* en la historia europea que no se corresponde exactamente con la *economía del don* social más a la vista de la antropología desde el *Essai sur le don* de Marcel Mauss (1925) ni con la *economía de la mercéd* política más comprensible para la historiografía, conforme a puntualizaciones del propio A.M. HESPAÑHA, *Depois do Lieviathan*, p. 16: “Note-se, de passagem, que a graça — que suscita no beneficiário a gratidão e o move a praticar um novo ato de graça a favor do primeiro benfeitor — é a mola tanto do serviço como da mercê. Daí que, se queremos descrever a lógica do todo, devemos falar numa lógica (economia, gramática) da graça e não da mercê. Ou seja, a economia da graça engloba tanto a economia do serviço como a economia da mercê”, con referencia ulterior a la extensión histórica de la gracia a terrenos como el de la banca y las finanzas, remitiéndose a mi *Antidora* y a su *Cálculo finaciero y cultura contable en el Antiguo Régimen*, en C. Petit (ed.), *Del ius mercatorum al derecho mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 91-108 (en portugués, en José Luís Cardoso y António Almodovar, eds., *Actas do encontro ibérico sobre história do pensamento econômico*, Lisboa, Centro de Investigação sobre Economia Portuguesa, 1992, ahora recogido en *A Política Perdida*). Por lo usual, las posiciones de Hespanha sobre la clave de la gracia suele limitarse en la historiografía a términos que le resultan más reconocibles: José MARTÍNEZ MILLÁN, *Las investigaciones sobre patronazgo y clientelismo en la administración de la Monarquía Hispana durante la Edad Moderna*, en “*Studia Historica. Edad Moderna*” (revista de la Universidad de Salamanca), 15, 1996, pp. 83-106; sin ni siquiera mencionarle, Fernanda OLIVAL, *La economía de la gracia en la cultura política del Portugal moderno*, en Francisco José Aranda y José Damião Rodrigues (eds.), *De Re Publica Hispaniae. Una vindicación de la cultura política en los reinos ibéricos en la primera modernidad*, Madrid, Sílex, 2008, pp. 389-408. En lo que toca a la historia del derecho, la economía del derecho ha de reconocerse que está teniendo bastante menos mordiente que el despeje del Estado. La única exposición manualista que conozco en la que se haga el intento de integrar la gracia como elemento del derecho pertenece al propio Hespanha, su *Cultura jurídica europeia* que pronto cito.

⁽³²⁾ Lo elige, por ejemplo, Laurelyn WHITT, *Science, Colonialism, and Indigenous Peoples: The Cultural Politics of Law and Knowledge*, Cambridge, Cambridge University, 2009, pp. 136-157, al contraponer la mercancía al don para hacer ver la potencialidad del segundo en relación al conocimiento humano y a los recursos genéticos caso de que no se mantuviera el empeño de reducirseles a régimen de apropiación y

La ironía es Hespanha el primero que se la aplica a sí mismo. Quien culminó sin entusiasmo la licenciatura de derecho y quien ha agradecido durante su vida profesional el alejamiento finalmente temporal respecto a las facultades jurídicas, es en realidad un obseso del derecho, como lo es, en cuanto que historiador, de cosas hoy tan exóticas como la gracia. En cuanto que jurista, incluso se ha tomado en serio y con empeño la enseñanza de derecho en sí mismo, caracterizándose por asumir la dificultad de no reducirlo a orden de Estado ⁽³³⁾. ¿Cómo ha podido hacerse cargo tan seriamente del derecho? Yo he venido también a tomármelo de lo más en serio. ¿Qué nos ha reconciliado con qué? ¿La gracia con el derecho o al revés? ¿Habíamos huido del derecho a la historia, hallado en la historia la gracia y regresado de la gracia al derecho? De que la gracia en todo caso nos dejó tocados no cabe duda ⁽³⁴⁾.

explotación. El asunto se hará presente cuando lleguemos a tópicos que en este momento de la exposición parecerán lejanos como el de la globalización y la antiglobalización. Alguna otra opción en el mismo sentido veremos.

⁽³³⁾ A.M. HESPANHA, *Cultura jurídica europeia. Síntese de um milênio* (1997, *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*), 3ª ed. portuguesa revisada, Lisboa, Europa-América, 2003, con traducciones al chino, 1997, al italiano, 1999, al español, 2002 (con revisión que sirve de base para la tercera portuguesa: *Cultura jurídica europeia. Síntesis de un milenio*), y edición también brasileña, 2008; *O Caleidoscópico do Direito. O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje* (2007), 2ª ed. revisada y ampliada, Lisboa, Almedina, 2009. Son libros ambos derivados de la docencia, como ya está dicho del segundo. El término de caleidoscopio para la complejidad connatural al derecho si no se le reduce al producido por el Estado tiene una fuente, pues el primer editor le es cercano: Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2001, que también cito porque, como ya sabemos, a Colombia iremos. Por sus implicaciones, la propia palabra puede identificar un enfoque, aunque no idéntico: Marcelo Pereira de MELLO, *O Método Caleidoscópico: A Sociologia do Direito de Max Weber*, en "Cadernos de Direito FESO" (Centro Universitário Serra dos Órgãos, Rio de Janeiro), 7, 2004, pp. 215-234; *Sociologias do Direito: Historicismo, Subjetivismo e Teoria Sistêmica*, pp. 157-159, en "Revista de Sociologia e Política" (Universidade Federal do Paraná), 24, 2005, pp. 153-169.

⁽³⁴⁾ "Amazing Grace! How sweet the sound! / That sav'd a wretch like me. / I once was lost, but now am found. / Was blind, but now I see", así arranca el espiritual que podríamos haber entonado a dúo Hespanha y yo como en un musical a la caída de la tarde del 9 de Julio de 1990 descendiendo la cuesta hacia el mar por el barrio de Santa Lucia. Lo compuso John Newton (*The Olney Hymns*, 1779) y nuestra versión habría sido una más, no necesariamente la peor, de entre las innúmeras existentes desde entonces.

Fue literalmente de congraciamiento, con el derecho de hoy por la gracia de ayer, con lo propio mediante lo extraño. Ahí gravita la clave de un acercamiento a lo exótico que, si no capacita, al menos sensibiliza para una comprensión de lo próximo. No digo que lo sea necesariamente de una simpatía al menos por mi parte ⁽³⁵⁾. Por dicho desvío hacia el pasado podríamos proseguir directamente, pero al mismo llegaremos tras detenernos en la historia más estricta del derecho. Tanto *La Gracia* como *Antidora*, por sí mismas y por lo que tienen en común, han sido obras bastante comentadas y criticadas ⁽³⁶⁾. No sé medir si la primera alcanzó un impacto por separado equivalente o incluso superior al de la publicación española de *Vísperas de Leviatán* — la portuguesa apareció con poste-

⁽³⁵⁾ B. CLAVERO, *Antidora*, epílogo: *The other and the brother*, con epígrafe rememorativo de Benjamin N. NELSON, *The Idea of Usury: From Tribal Brotherhood to Universal Otherhood* (1949; epílogo, *The brother and the other*); A.M. HESPANHA, *A imaginação legal nos primórdios da época moderna*, en “Novos Estudos—Centro Brasileiro de Análise e Planejamento”, 59, 2001, pp. 137-153 (= *Early Modern Law and the Anthropological Imagination of Old European Culture*, en John A. Marino, ed., *Early Modern History and Social Sciences: Testing the Limits of Braudel’s Mediterranean*, Kirksville, Truman State University, 2001, pp. 191-204), ahora integrado al final del primer capítulo de *A Política Perdida*. Desde la perspectiva de medios no católicos, podía, comprensiblemente, achacársele simpatía y hasta fascinación: Julius KIRSHNER, reseña de *Antidora* en “Journal of Modern History”, 64-4, 1992, pp. 835-837; el mismo autor y en la misma revista reseña también *La Gracia del Derecho* (67-3, 1995, pp. 758-759, con buena presentación de la obra: “which combine theoretical sophistication with imaginative empiricism”, aun con similar reproche final: “I do not share his antiliberal nostalgia”). Comentario de Hespanha en nuestra correspondencia particular: “Acho que se trata de um equívoco: nem todo o antiliberalismo (que me caracteriza... de facto) significa adesão a um corporativismo pré-moderno. Isto faria de todo o comunitarismo ou das desconstruções do modelo mental e político liberal manifestações de reacionarismo”. A esto, pues toca, aun entre equívocos, un nervio vivo, habremos de volver.

⁽³⁶⁾ Para ejemplos incisivos, mucho más allá de la mera recensión, J.I. LACASTA ZABALZA, *Antiformalismo jurídico ‘fin de siglo’: Contrapunto jurídico y moderadamente formalista al ideario plenamente antiformalista de António Hespanha*, en “Ius Fugit. Revista Interdisciplinar de Estudios Histórico-Jurídicos” (ahora Revista de Estudios Histórico-Jurídicos de la Corona de Aragón), 3-4, 1996, pp. 437-456; Zacarías MOUTOUKIAS, *Peut-on faire l’économie d’une économie politique? (Note critique)*, en “Annales. Histoire, Sciences Sociales”, 56-6, 2001, pp. 1111-1128; Marcel HÉNAFF, *Religious Ethics, Gift Exchange and Capitalism*, en “Archives Européennes de Sociologie”, 44-3, 2003, pp. 293-324.

rrioridad incluso a *La Gracia del Derecho*, a su edición española y única. Resultaría ahora interesante cruzar comentarios y críticas sobre esta *Gracia* y la de *Antidora*, así como revisar reflexiones posteriores nuestras, pero no voy a seguir con la historiografía sobre un objeto determinado. No me detendré ahora en la indagación y los debates sobre historia de la gracia con todas sus implicaciones incluso imprevistas en su momento por parte nuestra, la de Hespanha y mía en todo cuanto confluimos ⁽³⁷⁾.

Acudiré ahora en cambio a una especie no de gracia, sino de desgracia, la nuestra, de Hespanha y mía, de nuestro gremio profesional, el de la historia del derecho, por la hipoteca que pesa al

(37) A las referencias ya dadas por la cita de Hespanha, conviene sumar, aparte la historiografía sobre la gracia institucionalizada en el ámbito político (ejs., Salustiano DE DIOS, *Gracia, merced y patronazgo real. La Cámara de Castilla entre 1474 y 1530*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; Karl Härter y Cecilia Nubola, eds., *Grazia e giustizia. Figure della clemenza fra tardo medioevo e età contemporanea*, Bolonia, il Mulino, 2011), otras obras posteriores a las dos nuestras, como la de Natalie Zemon DAVIS, *The Gift in Sixteenth-Century France*, Madison, University of Wisconsin, 2000, la de M. HÉNAFF, *Le prix de la vérité: le don, l'argent, la philosophie*, París, Seuil, 2002, la de Ilana KRAUSMAN BEN-AMOS, *The Culture of Giving: Informal Support and Gift-Exchange in Early Modern England*, Cambridge, Cambridge University, 2009, y la de Richard HYLAND, *Gifts: A Study in Comparative Law*, Oxford, Oxford University, 2009, o también las menores sólo en extensión de J. VALLEJO, *Amor de árbitros. Episodio de la sucesión de Per Afán de Ribera, el Viejo*, en J.M. Scholz (ed.), *Fallstudien zur spanischen und portugiesischen Justiz, 15. bis 20. Jahrhundert*, Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann, 1994, pp. 211-269; de Bartolomé YUN CASALILLA, *Economía moral y gestión aristocrática en tiempos del Quijote*, en "Revista de Historia Económica — Journal of Iberian and Latin American Economic History", 23, extra 51, *La economía en tiempos de Don Quijote*, 2010, pp. 45-68, e incluso del propio HESPAÑHA, en colaboración con A. SERRANO, *La senda amorosa del derecho. Amor y iustitia en el discurso jurídico moderno*, en C. Petit (ed.), *Pasiones del jurista. Amor, memoria, melancolía, imaginación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 23-74, ahora en *A Política Perdida* y en la edición brasileña de *Paixões do jurista*, 2011. Para enlaces a artículos pertinentes, la pestaña de *Debates* de mi sitio (<http://clavero.derechosindigenas.org>); en la de *Estudios* lo hay a *Beati Dictum: Derecho de linaje, economía de familia y cultura de orden*, mi otro trabajo mayor al respecto ("Anuario de Historia del Derecho Español", 63-64, 1993-1994, pp. 7-148). El *don* sigue además constituyendo una clave para la antropología que tener en cuenta al menos como contrapunto (ejs., Dominique TEMPLE, *La dialéctica del don. Ensayo sobre la oikonomía de las comunidades indígenas*, La Paz, Hisbol, 1995; Paz MORENO FELIÚ, *El bosque de las Gracias y sus pasatiempos. Raíces de la antropología económica*, Madrid, Trotta, 2011).

resultar que nos agremiamos también intelectualmente, aunque a esto nos resistamos y aunque nunca hayamos estado por completo solos a contracorriente ⁽³⁸⁾. Nos ubicamos dentro de una especialidad académica con verdadero peso en más de un sentido, ninguno quizá del todo sano, atrapada como se encuentra entre historia, derecho y las políticas de la una y del otro, sobre todo del segundo, del derecho, aunque mejor sería decir más directamente del Estado que intenta monopolizarlo y con el que tanta historiografía no sólo jurídica se identifica. Éste es nuestro lugar académico, agónico y todo que se le diga ⁽³⁹⁾. El medio profesional también es el mensaje o parte del mismo por lo menos, pudiendo condicionarlo en su integridad.

3. *Historia general, historia local, historia colonial no localizada.*

La última cita de Hespanha, la de una ironía redoblada por el texto y por la nota, se sitúa en el desarrollo de un argumento que puede parecer contradictorio con cuanto acaba de registrarse. Es el de la *centralidade* del derecho en la historia, lo que debe por

⁽³⁸⁾ Respecto al ámbito estricto de la historia del derecho ha de registrarse especialmente el hogar intelectual creado por Paolo Grossi a partir de los años setenta, justo a punto para nuestra generación, en el que es hoy, desde 1980, el ya mencionado Centro (Fiorentino) di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno. La misma sede de publicación de estas páginas ofrece testimonio. Veremos ahora a Pio Caroni referirse a la *solitudine dello storico del diritto*, pero, si lo tomamos en sentido literal además de individual, no es tal nuestro caso, gracias esto también a sectores de la historiografía, por algunos de cuyos círculos, no sólo en Portugal, la influencia de *As Vésperas do Leviathan* en particular es tal que el título ha podido hacerse mostrenco con ligeros giros: David Jorge DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ, *La antesala de Leviatán. Las maneras de la integración política en la época prerrevolucionaria*, en “Bajo Palabra. Revista de Filosofía” (de la Universidad Autónoma de Madrid), 2, 2007, pp. 57-72.

⁽³⁹⁾ Pio CARONI, *La solitudine dello storico del diritto. Appunti sull'inerenza di una disciplina 'altra'*, Milán, Giuffrè, 2009 (ed. más completa tras la original en alemán, 2005, y la traducción al castellano, 2006), p. 41, como arranque de su exposición: “Agonia: forse no è la parola giusta per descrivere lo stato di salute della storia del diritto (...). Eppure preferisco confermarla”, refiriéndose en particular a su posición aceleradamente declinante en los estudios de derecho no sólo por deméritos propios.

supuesto entrar a matizarse, como intentaré hacer siguiéndole (40). Cito con la inclusión del pequeño pasaje ya reproducido:

Hoje, quando falamos de centralidade do direito, entendemos que se fala no « primado da lei », na idéia — que é muito comum entre os juristas — de que o mundo é um grande código e que, para conhecer o mundo, basta conhecer os códigos. Os antigos também diziam « *quod non est in libris (in actis), non est in mundo* » [o que não está nos livros (nos processos) não está no mundo]. Só que os livros de que eles falavam não eram os códigos de leis; eram os livros de doutrina jurídica, aquilo a que então se chamava o « direito comum » (*ius commune*). Por um lado, estes livros, que já tinham muito pouco a ver com os textos de direito romano ou canônico, a bem dizer não tinham nada a ver com as leis do reino. Daí que, ainda que algum historiador (do direito) ande obcecado com o direito, não liga quase nada às leis dos reis, embora possa ligar muito à doutrina dos juristas e à jurisprudência dos tribunais (41).

El *derecho común*, ese derecho que suele identificarse como derecho romano-canónico bien que propiamente no lo fuera, pues lo constituía una jurisprudencia acorde con nuevos tiempos, así como por su parte el derecho de las leyes del reino, se nos advierte por Hespanha que no formaban el ordenamiento prevalente, para cuyo conocimiento se nos añade que es siempre más aconsejable atender al primero, mas no tanto por su valor en sí mismo como porque puede conducirnos a otras dimensiones:

[U]ma das características do direito comum [U] era a sua enorme flexibilidade, traduzida no facto de o direito local se impor ao direito geral e de, na prática, as particularidades de cada caso — e não as

(40) Comentario de Hespanha en nuestra correspondencia particular: “Aquí há, de facto, um problema... Terei que explicar isto melhor, se puder...”. En cualquier caso, como seguiremos comprobando, las *centralidades* de Hespanha siempre tienen algo o mucho de *excentralidades*, como sea el caso, más que de ninguna, de la centralidad, ya histórica, ya presente, del derecho.

(41) A.M. HESPANHA, *Depois do Leviathan*, p. 9, ahora la cita sin la nota (“Como sería o meu caso, segundo alguma interpretação”), de la que enseguida veremos la razón más próxima con nombre, apellidos y título, los de Laura de MELLO E SOUZA, *O sol e a sombra. Política e administração na América portuguesa do século XVIII*, São Paulo, Companhia das Letras, 2006. P. CARDIM, *Entrevista a António Manuel Hespanha*, p. 443: “respondi a estas críticas (...) tomando para pretexto o livro de Laura de Mello e Souza”.

regras abstratas — decidirem da solução jurídica. Isso quer dizer que a centralidade do direito se traduzia, de fato, na centralidade dos poderes normativos locais, formais ou informais, dos usos das terras, das situações « enraizadas » (*iura radicata*), na atenção às particularidades de caso; e, em resumo, na decisão das questões segundo as sensibilidades jurídicas locais, por muito longe que andassem daquilo que estava estabelecido nas leis formais do reino ⁽⁴²⁾.

El derecho era ante todo derecho *local*, derecho de usos y de autoridades locales, de lo que la jurisprudencia del derecho común había de hacerse obligadamente cargo. La centralidad aparente del derecho así se tradujo en la descentralización radical del derecho; el imperio del texto, en la ductilidad del sistema. Y había más, algo que ya sabemos. Ni siquiera el derecho periférico prevalecía. Derecho ninguno lo hacía. La misma jurisprudencia puede conducirnos a aquel panorama ya descrito aquí por la debida cita de Hespanha en el que lo que prevalece, lo que prevalecía, era una batería de virtudes de valor por entonces igual o incluso superior al de la justicia. La teología de aquellos tiempos reforzaba y abundaba. En suma, el orden de la gracia primaba sobre el ordenamiento jurídico. Y, para desconcierto de colegas, la reconciliación con el derecho se extendía a la reconciliación con la teología ⁽⁴³⁾.

Hespanha conoce bien en carne propia que todo esto le ha situado a *contramão* de una historiografía no jurídica y jurídica anclada en la idea de que « direito significa antes imposição, cogência, execução, inflexibilidade, formalismo », todavía además heredera y tributaria de la « historiografía liberal que, para marcar mais a ruptura da Revolução, carregava de cores sombriamente monocên-

⁽⁴²⁾ A.M. HESPANHA, *Depois do Leviathan*, pp. 9-10.

⁽⁴³⁾ A.M. HESPANHA, *Heautontimorumenos* (a propósito de *As Vésperas de Leviathan* como sabemos), p. 107: “[L]a storiografia sociale e politica affermata difficilmente ammette che testi o rappresentazioni dottrinali producano effetti al livello dei meccanismi sociali ‘empirici’. Segnatamente quei sacri testi giuridici, campo di lavoro di una tribù storiografica la cui reputazione non è del tutto buona: gli storici del diritto. Io, al contrario, vi credo sempre più. E in alcuni lavori più recenti non ho potuto che rafforzare questo convincimento, sia per ciò che riguarda il diritto, sia per ciò che concerne un altro campo oscuro per gli storici ‘del sociale’: la teologia, o meglio la teologia morale”.

tricas e opressoras qualquer das sociedades anteriores ». Más se reafirma ahora en contramano porque ha experimentado que así se abre acceso a un mundo histórico no sólo, según entiende, europeo ⁽⁴⁴⁾. Nos explica que todo ello, gracia inclusive, le ha servido para entender el orden social de la Europa sudoccidental altomoderna y también el de sus extensiones coloniales, como las de Portugal por Macao y por Brasil ⁽⁴⁵⁾. El orden colonial sería así igualmente menos rígido y más maleable de lo que usualmente hoy se entiende, pues también ahí prevalecía « o policentrismo, o pluralismo jurídico-político, a confusão jurisdiccional » y todo el corporativismo correlativo, tanto localista como no tan localizado ⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁴⁾ P. CARDIM, *Entrevista a António Manuel Hespanha*, p. 434: “O direito, nomeadamente, não despertou um especial interesse, apesar do impacto estruturante que teve, e tem, nas sociedades do Ocidente europeu e nas suas extensões coloniais”, refiriéndose Hespanha en concreto con lo de la frustración, bien que relativa por lo que expone acto seguido sobre trabajos logrados, a su empeño en el seno del Instituto de Ciências Sociais de la Universidade de Lisboa (1989-2000); p. 438: “o desconhecimento da *poética* jurídica do social” se debe bastante a la “dificuldade do uso da tradição literária dos juristas como fonte da história cultural e social”, precisamente equiparable a lo que ocurre “com a história dos saberes religiosos (cristãos: teologia, liturgia, parenética, apologética e catequética)”.

⁽⁴⁵⁾ La ausencia de Brasil en *As Vésperas do Leviathan* a los efectos de ausencia de cómputo de ingresos de procedencia colonial ya se le había señalado a Hespanha: Stuart B. SCHWARTZ, *Somebodies and Nobodies in the Body Politic: Mentalities and Social Structures in Colonial Brazil*, p. 122, en “Latin American Research Review”, 31-1, 1996, pp. 113-134 (= *Mentalidades e estruturas sociais no Brasil colonial: uma resenha coletiva*, en “Economia e Sociedade”, revista de la Universidade Estadual de Campinas, 13, 1999, pp. 129-153). A la crítica le confieren un alcance más general Francisco Bethencourt y D.R. Curto (eds.), *Portuguese Oceanic Expansion, 1400-1800*, Cambridge, Cambridge University, 2007, pp. 83 y 198 (páginas de J. Pedreira y del propio F. Bethencourt; la reseña de João Fraçoso y Maria de Fátima Gouvêa en “e-Journal of Portuguese History”, 5-2, 2007, recupera la posición de Hespanha ahí desdibujada); también generaliza la crítica L. de MELLO E SOUZA, *O sol e a sombra*, p. 55: “Hespanha havia centrado seu foco em Portugal, negligenciando o fato de ter sido, por tanto tempo, metrópole de um vasto Império”. España por Portugal, me siento paralelamente *touché*.

⁽⁴⁶⁾ A.M. HESPANHA, *Depois do Leviathan*, pp. 11 y 20; *Panorama da história institucional e jurídica de Macau*, Macao, Fundação Macau, 1995, con edición inmediata, 1996, en chino (Hespanha estuvo impartiendo clases de derecho en Macao durante la década de los noventa con módulos como *Mudança cultural e mudança administrativa*). Sobre Brasil cuenta con una serie de trabajos desde su participación en la conferencia del 2000 de la *Society [hoy Association] for Spanish and Portuguese Historical Studies* con el

Sus escritos sobre el Brasil colonial han sido objeto de un debate suscitado sobre el terreno que interesa a la concepción y la práctica del ordenamiento social de aquellos tiempos (47). A propósito de « a aplicação indiscriminada » de su visión formada en Europa a la historia colonial, a Hespanha se le reprocha la « supervalorização dada (...) aos textos jurídicos » y a la economía de la

trabajo *The constitution of Portuguese empire. Revision of current historiographical biases*, reelaborado a continuación en J. Fragoso, Maria Fernanda Bicalho y M.F. Gouvêa (eds.), *O Antigo Regime nos Trópicos. A dinâmica imperial portuguesa, séculos XVI-XVIII*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2001 (pp. 163-188: *A constituição do Império português. Revisão de alguns enviesamentos correntes*); más específicamente, *Direito luso-brasileiro no Antigo Régime*, ed. electrónica, 2005 (=O direito dos letrados no Império português, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2006; versión ampliada de *História de Portugal moderno: político-institucional*, 1995); *Direito Comum e Direito Colonial*, en la revista electrónica “Panóptica” (www.panoptica.org), 3, 2006, pp. 95-116 (=Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro en estos “Quaderni Fiorentini”, 35, 2006, pp. 59-81, y en E.F. Paiva, ed., *Brasil-Portugal. Sociedades, culturas e formas de governar no mundo português. Séculos XVI-XVIII*, São Paulo, Annablume, 2006, pp. 21-41). También tiene Hespanha algunos trabajos sobre las colonias africanas de Portugal, pero de menor entidad.

(47) Mafalda SOARES DA CUNHA, *Les élites dans les colonies portugaises à l'époque moderne*, pp. 66-68, en Claire Laux, François-Joseph Ruggiu y Pierre Singaravélou (eds.), *Au sommet de l'Empire. Les élites européennes dans les colonies (XVI^e-XX^e siècle)*, Bruselas, Peter Lang, 2009, pp. 63-84; entrando en la noticia del debate, p. 66: “Le revirement fit émerger le modèle opposé d'un empire ‘faible’, que minimisait le rôle de la Couronne et des institutions centrales de contrôle de la métropole. Une telle perspective a pris une plus grande consistance théorique avec les travaux de l'historien António M. Hespanha sur la nature du système politique portugais au XVII^e siècle, la critique de paradigme étatiste appliqué a l'histoire moderne, et la proposition d'une alternative, celle du concept du ‘monarchie corporative’ comme formule politique caractérisant les monarchies de l'Ancien Régime”. El *revirement* precedente se refiere a Luis Felipe F.R. THOMAZ, *Estrutura política e administrativa do Estado da Índia no século XVI*, en Luís de Albuquerque e Inácio Guerreiro (eds.), *II Seminário Internacional de História Indo-Portuguesa. Actas*, Lisboa, Instituto de Investigação Científica Tropical, 1985, pp. 515 a 540, recogido en su *De Ceuta a Timor*, Carnaxide, Difel, 1994, pp. 207-243. Para testimonios de resonancias de la economía de la gracia en medios brasileños, José Arthur CASTILLO DE MACEDO, *Dádiva, Graça, Direito e Governo no Antigo Regimen*, en *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI* (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito), 2010 (www.conpedi.org.br/anais_fortaleza.html, sección de *História do Direito*); Alexander Martins VIANNA, *Algumas implicações de ‘Moderno’ em ‘Estado Moderno’*, en “Acta Scientiarum. Human and Social Sciences” (revista de la Universidade Estadual de Maringá), 23-2, 2011, pp. 205-216.

gracia, dejándose « magnetizar pelo mundo dos juristas e dos teólogos (...) esquecendo que a lei muitas vezes permanecia letra morta », con lo cual se le acusa de ofrecer en suma una imagen benevolente de aquel colonialismo. Mediante la extensión del derecho común de Portugal a Brasil, Hespanha, aun con la peculiaridad de su visión estadófuga, estaría inventando hoy el *derecho indiano* portugués, un concepto de derecho colonial para ayer como su representación neocolonial para hoy, la idea del *direito luso-brasileiro* para entonces (48).

En el consiguiente debate, la alegación de que *a lei permanecia letra morta* le brinda a Hespanha la oportunidad de insistir en que su noción del derecho es otra. Justamente señala que la crítica se le formula desde una concepción anacrónica del orden normativo. También aprovecha para alegar que su propia visión no es para nada complaciente, lo que comparte con la misma Laura de Mello e Souza, la autora de *O sol e a sombra*, de donde la impugnación más frontal procede:

Do que acabo de escrever já se deduz que continuo a pensar que a chave interpretativa que este livro fornece pode servir a historiografia brasileira, sem sequer obrigar — o que seria grave — à ocultação da violência colonial. Ou, dito de outra forma, sem sequer impedir a consideração da diferença entre (uma entidade indefinida a que alguns historiadores chamam) « colonos » (i.e., colonizados, vítimas da colonização) e (outra a que os mesmos chamam) « reinóis » (i.e., colonizadores, agentes e beneficiários da

(48) L. de MELLO E SOUZA, *O sol e a sombra*, cuyo primer capítulo, *Política e administração colonial: problemas e perspectivas*, es de revisión de planteamientos historiográficos (citas, pp. 52, 55 y 60); sobre el llamado *derecho indiano* como derecho retrospectivamente colonial, B. CLAVERO, *Europa hoy entre la historia y el derecho, o bien entre postcolonial y preconstitucional*, pp. 541-555, en estos “Quaderni Fiorentini”, 33-34, 2004-2005, pp. 509-607; para un repaso historiográfico moderadamente crítico, LUIGGI NUZZO, *Dall'Italia alle Indie. Un viaggio del diritto comune*, en “Rechtsgeschichte. Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte”, 12, 2008, pp. 102-124, no incluyendo el caso Portugal-Brasil. En estos trances nunca falta quien induzca a confusión sobre la diversidad de posiciones, como respecto al debate *luso-brasileiro* RAFAEL RUIZ, *Duas percepções da justiça nas Américas: Prudencialismo e legalismo*, en las actas del 8º Encontro da Associação Nacional dos Pesquisadores e Professores de História das Américas, 2008, ed. electrónica (www.anphlac.org), ahora el artículo en el sitio del Instituto Politécnico de Beja (www.ipbeja.pt).

colonização). Realmente, houve uma coisa e outra; como, na Europa, houve senhores e camponeses. Mas, apesar das tensões, desigualdades e espoliação entre uns e outros, eles conviveram, uns e outros, nessa sociedade hierarquizada, fundada na desigualdade e no privilégio, internamente dominadora e marginalizadora, que foi a sociedade corporativa; no seio da qual uns exploraram tranquilamente os outros, os segregaram e dominaram, os silenciaram e gozaram com o seu silêncio. Nos quadros e com os instrumentos que a matriz ideológica e institucional da sociedade tradicional europeia abundantemente dispunha ⁽⁴⁹⁾.

Llegamos a una frontera, a una verdadera frontera que no hemos encontrado hasta ahora. Hespanha la identifica con respecto a *rústicos* en Europa asimilando, sin mayor elaboración, a esclavos e indígenas en América (« como, na Europa, houve senhores e cam-

(49) A.M. HESPANHA, *Depois do Leviathan*, p. 34; *Conflito e resistência na sociedade de Antigo Regime*, en *Caleidoscópico do Antigo Regime*, pp. 39-60; *Antigo regime nos trópicos? Um debate sobre o modelo político do Império colonial português*, en J. Fragoso y M.F. Gouvêa (eds.), *Na trama das redes. Política e negócio no Império português, séculos XVI-XVIII*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2010, pp. 43-94 (con primera versión en inglés, 2007, presentada a más de un foro internacional, en América y en Europa, y difundida en Internet). Las críticas de neocolonialismo dirigidas a Hespanha también se motivan en que fue, entre finales de 1995 y principios de 1999, Comisario General de la *Comissão Nacional para as Comemorações dos Descobrimientos Portugueses*, de lo que tampoco deja de reivindicarse: A.M. HESPANHA, *O historiador e o cidadão. História e ciência política*, pp. 79-81, *Fazer justiça, fazendo história*, en *Caleidoscópico do Antigo Regime*, pp. 71-85 (p. 79: “não faltará quem pergunte qual é o sentido destas comemorações, num contexto civilizacional em que um dos pontos mais criticados é a criação de uma hegemonia mundial europeia, redutora da diversidade cultural e cuja história está plena de violências hoje penosas de narrar”). Bajo su dirección, una *Editorial* de “Penélope. Fazer e Desfazer a História”, 2, 1989, pp. 5-7, puso condiciones *científicas* a las conmemoraciones que Hespanha no depondría. Su posición crítica al frente de la CNCDP consta: S.B. SCHWARTZ, *Brazil: Ironies of the Colonial Past*, p. 681, en “Hispanic American Historical Review”, 80-4, 2000, pp. 681-694; Marcus POWER, *Exploding the Myth of Portugal's 'Maritime Destiny'* p. 145, en Cheryl McEwan y Alison Blunt (eds.), *Postcolonial Geographies*, Londres, Continuum, 2002, pp. 132-146. Comentario de Hespanha en nuestra correspondencia particular: “A minha política foi sempre de contra-corrente, embora encaixada numa posição cuja missão era celebrar a expansão portuguesa. Foi um risco; mas antes estar lá eu a fazer isto, do que outro fazer comemorações etnocêntricas e patriotas”. Otro paralelismo biográfico: también durante tres años (2008-2010), he sido miembro de un organismo de Naciones Unidas sobre asuntos indígenas. A esto me propongo regresar.

poneses ») ⁽⁵⁰⁾. Es una asimilación que tiene base efectiva en la jurisprudencia histórica, pero no en unos términos tan inmediatos pues adiciona otras condiciones como, sobre todo, la de menor vitaliciamente, la que ya de por sí degradaba sin término de comparación ⁽⁵¹⁾. Sin embargo, esto sólo es la imagen y el designio de

⁽⁵⁰⁾ A.M. HESPANHA, *As fronteiras do poder. O mundo dos rústicos*, en “Seqüência” (revista de la Universidade Federal de Santa Catarina), 51, 2005, pp. 47-105, conectando con *Savants et rustiques. La violence douce de la raison juridique*, que se publicara en *Ius Commune* (revista del Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte), 10, 1983, pp. 1-48, y se recogiera traducido al castellano en *La Gracia del Derecho*; en portugués, “Revista Crítica de Ciências Sociais”, 25-26, 1988, pp. 31-60; también con otras páginas propias como *A administração e o direito não oficiais no sistema político do Antigo Regime*, en “Anuario de Historia del Derecho Español”, 57, 1987, pp. 737-758. Vuelve al asunto en *Imbecillitas*, pp. 141-198, con interesantes apuntes de método a los que luego aludiré, pero sin cambio sustancial de planteamiento, bien que hablando de *discriminação jurídica* y de *favor iuris* “das drásticas medidas de discriminação social, jurídica e política dos mais humildes (*miserabiles* pessoas, pobres, mulheres, viúvas, órfãos, rústicos, indígenas americanos), a protecção jurídica e a solicitude paternalista dos poderes para com eles, protecção que inclui uma especial tutela do príncipe sobre os seus interesses: foro especial, tratamento jurídico mais favorável (*favor*), por exemplo, em matéria de desculpabilização perante o direito penal, de prova, de presunção de inocência ou de boa fé”; lo desarrolla como si el llamado *favor* no fuera manifestación de la discriminación, de una discriminación constitutiva del orden social, y refiriéndose a desfavores sustantivos en términos de algo adicional y secundario, como si no fuesen caracterizadores de *status* (pp. 57 y 171-172), de unos *status* que justamente considera como constitutivos a su vez de las propias *personae* (pp. 18 y 48-65).

⁽⁵¹⁾ La asimilación entre rústico europeo e indígena americano la asume también una historia del derecho que está acogiendo de pleno fuera de España y de América Latina los planteamientos netamente neocoloniales del *derecho indiano*; para ejemplo, Manlio BELLOMO, *Elogio dei 'dogmata legum'. Memorie per una storia della storiographia giuridica*, p. 65, en “Rivista Internazionale di Diritto Comune”, 20, 2009, pp. 29-70; para el intento de matización, B. CLAVERO, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, México, Siglo XXI, 1994, pp. 11-19. La asimilación jurídica consta, pero también la diferencia: “The vast majority of native Americans who were not so treated [no esclavizados], including conquest allies, had to live with far less dignity than Spanish peasants, their closest legal equivalent” (Kris Lane, ed., *Defending the Conquest: Bernardo de Vargas Machuca's 'Defense and Discourse of the Western Conquests'*, University Park, Pennsylvania State University, 2010, p. IX). Si se tratase de una asimilación, no jurídica de ayer, sino historiográfica de hoy, más expresiva pudiera ser en el ámbito hispano si se hiciese con los moriscos, gentes cristianizadas de descendencia musulmana, con la reserva de poder a su respecto en iglesia y monarquía: C. GARRIGA,

una parte; de otra, la indígena, de tenía la propia visión y el propio derecho o mejor dicho las propias visiones y los propios derechos⁽⁵²⁾. Con al cuadro que nos ofrece Hespanha, tenemos en la frontera *colonos* de procedencia europea que podían llegar a entenderse *colonizados* por Europa y hay *colonizados* por Europa y por los *colonos*. Éstos había de tener su propio orden social, su propio derecho si prefiere decirse, precedente a cualquier otro sobre el terreno⁽⁵³⁾. ¿Cómo es que podemos postergarlo? ¿Cómo podemos abordar la historia colonial sin tomar en cuenta los derechos de los pueblos indígenas que sufrieron el colonialismo y sufren sus secue-

Enemigos domésticos. La expulsión católica de los moriscos, 1609-1614, en estos “Quaderni Fiorentini”, 38, *I diritti dei nemici*, 2009, pp. 225-288.

(52) Sobre visión indígena, existe ya una importante historiografía que está exhumando, colacionando y exprimiendo más fuentes en lenguas no europeas de las que, por dejadez arraigada en prejuicio, la academia ha venido presumiendo. Un especialista a este respecto (Matthew RESTALL, *The Maya World: Yucatec Culture and Society, 1550-1850*, Stanford, Stanford University, 1997; con Lisa Sousa y Kevin Terraciano, eds., *Mesoamerican Voices: Native-Language Writings from Colonial Mexico, Oaxaca, Yucatan, and Guatemala*, Cambridge, Cambridge University, 2005; con Florine ASSELBERGS, *Invading Guatemala: Spanish, Nahuatl, and Maya Accounts of the Conquest Wars*, University Park, Pennsylvania State University, 2007) ha expuesto la ignorancia y la inconsciencia que siguen imperando en la historia de la invasión y ocupación hispanas de América: M. RESTALL, *Los siete mitos de la conquista española* (2003), Barcelona, Paidós, 2004; con K. LANE, *Latin America in Colonial Times*, Cambridge, Cambridge University, 2011, manual que ofrece un cuadro con presencia significativa tanto indígena como afrodescendiente. No tengo conocimiento de que para el colonialismo portugués en Brasil haya una literatura equivalente mediante atención a fuentes indígenas. Sobre derecho reincidiré por supuesto.

(53) Para lo que resulta una comparación a este determinado efecto entre las posiciones de Hespanha y las mías, C. GARRIGA, *Patrias criollas, plazas militares: sobre la América de Carlos IV*, en Eduardo Martíre (ed.), *La América de Carlos IV*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2006, pp. 35-130 (y en el sitio *Horizontes y Convergencias. Lecturas Históricas y Antropológicas sobre el Derecho: <http://horizontesy.com.ar>*), las suyas “quizá exagerando el respeto al pluralismo por parte del conquistador” (p. 47), con referencia en concreto a A.M. HESPANHA, *Le droit et la domination coloniale européenne. Le cas de l'Empire oriental portugais*, en Juan Carlos Garavaglia y J.F. Schaub (eds.), *Lois, justice, coutume. Amérique et Europe latines (16^e-19^e siècle)*, París, Ecole des Hautes Études en Sciences Sociales, 2005, pp. 203-226. Para las mías, marcando ante todo, como precedente en tierra propia, la existencia de derecho de los pueblos indígenas, Garriga se refiere a *Europa hoy entra la historia y el derecho, o bien entre postcolonial y preconstitucional*, citado.

las? No basta con advertir su presencia desde una perspectiva que les fuera y les es ajena ⁽⁵⁴⁾.

¿Y cómo podemos presumir que encontraban acomodo en *a matriz ideológica e institucional da sociedade tradicional europeia* sustrayéndoles con ello su entidad, una entidad merecedora de estudio por sí misma? ⁽⁵⁵⁾. Mello e Souza entiende que el *calcanhar de Aquiles* de la obra de Hespanha sobre Brasil es el descuido de *os contextos imperiais* ⁽⁵⁶⁾. Me parece difícilmente discutible que esta

⁽⁵⁴⁾ Preguntado recientemente sobre lo que se trae entre manos (P. CARDIM, *Entrevista a António Manuel Hespanha*, p. 444), Hespanha responde bienhumoradamente que, entre otras cosas, “o trabalho de manutenção, assistência pós-venda e reciclagem das coisas que escrevi”, pero el reciclaje visto ha sido de historia del derecho portugués a historia del derecho brasileño. En esta misma entrevista más reciente se detiene en la extensión de su trabajo a historia colonial (p. 442: “eu tinha trabalhado um modelo de poder político para o Antigo Regime... Pareceu-me muito adequado aplicá-lo ao ultramar”) sin proceder a registro de derechos indígenas, llegando a señalar tan solo la capacidad localizante de hacerse con derecho colonial (p. 444: “o papel dos *naturais* na apropriação local do direito português”), con la impresión que esto puede dejar de que no lo tenían propio o de que lo tuvieran menos valioso.

⁽⁵⁵⁾ A.M. HESPANHA, *Nação e nações nos confins do Império. Os não europeus perante o direito colonial português no século XIX*, en F. Tomás y Valiente y otros, *De la Ilustración al Liberalismo. Symposium en Honor Del Profesor Paolo Grossi*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pp. 351-395, ya ponía en práctica el método de acomodamientos del derecho de pueblos colonizados a la *matriz ideológica e institucional da sociedade tradicional europeia*, tratándose además del siglo XIX, sin dejar otra cabida que la deparada por el derecho de la metrópolis. Confieso que por aquellos años, en aquel simposio (enero de 1994), todavía no me chocaba tanto ni, por lo que recuerdo, lo hizo para nada a nadie de quienes concurríamos, en mi caso pese a que ya, paralelamente cómo no, me había introducido en el asunto: B. CLAVERO, *Espacio colonial y vacío constitucional de los derechos indígenas*, en “Anuario Mexicano de Historia del Derecho”, 6, 1994, pp. 61-86. Pues estuve deliberadamente desentendido de unas celebraciones, sólo ahora conozco los primeros pasos de Hespanha por este terreno: con Catarina Madeira SANTOS, *Le forme di potere di un impero oceanico*, en Renzo Zorzi (ed.), *L'epopea delle scoperte*, Florencia, Leo S. Olschki, 1994, pp. 449-478. Al respecto no hubo entre nosotros un encuentro o ni siquiera una conversación equiparable a la de Nápoles sobre la gracia.

⁽⁵⁶⁾ L. de MELLO E SOUZA, *O sol e a sombra*, p. 48; Mello e Souza juzga sintomático que la esclavitud africana, clave para el colonialismo *nos Trópicos*, no sea relevante para la mirada europea de Hespanha, a lo que éste aduce que para lo que resultaba menos visible era para el derecho mismo por constituir cuestión de *potestas domestica*, no ordinariamente de las potestades de carácter público (*Depois do Leviathan*, pp. 31-33); sobre la esclavitud con posterioridad, *Imbecillitas*, pp. 199-231, sólo que en

vertiente de su trabajo está aquejada de un reflejo especular producido por la proyección no en todo contrastada de un paradigma de matriz europea ⁽⁵⁷⁾. Sin embargo, ¿no sería más conveniente señalar que lo que falta en uno como en otro caso, en el de Mello e Souza como en el de Hespanha, es la toma en consideración de algo de mayor significación como sea *o contexto indígena*? Lo es drásticamente reducido en el Brasil actual, pero ahí está todavía presente a

base sustancialmente a su *Luis de Molina e a escravização dos negros*, en “Análise Social”, 157, 2001, pp. 937-960. Los trabajos de Hespanha sobre las colonias africanas de Portugal tampoco han servido para colmar esta laguna de la esclavitud en la economía de su obra. Comentario de Hespanha en nuestra correspondencia particular: “Talvez mais problemático do que o artigo sobre o *direito luso-brasileiro* é o artigo sobre a escravidão no tratado de Luis Molina sobre a justiça e o direito. Muito simplificada, a tese, aí, é a de que, jogando com o particularismo do *ius commune*, Molina legitima a validade das ordens jurídicas e políticas africanas (em Angola, sobretudo) e, a partir daí, considera como contra direito muito (não tudo...) da ordem jurídico-política escravagista. Este ‘progressismo’ de Molina pode servir como álibi para ignorar as práticas locais dos colonos negreiros”.

⁽⁵⁷⁾ Para testimonio de que la obra de Hespanha contribuye en concreto a recargar la visión portuguesa del Brasil colonial, Maria Filomena COELHO, *A justiça d'além-mar. Lógicas jurídicas feudais em Pernambuco (século XVIII)*, Recife, Massangana, 2010, con presentación suya, de Hespanha, y sus aperitivos: *Olhar medieval sobre o Brasil Colônia*, y *Justiça e representação: discursos e práticas da tradição portuguesa na América*, ambos en “Revista Múltipla” (União Pioneira de Integração Social, Brasília), 12, 2002, pp. 113-130, y 21, 2006, pp. 71-85, el primero bajo el nombre de Maria Filomena Nascimento (completo, Maria Filomena da Costa Coelho Nascimento). La investigación que condujo al libro se formulaba en otros términos, *Conflitos entre o poder espiritual e o poder temporal em Pernambuco no século XVIII*, produciéndose aparentemente el giro con el asesoramiento de Hespanha. Al método de proyección de historia portuguesa a la brasileña, que es el habitual en el llamado *derecho indiano* entre Castilla y sus colonias, y más aún si es de tiempos medievales europeos a tiempos modernos americanos como si hubiera históricamente un desfase histórico a favor de Europa, cabría aplicar la observación de S.B. SCHWARTZ, *Somebodies and Nobodies in the Body Politic*, p. 124, a la obra de Luis WECKMANN, *La herencia medieval del Brasil*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993: “Weckmann’s book is about transferal, not transformation, and is therefore limited to cataloguing and describing”, por muy sofisticadas que sean clasificación asociativa, *feudal* u otra, y reconstrucción derivativa. La presunción supremacista de desfase entre tiempos se ha puesto especialmente en evidencia por una antropología autocrítica: Johannes FABIAN, *Time and the Other: How Anthropology Makes its Object* (1983), con *Foreword* de Matti Bunzi, Nueva York, Columbia University, 2002.

la vista incluso de la Constitución ⁽⁵⁸⁾. Tamaña deficiencia en común entre Portugal y Brasil es, con toda evidencia, de la misma matriz, la europea.

Si guardásemos consecuencia, en el escenario colonial habría de comenzarse con órdenes sociales *locales*, los que son ante todo, antes y después de la arribada europea, locales y más que locales, los indígenas. Utilizo a partir de este momento el plural de responsabilidad para comprender tanto la obra de Hespanha como la mía pues, por una parte, comparto su visión del derecho europeo histórico ⁽⁵⁹⁾; por otra, lo que ahora sigue es autocrítica antes que crítica. Ya es *beautontimorumenos*.

Cuido que no sea anticrítica. Aparte de que la antiautocrítica malamente quepa, esta lectura de otro modo no merecería la calificación de coral. ¿Cómo podría ser portavoz si redujera a ecos otras voces y yo además me sustrajera? La coralidad no es coartada ni conjuro. Ni el *beautontimorumenos*, fingimiento. Me propongo ensanchar la tertulia allende el círculo de nuestros interlocutores habituales y ser uno más.

⁽⁵⁸⁾ Autores varios, *Os direitos indígenas e a Constituição*, Porto Alegre, Núcleo de Direitos Indígenas, 1993; *Povos indígenas. Constituições e reformas políticas na América Latina*, Brasília, Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009.

⁽⁵⁹⁾ Para una síntesis mía relativamente reciente sobre la relación histórica entre gracia y derecho o más concretamente justicia, B. CLAVERO, *Justicia y Gobierno, Economía y Gracia*, en autores varios, *Real Chancillería de Granada. V Centenario 1505-2005*, Granada, Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, 2006, pp. 121-147. Para la relación entre justicia y gracia interesan desde luego sustantivamente más aportaciones aún no citadas de A.M. HESPANHA, *Da 'iustitia' à 'disciplina'. Textos, poder e política penal no Antigo Regime*, en "Anuario de Historia del Derecho Español", 57, 1987, pp. 493-578, recogido en *La Gracia del Derecho*, que cuenta con diversas versiones y derivaciones; *Justiça e administração entre o Antigo Regime e a Revolução*, em B. Clavero, P. Grossi y F. Tomás y Valiente (eds.), *Hispania entre derechos propios y derechos nacionales*, vol. I, pp. 135-204, principalmente; del primero fue un postre *De la 'iustitia' a la disciplina*, en F. Tomás y Valiente y otros, *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, pp. 175-186, y una variante *Le projet de Code pénal portugais de 1786. Un essai d'analyse structurelle*, en Luigi Berlinguer (ed.), *La 'Leopoldina'. Criminalità e giustizia criminale nelle riforme del '700 europeo*, vol. XI, Milán, Giuffrè, 1990, pp. 387-447.

4. *La recepción incluso pacífica como piedra de toque en la historia del derecho.*

Lo dicho sobre el orden colonial no sólo tiene valor para la expansión europea evidentemente. Sólo con lo visto puede inducirse que ha de tener un alcance general para todo el ámbito del llamado *ius commune*, aquel derecho de apariencia, sólo apariencia, romano-canónica. La *matriz ideológica e institucional da sociedade tradicional europeia* debe ser lo primero en incluirse. Si todo lo expuesto por Hespanha se sostiene, su orden de exponerlo resulta que se presenta invertido. En la exposición no debería partirse de la jurisprudencia más general del derecho común, sino del extremo contrario, del orden en apariencia periférico, el cual, por prevalecer, habría de ser el que primariamente determinase la posición del resto de los elementos. La perspectiva misma cambiaría con esto. En vez de ofrecerse una imagen templada y dúctil de la jurisprudencia, de una jurisprudencia así de inteligente y poco menos que omnisciente, se arrojaría otra de limitación y hasta de impotencia o de doblegamiento ante hechos dados. Y en vez de una historia del derecho general con peculiaridades locales, tendríamos infinidad de historia locales con elementos comunes ⁽⁶⁰⁾.

¿En qué manual o introducción hemos ofrecido el despliegue de ese panorama de innúmeras historias localizadas con elementos en común, de ese completo y multiforme *caleidoscópico* en la expresión preferida por Hespanha, una expresión que ya por sí nos libra de la tentación de reducirnos al orden creado o admitido por

(60) Comentario de Hespanha en nuestra correspondencia particular: “Pode ser que seja apenas um problema de exposição (de ordem da exposição). Mas, ainda que a ordem da exposição não corresponda à intenção do expositor, o certo é que induz no auditório uma atitude de marginalização das periferias. Um projeto muito atraente seria fazer uma história do direito europeu nesta perspectiva, segundo esta ordem expositiva, periférico-cêntrica. É o projeto dos *subaltern studies* que, no direito, não deram ainda resultados espetaculares. Mas isto também implicava um giro copernicano da história do direito contemporâneo... Acho que ficaria irreconhecível para juristas e historiadores do direito. Mas, possivelmente, não para o comum dos nossos vizinhos não juristas”. Sobre la referencia, Vinayak Chaturvedi (ed.), *Mapping Subaltern Studies and the Postcolonial*, Londres, Verso, 2000; Ileana Rodríguez (ed.), *The Latin American Subaltern Studies Reader*, Durham, Duke University, 2001; B. CLAVERO, *Europa hoy entra la historia y el derecho, o bien entre postcolonial y preconstitucional*, pp. 531-541.

instancias políticas? En ningún sitio lo hemos hecho, ni propio ni ajeno que hayamos promocionado ⁽⁶¹⁾. Puede tenerse con nosotros la condescendencia de pensarse que tal cosa resulta imposible y que además es indeseable; imposible porque no hay quien cubra una infinidad de historias localizadas con todas sus variantes en la forma y grado de integración de elementos comunes, e indeseable porque ello no revestiría ninguna utilidad de tipo pedagógico o de contribución más general a la cultura jurídica. El *caleiodoscopio* se tornaría *cacoscopio*, observatorio sin atractivo ni utilidad. En todo caso, cuando procedemos a algo bastante más sencillo a estas alturas de nuestras investigaciones como sea la exposición del concepto, ¿por qué partimos del derecho común para descender a la historia localizada y por qué partimos del derecho para ir a los elementos no jurídicos del orden social en vez de operar en el orden inverso para todo ello? ¿Por qué no partimos de orden no jurídico para marcar la posición del derecho y por qué no ascendemos de órdenes sociales locales hacia el derecho común, en lo que el mismo resulte, para la comprensión de su propio alcance ⁽⁶²⁾?

(61) B. CLAVERO, *Historia del Derecho: Derecho Común*, 6ª ed., Universidad de Salamanca, 2005. Hespánha ha contribuido a la traducción portuguesa y edición por la Fundação Calouste Gulbenkian de los volúmenes, entre otros tanto individuales como colectivos, de Franz WIEACKER, *História do direito privado moderno*, 4ª ed. 2010, y de John GILISEN, *Introdução histórica ao direito*, 6ª ed. 2011, con notas suyas, de Hespánha, para uso escolástico en Portugal y Brasil. La incidencia brasileña es fácilmente constatable: Antônio Carlos Wolkmer (ed.), *Fundamentos de história do direito*, 4ª ed., São Paulo, Del Rey, 2008, sin alertar de que se trata de fundamentos sustancialmente europeos aún tratándose de autor abierto a historias y culturas jurídicas de tracto no sólo europeo: A.C. Wolkmer, Francisco Q. Veras Neto e Ivone M. Lixa (eds.), *Pluralismo jurídico. Os novos caminhos da contemporaneidade*, São Paulo, Saraiva, 2010, en el que colabora Hespánha como veremos.

(62) Breve respuesta de Hespánha, en forma de pregunta, en nuestra correspondencia particular: “Porque partimos do imaginário constitucional e não das ‘constituições vividas’ (que incorporam todo o tipo de possibilidades e impossibilidades empíricas da ação de cada um de nós)? Impossibilidades ‘infra-cidadãs’ de mulheres, de pobres, de menores, de incultos, de ‘dementes’, de meninos? Super-possibilidades de poderosos, de famosos e de outra gente acima da lei? A ideia de infra e supra-cidadania tem sido usada por Marcelo Neves, um importante constitucionalista da Universidade de Brasília”. Puede verse como introducción en castellano M. NEVES, *Justicia y diferencia en una sociedad global compleja*, en “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho” (revista de la Universidad de Alicante), 24, 2001, pp. 349-377; ya anteriormente, sobre el extremo

La respuesta me parece de lo más sencilla, por no decir evidente: porque, a fuer de ser profesionales de historia y de derecho, hacemos historia del derecho incluso cuando la deshacemos. Regresemos a nuestros comienzos, de Hespanha y míos, en los que el repudio era del mismo derecho por la degradación del que sufrimos en el Portugal salazarista-caetanista o en la España franquista, por el rechazo de un determinado derecho que no era de cosecha exclusivamente ni dictatorial ni patria, pues cultivaba vetas procedentes de tradiciones más o menos europeas de orígenes, aunque lo negasen por pretenderlos acendrados y propios, decimonónicos (63). Desde el siglo XIX tal era el contexto de formación de la misma historia del derecho como especialidad académica en un ámbito europeo. En los centros universitarios de estudios jurídicos no se impartía, por volver a nuestro ejemplo, historia de la gracia y sí en cambio historia del derecho porque ésta era disciplina que concurría a la construcción del Estado y de su ordenamiento. Se trataría por lo tanto, por mucho que la evidencia histórica pudiera no sustentarlo, de historia del derecho *portugués* o de historia del derecho *español*. En rigor se trataba de invención performativa de tradición de Estado más que de historia contrastada de ningún objeto identificable sin los habituales prejuicios en el presente (64).

señalado por Hespanha, *Entre Sobintegração e Sobreintegração: A Cidadania Inexistente*, en "Dados. Revista de Ciências Sociais" (Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro), 37-2, 1994, pp. 253-276.

(63) Se pone por supuesto en evidencia con continuidades, entre transformaciones, de vuelta de dictaduras a contitucionalismo: *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, citado. Para el viaje de ida hacia la dictadura franquista, entre una abundante literatura destaca por su concentración en el orden y el desorden jurídicos Sebastián MARTÍN, *Génesis y estructura del 'nuevo' Estado (1933-1945)*, en F. Fernández-Crehuet (ed.), *Derecho, Memoria Histórica y Dictaduras*, Granada, Comares, 2009, Granada, Comares, pp. 79-135.

(64) B. CLAVERO, *Anatomía de España. Derechos hispanos y derecho español entre fueros y códigos*, en B. Clavero, P. Grossi y F. Tomás y Valiente (eds.), *Hispania: Entre derechos propios y derechos nacionales*, pp. 47-86; Ana Cristina NOGUEIRA DA SILVA y A.M. HESPANHA, *A identidade portuguesa*, en José Mattoso (ed.), *História de Portugal*, vol. IV (ed. A.M.Hespanha), *O Antigo Regime, 1620-1807*, Lisboa, Círculo dos Leitores, 1993, pp. 19-37, volumen con otros aportes sustanciales de Hespanha, *depós do Leviathan*, a las *vésperas do Leviathan*. Entre la abundante literatura concurrente y enfrentada, frente al anacronismo impenitente al respecto por invención performativa de tradición de

De la historia del derecho *portugués* y de la historia del derecho *español* Hespanha y yo estábamos desde un inicio curados por haber sufrido la exacerbación de la una y de la otra durante nuestro tirocinio jurídico. Así se entiende la facilidad como Hespanha puede en momentos tener por poco menos que irrelevantes, entre derecho común y derecho local, *as leis formais do reino* que bien conoce ⁽⁶⁵⁾. Sin embargo, de lo que no estábamos curados era de un giro de la historia del derecho en la segunda mitad del siglo XX, un giro en pleno auge cuando empezamos a formarnos como investigadores y profesores. Me refiero a la historia del derecho *europeo* que, aunque sin términos de Estado, estaba pugnando por sobreponerse e incluso por sustituir a las historias del derecho de los concretos Estados que formaban o se preveía que podrían venir a formar parte de la entonces Comunidad, hoy Unión, Europea. Dada la existencia de un *ius commune* histórico que podía predicarse ahora como europeo, aquel de apariencia romano-canónica, parecía que ese giro podía tener mayor consistencia que el planteamiento anterior de historias del derecho de Estados como sujetos subrep-

Estado, me permito seleccionar a Pablo FERNÁNDEZ ALBALADEJO, *Materia de España. Cultura política en la España moderna*, Madrid, Marcial Pons, 2007. Para oportuno contrapunto respecto a la generalización por descontextualización como, tras Eric Hobsbawm y Terence Ranger (eds.), *The Invention of Tradition* (1983), tal tópico suele entenderse, Anthony D. SMITH, *Nationalism and Modernism: A critical survey of recent theories of nations and nationalism*, Abingdon, Routledge, 1998, pp. 117-124.

⁽⁶⁵⁾ <http://iuslusitaniae.fcsh.unl.pt>: *Ius Lusitanae. Fontes Históricas de Direito Português*, sitio del Departamento de História da Universidade Nova de Lisboa con asesoramiento de Hespanha; con su coordinación, también la *Biblioteca Digital* histórico-jurídica de la misma Universidad (www.fd.unl.pt), y presentación del propio A.M. HESPANHA, *Digitalização da doutrina jurídica académica portuguesa (c. 1800-c.1910)*, en la revista electrónica “Historia Constitucional” (www.historiaconstitucional.com), 8, 2007, pp. 357-359 (también, P. CARDIM, *The Ius Lusitaniae Database*, en “e-Journal of Portuguese History”, 4-1, 2006, sección *Institutions and Research*); además todo eso de su temprano manual ya referido: *História das Instituições. Época medieval e moderna* (1982). Hespanha, tras pasar discreto en derecho romano, se dedicó pronto a la enseñanza de la *história do direito português* igual que yo comencé profesando *historia del derecho español*; por entonces, durante algo más de un año entre 1974 y 1975, con el gobierno profundamente reformista de Vasco Gonçalves, él interrumpió la práctica regular de la docencia por desempeñarse como Director Geral do Ensino Superior, lo que en todo caso ni le sacó del ámbito de la enseñanza ni supuso una cesura.

ticiamente retroproyectados ⁽⁶⁶⁾. Tampoco es que fueran incompatibles, pues podían superponerse. Hespanha y yo fuimos tempranamente atrapados por las redes del nuevo giro. Hubo incluso un agente eficaz de la captación precoz, Johannes-Michael Scholz, quien se ocupaba de Portugal y España en la principal empresa de lanzamiento de la historia del derecho europeo en base al *ius commune* pretérito ⁽⁶⁷⁾.

Es ahí donde se forma nuestra composición de un derecho común que preside históricamente el orden europeo con un paradójico resultado producido por su tolerancia tanto de dimensiones no jurídicas del ordenamiento social como de ordenamientos locales incluso a niveles muy inferiores, por así decirles, a repúblicas y

⁽⁶⁶⁾ Comentario de Hespanha en nuestra correspondencia particular: “Pode ser que a nossa obra possa ter tido essa consequência praeterintencional. Mas creio que nunca defendemos explicitamente esse modelo do *ius commune* como exemplo ou embrião de um *jus europaeum*. Ao contrário de A.-J. Arnaud ou Reinhard Zimmermann, por exemplo, somos mais culpados de entusiasmos pouco cautelosos pela estrutura casuística e particularista do *ius commune*, como antídoto contra a abstração do legalismo e do conceitualismo. Mas também nunca chegámos à santificação do direito jurisprudencial”. De André Jean Arnaud (ed.), *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit* (1988), París, LGDJ, 1993, hay edición brasileña, *Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*, Río de Janeiro, Renovar, 1999. De R. Zimmermann citaré enseguida. En Brasil y Portugal, está más presente el primero que el segundo. Hespanha me especifica que se refiere más en concreto a A.J. ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, París, PUF, 1991, y a R. Zimmermann, *Roman Law, Contemporary Law, European Law: The Civilian Tradition Today*, Oxford, Oxford University, 2001.

⁽⁶⁷⁾ Me refiero por supuesto a Helmut Coing (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Munich, Beck, 1973-1988, el monumento laboriosamente edificado en el seno del Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt a.M. Johannes-Michael Scholz fue también quien nos puso tempranamente en contacto, en el primer lustro de los setenta, y quien afanosamente contribuyó a promocionar nuestras primeras cosas fuera de Portugal y España. En cuanto a la invención unionista de tradición europea con su dimensión colonialista, aún se fue a continuación más allá: Reinhard ZIMMERMANN, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, Oxford University, 1996 (1ª ed., Ciudad del Cabo, Juta, 1990). A la hora de la operatividad han de recogerse velas: Oliver Radley-Gradner, R. Zimmermann, Hugh Beale (y Reiner Schulze, eds.), *Fundamental Texts on European Private Law*, Portland, Hart, 2003, adaptación y actualización de una colección alemana (eds. R. Schulze y R. Zimmermann) que también ha tenido luego puestas al día.

monarquías. En realidad no percibimos esta composición en términos de paradoja, pues todo parecía encajar. El alcance de esa ductilidad lo consideramos como un descubrimiento propio que no ponía en cuestión la jerarquía del conjunto, una jerarquía que así partiría desde arriba, de Europa, y no desde abajo, de espacios locales. La historia del derecho europeo principalmente se representaba como fruto de la vis atractiva de centros bajomedievales de alta cultura jurídica y a través de un fenómeno generalizado de *recepción* en términos de expansión imparable en vez de los de adaptación selectiva, de una adaptación que pudiera mantener tal derecho a raya, no sólo ni principalmente por repúblicas y monarquías, sino también y sobre todo por ordenamientos todavía más localizados. Nada de esto lo cuestionábamos de frente. La misma recepción la dábamos por hecha al centrarnos en tiempos altomedievales. Esto explica la desenvoltura como todavía, pese a las propias evidencias que nos traíamos entre manos, tomamos como punto de partida de nuestras representaciones el derecho común, el *ius commune* presuntamente europeo, bien que fuera, como está explicado, para ir más allá o, mejor, más acá del mismo ⁽⁶⁸⁾.

La historia del derecho europeo ha dibujado un panorama tan ficticio, por invención igualmente de tradición, como el de las historias de derecho de Estados. Hay un caso en el centro de Europa que resulta realmente sintomático. Como espacio resistente primero a Imperios y Monarquías, luego a Estados y más tarde a las Comunidades de Europa, la Confederación Helvética se ha venido figurando una historia distinta y peculiar. Cuando llegó la presión de la historia del derecho europeo, la historiografía jurídica suiza tendió a reconocer que se había producido una temprana recepción en tiempos bajomedievales, pero que en los consecutivos la tendencia prevaleciente fue la contraria de afirmación y fortalecimiento de derechos propios. Con el acoso europeísta anterior a la crisis más

(68) Comentario de Hespanha en nuestra correspondencia particular; “Esta atração parece-me ter existido. Mas sem o impacto e o alcance que se sugeria. Chegámos a propor que a dogmática do direito comum fosse uma via para a revelação das categorias antropológicas da cultura europeia. E isso, porventura, funcionava, mas não por uma relação tão simplificada como a que se propunha”.

que económica desatada en estos ultimísimos años ⁽⁶⁹⁾, llegó también alguna sesuda publicación pretendiendo demostrar que, muy al contrario de nuevo, la luego confederación helvética se acomodó durante los tiempos modernos al paradigma del derecho común. Una revisión crítica hace ver la superficialidad de las evidencias. La recepción explícita no siempre implica recepción efectiva. Las disposiciones receptivas a veces se elaboran para interponerse como escudo y cobertura creando espacio de maniobra. Las fórmulas de recepción expresa en los términos que fuesen eran formas de negociación entre *ius commune* y otros derechos cuyos resultados no podían predeterminarse. Y no es la misma la historia en todos los cantones. Hay casos, como el de la zona de lengua italiana, en los que no hay recepción ni apariencia, lo que es fácilmente comprobable si se contempla su derecho a ras de tierra y no desde el firmamento del derecho común de presunta escala europea ⁽⁷⁰⁾.

(69) A la crisis y sus efectos no sólo económicos no se refiere Pío Caroni, a quien estoy siguiendo y enseguida cito, pero sí lo hace A.M. HESPANHA, *O Caleidoscópio do Direito*, 2ª ed., pp. 435-437, páginas a las que habré de regresar por lo que interesan al tópico máximo de la recepción, el de la globalización. El “Jornal de Letras, Artes e Ideas”, 1058, 2011, dedica el tema de portada a la actual crisis, *Um mundo em crise — que futuro possível?*, con contribución de A.M. HESPANHA, *Crise, agora que o mundo caiu*. También interesa a este efecto su ponencia, *El ocaso del Estado y los historiadores*, en el IV Congreso Internacional Historia a Debate, Santiago de Compostela, 15-19, diciembre 2010, cuya exposición oral se tiene completa en Internet.

(70) P. CARONI, *Ius romanum in Helvetia: a che punto siamo?*, en *Europa e Italia. Studi in onore di Giorgio Chittolini*, Florencia, Università di Firenze, 2011, pp. 55-79, interesando además al efecto la obra dispersa recogida ahora en sus *Escritos sobre la codificación*, Madrid, Universidad Carlos III, 2012, pp. 335-361 en particular (no confundir con recopilaciones anteriores de título análogo). Pío Caroni es natural del Cantone Ticino. En nuestra correspondencia Hespanha sugiere considerar desde esta perspectiva el caso de Escocia, “que, para mais, é muitas vezes tratada como a exceção ‘romanista’ do mundo britânico”. Un profesor que lograra presencia internacional desde una Universidad escocesa lo que ha cultivado es la línea forzosamente romanista y europeísta: Peter STEIN, *Römisches Recht und Europa*, Frankfurt a.M., Fischer, 1996 (*Roman Law in European History*, Cambridge, Cambridge University, 1999); con John SHAND, *Legal Values in Western Europe*, Edimburgo, University of Edinburgh, 1974 (*I Valori Giuridici della Civiltà Occidentale*, Milán, Giuffrè, 1981). Hespanha remite a Hector L. MACQUEEN, ‘*Regiam Majestatem*’, *Scots Law, and National Identity*, en “The Scottish Historical Review”, 74-1, 1995, pp. 1-25, poniendo sobre aviso: “o direto como elemento decisivo de uma *identidade nacional*, ideia muito arriscada, pois ecoa concepções

Las recepciones de *ius commune*, como en su caso las del llamado del mismo modo *common law*, derecho común, pero con otra significación, pudieron ser tanto superficiales como profundas con todas las variantes y toda la casuística que de por medio quepa, pero lo que nunca fueron es recepción, esto es mera adopción de sistemas o elementos. Pueden quedarse más acá o incluso, por las dinámicas que se producen, ir más allá, pero jamás lo que pueden es reducirse a aquello que se presume o que se pretende desde los medios que impulsan el fenómeno o desde la perspectiva del sistema o de los elementos de cuya expansión se trata. Expansión efectiva nunca equivale a recepción sin más. Recepción no es, en consecuencia, en una consecuencia que suele faltar para el tratamiento del caso del *ius commune*, término de uso habitual respecto al fenómeno de migración del *common law* mediante diáspora británica (71).

¿Hubo alguna vez *recepción* en tierras vírgenes? ¿La recepción, esa recepción prácticamente masiva e integral que en casos ha venido o sigue aún por lo común figurándose y dándose por hecha, cabe realmente? ¿Cupo en la historia? Si partimos de la localización radical del derecho pretérito en Europa, ¿cómo puede imaginarse que algo así ocurra en la historia latamente europea, tanto en casa como, aun menos, por la diáspora? ¿No es la *recepción del derecho romano* un tópico de imperialismo europeo interno y externo, paleocolonial y neocolonial (72)? Con imperios por varios continentes y todo, en la Europa y en sus colonias históricas puede haber más cantones suizos de lo que la historia del derecho europeo, y aún

románticas de identidad, particularmente vivaces quanto à história da Esçocia — *Rob Roy, Braveheart...*”, sobre lo cual, o más bien contra lo cual, se tiene ahora una de las obras póstumas de quien dilapidó en vida su crédito avalando los falsos diarios de Hitler: Hugh TREVOR-ROPER, *The Invention of Scotland: Myth and History*, New Haven, Yale University, 2008.

(71) Para apreciación en el caso del *common law*, Peter KARSTEN, ‘High’ and ‘Low’ Legal Cultures in the Lands of the British Diaspora: The United States, Canada, Australia, and New Zealand, 1600-1900, Cambridge, Cambridge University, 2002; P.G. McHUGH, *Aboriginal Societies and the Common Law: A History of Sovereignty, Status, and Self-Determination*, Oxford, Oxford University, 2004.

(72) Pues a Colombia, por lo que diré y como ya está anunciado, acudiremos, baste como muestra la inconsciencia de Fernando BETANCOURT-SERNA, *La recepción del derecho romano en Colombia (Saec. XVIII)*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2007.

menos la de derecho de Estados, es capaz de imaginar. Para la Monarquía hispana que se decía católica, un pionero de la historia constitucional comparada ya lo captó en concreto respecto a los *cantones* vascos (73).

Si se asume la mirada localizadora de Hespanha, nada de ello tendría por qué sorprender. La historia de Europa conoce desde luego elementos comunes de derecho en términos de interactividad con los de carácter más particular, pero lo que en rigor no conoce es un derecho común con trayectoria propia y proyección autónoma (74). En la medida además en que hubiera recepción de los primeros, de los elementos comunes, el fenómeno habría ante todo de situarse en el espacio más amplio de la expansión de los factores no jurídicos del orden social de entonces, como la gracia precisamente. *Ius commune*, ni por *derecho* ni por *común*, hubo y, en la medida en que algo o mucho de comunidad se alcanzara efectiva y desigualmente, el supuesto de los cantones, si miramos algo más que las alturas de las cortes en su sentido tanto político como judicial, puede siempre que constituyese más la regla que la excepción (75).

(73) Hago referencia a un caso conocido, en su registro vasco gracias a estudios de José María PORTILLO, *Crisis Atlántica. Autonomía e independencia en la crisis de la monarquía hispana*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 43-44, últimamente; el caso de John ADAMS, *A Defence of the Constitutions of Government of the United States of America: against the attack of M. Turgot in his Letter to Dr. Price, dated the twenty-second day of March, 1778* (1787), primeras cartas, desde la tercera, *Democratical Republics*, comenzando por San Marino, Vizcaya con Guipúzcoa y Álava (esto es hoy el País Vasco), los Grisones y las Provincias Unidas de los Países Bajos, y prosiguiendo por otros cantones luego helvéticos.

(74) Sigamos aprovechando la lectura de P. CARONI, *La solitudine dello storico del diritto*, p. 101: “Nella realtà, che è sempre una realtà *locale*, concreta, individuata, questi due diritti [diritto comune e diritto locale] non vivono infatti ciascuno una vita loro, autonoma, parallela, autoreferenziale. Concorrono, e talora si scontrano. Oppure convergono, collaborano, si compenetrano. Chi voglia occuparsi dell’uno deve necessariamente considerare anche l’altro” (énfasis suyo); p. 134: “*ius commune* e *ius proprium* non vissero in universi distinti ed incomunicabile”; también pp. 172-174.

(75) L. SORIA SESÉ, *Derecho municipal guipuzcoano. Categorías normativas y comportamientos sociales*, Oñate, Instituto Vasco de Administración Pública, 1992; *Los medios jurídicos de marginación de la incultura*, en “Boletín de la Facultad de Derecho” (de la Universidad Nacional de Educación a Distancia), 14, 1999, pp. 247-269; *Entre derecho tradicional y derecho recibido: las repúblicas municipales de Vasconia durante la Edad Moderna*, en “Iura Vasconia” (revista de la Fundación para el Estudio del Derecho

¿Es que la transmigración del derecho cabe? ¿Es que el derecho es tan autónomo de la vida colectiva como para que pueda trasplantarse de unas sociedades a otras? ¿Es que el derecho puede determinar a la sociedad hasta tal punto y no a la inversa? He aquí una cuestión, la de determinación, que nos ha preocupado a Hespánha y a mí desde unos inicios, pero cuya preocupación no la hemos aplicado en especial a la problemática del derecho común y su deslumbrante expansión (76). Presumiendo la autonomía del derecho en la historia es al fin y al cabo como la historia del derecho hace por lo usual una historia inverosímil que nos desprestigia a los ojos de la historiografía más solvente. Si no ocurre lo propio a los del derecho, es porque así se ofrece todavía algún servicio. Vamos a verlo. Estamos en plenas entretelas de la desgracia gremial de la que hablaba (77).

Histórico y Autónomo de Vasconia), 2, 2005, pp. 85-111. Para acercamiento a otros casos de la España septentrional, Carmen MUÑOZ DE BUSTILLO, *Encuentros y desencuentros en la historia. Los territorios del Norte peninsular en la coyuntura del Setecientos en "Historia Contemporánea"* (revista del Departamento de Historia Contemporánea de la Universidad del País Vasco), 12, 1995, *Historia y Derecho*, pp. 135-173, con referencias a otros trabajos propios. Respecto a la América colonial hispana, Víctor TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del derecho indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992, bien que situándose en los supuestos adversos de esa categoría de *derecho indiano* en la que se enquista la parcialidad no sólo de visión del orden colonial.

(76) El primer libro suyo que leí, no digo el primer escrito, es de tiempos cuando ambos, como jóvenes marxistas ("i resti di una formazione materialista", ha dicho Hespánha para un momento posterior), teníamos a flor de piel tal preocupación: A.M. HESPANHA, *A história do direito na história social* (1978). Pronto comprendimos que, precisamente en la medida en la que constituye una derivada social, el derecho puede ofrecer acceso al conocimiento de sociedades que nos son extrañas, a un conocimiento que, frente a dogmáticas de la historia tanto marxistas frontales como liberales solapadas, no debíamos mínimamente presumir (A.M. HESPANHA, *História das Instituições*; B. CLAVERO, *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla, 1369-1836*, 1974; 2ª ed. ampliada, con lo que luego diré, 1989).

(77) A.M. HESPANHA, *Diálogo: Bartolomé Clavero*, p. 106: "A.H.— Que saída então? B.C.— Só uma, em rigor: que, ao mesmo tempo, desapareçam a história do direito, como especialidade, e a história sem mais, como generalidade. A.H.— Nova provocação, com a qual, no entanto, simpatizo".

5. *Ikea (sic) como teoría de trasplantes para el pasado, en el presente y cara al futuro.*

El derecho común, tanto su recepción efectiva a escala europea como su irradiación operativa por espacios extracontinentales, queda en entredicho, pero no nos hemos adentrado ni Hespánha ni yo en el cuestionamiento. Subrayo esto porque creo que también interesa a una historia del derecho más reciente, tanto de paleoconstitucionalismo y códigos en el largo siglo XIX y de neoconstitucionalismo y derechos humanos desde mediados del siglo XX que suele verse desde arriba en unos términos innominados de recepción y no desde abajo con una perspectiva que entonces tendría que ser otra, a ras de tierra o más local siempre no sólo por la razón de que las localidades existan ⁽⁷⁸⁾. La falta de cuestionamiento implica falta de problemática, pues no deja un espacio al vacío, sino a las presuposiciones dadas, a los *pervasive clichés*, con lo cual el tópico disponible de la recepción o similar ha podido finalmente recuperar un uso o, mejor dicho, abuso para el que no puede decirse que nos hayamos pertrechado demasiado desde la historia del derecho, aunque el propio Hespánha, con su sentido de la localización, acuse sensibilidad al respecto ⁽⁷⁹⁾.

En los últimos tiempos, desde los años noventa del siglo XX, se ha incrementado el uso resuelto de la idea de recepción e incluso

⁽⁷⁸⁾ A.M. HESPANHA, *Pequenas repúblicas, grandes Estados. Problemas de organização política entre Antigo Regime e Liberalismo*, en István Jancsó (ed.), *Brasil. Formação do Estado e da Nação*, São Paulo, Hucitec, 2003, pp. 93-109, y en Fernando Taveira da Fonseca (ed.), *O poder local em tempo de Globalização. Uma história e um futuro*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 2005, pp. 133-147. A lo local con lo global acudimos pronto.

⁽⁷⁹⁾ A.M. HESPANHA, *Panorama da história institucional e jurídica de Macau* y A.M. HESPANHA (ed.), *Feelings of Justice in the Chinese Community of Macau: An Inquiry*, Lisboa, Ciências Sociais, 2001; en línea análoga, con acopio empírico de trabajo en equipo, B.S. Santos y Conceição Gomes (eds.), *Macau, o pequeníssimo dragão*, Oporto, Afrontamento, 1998; lo que puede contrastarse con otro abordaje desde la perspectiva de la plausibilidad de recepciones e incluso de algo más a lo que enseguida me refiero, de verdaderos trasplantes: Jorge Oliveira y Paulo Cardinal (eds.), *One Country, Two Systems, Three Legal Orders: Perspectives of Evolution. Essays on Macau's Autonomy after the Resumption of Sovereignty by China*, Dordrecht, Springer, 2009. En cuanto a *pervasive clichés*, es la expresión que hemos visto utilizar a J. SUBTIL, *The Evidence of Pombalism*, en diálogo con Hespánha.

se le ha reforzado mediante el término de *trasplante*, como si los ordenamientos jurídicos o algunos de entre sus elementos claves pudieran transferirse sin más entre sociedades y esto no sólo a través del transcurso del tiempo, sino incluso por disposiciones políticas de efectividad que se entiende inmediata. Con este entendimiento tan simple, la nueva expresión de trasplante para fenómenos de aparente recepción plena se lanzó en realidad con anterioridad, a mediados de los setenta ⁽⁸⁰⁾, pero durante algunos años su éxito fue más bien modesto y sólo luego, en estos otros tiempos más cercanos, ha sido cuando ha comenzado a cobrar verdadero auge ⁽⁸¹⁾, tanto que la propia terminología más o menos grávida de metáforas se está disparando con priorización de trasplante, postergación de recepción y entrada triunfal de *globalización* ⁽⁸²⁾.

⁽⁸⁰⁾ Alan WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (1974), Athens, University of Georgia, 1993, la segunda edición, la que tiene eco y alcanza influencia o al menos se convierte en cita traslaticia, con un *Afterword* (pp. 107-121) que comienza reafirmando su discutible premisa: “When I looked at various systems over a long period of time, the picture that emerged was of continual massive borrowing and longevity of rules and institutions”, *longevity* para unos y *borrowing* para otros. Entre su caudalosa producción, abunda particularmente la obra reunida en *Comparative Law: Law, Reality and Society* (2007), Lake Mary, Vandeplass, 2010.

⁽⁸¹⁾ William EWALD, *Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants*, en “The American Journal of Comparative Law”, 43-4, 1995, pp. 489-510, radicalizando, si cabe, la línea de Alan Watson y presentándola del modo más simple: “the theory, roughly stated, that the growth of law is principally to be explained by the transplantation of legal rules”, una teoría “of great importance, not only for legal history, but also for comparative law (which it supplies almost automatically with both a subject-matter and a method) and for legal philosophy (which it supplies with an original and contentious view of the relationship between law and society)” (pp. 489-490). Al último punto ya me he referido al recordar las posiciones de partida de Hespánha y más precisamente contrarias como jóvenes marxistas que éramos.

⁽⁸²⁾ Vlad PERJU, *Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations*, en “Boston College Law School Faculty Papers”, digital commons (<http://laudigitalcommons.bc.edu/lfsp>), paper 360, work in progress para el *Oxford Handbook on Constitutional Comparative Law*, 2011, p. 5: “A survey of the literature reveals great concern about the choice of metaphors to capture cross-constitutional interactions. Available options include ‘transplants’, ‘diffusion’, ‘borrowing’, ‘circulation’, ‘cross-fertilization’, ‘migration’, ‘engagement’, ‘influence’, ‘transmission’, ‘transfer’, and ‘reception’. Four of these metaphors have had greater staying power: ‘transplants’ and its ‘borrowing’ equivalent in comparative law; ‘circulation’ and its ‘migration’ equivalent in comparative constitutional law”. Y falta en el listado precisamente *globalization*: Mark Tushnet, *The in-*

La razón de tal fenómeno está a la vista. Es a partir de los años noventa que Estados Unidos, la Unión Europea y algunas instancias y agencias de las Naciones Unidas, principalmente pero no tan sólo sus instituciones financieras, se han embarcado de lleno en operaciones masivas de trasplantes jurídicos por una nutrida variedad de latitudes. Es el caldo de cultivo de toda una aparatosa constelación de afanosos trasplantes y presuntas recepciones⁽⁸³⁾. Hoy la exportación del derecho se está convirtiendo en una rama boyante de la profesión jurídica, como su importación en un recurso socorrido de la clase política y del gremio judicial. ¿Todo eso justifica la poco menos que incondicional adopción académica del vocabulario adoptado al propósito, la recepción por pasiva, el trasplante por activa y la ralea de otros términos por perifrástica? No falta desde luego quienes lo problematicen⁽⁸⁴⁾. Hay incluso quien lo caricaturiza

evitable globalisation of constitutional law, en “Virginia Journal of International Law”, 49-4, 2009, pp. 985-1006.

⁽⁸³⁾ Tenemos ya como botón de muestra *One Country, Two Systems, Three Legal Orders*, cuyo abordaje de entrada se produce en términos de pugna por trasplante entre tres sistemas, el romano-germánico, el anglo de *common law* y el socialista realmente existente, tomándose el primero como el vigente en Macao, lo que sólo cabe desde una mentalidad supremacista que ciega derecho propio. El título es reminiscencia de los que tratan de Hong Kong bajo análoga perspectiva, con *common law* en lugar de derecho romano. La aportación de Hespanha no encuentra espacio. La toman en consideración, aunque no tanto su enfoque, TONG Io Cheng y WU Yanni, *Legal transplants and the on-going formation of Macau legal culture*, en Jorge A. Sánchez Cordero (ed.), *Legal Cultures and Legal Transplants: Reports to the XVIIIth International Congress of Comparative Law*, 2010, pp. 619-675, ed. electrónica en el sitio de la ISAI DAT Law Review de la Società Italiana di Ricerca nel Diritto Comparato (<http://isaidat.di.unito.it>). Estas actas constituyen un buen testimonio de la pujanza actual de la ocurrencia de los trasplantes.

⁽⁸⁴⁾ Robert SHARLET, *Legal Transplants and Political Mutations: The Reception of Constitutional Law in Russia and the Newly Independent States*, en “East European Constitutional Review”, 7-4, 1998, pp. 107-122 (publicándose bajo el expresivo epígrafe de *Local realities and the questionable value of foreign expertise*, el negocio dicho de exportación); Gunther TEUBNER, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences*, en “The Modern Law Review”, 61-1, 1998, pp. 11-32; Pierre Legrand y Roderick Munday (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, Cambridge University, 2003; Gavin W. ANDERSON, *Constitutional Rights after Globalization*, Portland, Hart, 2005 (pp. 145-151: *Conclusion: Towards a Legal Pluralist Constitutionalism*); Sujit Choudhry (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University, 2006; Richard

como *Ikea Theory*, la teoría de que el derecho resulta un producto *prêt-à-porter* o *ready-to-assemble* de cadena de grandes almacenes sin fronteras ⁽⁸⁵⁾.

En la historia del derecho hay sensibilidad sobrada para contrarrestar tal caricatura, pero no se la ve alerta ni activada respecto al tiempo pasado que es de su competencia. Si puede resultar que, para una sensibilidad jurídica, el mismo término de *globalización* sin fronteras no parece para nada inocente, ¿por qué no extender entonces la sospecha hasta el referente clásico de la *recepción*, que llega incluso ahora a pretenderse una primera *globalización*, con todo el abanico de metáforas más o menos afortunadas de por medio ⁽⁸⁶⁾? Una historiografía ajena a la historia del derecho

Zajac SANNERHOLM, 'Cut-and-Past'? Rule of Law promotion and legal transplants in war to peace transitions, en Antonina Bakardjieva Engelbrekt y Joakim Nergelius (eds.), *New Directions in Comparative Law*, Northampton, Edward Elgar, 2009, pp. 56-77; Ran HIRSCHL, The 'Design Sciences' and Constitutional 'Success', en "Texas Law Review", 87, 2009, *What, If Anything, Do We Know About Constitutional Design?*, pp. 1339-1374. Quien más se ha significado en la crítica a la teoría de los trasplantes promovida por Alan Watson con sus implicaciones y secuelas es Pierre LEGRAND, *The same and the different*, en P. Legrand y R. Munday (eds.), *Comparative Legal Studies*, pp. 240-311; *A diabolical idea*, en autores varios, *Towards a European Civil Code*, 3ª ed. ampliada, Nijmegen, Kluwer, 2004, pp. 245-272.

⁽⁸⁵⁾ Günther FRANKENBERG, *Constitutional Transfer: The IKEA theory revisited*, en "International Journal of Constitutional Law", 8-3, 2010, pp. 563-579. Lo de la nueva visita, *revisited*, hace alusión a intervención propia anterior a la que luego me refiero. Ikea es la cadena comercial por supuesto; p. 565: "[T]he global constitution is created by or rather emanates from processes of transfer and functions as a reservoir or, for that matter, a supermarket, where standardized constitutional items —grand designs as well as elementary particles of information— are stored and available, *prêt-à-porter*, for purchase and reassemblage by constitution makers around the world". Tal es la *Ikea Theory* que puede justamente endosarse a A. WATSON, *Legal Transplants*, con todo su desarrollo por el mismo autor y con todo su rastro creciente y crecido de fans no sólo entre juristas, sino también entre gentes de la política y de las finanzas. El mote para la teoría de los trasplantes se toma por supuesto de la cadena IKEA que se caracteriza no sólo por su expansionismo comercial, sino también por la opacidad de su sistema de propiedad corporativa.

⁽⁸⁶⁾ P. GROSSI, *Globalizzazione e pluralismo giuridico*, en estos "Quaderni Fiorentini", 29, 2000, pp. 551-558 (comentando a Maria Rosaria FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000), arranca de este modo: "*Globalizzazione*, quale traduzione italiana del termine inglese *Globalization*, denuncia la sua chiara origine nordamericana e segnala una doppia

ha impulsado fuertemente esa idea de que los tiempos altomodernos, aquellos del presunto imperio del derecho común, ya lo serían de plena globalización o poco menos ⁽⁸⁷⁾. ¿No estamos desde la propia historia del derecho propagando esa verdadera *Ikea Theory* por la facilidad como extendemos *derecho común* incluso entre continentes y como al tiempo ignoramos, por lastre todavía colonial, los derechos de gentes ajenas a Europa y su diáspora? ⁽⁸⁸⁾. Recordemos el detalle de que la *Ikea Theory* se presentó, como maniqueo

invadencia imperialística (...): dominanza, sul piano politico (...); dominanza, sul piano economico”, lo que parece cierto y a lo que podría agregarse algo no menos justo como que, previamente en la historia, *recepción* es palabra que con relativa claridad acusa un imperialismo europeo más que doble pues comenzara por la dominación jurídica y más que jurídica de la gracia y sus secuelas.

⁽⁸⁷⁾ La imagen de una globalización histórica anterior a la globalización contemporánea fue alimentada desde los años setenta, cuando estaba aún en sus inicios la generalización del término, con la idea de una *economía-mundo* (Immanuel WALLERSTEIN, *The Modern World-System*, I, *Capitalist Agriculture and the Origins of the European World-Economy in the Sixteenth Century*, ed. con nuevo prólogo, Berkeley, University of California, 2011, que data de 1974; II, *Mercantilism and the Consolidation of the European World Economy, 1600-1750*, 1980; III, *The Second Era of Great Expansion of the Capitalist World-Economy, 1730s-1840s*, 1989; IV, *Centrist Liberalism Triumphant, 1789-1914*, 2011, anunciando al menos dos volúmenes más), con lo que pudo venir a figurarse ya para los siglos altomodernos, para tiempos coincidentes con los de presuntos trasplantes extraterritoriales en vivo de los *derechos comunes* europeos, del *ius commune* y del *common law*, todo un *sistema-mundo* prácticamente sin restricciones (Geoffrey C. GUNN, *First Globalization: The Euroasian Exchange, 1500-1800*, Oxford, Rowman and Littlefield, 2003, p. 284: “No part of the world besides the most remote and isolated anthropological zones was outside some form of globalization and creolization by the long sixteenth and seventeenth centuries”), aunque el propio Wallerstein salga al paso ahora, en el prólogo de anticrítica de 2011, puntualizando sobre la “category that I called a world-system”: “the word *world* not being synonymous of *global*” pues se refiere a “*a world*, not *the world*”, por lo que la propia expresión de “world-system” debiera declinarse en plural con la de “world-economy” constituyendo sólo una de las variables, ninguna en rigor mundial o global (pp. XVIII-XX), a todo lo cual puede replicarse que la constante *world* se presta entonces a confusión.

⁽⁸⁸⁾ Evoco un título propio, *Derechos de otras gentes y tratados con otros pueblos en la constitución de Estados por América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, resultado de un seminario impartido en dicho centro; respecto a responsabilidades de *derecho indiano*, puedo añadir *Ignorancia académica en España (1944) y privación indígena por América (1831)*, en *Derecho, Historia y Universidades. Estudios Dedicados a Mariano Peset*, Valencia, Universidad de Valencia, 2007, vol. I, pp. 413-423.

a impugnar, a principios de marzo de 2010 en un simposio al que acudió António Hespanha, quien así tuvo la fortuna de asistir al alumbramiento ⁽⁸⁹⁾.

¿Qué hacemos con la nunca inocente terminología? ¿Sirve el abanico de términos que parecen presumir la transferibilidad del derecho para analizar los casos de transferencia, aparente o modulada que resulte, pues tal cual no lo resulta nunca? En parte depende de algo que ya hemos señalado y esto es de que la historia se aborde desde el vuelo o desde el suelo, pues esta segunda vía puede siempre que sea la preferible. No son abordajes excluyentes por supuesto. Puede emprenderse, quién lo duda, la historia del vuelo del *ius commune* por el firmamento europeo con la conciencia de que se trata de un fenómeno que exactamente sobrevuela en la historia y de cuyo estudio por ende no cabe extraerse ninguna evidencia sobre el derecho efectivo para ninguna localidad de Europa ni para ella en parte o por entero. Lo propio podría decirse hoy a mayor escala para el derecho internacional de los derechos humanos o para cualquier derecho que aparente ahora ser global o que como tal se predique.

Colaciono un ejemplo de historia de recepción de derechos humanos. En los Estados de los Estados Unidos donde está prohibido el matrimonio interracial cuando se adopta en 1948 por las Naciones Unidas la Declaración Universal de los Derechos Humanos se alega ante jurisdicciones domésticas frente a dicha prohibición, no este instrumento pues no es un tratado, sino la Carta de las Naciones Unidas de 1945, pueso que en ella ya se proscribía la discriminación (« distinction as to race, sex, language, or religion »), siendo tratado ratificado por los Estados Unidos y por lo tanto ley o

⁽⁸⁹⁾ G. Frankenberg la presentó al mediodía del viernes 5 de marzo de 2010 en la Katholieke Universiteit Leuven, en un simposio de las *Marie Curie Actions* del programa *European Legal Cultures* de la Comisión Europea, *Undoing Law, Framing Contexts: Normativity Across the Disciplines*. Lo hizo precisamente a continuación de la ponencia de António Hespanha: *A pathway for a post-statalist theory of sources of law: Pre-statalist recollections revisited*. Las actas no se han publicado por ahora. Los *abstracts* se encuentran en el sitio de dicho programa (www.europeanlegalcultures.eu). Si hubiera sido invitado y hubiese aceptado la invitación, podría haber comenzado estas páginas en momento y para asunto más cercanos: “Fue en Lovaina a principios marzo de 2010 (...)”. Si se publican las actas, tal vez proceda con un comentario para el que ya tengo título: *IKEA Theory and the European Colonial Legal Culture in the Singular*.

derecho de la tierra según la Constitución federal. Hubo por entonces algún caso local en el que la justicia obró en consecuencia. Hay que traerlo a la vista ante presunciones imperantes como la de que lo propio de los derechos humanos es su predicación universal o como la que los Estados Unidos se bastan, constituyendo así un modelo, para reconocer y garantizar derechos ⁽⁹⁰⁾. La historia efectiva por hacer de los derechos humanos y su expansión en el terreno de los derechos constitucionales, con más problemas incluso de raíz de los que son capaces de imaginar su filosofía desiderativa o su sombra impugnadora que tampoco falta, tiene realmente materia desde el mero inicio ⁽⁹¹⁾.

La historia desde abajo para asuntos presuntamente elevados no es lo usual. Hoy ni siquiera se plantea la problemática de la recepción para el presunto proceso de universalización de los derechos humanos. Con esto ocurre como lo que se ha apreciado con respecto a la recepción de *ius commune* y esto es que cabe que sea enteramente superficial, pero también que produzca efectos y dinámicas quedando más acá o yendo más allá de lo que se presume o pretende desde las alturas o por los medios empeñados en promoverlos. Los mismos mecanismos de las Naciones Unidas promotores de derechos humanos suelen limitar su empeño a que los Estados formalmente reciban los instrumentos del caso y cuiden que tengan reflejo en sus políticas generales, creando así apariencias que las

⁽⁹⁰⁾ Jane DAILEY, *Race, Marriage, and Sovereignty in the New World Order*, en "Theoretical Inquiries in Law", 10-2, *Histories of Legal Transplantations*, 2009, pp. 511-533. Para otros ejemplos, uno colombiano pues a Colombia ya sabemos que vamos a acudir y es enseguida que lo haremos, Sally Engle MERRY, *Human Rights and Gender Violence: Translating International Law into Local Justice*, Chicago, University of Chicago, 2006; Juan Carlos UPEGUI MEJÍA, *Cuatro indicios de la influencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en el constitucionalismo colombiano*, en "Revista Derecho de Estado" (Universidad Externado de Colombia), 23, 2009, pp. 191-212.

⁽⁹¹⁾ Stefan-Ludwig HOFFMANN, *Introduction: Genealogies of Human Rights*, en el mismo (ed.), *Human Rights in the Twentieth Century*, Cambridge, Cambridge University, 2011, pp. 1-26; B. CLAVERO, *Cláusula colonial en el derecho internacional y alguna otra contrariedad para la historia de los derechos humanos*, en estos "Quaderni Fiorentini", 40, 2011, pp. 1061-1098.

historias locales, de tomárseles en consideración, pondrían por lo común, cuando menos, en entredicho ⁽⁹²⁾.

Aunque no se pise el suelo, desde el vuelo también pueden plantearse por supuesto cuestiones pertinentes. Las migraciones, recepciones, trasplantes o traslados de sistemas enteros de derecho o de alguna de sus piezas suelen considerarse a partir del escenario figurado por una especialidad de *derecho comparado* que se forja la existencia de un número contado de grandes sistemas jurídicos con potencial para expandirse al resto de la humanidad y sin capacidad esta otra parte por lo visto de generar sistemas propios. No va a extrañarnos que el comparativismo sobre tales presupuestos se haya hecho vivo en el ámbito de la historia del *ius commune* con su presunta prosecución en el tiempo como *civil law* de raíz siempre romano-canónica de una parte y, de otra, como si estuviera desde tiempo al margen, del *common law*, entendidos uno y otro como los sistemas jurídicos por eminencia de matriz europea con expansión exterior, el latino y el anglo ⁽⁹³⁾.

No es ningún misterio que tales presuposiciones constituyen secuelas de tiempos coloniales cuando no dispositivos directamente colonialistas todavía. Frente a evidencias como la recién señalada sobre el derecho al matrimonio que podría amplificarse ⁽⁹⁴⁾, Estados

⁽⁹²⁾ Para introducción al escenario en términos de historia, además ahora del volumen de S.L. Hoffmann (ed.), *Human Rights in the Twentieth Century*, recién citado, B. CLAVERO, *No Distinction Shall Be Made. Sujeto sin derechos y enemigo sin garantías en la Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948-1966*, en estos "Quaderni Fiorentini", 38, 2009, pp. 1547-1620. Algunos contrastes de historia de presente localizada pueden encontrarse en mi sitio web citado.

⁽⁹³⁾ Recordemos a un par de clásicos pues todavía se mantienen por encima de abordajes más recientes: John P. DAWSON, *The Oracles of the Law* (1976); Gino GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo* (1981), como se recuerda comunmente a un clásico por dudosa antonomasia que no envejece menos porque se le celebre más: Jorge L. ESQUIROL, *René David: At the head of the legal family*, en Annelise Riles (ed.), *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Portland, Hart, 2001, pp. 212-235.

⁽⁹⁴⁾ M.S. RAJAN, *United States attitude toward domestic jurisdiction in the United Nations*, en "International Organization", 13-1, 1959, pp. 19-37, en base a su *United Nations and Domestic Jurisdiction*, Nueva York, Longmans, 1958; Carol ANDERSON, *Eyes of the Prize: The United Nations and the African American Struggle for Human Rights, 1944-1955*, Cambridge, Cambridge University, 2003; Robert A. WILLIAMS, Jr., *Libe a Loaded Weapon: The Rehnquist Court, Indian Rights, and the Legal History of Racism in America*, Minneapolis, University of Minnesota, 2005.

Unidos se situaría entre las potencias exportadoras de sistema jurídico, con esta capacidad colonial al cabo. Pues bien, sectores que se entienden colonizados, pero de aquellos *colonos* de matriz europea por tierras no europeas, pueden acusar la dependencia que así intenta tanto reproducirse como revertirse entre unas latitudes y otras ⁽⁹⁵⁾. Pueden también analizar de qué forma y hasta qué punto unas construcciones dominantes alteran su sentido cuando se trasladan. Ponen de relieve que, por mucho que otra cosa se presuma por los sistemas jurídicos dominantes, no hay en rigor recepciones y, aún menos, trasplantes, ya no digo globalizaciones ⁽⁹⁶⁾.

Un caso hoy muy vivo a este respecto es el de Colombia, donde está en curso una operación de recepción masiva, particularmente de derecho internacional de derechos humanos, que a menudo no tiene ni siquiera una finalidad propiamente receptiva, aparte siempre los resultados efectivos. Encubre lo que se nos ha indicado respecto a la historia helvética frente al derecho común, aquello de que la fórmula de recepción puede servir para la creación de una apariencia bajo la que mantener otras políticas del derecho, políticas en el caso colombiano no precisamente favorables a los derechos humanos ⁽⁹⁷⁾. La

⁽⁹⁵⁾ Jorge GONZÁLEZ JÁCOME, *El uso del derecho comparado como forma de escape de la subordinación colonial*, en "International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional", 7, 2006, pp. 295-338. En Colombia, país actualmente sometido a operaciones de trasplantes procesales de Estados Unidos y sustantivos de Naciones Unidas (ej., Adriana Marcela MEDINA CARRILLO, *Repensar los derechos de los migrantes desde abajo. Una aproximación a la relación entre migración y derechos a partir del traslado entre sistemas de derecho*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2011), la cuestión está ahora bien viva como a continuación comprobamos. Para caso en la historia teóricamente ya no colonial, Miguel MALAGÓN y Julio GAITÁN, *Colonialismo cultural francés y la creación del Consejo de Estado en el derecho administrativo colombiano*, en "Universitas" (revista de la Pontificia Universidad Javeriana en Bogotá), 115, 2008, pp. 161-177.

⁽⁹⁶⁾ Diego E. LÓPEZ MEDINA, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004, de título original como tesis doctoral más expresivo: *Comparative Jurisprudence. Reception and Misreading of Transnational Legal Theory in Latin America* (2001). La confusión a la que induce el título en castellano se ha señalado: Beatriz ESPINOSA, reseña en "Criterio Jurídico" (revista de la Pontificia Universidad Javeriana en Cali), 4, 2004, pp. 271-280.

⁽⁹⁷⁾ Para ejemplos en Colombia sobre el grado aparente que alcanzan las operaciones de trasplante, llegando a convertirse recomendaciones de instancias internacionales en presunto ordenamiento colombiano, Beatriz Eugenia SÁNCHEZ MOJICA,

aparente globalización de un derecho internacional sustantivo, un derecho que sobrepasa las relaciones entre Estados interesando a derechos de individuos y de comunidades, permite márgenes de maniobra a la contra, carece de fuerza para hacerse efectiva y, sobre todo, no produce efectos homogéneos en contextos dispares. Los derechos no rigen por mera postulación. Sólo el conocimiento local, a escala necesariamente por debajo de la estatal, puede ofrecer la debida constancia ⁽⁹⁸⁾.

Reflexionando y debatiendo en Colombia al respecto, se ha venido a conectar los fenómenos actuales con los históricos, entre éstos eminentemente el de la presunta expansión incluso extraeuropea del derecho romano-canónico como si hubiera representado nada menos que aquello de una primera globalización. Se patentiza al tiempo, aun sin la debida advertencia, que la historia del derecho, como tal, aporta poco, si algo, al esclarecimiento. Mal podría. La mitología de la expansión a lo largo de la historia de un presunto sistema romano-canónico, aunque se advierta que en rigor no lo es, ofrece aliento y cobertura a todos los mitos de recepciones y trasplantes, inclusive actualmente el de la irradiación de un derecho internacional de derechos humanos sin contraste de efectividad sobre el terreno. No es que la historia del derecho localizada pudiera aportar algo al conocimiento de situaciones actuales, pero restaría

Cuando los derechos son la jauta. Transplante rígido de 'soft law' para la gestión del desplazamiento forzado, en "Estudios Políticos" (revista de la Universidad de Antioquia), 35, 2009, pp 11-32; Liliana LIZARAZO-RODRÍGUEZ, *Constitutional adjudication in Colombia: avant-garde or case law transplant? A literature review*, en "Estudios Socio-Jurídicos" (revista de la Universidad del Rosario), 13-1, 2011, pp. 145-182.

⁽⁹⁸⁾ Bien se sabe que es una determinada antropología la que ha elaborado especialmente este ineludible requerimiento: Clifford GEERTZ, *Local Knowledge: Further Essays in Interpretative Anthropology*, Nueva York, Basic Books, 1993 (entre otras traducciones, *O Saber Local. Novos ensaios em antropologia interpretativa*, Petrópolis, Vozes, 1997). Tal conocimiento local no puede prescindir de la *thick description* o reconstrucción densa (C. GEERTZ, *The Interpretation of Cultures*, 1973), nada que ver con el uso ordinario en el derecho y su historia de la construcción ligera por meramente normativa, ahora entre Constitución o el llamado bloque de constitucionalidad, derechos humanos inclusive, legislación y jurisprudencia, de lo que Colombia no constituye excepción: Beatriz Londoño Toro y Diana María Gómez Hoyos (eds.), *Diez años de investigación jurídica y sociojurídica en Colombia: Balances desde la Red Sociojurídica*, Bogotá, Asociación Colombiana de Facultades de Derecho, 2010.

posibilidades a las pretensiones que pasan por tal. Satisfaciendo todavía funciones prácticas, la tónica de la recepción ha pasado sin mayor problema, esto es sin conciencia de que lo haya tan intrínseco, desde la historiografía jurídica a la cultura del derecho ⁽⁹⁹⁾. Ahora no se trata de una sencilla confrontación de posiciones acríicas por posiciones críticas. Estas mismas no es raro que se produzcan y manifiesten sobre asunciones llanamente acríicas ⁽¹⁰⁰⁾.

Más llamativo resulta que, moviéndonos por las alturas, en el debate empeñado entre *colonos* de matriz europea que tienen ante la vista el intento continuo de trasplante forzado de su propio derecho a sociedades *indígenas*, esto no se problematice. Ni siquiera al efecto se le menciona, como si no cupiera ni por lo menos percibirse. Tampoco, por cuanto le atañe, la historia del derecho puede decirse que venga aportando gran cosa al remedio de tal ceguera ante la presencia de pueblos indígenas con derecho propio padeciendo todavía colonialismo en las mismas bruces de quienes siguen abri-

⁽⁹⁹⁾ En la historiografía jurídica española se tiene una confrontación crítica a un tiempo, evidenciándose la conexión, entre presuposiciones de *recepción* y procedimientos de *comparación*: A. SERRANO, *Dogmática jurídica y análisis sociológico: El derecho histórico de la doctrina legal*, en “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho” (revista de la Universidad de Alicante), 10. 1991, pp. 173-199 (p. 176: como si el derecho fuese “un fenómeno universalizable” y susceptible de ser “con toda facilidad transferido al margen de específicos factores históricos”, remitiéndose a Jacques LENOBLE y François OST, *Prolegomènes à une lecture épistémologique des modèles juridiques*, en Bruno Ribes, ed., *Domination ou partage? Développement endogène et transfert des connaissances*, Paris, UNESCO, 1980, pp. 79-91).

⁽¹⁰⁰⁾ Daniel Bonilla Maldonado (ed.), *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2009, que es debate alrededor de la obra citada de Diego López Medina con su participación. En el mismo se hace justamente ver que, en el contexto latinoamericano, “el repliegue sobre lo local y su revaluación”, no yendo realmente a la *localización* entre otras razones que más aquí se resaltan, puede fácilmente saldarse en “una forma de nacionalismo”, esto es, aunque menos se advierta, de estatalismo: Hani SAYED, *La globalización de la teoría del derecho: Malinterpretación y resistencia* (pp. 119-160; citas, pp. 156-157). Al caso de los juristas colombianos de este debate (el último, Sayed, no lo es) se le podría a su vez aplicar el diagnóstico de Gail J. HUPPER, *Doctorado académico en derecho: ¿un vehículo para los trasplantes jurídicos?*, en “Boston College Law School Faculty Papers” (digital commons citado), paper 364, 2010, procedente de *Revista del Foro* (Colegio de Abogados de Lima), 2010-2, pp. 325-363, y éste a su vez, traducción mediante, del *Journal of Legal Education*, 58-3, 2008, pp. 413-454.

gando la falsa conciencia de haber sido y estar siendo colonizados ⁽¹⁰¹⁾.

6. *Entre historia y actualidad, recepción y glocalización.*

A todo esto me dirigía, a cuestiones que son históricas y presentes sin solución como tales de continuidad, cuestiones vitales descuidadas por la historia del derecho de matriz europea con toda la hipoteca de origen que arrastra. ¿Qué tiene que ver todo ello con la obra de Hespanha si ni las recepciones ni los trasplantes son objetos específicos suyos aunque no deje de tocarlos desde luego? ⁽¹⁰²⁾. Además, no le falta conciencia a Hespanha de que la

⁽¹⁰¹⁾ Lo acusa, sin pasar a elaborarlo, H. SAYED, *La globalización de la teoría del derecho*, p. 158: “la separación de los negros y los ‘indios’, simplemente se ignora, aunque sea fundamental en otros proyectos acerca de la conciencia legal latinoamericana”, con respuesta elusiva de D.E. LÓPEZ MEDINA, *La cartografía de la teoría jurídica: Diálogo con los críticos*, p. 214, en D. Bonilla Maldonado (ed.), *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, pp. 177-215. Éste último, el editor del debate, atiende a otros efectos, no menos importantes desde luego, la presencia indígena: D. BONILLA MALDONADO, *La Constitución Multicultural*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2006, uno de esos “otros proyectos” a que se refiere Sayed, pero precisamente uno de carácter normativo y, para más señas, el del actual sistema constitucional colombiano: B. CLAVERO, *Nación y Naciones en Colombia entre Constitución, Concordato y un Convenio (1810-2010)*, en “Revista de Historia del Derecho”, 41, 2011, pp. 79-137; Efraín JARAMILLO, *Los indígenas colombianos y el Estado. Desarrollos ideológicos y políticos de la multiculturalidad*, Copenhague, IWGIA, 2011.

⁽¹⁰²⁾ A.M. HESPANHA, *Cultura jurídica europea* (2002), pp. 84-88: *La recepción del derecho romano; Direito moderno e intertextualidade. Direito próprio e direito comum em ‘De Jure Lusitano’ de Mateus Homem Leitão (1645)*, en “Revista de História das Ideias”, 29, 2008, *Tradição e Revolução. Homenagem a Luís Reis Torgal*, pp. 47-102, y como introducción a la edición del mismo *Do Direito Lusitano*, 2009. El homenajeado, profesor conimbricense de historia, fue uno de los primeros reseñadores de *As Vésperas de Leviathan* en diálogo además con el propio Hespanha: *Ler História*, 15, 1989, pp. 167-170. El homenajeante se ha asomado al tema de la recepción en el campo literario: A.M. HESPANHA, *Categorias. Uma reflexão sobre a prática de clasificar*, pp. 835, página recogida en *A Política Perdida* y en *Imbecillitas*, con referencia a un punto de localización como es el de la contribución de la lectura al sentido del texto, bien que marcando distancias. Entre sus remisiones se hace presente Umberto Eco, *Lector in fabula. La cooperazione interpretativa nei testi narrativi*, Milán, Bompiani, 1979. ¿No también en los normativos? Para ulterior inspiración en el mismo campo literario, Mathilde Bombart y Alain Cantillon (eds.), *Localités: localisation des écrits et production locale d'actions*, en la revista electrónica del Group de Recherches Interdisciplinaires sur l'Histoire du Littéraire, *Les Dossiers du Gribl* (<http://dossiersgribl.revues.org>), 2008, 1.

localización histórica del derecho es incompatible con la fantasía de la expansión masiva y pacífica del *ius commune* por Europa y más allá de Europa ⁽¹⁰³⁾.

No obstante, todo ello tiene que ver con la obra suya y con la mía. Aceptando pacíficamente el imperio del *ius commune*, como derecho y más que derecho, en cuanto que paradigma dado en la historia europea y más que europea, no siendo plenamente consecuentes con la constancia de la localización, hemos contribuido, aunque más como miembros de un gremio que por nosotros mismos ⁽¹⁰⁴⁾, a la mitología que alimenta el escenario intelectual facilitador de la imposición de unos determinados sistemas normativos en el mundo actual. Más aún, emulando al *derecho indiano*, Hespanha ha realizado, entre Portugal y Brasil, una de las mayores operaciones de trasplante de la historia alimentando la criatura del *direito*

⁽¹⁰³⁾ Reincide recientemente A.M. HESPANHA, *Imbecillitas*, pp. 142-146, explicando la invisibilidad historiográfica de los derecho y las justicias locales tanto en la metrópolis como en las colonias que genera la ilusión de la expansión y arraigo del *ius commune* y del general del reino, y enfrentándose con el reto metodológico de una historia prácticamente sin fuentes convencionales, pero sin referencia específica en todo caso, pese a la localización, a derechos y justicias de pueblos y comunidades insdígenas; *Os Forais da época moderna. O caso do Foral manuelino de Évora*, en *Foral Manuelino de Évora*, Évora, Câmara Municipal, 2003, pp. 43-65, recogido en *Caleidoscópio do Antigo Regime*.

⁽¹⁰⁴⁾ Baste um solo ejemplo que en el seno de la especialidad se sabe que podría multiplicarse componiendo una nota interminable: Antonio PADOA SCIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dall medioevo all'età contemporanea*, Bolonia, il Mulino, 2007, pp. 188-204, presenta *il sistema del diritto commune* articulado entre *equità y rigore, legge y consuetudine, ius commune y ius proprium*, más *equitas canonica*, con la aparición culminante del *utrumque ius*, derecho romano-canónico, en términos de *i due diritti universali*, ordenamientos cuya universalidad, por todo lo anterior, no puede referirse a las materias que cubrían, sino al espacio al que se creían con derecho a extenderse, lo que así se le acredita por mera denominación sin problematización alguna. Ya que el ejemplo es italiano, recordemos que en Erice (Trapani, Sicilia, Italia) opera bajo la dirección de Manlio Bellomo, Kenneth Pennington y Orazio Condorelli la International School of Ius Commune consagrada al cultivo y propagación de dicho paradigma. Otro paralelismo, éste de omisión: ni Hespanha ni yo hemos participado en sus actividades docentes. Ni siquiera parece haberse pensado en abrir ahí cabida a planteamientos como los nuestros. Ya que está mencionado en una posición parecida el Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte de Frankfurt a.M., Hesse, Alemania, agregemos que su caso es bien distinto, pues en éste se nos viene ofreciendo acogida desde jóvenes.

lusobrasileiro, bien que abrigando reparos sobre la expresión ⁽¹⁰⁵⁾. Si es una crítica, ha de serlo entendiendo al destinatario en primera persona del plural y en modo reflexivo, pues he de confesar que yo también he contribuido a la gestación del esa criatura *lusobrasileira* ⁽¹⁰⁶⁾. En todo caso, el punto ciego, ayer y hoy, de la imposición de ordenamientos de raíz europea a pueblos indígenas resulta a mi entender el síntoma más agudo del desajuste en el panorama ⁽¹⁰⁷⁾.

⁽¹⁰⁵⁾ Le cito nuevamente de nuestra corresponden particular: “A expressão *direito lusobrasileiro* é infeliz. Em todo o caso, não me estava a referir seño ao direito metropolitano e ao direito dos colonos no Brasil Refiro mesmo, em algum lugar destes textos, que a colocação dos colonos como colonizados (objeto de uma política colonial levada a cabo pela metrópole) excluía da história os verdadeiros colonizados (os nativos, mas também os escravos). Esta operação de colocar os colonos como colonizados é comum: desde o Brasil, aos EUA, passando pelo México, etc. (mesmo em África, este foi o argumento dos independentistas brancos, v.g., na Rodésia ou na África do Sul; também em Angola e Moçambique durante a primeira metade da década de ’70). Realçar que os colonos não eram *voiceless subjects*, mas dispunham de uma efectiva *agency* (também jurídica) e que esta se tornava aceitável pela metrópole nos termos da estrutura particularista do *ius commune*, era a forma de realçar que os colonos não eram colonizados; e que os colonizados eram outros, de que a historiografia pós-colonial não falava, ao limitar a relação colonial a metrópole-colonos”. De hecho, como ha podido apreciarse, Hespanha cambió a última hora el título del libro *Direito lusobrasileiro no Antigo Régime* por el de *O direito dos letrados no Império português* al tiempo además que adoptaba la expresión *direito colonial brasileiro*. El primer título, el de *direito lusobrasileiro*, lo mantiene en la edición electrónica.

⁽¹⁰⁶⁾ Aun presentándolo en un escenario netamente colonial, B. CLAVERO, *La edad larga del derecho entre Europa y Ultramares*, en “Historia. Instituciones. Documentos” (revista de la Universidad de Sevilla), 25, 1998, pp. 135-150, que fue una conferencia brasileña, en la Universidade Federal de Rio Grande do Sul, arrancando en su versión escrita con una cita luso-imperial, en concreto de Serafim de FREITAS, *De Iusto Imperio Lusitanorum Asiatico (...) adversus Hugonis Grotii Batavi Mare Liberum* (1625), por su alegación recurrente de jurisprudencia de *ius commune*, lo mismo que en general la literatura jurídica hispana de la época sobre América, a efectos más de legitimación doctrinal frente a otros Imperios que de efectividad normativa en las colonias. Aunque ahí no lo cite, para mi representación de esa *larga edad del derecho* en términos coloniales la principal influencia ya la ejercía R.A. WILLIAMS, Jr., *The American Indian in Western Legal Thought: The Discourses of Conquest*, Oxford, Oxford University, 1990.

⁽¹⁰⁷⁾ B. CLAVERO, *Geografía jurídica de América Latina. Pueblos indígenas en Constituciones mestizas*, México, Siglo XXI, 2008; *¿Hay genocidios cotidianos? Y otras perplejidades sobre América Indígena*, Copenhague, IWGIA, 2011. Mas hay palabras bonitas peores que el silencio invidente. ¿He de insistir en que el dato de que esos ordenamientos prediquen hoy derechos, díganse constitucionales o también humanos,

De cuestiones actuales se ocupa también directamente Hespanha desde el campo de visión alcanzado mediante la indagación de la historia. No lo hace tan sólo por haber venido a ocuparse también de enseñanza de teoría del derecho sin trámite de historia. Teoría ya ha hecho a conciencia haciendo historia ⁽¹⁰⁸⁾. Entre lo uno y lo otro, la perspectiva de presente que ofrece Hespanha pudiera crear puentes con la visión de pasado puesto que incide en las dimensiones menos estatistas del ordenamiento social, aun no llegando a materializarse gráficamente. No cobra vida la presencia de pueblos indígenas con derecho propio que más puede poner en cuestión la dilatación de su paradigma a espacios no europeos o

no es en absoluto relevante por virtud tan sólo de la propia prédica sin contraste empírico sobre el terreno, sin *localización* al cabo? ¿Por qué al llegar a temas actuales como el del constitucionalismo de derechos y el de los propios derechos humanos parece que ya no hace falta la investigación histórica tal y como si, para apologetas, hubiéramos alcanzado el final de la historia o, para censores, se redujesen a retórica de dominio sin sustancia jurídica? Registro preguntas como éstas en nota pues corresponden a tiempos de Leviatán y si acaso, si ya es que estamos ahí, de post-Leviatán que aquí en sí no nos ocupan. Voy a seguir tratando en notas, por muy relevantes que sean, cuestiones de historia constitucional que se interfieren en la obra de Hespanha o por ellas mismas con las propias de las *vésperas* que aquí tratamos.

⁽¹⁰⁸⁾ Quien ha realizado un trabajo monográfico sobre la obra de Hespanha, que ha quedado inédito como ya sabemos, considera luego que la teoría necesaria a la historia del derecho ha de buscarse más bien entre quienes como tal no la practican, reduciéndose a los practicantes, como al propio Hespanha, a referentes y mirándose en todo caso siempre hacia Europa (Escuela de Annales, materialismo histórico, Michel Foucault, Walter Benjamin...): R.M. FONSECA, *Introdução Teórica à História do Direito*, Curitiba, Juruá, 2009. Entiéndase esto por mi parte no como desprecio de teoría, sino como requerimiento de que sea probadamente operativa: A.M. Hespanha y Teresa Pizarro Beleza (eds.), *Teoria da Argumentação e Neo-Constitucionalismo. Um conjunto de perspectivas*, Coimbra, Almedina, 2011. Antonio Serrano puede testimoniar que no seguí elaborando un estudio sobre la efectiva significación de Foucault para la historia del derecho al que me animó con ocasión del veinticinco aniversario de *Surveiller et punir* (1975-2000) y cuyo borrador hoy tengo extraviado por algún recoveco de archivos en soporte digital. Otras prioridades se cruzaron (Foucault no asistía mucho al asunto en el que andaba enfrascado, el de la posición jurídica de los pueblos indígenas en tiempo y bajo orden constitucionales: B. CLAVERO, *Ama Llunku, Abya Yala. Constituyencia indígena y código ladino por América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000), por no decir que lo que se cruzó fue tiempo y espacio finitos (“Had we but world enough, and time...”, sea dicho con un octosílabo de Andrew Marvell sacado de contexto histórico y erótico).

venir al menos marcando unos límites (109). La frontera que vimos, esa frontera hoy en día al fin y al cabo todavía colonial, parece seguir ahí, invisibilizada más que invisible, no visualizada en todo caso (110). En conjunto, la impresión que la evolución de la obra de Hespanha ofrece a una lectura coral, con voces y sin ecos, es la de que, lo mismo que extiende su entendimiento dúctil del derecho a las colonias, economía de la gracia inclusive, también lo hace en otro grado respecto a historia y presente constitucionales (111). Igual que

(109) A.M. HESPANHA, *O Caleidoscópio do Direito*, con apartado sobre *Etnia* (1ª ed., pp. 238-241; 2ª ed., pp. 295-298) que no llega a hacer visible el punto ciego de imposición de ordenamientos “estadualistas” a pueblos indígenas a pesar precisamente de su fuerte valorización de paradigmas normativos “não-estadualistas”: A.M. HESPANHA, *Estadualismo, pluralismo e neo-republicanismo. Perplexidades dos nossos dias*, en A.C. Wolkmer, F.Q. Veras Neto e I.M. Lixa (eds.), *Pluralismo jurídico*, pp. 139-172. “Estadualismo” y “antiestadualismo” son los términos de entrada de su *O Caleidoscópio do Direito* (1ª ed., pp. 19-45; 2ª ed., pp. 25-52), cuyo propio título expresa en su término principal, como ya sabemos, la idea de “não-estadualismo”, a modo de Boaventura Santos mejor que de Marcelo Mello entre lo citado, aunque tampoco exactamente. Para Hespanha el “antiestadualismo” se resuelve en “postestadualismo”, como si no hubiera derechos “pre-estaduales”, por ejemplo los indígenas en América, Brasil inclusive. Recordemos que *a morte do Estado* fue un motivo temprano en la obra de Hespanha aplicándose al “pre-estadualismo” antes que al “postestadualismo”. Sobre todo esto he de regresar.

(110) En comunicación sobre sus planteamientos, Hespanha me recuerda una referencia clave para el “não-estadualismo”: James C. SCOTT, *Seeing like a State: How Certain Schemes to Improve the Human Condition Have Failed*, New Haven, Yale University, 1998, y me pone en guardia frente a localizaciones idealistas invocando el estudio y las ulteriores reflexiones sobre “Pasárgada”, nombre en clave de una comunidad urbana en Brasil, tomado de un poema (Manuel Bandeira: “Vou-me embora pra Pasárgada... Lá a existência é uma aventura... É outra civilização...”), del citado B.S. SANTOS, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 131-253, últimamente para un asunto al que regresa desde hace décadas (*The Law of the Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada Law*, en “Law and Society Review”, 12-1, 1977, pp. 5-126, versión abreviada de su tesis doctoral, *Law against Law*, 1973). Se trata de bibliografía, tanto la de James Scott como la de Boaventura Santos, que abre en efecto espacio a la presencia indígena.

(111) Fernando MARTÍNEZ PÉREZ, *Los dos Hespanhas*, en la revista electrónica “Historia Constitucional” (www.historiaconstitucional.com), 6, 2005, pp. 459-466, comentando su *Guiando a mão invisível. Direitos, Estado e Lei no liberalismo monárquico português*, Coimbra, Almedida, 2004, ahora remodelado en edición brasileña rehecha desde el propio título: *Hércules confundido. Sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista: o caso português*, Curitiba, Juruá, 2009, y concluyendo perplejo

extiende el paradigma normativo no exactamente jurídico del derecho común en el espacio a Brasil, lo expande en el tiempo, cuando hace historia, prácticamente hasta nuestros días ⁽¹¹²⁾. Respecto al

F. Martínez que el Hespánha no doble, sino único, intenta “comprender el orden jurídico-constitucional del Estado liberal conforme a los moldes y claves paradigmáticas diseñadas para el antiguo régimen”, lo que ha de entenderse a pesar de que *Guiando a mão invisível-Hércules confundido* no deja de subrayar novedades constitucionales cuyo mismo alcance luego así se reducen; el propio A.M. HESPANHA, *A Política Perdida*, p. 8: “Hoje dou-me claramente conta que o papel normativo da graça era parte de uma questão muito mais vasta e, *mutatis mutandis*, ainda actual. (...) [T]ambém me resulta muito claro que aquele pluralismo normativo fazia parte de uma matriz antropológico-cultural, característica das sociedades modernas da Europa do Sul, bem com das suas extensões ultramarinas. Com diferenças, mas também com identidades centrais”; la misma expresión de extensión es suya: A.M. HESPANHA, *Depois do Leviathan*, p. 12: “Eu próprio fui testando extensões”, refiriéndose a la que también hace, con más éxito, entre ramas del derecho, a materia penal en concreto (*Da ‘iustitia’ à ‘disciplina’*. *Textos, poder e política penal no Antigo Regime*, con sus prosecuciones). En el epílogo de *La Gracia del Derecho* (pp. 323-334: *El poder, el derecho y la justicia en una era perpleja*; en portugués, “Administração”, revista de la Administração Pública de Macau, 15, pp. 7-19), ya latía el germen de la extensión que viene al presente: J.I. LACASTA ZABALZA, *Antiformalismo jurídico ‘fin de siglo’... y principio de milenio*. Del mismo *Guiando a mão invisível-Hércules confundido* había habido temprano aperitivo: A.M. HESPANHA, *A revolução e os mecanismos do poder*, en António Reis (ed.), *Portugal contemporâneo*, vol. I, Lisboa, Alfa, 1988, pp. 107-136; versión francesa en Heinz Mohnhaupt (ed.), *Revolution, Reform, Restauration. Formen der Veränderung von Recht und Gesellschaft*, Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann, 1988, pp. 273-276; española en C. Petit (ed.), *Derecho privado y revolución burguesa*, Madrid, Marcial Pons, 1989, pp. 15-52. La doble expansión, en el espacio y en el tiempo, la alega Hespánha en el prefacio de *A Política Perdida* como motivo para descartar una edición en portugués, nunca habida, de *La Gracia del Derecho*, que así da por obsoleta, aunque *As outras razões da política. A economia da ‘graça’* (ahora entrecomillada) sabemos que la incorpora.

⁽¹¹²⁾ Para contraste, C. Garriga (ed.), *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, México, Instituto Mora, 2010, como expresión colectiva del mencionado grupo de investigación *Historia cultural e institucional del constitucionalismo en España y América* (HICOES), el cual se basa en el presupuesto diverso de una revolución cultural, por encima o por debajo de continuidades institucionales o más específicamente jurisdiccionales, en el mundo tanto del derecho como de la economía cuando el arranque de la historia constitucional estricta, entre el XVIII y el XIX. Hespánha saluda sin mucho entusiasmo mi revisionismo historiográfico en materia constitucional (“demasiado partidario e cru”) y, con más aprecio, la orientación del grupo HICOES definida en términos genéricos (“desconfiar do óbvio; pôr em dúvida as continuidades; estranhar as coisas familiares; desconfiar da superfície das fontes; complicar a história”) al final de su comentario a C. GARRIGA y M. LORENTE, *Cádiz 1812. La*

presente, el distanciamiento que todo ello le procura agudiza ciertamente su contrastada capacidad crítica, pero también parece que lastra su indudable habilidad analítica ⁽¹¹³⁾.

Hespanha no entiende en momento alguno que, ni ayer ni hoy, se produzca un fenómeno de globalización de cultura de derecho y ordenamiento jurídico tal que permitiera abordar y comprender Brasil desde Portugal o el presente desde la historia ⁽¹¹⁴⁾. Bien al

Constitución jurisdiccional, Madrid, Centro de Estudios Políticos, 2007, en “Historia Crítica” (revista de la Universidad de los Andes), 36, 2008, pp. 223-228, respondiendo a una convocatoria sobre *Justicia, sociedad y cultura durante el período colonial y el primer siglo republicano en América* (mismo número de “Historia Crítica”, pp. 10-13: *Presentación del dossier sobre ‘La justicia y el orden social en Hispanoamérica, siglos XVIII-XIX’*). Hespanha tiende puentes con HICOES (recensión a M. LORENTE, *La Nación y las Españas. Representación y territorio en el constitucionalismo gaditano*, en “e-journal of Portuguese History”, 8-1. 2010, reseña quinta), pero la diferencia sigue a mi entender estribando en que HICOES aborda la historia constitucional por medio de la cultura de los tiempos constitucionales y de cada tiempo constitucional, jurisdiccionalista en su caso, y no de una cultura de tracto histórico.

⁽¹¹³⁾ En correspondencia particular, José Ignacio Lacasta, el temprano crítico de las posiciones de Hespanha hacia el presente con *Antiformalismo jurídico ‘fin de siglo’*, me comunica que hoy las aprecia más: “La *oração de sapiência* de Hespanha [en el epílogo de *La Gracia del Derecho*] pecaba de un exceso de antiformalismo, o más bien se dirigía contra el formalismo jurídico con cierta desmesura, pues no tenía en cuenta que las formas son también las garantías del proceso penal, los derechos del imputado y los de toda la ciudadanía ante los posibles excesos del poder. Un exceso de microfísica foucaultiana parecía ser el causante de la *hybris* o falta de proporción en el análisis de corte antiformalista. Pero, en su conjunto, constituía un muy positivo llamamiento a la perseverancia en el carácter despierto y no sometido de los seres humanos. A conjugar la vida concreta de las personas con su proyección política necesaria y cotidiana, etc. (...). Microfísica, emociones y pasiones, que el mismo Hespanha ha corregido metodológicamente al introducir también en la exposición de la doctrina jurídica y política, la universitaria y la de la Administración pública, la parlamentaria y la de la lucha política, en su excelente reflexión sobre la forja del Estado decimonónico portugués, en *Guiando a mão invisível*, etc.”. He aquí una alternativa de lectura, no de *dos Hespanhas*, sino de uno solo.

⁽¹¹⁴⁾ Observo que *Cultura jurídica europeia* de Hespanha se está convirtiendo en una cita traslaticia en la literatura en portugués sobre globalización, pero su tratamiento es para el presente: A.M. HESPANHA, *O Caleidoscópio do Direito*, 1ª ed, pp. 348-380; 2ª ed., pp. 427-469, con ampliación en ésta última respecto especialmente a la crisis económica desatada desde 2008 y en la que seguimos inmersos en términos para Hespanha globales, pero no tanto si no nos olvidamos de la humanidad ajena a la economía tenida por global. Hespanha advierte ahora, en la segunda edición, que hasta

contrario, su mismo entendimiento de la ductilidad de los términos de referencia abre un campo muy amplio a las dinámicas localizadas en el espacio y en el tiempo. Pero parece entonces que, dentro de la dialéctica a la que Hespanha llega entre lo global y lo local, es lo primero, lo global, lo que da juego a lo segundo, a lo local, y no a la inversa. Hespanha recurre a la idea de *glocalización* (localización más globalización) que puede ciertamente casarle a la historia del derecho ⁽¹¹⁵⁾. Entre neologismos, cabe que éste de *glocalización* sea más

“[a]s correntes antiglobalização estão, hoje, globalizadas, recorrendo aos meios globalizados de comunicação para aumentarem o seu impacto público” (p. 429), pero la advertencia no demuestra que la globalización impere sobre toda la humanidad ni remedia dicho olvido de una parte de ella. Respecto a los movimientos antiglobalización, hay una razón más sustantiva por la que tienden a ser globales por sí mismos y ésta es la de su habitual recurso a *derechos humanos*, lo cual a su vez, por cuanto que incluyen derechos de los pueblos indígenas y de las minorías étnicas, nacionales, religiosas y lingüísticas, puede constituir una vía de introducción de *lo local* ante *lo global*, de lo local jurídico frente a las pretensiones de lo global económico y político no raramente contrarias a derechos. En esto es en lo que le veo sentido a una globalización radicalmente, sin paradojas, antiglobalizadora. Interesa a la conveniente localización de los derechos humanos Elsa STAMATOPOULOU, *Cultural Rights in International Law: Article 27 of the Universal Declaration of the Human Rights and Beyond*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007; y a dicha relación de base jurídica entre lo global y lo local, el programa *Scales of Governance, the UN and Indigenous Peoples* de L’Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales (www.sogip.ehess.fr).

⁽¹¹⁵⁾ En nuestras comunicaciones, Hespanha me remite sobre *glocalización* a la obra de Shalini RANDERIA, de quien consulto *The State of Globalization: Legal Plurality, Overlapping Sovereignties and Ambiguous Alliances between Civil Society and the Cunning State in India*, en “Theory, Culture and Society”, 24-1, 2007, pp. 1-33: “We live in paradoxical times. (...) There is a curious ambivalence in current debates on globalization about the role of the state, which is conceived of as both central and marginal” (p. 1), lo que representa una *glocalización* que así puede resolver lo local en lo estatal mal dicho nacional, como ha mostrado H. SAYED, *La globalización de la teoría del derecho*. Michele LANGFIELD, William LOGAN y Máiréad NIC CRAITH, *Cultural Diversity Heritage and Human Rights: Intersections in Theory and Practice*, Abingdon, Routledge, 2010, dedican una parte, la segunda, a *National versus Local Rights* porque por regla generalísima se trata de niveles bien distintos. La distinción no se atiende por lo usual ni cuando se aborda expresamente la dinámica entre globalización y localización: Don Kalb, Marco van der Land, Richard Staring, Bart van Steenberger y Nico Wilterdink (eds.), *The Ends of Globalization: Bringing Society Back In*, Lanham, Rowman and Littlefield, 2000, trayéndose, como sociedad, ciudadanía y con ello, como instancia local, Estado.

realista que el de globalización a efectos incluso más generales ⁽¹¹⁶⁾. En la historia del derecho, entre la recepción del derecho romano-canónico y el derecho del correspondiente territorio, podríamos haber estado haciendo glocalización sin saberlo. Sabiéndolo, Hespánha pone el acento en lo local, en lo más local que lo políticamente territorial. La glocalización puede acomodarnos a la historia del derecho para tiempos los más distantes como los más recientes ⁽¹¹⁷⁾. La teoría Ikea le va entonces mejor a esa extraña especialidad académica, extraña por ucrónica y por utópica, extraña también por renovadamente pujante, que responde todavía al nombre de *derecho romano* ⁽¹¹⁸⁾.

No obstante, adviértase que la glocalización no escapa a las presunciones de la globalización. No lo hace ni para el pasado ni

⁽¹¹⁶⁾ Para una ilustración muy expresiva desde perspectiva local en el ámbito económico, Sandra ALARCÓN, *El tiangis global*, México, Universidad Iberoamericana, 2008. *Tiangui* significa mercado en náhuatl, la lengua mexicana, y se usa también por el castellano mesoamericano. La obra podría haberse más ajustadamente titulado *El tianguis global*, calificativo que a dicho mismo efecto utiliza (p. 58).

⁽¹¹⁷⁾ Significativamente, por la materia que trata y por propugnar un derecho constitucional comparado no reducido a Gran Bretaña, Estados Unidos, Francia, Alemania y afines, R. HIRSCHL, *Constitutional Theocracy*, Cambridge, Harvard University, 2010, *Conclusion: 'Glocalization'? Constitutional Law and Politics in a Nonsecularist World*, p. 245: "Constitutional theocracy [ej., Israel] stands at the intersection of the general and the contextual, the universal and the particular. In that respect, constitutional theocracy may very well be constitutional law's version of what has been termed *glocalization*". El mismo autor contempla la historia del constitucionalismo garantista entre la globalización de derechos y la localización de intereses (ej., minoría eurodescendiente en Sudáfrica): R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism*, Cambridge, Harvard University, 2004. Los ejemplos ilustrativos pertenecen naturalmente a Ran Hirschl.

⁽¹¹⁸⁾ Aquí, puede decirse que, localmente en España, ha venido a producirse la asignación de la historia europea medieval y moderna del *derecho romano*, no a historia del derecho, sino a dicha extraña disciplina: B. CLAVERO, *Reforma de las enseñanzas universitarias en España: la historia del derecho*, en P. Grossi (ed.), *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno. Strumenti, destinatari, prospettive*, Milán, Giuffrè, 1993, pp. 337-400, lo que presenta al menos la ventaja de empujarnos a la historia del derecho hacia tiempos más cercanos, bien que, si aceptamos tal reparto de papeles, con la contrapartida de provocar un vacío que el romanismo español no está patentemente en condiciones de colmar. Ya que tenemos a mano *La solitudine dello storico del diritto* de Pio Caroni, puede verse, pues interesa al respecto, la *Presentazione* de Italo Birocchi (pp. 1-39).

para el presente ni para el futuro. Mediante la refundición de las palabras, glocalización lo que hace, al menos léxicamente, es interiorizar y digerir la localización en la globalización. La globalización en todo caso parece ser la que impera en el discurso para ayer como para hoy, aunque más relativamente en un escenario pretérito que en el de la actualidad por supuesto. En todo caso, el mismo uso de la palabra, incluso a la contra, refuerza apariencias que pueden a la postre promocionar el fenómeno realmente para hoy como imaginariamente para ayer. ¿A qué responde globalización o su variante glocalización? ¿A evidencias neutrales de la historia o a aspiraciones interesadas del presente? Si no hubiera más alternativa que entre globalización y glocalización, no parece que hubiera duda respecto a la preferencia de la segunda, pero ¿seguro que ya no hay vida fuera de la premisa de la globalización y del despliegue de su constelación? ⁽¹¹⁹⁾. De tal calibre es la logomaquia que permite llegar a extremos como el de hablarse de *anglobalización* para la sucesión del

⁽¹¹⁹⁾ Sintomáticamente, si tiene razón el introductor del concepto en inglés (Roland ROBERTSON, *Globalization: Social Theory and Global Culture*, Londres, Sage, 1992, pp. 173-174), la idea glocalizadora se origina como consigna de medios empresariales, concretamente japoneses, interesados en una globalización atenta a las condiciones locales de recepción de la oferta (por descuidarlo, los establecimientos de McDonald's han cerrado en Bolivia a finales de 2011). Abundan en la indicación de ese origen Rob VAN TULDER y Alex VAN DER ZWART, *International Business-Society Management: Linking corporate responsibility and globalization*, Abingdon, Routledge, 2006, p. 51. Para adopción del término en el terreno de la política, Erik SWYNGEDOUW, *Neither global nor local: 'Glocalization' and the Politics of Scale*, en Kevin R. Cox (ed.), *Spaces of Globalization: Reasserting the Power of the Local*, Nueva York Guilford, 1997, pp. 137-166. Para un debate sobre glocalización como política, Peter M. Haas, John A. Hird y Beth McBratney (eds.), *Controversies on Globalization: Contending Approaches to International Relations*, Washington, CQ, 2010, pp. 331-358: *Culture and Diversity: Should Development Efforts Seek to Preserve Local Culture?*, E. STAMATOPOULOU, *Yes*, Kwame Anthony APPIAH, *No*; otras intervenciones en el debate sobre las posiciones *glocalizadas* de la primera en *Carnegie Council: The Voice for Ethics in International Affairs* (www.carnegiecouncil.org). Compartiendo posiciones, he colaborado con E. Stamatopoulou, de quien ya está citado *Cultural Rights in International Law*, en el Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas y en el Institute for the Study of Human Rights de la Columbia University (<http://brcolumbia.org/indigenous>).

imperialismo británico por un neoimperialismo estadounidense (120).

Para la historia, a nuestros efectos, tendríamos el derecho localizado en el seno del *ius commune* con apariencia éste de globalidad, ofreciéndose en efecto la imagen de una especie de glocalización que damos por pacífica al tomar el derecho común por trasplantado y recibido. El *ius commune*, marcando por lo visto las reglas de juego en Portugal como en Brasil, en Castilla como en las llamadas Indias, sería entonces cual la astronomía que luego veremos, la que inventa y desinventa, impone y cede, acomoda y modela, con la pretensión de dominar siempre el firmamento mediante su ciencia. Con glocalización y todo, seguimos, dicho en primera persona del plural pues no me excluyo, sin guardar consecuencia metodológica con la constancia de la localización, con una localización que habría de valer para el tiempo como para el espacio. El presente es una localidad más en el curso de la historia. Mejor también en plural, todos los presentes son locales, como Hespanha

(120) La propuesta en esos términos para respaldo intelectual de una política internacional unilateral de los Estados Unidos con apariencia de base histórica en los presuntos beneficios del imperialismo británico para la entera humanidad o poco menos pertenece a Niall FERGUSON, *Empire: The Rise and Demise of the British World Order and the Lessons for Global Power* (2002), Nueva York, Basic Books, 2004, p. XXIII: “My aim has been (...) to write the history of globalization as it was promoted by Great Britain and her colonies —*Anglobalization* if you like”. A los hooligans *anglobalization* les parece una “elegant word”: Stephen H. WEBB, *American Providence: A Nation with a Mission*, Nueva York, Continuum International, 2004, p. 116; a otros les parece un “awkward euphemism” o cacofemismo, pero siguen en la línea con nuevas ocurrencias como la de “anglosphere”: Graham MacPhee y Prem Poddar (eds.), *Empire and After: Englishness in Postcolonial Perspective* (2007), Oxford, Berghahn, 2010, p. 20. La ocurrencia similar de atribuir el mérito de una primera globalización al imperialismo ibérico no cuenta con prefijo para hacer un juego de palabras equivalente que además marque una contuidad para el colonialismo interno de los Estados latinoamericanos sobre pueblos indígenas con imagen positiva de beneficios humanos, globales por supuesto. ¿Son acuñaciones y atribuciones neutras, asépticas e inocentes? No es preciso responder pues la máscara cae y *globalización* enseña el rostro de *civilización* en singular remozando sentido y alcance coloniales: N. FERGUSON, *Civilization: The West and the Rest*, Londres, Allen Lane, 2011. Contrástese ahora Mark MAZOWER, *The End of Civilization and the Rise of Human Rights: The Mid-Twentieth-Century Disjuncture*, en S.L. Hoffmann (ed.), *Human Rights in the Twentieth Century*, pp. 29-44.

mismo insiste ⁽¹²¹⁾. ¿No estamos con todo esto proyectando las dificultades del presente sobre las complejidades del pasado más que la viceversa? ¿Hemos despejado la sensación de que el disgusto por el derecho actual no fue lo que en último término nos lanzó en brazos de la gracia histórica? ¿No podrá ocurrir lo propio con globalizaciones presentes y glocalizaciones pretéritas ⁽¹²²⁾?

⁽¹²¹⁾ La preocupación en serio que la misma logomaquia pone de manifiesto se comparte hasta en familia: Pedro HESPAHNA y otros, *Globalização insidiosa e excludente. Da incapacidade de organizar respostas à escala local*, en P. Hespahnha y Graça Carapinhinho (eds.), *Risco social e incerteza. Pode o Estado Social recuar mais?*, Porto, Afrontamento, 2002, pp. 25-54 (Pedro, acreditado sociólogo, es hermano mayor de António). Aunque no conceda entrada a *Globalização* como voz, la adaptación de un instrumento sudamericano en medios europeos, incluyendo éste cercano, ilustra: Antonio David Cattani, Jean-Louis Laville, Luiz Inácio Gaiger y P. Hespahnha (eds.), *Dicionário Internacional da Outra Economia*, Coimbra, Almedina, 2009, contando con ediciones primero brasileña, 2003, luego argentina, 2004, un par francesas, 2005 y 2006, y una italiana, 2006. Contiene voz sobre la economía del don (pp. 103-107: Alain CAILLÉ, *Dáviva*, en la traslación al castellano *Don*), con referencias de antropología, pero no de historia del derecho, en base a obra del propio autor: A. CAILLÉ, *Anthropologie du don. Le tiers paradigme*, París, Desclée de Brouwer, 2000; más interesa la voz de Noëlle M.P. LECHAT, *Economía moral*, pp. 134-138. La de Rogério Roque AMARO, *Desenvolvimento local*, pp. 108-113, concluye con la idea de la glocalización: “Pode então afirmar-se que o desenvolvimento local não tendeu, nem tende, a desaparecer com a globalização, antes, pelas duas razões postuladas, a complementá-la (e a contrariá-la, propondo uma outra globalização a partir do local), daí se entendendo a sua afirmação simultânea, balizando o que se poderia entender por processo contraditório e paradoxal de *glocalização*”; parecidamente cierra la voz de Breno FONTES y Sílvia PORTUGAL, *Redes sociais*, pp. 284-288: “Estas formas organizacionais reticulares permitem a adaptação à pluralidade de um mundo cada vez mais *glocalizado* e são características de uma nova fase de acumulação do sistema capitalista”. Aun sin voz propia y con paso cambiado, globalización es más recurrente. Como agente del capitalismo se hace presente desde la primera entrada: Patrick VIVERET, *Altermundialização*, pp. 11-15. Derecho no merece voz alguna pese a que, desde el mismísimo arranque de esta inicial comparecen los derechos humanos en buenos términos: “O termo *altermundialização* expressa o caráter multiforme de um movimento que pretende suscitar valores como a democracia, a justiça econômica e social e a proteção ao meio ambiente e aos direitos humanos a fim de estabelecer condições para uma mundialização democrática, controlada e solidária”.

⁽¹²²⁾ Comentario de Hespahnha a este punto en nuestra correspondencia particular: “Há, de facto, um enorme perigo de o nosso sentido intencional se perder ‘na tradução’ dos nossos textos pelo auditório. Já fui apresentado (no Uruguai, creio) como um interessante exemplo de um marxista que evoluiu para o tomismo... Isto aconteceu por culpa minha, também. Não acautelei as virtualidades da leitura como plano de

No obstante todo ello, cuando se encuentra con la ocasión de frente, Hespanha distingue tiempos. Marca distancias. Sus posiciones de presente pueden emanciparse entonces del pasado prácticamente a todos los efectos comenzando por los metodológicos. De hecho, de tomarse en cuenta el conjunto de su obra publicada, incluyéndose la que no es de historia, puede resaltar una neta diferencia del tiempo actual respecto a tiempos históricos ⁽¹²³⁾. Interrogado sobre si resulta extensible al presente la valorización de jurisprudencia pretérita, la de entre los siglos XVIII y XIX en concreto, a fin de identificarse «una tarefa ética e política dos

criação de sentido”. Para la misma experiencia habría ejemplo también en mi vida paralela, lo que, más paciente o menos pundonoroso, suelo tomar como muestra lastimosa de ignorancia ajena.

⁽¹²³⁾ En tal dirección puede ante todo aducirse la distancia sustantiva, bien de fondo, entre sus representaciones de dos caleidoscopios, el *Caleidoscópico do Antigo Regime* y *O Caleidoscópico do Direito*. Más resalta la distancia por cuanto su representación de la historia constitucional (*Guiando a mão invisível*, ahora *Hércules confundido*) no ofrece elementos de tránsito en el tiempo entre una y otra imagen, la del pre-Leviatán y la del post-Leviatán, si en esta otra fase realmente estamos, apejándose en su figuración del Leviatán a la primera, como ha sabido ver F. MARTÍNEZ PÉREZ, *Los dos Hespanhas*. Ya está señalada la desconexión que, pese a la penetración del “pre-estadualismo” en el “estadualismo” asumida por Hespanha, se produce en su obra entre lo primero y el “postestadualismo”, como si lo segundo, el Leviatán, hubiera sido algo enteramente global en la historia, provocando tamaño cortocircuito, una presunción frente a la cual la obra de James Scott, no sólo *Seeing like a State*, constituye en efecto un buen antídoto. El caso al final resulta que, entre el *pre* que se alarga y el *post* que sobreviene, el Leviatán en sí podría decirse que tiende a escapar como objeto específico de investigación histórica a la obra de Hespanha o al menos que no viene siendo la materia nuclear que el uso del término pudiera presagiar. El mismo detalle de haber adoptado el nombre propio de Leviatán para el Estado como especie puede estar acusando la renuencia a enfrentarse con la problemática de su identificación. La obra de Scott, estudioso de sociedades asiáticas que no han atravesado experiencia propia o impuesta de Leviatán (J.C. SCOTT, *The Art of Not Being Governed: An Anarchist History of Upland Southeast Asia*, New Haven, Yale University, 2009), puede también servir para apreciarse hasta qué punto casos de más directa exposición al colonialismo, como el de Macao, conducen peor a una historia en la que el “estadualismo” y, por ende, el “postestadualismo” no se tomen como fenómenos globales cortocircuitando el “pre-estadualismo” persistente que mal se define de este modo, con referencia a un elemento extraño. A Wallerstein le hemos visto distinguir entre *a world* y *the world*, pues ciertamente no es lo mismo. ¿Qué entendemos cuando se utiliza sin artículo como en *economía-mundo* y en *sistema-mundo*? ¿Qué sobrentendemos al declinar “estadualismo” como clave, aun a la contra, del derecho?

juristas », su respuesta se contrae a supuestos epistemológicos de un tiempo presente tan otro que se predica como postmoderno. He aquí el meollo de la contestación:

[N]ão vejo motivo de os juristas serem os arautos da natureza ou dos valores, nomeadamente porque seu fechamento corporativo frequentemente os isola dos sentimentos dominantes da justiça. Por outro lado, numa época de crise das epistemologias assertivistas — i.e., que afirmam valores de verdade para os saberes —, não creio que seja fácil fundamentar uma legitimidade fundada na fiabilidade absoluta de um saber ⁽¹²⁴⁾.

La entrevista se publica con el encabezamiento de una frase que Hespanha hace suya: « Os juristas mais característicos fazem parte do problema e não da solução » (« If you're not part of the solution, you're part of the problem », rezan los diccionarios de

(124) *Entrevista com António Manuel Hespanha*, pp. 19-20, en “Prisma Jurídico”, 7-1, 2008, pp. 17-23; *Que espaço deixa ao direito uma ética da pós-modernidade?*, en “Themis. Revista de Direito”, 14, 2007, pp. 57-76, y en “Phronesis. Revista do Curso de Direito da FEAD” (Faculdade de Estudos Administrativos de Minas Gerais), 4, 2008, pp. 9-26; también recogido en *A Política Perdida* (con version francesa, *Le droit face à une éthique postmoderne*, destinada a los *Studi in Omaggio di Paolo Prodi*). Añádanse de *O Caleidoscópio do Direito* las citas de encabezamiento (“Pour les juristes aussi, la question se pose: savent-ils de quoi ils parlent ou parlent-ils de ce qu’il savent?”) y de inicio de la sección quinta (“With a few remarkable exceptions, jurists are not able to think by themselves about the basic issues — theoretical and practical alike — arising in the course of their professional commitments”), pregunta y afirmación que no formula respecto a la jurisprudencia del *ius commune*. Sobre la figura histórica del jurista tuvo Hespanha anunciado un libro: *Doctor perfectus. Para uma antropologia cultural dos juristas na época moderna (Os juristas como couteiros*, que enseguida cito, p. 1196; en la versión inglesa publicada en Eslovenia, que ahora también registro, incluía la referencia en la bibliografía, p. 501). A.M. HESPANHA, *L’étude prosopographique des juristes: entre les “pratiques” et les “représentations”*, en J.M. Scholz (ed.), *El Tercer Poder. Hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*, Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann, 1992, pp. 93-101, ya arrancaba con referencia a António Sousa de MACEDO, *Perfectus Doctor in Quacumque Scientia, maxime in iure canonico et civile* (1643); para mayor utilización más reciente, A.M. HESPANHA, *Form and content in early modern legal books*, en “Rechtsgeschichte. Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte”, 12, 2007, pp. 12-50 (versión italiana en Maria Antonietta Visceglia, ed., *Le radici storiche dell’Europa. L’età moderna*, Roma, Viella, 2007, pp. 39-68). El título *El Tercer Poder* del libro dirigido por Johannes-Michael Scholz se debió a propuesta mía, que ahora dudaría en hacer (B. CLAVERO, *El Orden de los Poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*, Madrid, Trotta, 2007).

máximas y dichos). ¿Es aplicable a nosotros mismos como juristas al cabo que somos? Si nos salvamos, es por no figurar entre « os mais característicos » como profesionales ni de derecho ni de historia. Tal vez no haya en Hespánha tanta confusión y contaminación entre tiempos y espacios como hace parecer una impresión a primera vista, aunque sólo sea por constarle la inconsistencia de los saberes más o menos normativos, aplicándolo al presente, no al pasado ⁽¹²⁵⁾. No se hace ilusiones sobre el derecho actual porque se las haya hecho en alguna medida sobre la jurisprudencia histórica o porque hayamos incautamente ofrecido ambos, pues también es mi caso, esa impresión primaria ⁽¹²⁶⁾.

Hoy los tiempos del derecho son otros para todo, aunque no lo sean en todo para todos. ¿Qué cambia y qué persiste? ¿Y para quiénes? Por aquí acecha el germen de nuestras discrepancias ⁽¹²⁷⁾. Limitadas, como las vidas, las perspectivas, nuestras líneas paralelas no equidistan hasta el infinito. Algo rozan y hasta chocan en la

⁽¹²⁵⁾ Comentario de Hespánha en nuestra correspondência particular: “Realmente, nunca escreví sobre a análise sociológica das categorias do *ius commune*. Devo, em todo o caso, ter em algum lado (perdoe-se a falta de rigor...) avisado que as suas construções dogmáticas, as suas bases axiológicas, eram ‘locais’. Pensei, incautamente, que isso seria óbvio dado o meu enraizado relativismo, frequentemente assumido. Porém, a violência da naturalização da cultura, hoje em curso, deveria exigir um contínuo repisar dessa ideia”.

⁽¹²⁶⁾ Réplica de Hespánha en nuestra correspondencia particular: “Se mesmo os que conhecem muito bem o que escrevi acham que não é claro o meu distanciamento em relação a perspectivas etnocêntricas e globalizadoras do direito culto europeu e da sua tradição histórica, que farão os outros...”.

⁽¹²⁷⁾ A.M. HESPANHA, *Os juristas como couteiros. A ordem na Europa ocidental dos inícios da idade moderna*, en “Análise Social”, 161, 2001, pp. 1183-1208, y ahora en *A Política Perdida* (=Jurists as Gamekeepers, en “Acta Histriae”, 16-4, *Interpreters of Cultures: Dominant and subordinate cultures in contact*, 2008, pp. 477-502); B. CLAVERO, *Histories and Memories, Cultures and Ethics*, en estos “Quaderni Fiorentini”, 37, 2008, pp. 9-19 (=Laura Beck Varela, Pablo Gutiérrez Veja y Alberto Spinosa, eds., *Crossing Legal Cultures*, Munich, Martin Meidenbauer, 2009, pp. 15-22). Laura Varela me ha asistido en el control de las ortografías portuguesa y brasileña, pues difieren (hasta 2015 corre un periodo de transición para la simplificación gráfica del portugués), además de con comentarios oportunos. Del grupo HICOES me he beneficiado de más lecturas, particularmente interactivas las de Carlos Garriga, Jesús Vallejo y Sebastián Martín.

finitud del tiempo ⁽¹²⁸⁾, con lo que no siempre, ni desde luego en todo, el paralelismo se salda en complementariedad. El saldo del diálogo puede hacerlo ⁽¹²⁹⁾.

7. *La invención de Plutón y su extensión analógica.*

Hespanha reconoce que a veces opera sin otra base empírica que la indiciaria, tal y « como os astrônomos fizeram com o agora malogrado Plutão ». A Plutón, a este fallido planeta, llegamos aquí finalmente. Alguna consistencia se tiene, pero no la suficiente ⁽¹³⁰⁾. De hecho, hemos de reconocer que nuestra concentración, la suya y

⁽¹²⁸⁾ Nuestras experiencias relativamente paralelas ya señaladas de sendos trienios con tareas extrauniversitarias (1996-1998 como Comisario General de la *Comissão Nacional para as Comemorações dos Descobrimentos Portugueses* en su caso; 2008-2010 como miembro del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas en el mío), para asuntos ambos no desconectados de la historia, han potenciado nuestro interés por la dimensión jurídica del colonialismo en América, pero en direcciones que divergen, él centrándose en expansión de derecho europeo; yo concentrándome en persistencia de derecho de los pueblos indígenas (para ilustración entre lo citado, A.M. HESPANHA, *Direito luso-brasileiro no Antigo Régime*; B. CLAVERO, *Nación y Naciones en Colombia*). Por la forma como se plantean y desarrollan, las perspectivas resultantes no es sólo que no sean complementarias; es que ni siquiera parecen compatibles. En la citada *Entrevista de Prisma Jurídico*, interrogado sobre “perspectiva antropológica” y “contextos culturais” respecto a Brasil (p. 21), él mira a presencia inmigrante postportuguesa donde yo hubiera mirado a presencia indígena preportuguesa igualmente actual; él invoca multiculturalismo canadiense donde yo invocaría criticismo latinoamericano (D. BONILLA MALDONADO, *La Constitución Multicultural*, cap. I, por ejemplo). La problemática tanto de historia (constitucional) como de derechos (constitucionales) resulta más bien otra.

⁽¹²⁹⁾ He aquí el comentario de Hespanha en nuestra correspondência particular: “Nestas discrepâncias, discrepamos, de facto. Curiosamente, eu não discordo da tua obra recente; mas da interpretação que fazes do sentido deste artigo sobre o ‘direito luso-brasileiro’ onde não creio dizer que o conceito seja válido para além da comunidade de colonos. Não trato de nativos, desde logo porque não conheço o assunto, nem sei se, com a minha preparação, o poderia conhecer. É *res incognita*, não *res insignificans*. Mas claro que isto é uma leitura pessoal de mim mesmo, muito falível, portanto. Quando falo do presente, parece-me que ressaltam mais claras as contínuas preocupações com os grupos subalternizados (coloniais ou metropolitanos), objeto de uma contínua empresa de exclusão através da globalização dos grupos hegemónicos. Porventura, também não o faço com realce suficiente”.

⁽¹³⁰⁾ A.M. HESPANHA, *Depois do Leviathan*, p. 25. La referencia a método en el encabezamiento de *Imbecillitas* remite a ficción, la de Sherlock Holmes: “Você conhece

la mía, en jurisprudencia y teología para tiempos digamos en términos anacrónicos que preconstitucionales o, en los propios de Hespanha, que de *vésperas do Leviathan* encierra bastante de método tentativo e inseguro ⁽¹³¹⁾, de ese método indiciario y arriesgado de invención de Plutón como planeta antes de avistársele y de poder aquilatarse su limitada gravidez, con anterioridad a un avistamiento y a un aquilatamiento que para el caso de la historia, sin máquina del tiempo y entre fuentes siempre parciales, no parecen factibles ⁽¹³²⁾.

o meu método, meu caro Watson. Parte da observação das coisas insignificantes” (original: “It is founded upon the observation of trifles”), lo que no es del todo irónico si hace alusión, como parece el caso, a las minucias significativas de los textos históricos jurídicos y teológicos: B. CLAVERO, *La máscara de Boecio. Antropología del sujeto entre persona e individuo*, en estos “Quaderni Fiorentini”, 39, 2010, pp. 7-40, trabajo por el que dije que *Imbecillitas* entiendo que augura la prosecución de la complementariedad de fondo de nuestras obras, al menos en lo que se mantienen paralelas, para *as vésperas do Leviathan*. Sin la imagen de Plutón, hay quien nos sitúa en cuanto que historiadores, a Hespanha y a mí conjuntamente, como pioneros en trayectos que al final lo que abren son rutas distintas a las transitadas por nosotros mismos, algo así como *pathfinders* fallidos pero útiles: Edgar ARDILA AMAYA, *Breve historia de un eclipse. La formación del derecho moderno y la justicia comunitaria*, p. 137, en “Pensamiento Jurídico” (revista de la Universidad Nacional de Colombia), 20, 2007, pp. 135-172. Sobre lecciones de origen literario, por mi parte he recurrido a Poe y a Melville (www.derecho.us.es/clavero/orden_poderes.pdf, pp. 28-32).

⁽¹³¹⁾ Procédase al contraste entre la imagen que resulta de nuestras figuraciones preconstitucionales, la de Hespanha y la mía, en base a derecho y a teología, a este orden letrado que no sólo se calificaba por letras, y la que se vislumbra de enfocarse la atención hacia los sectores mayoritarios que a nuestra luz, la de Hespanha y la mía, se presentan como *rústicos* y, por el prejuicio letrado, *iletrados*: S.B. SCHWARTZ, *All Can Be Saved: Religious Tolerance and Salvation in the Iberian Atlantic World*, New Haven, Yale University, 2009. Como bien lo subraya James S. AMELANG en el prólogo a la edición española (*Cada uno en su ley. Salvación y tolerancia en el Atlántico ibérico*, Madrid, Akal, 2010, pp. 5-10), es la visión de aquella sociedad en su conjunto lo que el contraste puede poner en cuestión. A S.B. Schwartz la inspiración para esta obra le vino de Carlo GINZBURG, *Il formaggio e i vermi. Il cosmo di un mugnaio del '500* (1976, con múltiples traducciones y ediciones). El mismo autor también ayuda a introducirse en otro de los elementos que rompen los esquemas de la visión imperante sobre aquella sociedad, el de la presencia indígena por América: Frank Salomon y S.B. Schwartz (eds.), *The Cambridge History of the Native Peoples of the Americas*, vol. III.2, *South America*, Cambridge, Cambridge University, 1999.

⁽¹³²⁾ Ya había recurrido por mi parte a la invención de Plutón para expresar la inseguridad del conocimiento, en mi caso en relación con la historia constitucional, pero reconozco que sin tanto jugo: “Como planeta invisible cuya fuerza de gravedad se hiciera

A Plutón, después de ser avistado en 1930, se le ratificó el reconocimiento como planeta que ya se le había adjudicado por conjeturas gravitatorias ignorantes además de la concurrencia de otros astros en la zona. Fue desclasificado, aun entre controversias sobre los criterios de clasificación, sólo recientemente, en 2006, lo que, a nuestros efectos, indica la fuerza y la inercia de suposiciones que pasan por conocimientos incluso en terrenos más empíricos que el de la historia ⁽¹³³⁾. En nuestro caso, el de Hespanha y mío, la masa gravitatoria desconocida vendría constituida por las visiones de la mayoría tenida por *iletrada*, en primer lugar la indígena para el caso de América. Si queremos conocer por ejemplo la entidad del Brasil colonial, su levedad si se quiere, ¿cómo vamos a desconocer la gravedad de los pueblos indígenas en su propia tierra?

La invención de Plutón no opera igualmente en todos los campos por lo que interesa a la detección y corrección de desviaciones. En el mismo terreno de las llamadas ciencias sociales, pronunciarse sobre el pasado es menos aventurado que hacerlo sobre el futuro, lo propio de tales presuntas ciencias con la salvedad precisamente de la historiografía, no sólo porque se cuente con documentos, sino también porque nunca es verificable mientras que el porvenir se verifica o se falsea por puro transcurso del tiempo. Resulta menos aventurado por más moldeable ⁽¹³⁴⁾. La única má-

notar sobre el rumbo de la órbita de otros cuerpos en otro caso inexplicable”... (www.derecho.us.es/clavero/orden_poderes.pdf, p. 52; es texto no impreso que luego identificaré). A mí incluso me sorprende descubrir ahora este enésimo paralelismo no tan anecdótico pues ha de admitirse que acusa una conciencia.

⁽¹³³⁾ David A. WEINTRAUB, *Is Pluto a Planet? A Historical Journey through the Solar System*, Princeton, Princeton University, 2007, para todo ello, salvo la comparación con la presunción de conocimientos históricos. En Sevilla hay desde hace pocos meses una calle dedicada al *Astrónomo José Luís Comellas*, el autor de una *Guía del Firmamento* (1979; 2002 7ª ed. “revisada y puesta al día hasta el año 2020”, lo no es errata, sin saber predecir la desclasificación de Plutón), de quien, como profesor de Historia Moderna y Contemporánea en la Universidad Hispalense, fui alumno a finales de los sesenta sin aprender gran cosa tampoco sobre astronomía. Mis conocimientos astronómicos confieso que los improviso ahora.

⁽¹³⁴⁾ El cambio ya indicado de subtítulo en *Imbecillitas* entre la oralidad del curso y la publicación del libro resulta elocuente. Lo que comienza siendo *linguagem y discurso jurídico sobre a desigualdade y a discriminação* acaba presentándose como exposición directa de *a inferioridade* en el orden de *a sociedade de Antigo Regime*. Hemos

quina del tiempo es el tiempo mismo a su propio ritmo. Si el futuro, al contrario que el pasado, resulta reamente cognoscible, es porque llega y, cuando no ciega, a su advenimiento mismo. Tampoco contamos con bola de cristal para tiempo alguno ⁽¹³⁵⁾.

visto lo propio en la variante de un título entra la ponencia en castellano y el artículo en portugués: *Las estructuras del imaginario de la movilidad social* pasa a ser *A mobilidade social*. El mismo Hespanha reflexiona sobre la transitividad de las representaciones: A.M. HESPANHA, *Categorias. Uma reflexão sobre a prática de classificar*, aprovechado precisamente en primeros capítulos, tanto en el de *A Política Perdida* como en el de *Imbecillitas*. Que en el subtítulo de éste último, no en el del curso, se anuncie que se trata de *as bem-aventuranças* de la inferioridad social es característico de la ironía de Hespanha, no de su benevolencia para con aquel orden, aunque algo de esto se desprenda de la conclusión del libro, como vimos, con el epígrafe de *Graça: Gratidão, Liberalidade e Misericórdia*. Y no puede negarse que el guiño de nostalgia que parece contenerse en expresiones características de Hespanha, como en el título *A Política Perdida* o en las palabras finales de la cita de encabezamiento de estas páginas (*Depois do Leviathan*, pp. 25-26), e incluso en su entendimiento visto del favor del *ius commune* por *miserabiles*, indígenas, mujeres y otras *personae* servilizadas, es tan imposible e incluso, en su caso, impensable que resulta, si no irónica, provocativa. En todo caso, el riesgo de otra lectura acecha. Recordemos la distancia tomada por alguien que aprecia su obra, Julius Kirshner, en la reseña citada, p. 759: “I do not share his *antiliberal* nostalgia” (subrayo el calificativo para resaltar su sentido de poco apreciativo de derechos y garantías constitucionales: su nostalgia “for the *pays réel*” con “disaffection for the *pays légal*”). A este efecto no sé cómo interpretar la ilustración de portada de *Hércules confundido*, que versa sobre tiempo constitucional, la de una camada de gorrinos hozando en la inmundicia bajo las ubres maternas con esta leyenda: “A Política: A Grande Porca”. ¿Peor que la *Política Perdida* de *antes da Modernidade*?

⁽¹³⁵⁾ En una intersección tal, entre inconsistencia de la historia e imprevisibilidad del futuro, relativas una y otra por supuesto (Antonio Machado: “Está el hoy abierto al mañana, mañana al infinito... ni el pasado ha muerto, ni está el mañana —ni el ayer— escrito”), creo que podrían radicarse las cuentas últimas que las vidas paralelas hemos hecho, bien que más implícita que explícitamente, con el marxismo de nuestro juventud, con un materialismo histórico que, no dogmático y todo, creía en la ciencia de la historia para la previsión también científica del futuro, factor que igualmente influía sobre nuestra falta de aprecio del derecho al licenciarnos. Es un tema que precisaría desde luego de mayor desarrollo, pero quiero dejarlo apuntado, aunque sea en forma tan sumaria, en prevención de ligerezas como la referida de Diogo Curto respecto a António Hespanha: “shifting from Marxism to fashionable postmodernism within the field of the history of law, (he) has never been able to demonstrate much interest in historical analysis, nor been able to overcome the perspective of a normative understanding and hermeneutics of his juridical sources”, ligereza igualmente basada en las presunciones de la historia-ciencia y del derecho-excrecencia, la disociación que las vidas paralelas creo que, como profesionales de la historia del derecho, comenzamos a superar tempranamente.

Dicho de otra forma, la historiografía está efectivamente condenada a un método cuyos resultados son inverificables. La invención de Plutón resulta su piedra de Sísifo. Si sólo además nos movemos en el mundo de la astronomía, perdón: de la gracia y del derecho, ¿dónde queda todo el resto? ⁽¹³⁶⁾. Con esta constancia y la consiguiente conciencia, podríamos por lo menos intentar ejercer la astronomía y no la astrología, con todos los perdones para la segunda ⁽¹³⁷⁾. Entre la ciencia y la magia, perdón: gracia, ambas relativas, ¿por qué no mantener el método y, aún más, la conciencia lúcida de sus límites? ¿No puede que la invención tentativa de Plutón sea nuestro método no sólo para el tiempo de *as vésperas do Leviathan*? Si hemos intentado reconstruir una antropología histórica con jurisprudencia y teología, podríamos al menos hacer lo propio, el intento, para tiempo constitucional con la correspondien-

⁽¹³⁶⁾ S. MARTÍN, reseña a M. Lorente (ed.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid, Consejo Superior del Poder Judicial, 2007, en “Forum Historia Iuris. Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte”, sección *Rezensionen*, pág. 16: “¿Para constatar su carácter duradero [del jurisdiccionalismo de tracto histórico durante tiempos constitucionales], su rango ‘ontológico’ y omnicompreensivo, basta con fundamentarlos en consensos doctrinales sin registrar el hecho de que las capas mayoritarias de la sociedad no nos legaron fuente alguna que nos permita hoy conocer sus creencias? (...) ¿Por qué no rastrear las funciones políticas de ese orden jurisdiccional sin adherirnos a la representación que de él hacían sus promotores? ¿Por qué pensar que era un orden de imperio del derecho con exclusión de la política y no que era una forma histórica de la política misma?”.

⁽¹³⁷⁾ Gordon FISHER, *Marriage and Divorce of Astronomy and Astrology: A History of Astral Prediction from Antiquity to Newton*, Raleigh, NC, Lulu, 2006, interesante además en sí, junto con Nicholas CAMPION, *A History of Western Astrology*, vol. II, *The Medieval and Modern Worlds*, Nueva York, Continuum, 2009, porque la determinación astral de las evoluciones y los cambios en la historia no está tan lejos de las predicciones desiderativas no siempre explícitas que alientan tan a menudo la obra de la historiografía, inclusive de Hespanha y mía. Entre las citas de encabezamiento de *Marriage and Divorce* figura ésta de Samuel Butler (*Erewhon Revisited*, 1901, ed. en Internet por el *Project Gutenberg*): “It has been said that though God cannot alter the past, historians can”. Añado esta otra de la misma procedencia que podría haber ido en el encabezamiento de estas páginas: “[H]istoric parallelisms abound; analogy between the main actors in events is a very different one, and one, moreover, of which few examples can be found”, uno más al menos ahora, sea dicho con toda la modestia del caso.

te doctrina jurídica y, si acaso, con la economía del mercado sucediendo a la teología de la gracia ⁽¹³⁸⁾.

Entre el pre-Leviatán y el post-Leviatán, ¿podríamos así tal vez acceder al *Leviathan*, a un Leviatán que es históricamente, por su concepción doctrinal, constitucional desde antes de que se inventase y pusiera en práctica el constitucionalismo ⁽¹³⁹⁾? Quizás así pudiéramos hacer la comprobación de hasta qué punto el valor de los saberes convencionales en general y de los jurídicos en particular resulta profundamente dispar entre unos y otros tiempos históricos, esto al menos si el método de la invención de Plutón no diera para

⁽¹³⁸⁾ Piénsese tan sólo en que el índice de *personae* de A.M. HESPANHA, *Imbecillitas* (menores, locos, quebrados, pródigos, mujeres, esposas, viudas, rústicos, salvajes y bárbaros, pobres, miserables...) se expusiera con similar rigor al espejo cóncavo de la doctrina jurídica y la economía política europeas y euroamericanas de los siglos XIX y XX. Estoy seguro de que el panorama nos depararía sorpresas por su disparidad y distancia respecto tanto al referido cuadro histórico como a las actuales presunciones y proyecciones. Para síntomas elocuentes, J. VALLEJO, *Paradojas del sujeto*, en C. Garriga (ed.), *Historia y Constitución*, pp. 173-199.

⁽¹³⁹⁾ Hago referencia por supuesto a la obra de Thomas Hobbes desde la perspectiva de su invención del individuo humano, aunque ni el sustantivo de individualidad todavía existiese, como sujeto de derechos de libertad del modo que contemplo en *La máscara de Boecio*, a partir de cuyas premisas y a través de las variantes pronunciadas del nuevo paradigma (Pietro COSTA, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, I, *Da Hobbes a Bentham*, Milán, Giuffrè, 1974) podría reconstruirse toda una antropología constitucional para la que la gracia ya no sería un factor constitutivo por mucho que resistiese, así en el terreno latamente político como algo más que paliativo de la justicia (Monica STRONATI, *Il Governo Della 'Grazia'. Giustizia sovrana e ordine giuridico nell'esperienza italiana, 1848-1913*, Milán, Giuffrè, 2009, particularmente pp. 178-197). Esto no constituye por mi parte un compromiso de emprender el trabajo, mas me he insinuado por dicha vía de entrar en la historia constitucional a través de la cultura coetánea del tal signo: B. CLAVERO, *Crédito del jurado y credenciales del constitucionalismo*, en *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*. Madrid, Trotta, 1997, pp. 41-180. Es lo que he llamado la *lectura ingenua* de las fuentes históricas frente a los lastres interpretativos de la historiografía (en el mismo sentido, Hespánha añade *perspicaz* para la lectura: *Cultura jurídica europea*, p. 44), lo que apliqué a fondo precisamente en *Antidora* y lo que puede tener una utilidad en la actualidad del derecho frente a las desvirtuaciones doctrinales; ej., Ignacio GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, *Volver a las fuentes. Los derechos fundamentales de los extranjeros en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional*, en "Revista General de Derecho Constitucional", 12, 2011, pp. 1-44.

más ⁽¹⁴⁰⁾. También entonces podríamos apreciar que el Leviatán se constituye históricamente en serio aun cuando no responda seriamente. Representa un nuevo paradigma de derechos que trasciende a la constitución del Estado incluso cuando no guarda consecuencia ⁽¹⁴¹⁾.

⁽¹⁴⁰⁾ Mi primer comentario extenso sobre obra de Hespanha, B. CLAVERO, *Del pensamiento jurídico en el estudio de la historia*, apreciaba su valorización de la cultura jurídica para el acceso al orden social respecto a la época del derecho común, razón por la que de mi parte, como ya he recordado, sintonizaba (B. Clavero, *Mayorazgo, 1369-1836*, aunque no viniese a considerar particularizadamente el *ius commune* hasta la segunda edición). Si esto nos puso los deberes de intentar el mismo método en igual grado para con tiempo consecutivo, el constitucional, no lo hemos hecho, como está dicho, y no siempre mostramos conciencia de la falta de prosecución, como si este otro tiempo fuese, por menos extraño, más transparente. Al final como al principio, Hespanha y yo lo que de verdad profesionalmente somos resulta ser historiadores del derecho o más genéricamente del orden normativo de tiempos de *as vésperas do Leviathan* y no tanto de los del Leviatán mismo.

⁽¹⁴¹⁾ Puedo conceder la razón a Hespanha (*Guiando a mão invisível*, p. 25, en nota que mantiene en *Hércules confundido*, p. 31) en que “a deliberada pureza dogmática” (*potior*, exegética) de mi *Manual de historia constitucional de España* (1989) no debe ser tomada al pie de la letra, pero no recuerdo que fuera una provocación por mi parte (“uma provocação dirigida contra uma pretensa história política — que, ligeiramente, omite os momentos jurídicos da prática política”). Más sencillamente, no era ni siquiera opción por la exégesis, sino recurso docente de enseñanza textual, sobre los textos de las Constituciones, en primer curso de derecho. Mi enfoque de la historia constitucional puede cotejarse mejor en *El Orden de los Poderes* (2007), que recoge mi enseñanza de cursos más avanzados. La misma fundación del mencionado grupo de investigación HICOES (*Historia cultural e institucional del constitucionalismo en España y América*) es posterior al citado *Manual*. En la historia constitucional me introduje con textos prematuros por necesidades docentes y cívicas a instancias de Tomás y Valiente, absorbido a la sazón por la magistratura constitucional pero nunca desentendido de la historia del derecho (J. VALLEJO, *Efecto historiográfico del régimen constitucional. Indicios en España, 1978-2003*, en “Istor. Revista de Historia Internacional”, 16, 2004, *Historia y derecho, historia del derecho*, pp. 136-165), lo cual desde luego no me exime de responsabilidad por obra improvisada (lo propio debo decir de mi *Derecho indígena y cultura constitucional por América*, 1994, pero esta vez la urgencia me la impuse yo solo y el libro cumplió igualmente su papel, lo que cabe replicar de *Diritto della società internazionale*, Milán, Jaca Book, 1995, y en Fabio Armao y Emanuele Parsi, eds., *Società Internazionale*, Milán, Jaca Book, 1997, pp. 31-44, que respondió a encargo). Respecto al *Manual*, desde la segunda mitad de los noventa me he resistido a la propuesta editorial de nuevas tiradas tras la segunda corregida, 1992. En su reseñación a M. LORENTE, *La Nación y las Españas*, Hespanha sigue confiriéndole en relación a mis planteamientos y, de rebote, a los del grupo HICOES una importancia que no le corresponde.

Si no se trata en cambio de identificar diferencias en la historia y en el presente, sino de proyecciones sustantivas, no sólo metodológicas, entre espacios y tiempos, ha de decirse enseguida que no resulta lo mismo el Brasil colonial que la humanidad actual. Ni es la misma, aunque haya relación, nuestra responsabilidad, muy superior por supuesto respecto al presente ⁽¹⁴²⁾, un presente para cuya observación y escrutinio en directo hay más posibilidad de información y para lo cual no necesitamos máquina de tiempo aunque la hubiera ⁽¹⁴³⁾. El tiempo de la historiografía es irremediamente

⁽¹⁴²⁾ La responsabilidad historiográfica se carga de responsabilidad ciudadana cuando se nos puede tener por América Latina como referentes de una historia regenerada con relación a temas tan sensibles como el de la justicia: Sergio ANGELI, *Tres imágenes para la justicia de Antiguo Régimen en la Hispanoamérica colonial*, en la revista electrónica “Surandino Monográfico”, segunda sección de “PROHAL Monográfico” (Programa de Historia de América Latina del Instituto de Historia Argentina y Americana: <http://institutos.filo.uba.ar/ravignani>), 1-2, 2001, ensayo bibliográfico cuarto, pp. 1-2: “Los más destacados propulsores de dicha regeneración sean tal vez, para el caso europeo, Pietro Costa, Paolo Grossi, Antonio Hespanha, Bartolomé Clavero, Jesús Vallejo, Carlos Garriga, etc.”, con referencia de publicaciones, respectivamente, a *Iurisdictio*, *Orden jurídico medieval*, *Cultura jurídica europea*, *Antidora*, *Dura equidad*, *ley consumada*, y *Audiencias y Chancillerías castellanas*. Cuando así se nos agrupa, se dan variantes por supuesto, siendo Grossi el referente más constante y figurando por lo usual Hespanha y yo emparejados en segunda fila. Jaime DEL ARENAL FENOCHIO, *De Altamira a Grossi: Presencia de historiadores extranjeros del derecho en México*, en “Historia Mexicana”, 55-4, 2006, pp. 1467-1495, nos incluye (p. 1490-1491) bajo el epígrafe *Grossi y la influencia renovadora italiana*. A veces puede verse que el orden es el alfabético: “Clavero desde el indigenismo, Grossi con la globalización, Hespanha con su Caleidoscopio” tratamos de escapar a aquella agonía de la historia del derecho que Caroni nos decía; así lo ve José Ramón NARVÁEZ H., *Historia del Derecho en México: Historia del desarrollo de un instinto de supervivencia*, en “Forum Historiae Iuris. Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte”, sección *Debatte*, proyecto *Nuovomondo: paradigmas, tendencias y relevancia de la historiografía jurídica latinoamericana*, dirigido por Massimo Meccarelli, Manuel Martínez Neira y Thomas Duve, 2008; cita, p. 3. En el mismo proyecto *Nuovomondo*, para Massimo MECCARELLI, *La storia del diritto in America Latina e il punto de vista europeo. Prospettive metodologiche di un dialogo storiografico*, el listado comprende a “Paolo Grossi, António Manuel Hespanha, Bartolomé Clavero (y) Francisco Tomás y Valiente”; cita, par. 19.

⁽¹⁴³⁾ Una reflexión que viene a cuento se encuentra, tras su recorrido de paralelas en plural, entre las conclusiones de J. VALLEJO, *Paratonía de la historia jurídica*, p. 140: “El historiador [del derecho], que juega con el tiempo, no puede ser ajeno al suyo propio, que como jurista contribuye a construir” o a deconstruir, aludiendo acto seguido a la carencia de máquina del tiempo para viajar al pasado y poder permanecer allí como

doble y a veces incurablemente esquizofrénico, el real del presente y el sólo virtual, por muy real que llegue a creerse, del pasado. En rigor, no hay más tiempo que el presente.

A nuestros efectos, los de la obra de Hespanha y de la mía, no creo que la historia del derecho « menos característica » *do Antigo Regime* oriente más allá de lo que sensibiliza ni siquiera para aquella que le es consecutiva, la constitucional ⁽¹⁴⁴⁾. No miran hacia un futuro, presente nuestro, los horizontes que nos abre. Nuestra atalaya no domina vistas algunas de presente. Nuestra especialidad de historia preconstitucional, aun a la contra, no nos dota de

razón palmaria por la cual, aunque pretenda a menudo otra cosa, la historia, toda historia, cuanto más la historia del derecho, nunca se bastará como historia y siempre tendrá responsabilidades de presente. Puede que parezca banal la elucubración sobre la máquina del tiempo, pero es tema de conversación ocasional, nada en broma, entre Vallejo y yo, a propósito por ejemplo de *The Past is a Foreign Country* (1985) de David Lowenthal o de *Cleopatra's Nose* (1994) de Daniel Boorstin (reseña suya de la edición española en "Revista de Libros", 3, 1997, p. 9). La expresión tan elocuente *El pasado es un país extraño* no tiene procedencia historiográfica, sino literaria. Constituye la primera frase de la novela de L.P. Hartley *The Go-Between* (1953: "The past is a foreign country: they do things differently there") que Joseph Losey y Harold Pinter llevaron a la pantalla (1970). Y sabido es que *The Time Machine* es título de H.G. Wells, novela suya de 1895 que ha tenido variadas versiones cinematográficas, entre ellas la de George Pal (1960), televisivas, radiofónicas y en comic, como la de Alex Niño (1979). De no tenerse alguno de estos entretenimientos a mano para un respiro entre tal densidad de referencias, en Internet a golpe de tecla, si se busca, se encuentra J. VALLEJO, *Ejemplo de catalogador riguroso*, en "Penélope. Revista de História e Ciências Sociais", 25, 2001, pp. 171-174.

⁽¹⁴⁴⁾ No parece que esté pensando en las respectivas obras de historia preconstitucional del derecho M. MECCARELLI, *La storia del diritto in America Latina e il punto de vista europeo*, cuando al agruparnos a Grossi, Tomás y Valiente, Hespanha y a mí añade: "I loro modelli euristici (sulla storicità del diritto, sui nessi diritto-società, diritto-potere politico, sul pluralismo giuridico, sul ruolo di mediazione della scienza giuridica, ecc.) nel panorama latino-americano, diventano strumenti per riscoprire dimensioni del giuridico trascurate, che sono oggi emergenti e permettono di affrontare i problemi attuali con uno strumentario aggiornato". Hoy, a finales de 2011, recibo una consulta sobre la elección de un escrito no extenso de Tomás y Valiente para una edición conmemorativa; recomiendo *In dubio pro reo. Apreciación de la prueba y presunción de inocencia* (1987, en *Obras Completas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, vol. III, pp. 2205-2225), un ejemplo de historia del derecho que desemboca en el constitucionalismo contribuyendo a ese *strumentario aggiornato* para *affrontare i problemi attuali*. A mi entender de parte, Meccarelli ha caracterizado bien lo que hay de común en nuestras aportaciones de interés para el derecho mediante su historia.

perspicacia especial como ciudadanos. No diría lo mismo sobre historia constitucional si presentare de hecho entidad propia y así autónoma respecto al derecho que recurre al propio pasado para legitimar o encubrir límites y hándicaps de constitucionalismos imperantes o de inconstitucionalismos rampantes, algo por igual propio, como la raíz acusa, de tiempos constitucionales ⁽¹⁴⁵⁾.

En todo caso, la otra historia del derecho, la historia del derecho realmente existente, la historia que sigue satisfaciendo una función práctica de índole como mínimo legitimadora del orden establecido sin mayor discernimiento ⁽¹⁴⁶⁾, persevera rindiendo

⁽¹⁴⁵⁾ B. CLAVERO, *Why American Constitutional History is not written*, en estos “Quaderni Fiorentini”, 36, 2007, pp. 1445-1547; puede añadirse la segunda parte de *El Orden de los Poderes* no impresa en el libro, que ya he citado sin identificarla: www.derecho.us.es/clavero/orden_poderes.pdf. La cuestión igual la replicaría, con respuestas que habrían de ser por supuesto *locales*, para Portugal o, *pace* HICOES, para España, aunque ya nos conste que un interrogante en términos tan negativos le parece a Hespanha “demasiado partidário e cru”. Añade más con cierta ironía en el mismo lugar (“Historia Crítica”, 36, 2008, p. 228). En casos como los de Portugal y España, donde la historiografía constitucional ha sufrido severamente la hipoteca dictatorial, deberíamos aplicar “aquele espírito pacificador das Comissões de Justiça e Paz”, de unas comisiones de esclarecimiento y reconciliación que ni en Portugal ni en España se han dado tras las respectivas dictaduras. Al final, confieso que, movido por la continuidad entre tiempos de Hespanha, me he introducido en problemática del Leviatán constitucional más de lo que tenía previsto. Al lector o lectora de esta segunda *Gracia del Derecho* también se dirige la invitación ya citada de Hespanha en su sitio: “Sirvo-me desta página para trocar opiniões e disponibilizar materiais nas áreas da história, da história do direito e da teoria do direito”. En su pestaña de *Textos seleccionados* se encuentran enlaces a *Les autres raisons de la politique*, *A senda amorosa do direito*, *Porque é que existe y em que e que consiste um direito colonial brasileiro* y *Direito luso-brasileiro no Antigo Regime*, entre otros. Mientras que la página de Hespanha no haga el enlace, a *Depois do Leviathan* puede accederse a través del sitio citado del “Almanack Braziliense”. En apéndice registro más direcciones electrónicas.

⁽¹⁴⁶⁾ A.M. HESPANHA, *Legal History and Legal Education*, en “Rechtsgeschichte. Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte”, 4, 2004, pp. 41-56; pp. 41-45: *History of Law as a legitimating discourse*. Es el último punto sobre el que platicamos en A.M. HESPANHA, *Diálogo: Bartolomé Clavero*, por unos tiempos en los que no acabábamos todavía de sentirnos completamente liberados del encuadramiento nacional, en el sentido de retrospectivamente estatal, de la historia del derecho. A finales de los ochenta, Hespanha se incorporaba como historiador, sin el posesivo de derecho, al Instituto de Ciências Sociais de la Universidade de Lisboa y yo tomaba la decisión de no ocuparme más de docencia de historia del derecho con referencia curricular a España. Es otro paralelismo.

sus servicios solapados a Estados y a Europas, a la Europa de casa y a las Europas de la diáspora, a todas a un tiempo en la multitud de sus direcciones sin conciencia a menudo del alcance de la propia incidencia. Así todavía concurre al encubrimiento, a esto como mínimo, de agentes pertinaces en trasplantes inequitativos. Presa de colonialismo todavía, a tal historia no escapa ni el derecho internacional ⁽¹⁴⁷⁾.

Si hay un tándem de vidas paralelas con responsabilidades en común como resultas de la confluencia de parte crucial de nuestro trabajo por separado, dudo que haya sabido librarse por completo ni en la mejor dirección siempre, pero no puede decirse que estemos cejando en el empeño. Nuestras obras no están fósiles todavía. Viven y coleán. Ya que hablo como si fuéramos un dúo dinámico y ya que estoy comenzando la despedida de este largo homenaje, permítaseme expresar mi satisfacción no sólo profesional, sino incluso sencillamente humana, por la relación que contraí de joven y mantengo de adulto con António Manuel Hespanha ⁽¹⁴⁸⁾.

En el terreno de las relaciones personales el acuerdo puede que resulte pleno. La economía de la gracia generada por el encadenamiento de detalles, la antidora desinteresada en suma, cabe por fortuna que siga viva en nuestros días ⁽¹⁴⁹⁾. Desde este punto de vista

⁽¹⁴⁷⁾ Puedo remitirme ahora a *¿Globalización del Constitucionalismo? Transnacionalidad de empresas entre poderes y derechos por tiempos postcoloniales (1946-2011)*, en esta misma entrega, 41, 2012, de los “Quaderni Fiorentini”.

⁽¹⁴⁸⁾ Con las debidas distancias respecto a personajes mediáticos, se me antoja otro paralelismo, éste entre tándems, el que guardaríamos con Gabriel García Márquez y Mario Vargas Llosa por su reconocimiento y apoyo mutuos desde un inicio hasta que la relación naufragó por los celos y la violencia del segundo contra el primero, magnificando encima Vargas Llosa desacuerdos como coartada de la ruptura (G. MARTIN, *Gabriel García Márquez*, pp. 395, 401-402 y 435-436; para indicios de premeditación, Freddy MOLINA CASUSOL, *Vargas Llosa y García Márquez: Memoria y ruptura*, en la revista “Domingo” del diario “La República”, Lima, 16-VIII-2009, pp. 20-22). A estas alturas de la vida, experiencias similares en carne propia, violencia aparte, te hacen estimar al máximo la lealtad correspondida, esto es antidoral.

⁽¹⁴⁹⁾ Hay advertencias incluso para el ámbito de la economía: Ahmet INSEL, *La part du don. Esquisse d'une estimation quantitative*, en MAUSS, *Mouvement Anti-Utilitariste dans les Sciences Sociales, Ce que donner veut dire. Don e intérêt*, París, La Découverte, 1993, pp. 221-234; Gilbert RIST, *The History of Development from Western Origins to Global Faith*, Nueva Delhi, Academic Foundation, 2009, p. 206.

nada desdeñable, es ciertamente una pérdida que ya no sea un elemento constitutivo del ordenamiento social ⁽¹⁵⁰⁾. En el nuevo orden de cosas, de intentar la gracia interferirse y ser entonces interesada, se degrada en venalidad y corrupción o se presume que tal es sin remedio el caso. Venalidad y corrupción es la gracia en la historia para la historiografía anacrónica, la historia presa de presente ⁽¹⁵¹⁾. *Quo vadis?*

8. *Heautontimorumenos* sumarísimo.

Comencé entre dudas y concluyo con más dudas. A más ha ido todo en estas páginas desorbitadas. Las inicié calculando que serían breves y de argumento lineal con órbita de tres solas estaciones: encuentro en Nápoles, revelación de la gracia en la historia y problemática de su extensión como patrón europeo a las diásporas coloniales por parte ahora de la historiografía. Ya se sabe, por lo

⁽¹⁵⁰⁾ *¿Amicus Plato et amica quoque veritas?* No exactamente, pues hasta los paralelismos han de tener un límite y puesto que con la verdad en singular y en exclusiva no cabe que se encuentre nadie por mucho que haya quienes rastreen su fantasma, ahora incluso me temo que entre estas páginas, para hacerle su cómplice. La inexistencia de la verdad a secas entre los saberes sociales bien le consta por propia experiencia, aparte teorías, a A.M. HESPANHA, *Depois do Leviathan*, pp. 11-12: “Sendo certo que cada dia encontrava pequenos indícios de que não dissera disparates enormes, também tinha a certeza de que a ‘realidade histórica’ era muito facetada e complexa; mas que o era ainda mais o que os historiadores, falando cada um a partir de sensibilidades particulares e lugares culturais e institucionais diferentes, contavam acerca dela”. *De nobis fabula narratur*.

⁽¹⁵¹⁾ Lawrence LESSING, *Republic, Lost: How Money Corrupts Congress —An a Plan to Stop It*, Nueva York, Hachette, 2011, pp. 107-124, sobre la *gift economy* en la política estadounidense. No me resisto a registrar la obra clásica de base canónica que ha dado pie a la reducción de la gracia a episodio histórico de la corrupción social: John T. NOONAN, Jr., *Bribes*, Nueva York, Macmillan, 1984, o, mejor, la inefable traducción del título en la edición italiana: *Ungere le ruote. Storia della corruzione politica dal 3000 a.C. alla Rivoluzione francese*, Milán, SugarCo, 1987. Para ulteriores referencias, puedo remitir al capítulo primero de *Antidora*, que es de revisión historiográfica y que además interesa al juicio sumarísimo del *heautontimorumenos* que ahora sigue y con el que por fin concluyo. Respecto a una vuelta de vista política a la *economía moral* del pasado (E.P. THOMPSON, *La economía moral de la multitud en la Inglaterra del XVIII*), Bryce EVANS, ‘Responsible Capitalism’: A return to ‘moral economy’ in England?, en el boletín electrónico “History and Policy. Conneting Historians, Policy Makers and the Media”, 2012 (www.historyandpolicy.org/opinion/opinion_89.html).

leído, de la concatenación que guardan esos elementos entre los trabajos y los días de Hespanha y míos. Desde el principio sabía que viajar desde Nápoles hasta Brasil pasando por la Península Ibérica, el único periplo diseñado de antemano, implicaba recorrer el trayecto entre un encuentro y un desencuentro, aparentemente tan absoluto el uno como relativo el otro. Conforme avanzaba fui adquiriendo constancia de hasta qué punto no hay encuentros tan absolutos ni desencuentros tan relativos. Hay encuentros y desencuentros. Y puede haber desencuentros intelectuales que sean encuentros personales especialmente si de éstos es de donde se parte. Lo que no se da en tal caso es diferencia de fondo entre lo uno y lo otro, entre el encuentro y el desencuentro. Todo entonces puede ser encuentro.

Abordé este trabajo pensando que iba a rendir un homenaje enteramente desprendido a António Hespanha regalándole el tiempo y el desvelo de concebirlas y darles cuerpo con el motivo de su jubilación oficial. A medida que avanzaba, me fui interesando más allá, bastante más allá, de la ofrenda del regalo. Mi homenaje comenzaba a ser interesado en el sentido de que mi interés se estimulaba por cuanto que el avance del encuentro al desencuentro me iba progresivamente involucrando. Ya sabía desde el comienzo que mi obra habría de comparecer junto a la de Hespanha, pero no había calculado que, en el momento de acercarnos al desencuentro, éste iba a producirse no sólo con él, sino también conmigo. He ahí otra vertiente de ese descubrimiento de que el desencuentro intelectual puede ser encuentro personal, tan personal como del autor consigo mismo. Como éste al final se encuentra es en mejores condiciones para la autocrítica que para la crítica. El experimento fallido de la invención de Plutón acaba afectando no sólo a la *Gracia del Derecho* o a la *Política Perdida* de Hespanha, sino también y más, distanciándome al cabo, a la *Antidora* o al *Beati Dictum* de Clavero.

Ambos habíamos descubierto un planeta, el mismo astro, por medio tan sólo de indicios sin posibilidad alguna de verificación del hallazgo por muchas ilusiones que hayamos podido abrigar. El problema con Plutón no sólo fue que, antes de avistársele, se hicieran mal las inferencias a partir de la detección de efectos gravitatorios entre astros conocidos y astros adivinables, sino también que se ignoraran todavía la existencia y el rastro de otros

cuerpos orbitando por la zona y, sobre todo, que no se sospecharan la posibilidad y el alcance de la propia ignorancia. El problema de la historia radica en que el *todavía* es permanente. Siempre faltan cuerpos, los de tantos testimonios perdidos y tantísimos que ni siquiera se materializaron, y nunca podremos saber ni cuántos ni cuáles. Y los que se han conservado no gravitan por sí solos, sino por la fuerza que nosotros le imprimimos. En estas condiciones, ¿cómo podemos tener una mínima seguridad de que *Gracia del Derecho*, *Antidora* y la constelación de sus satélites tienen peso propio? Pueden tenerlo relativo, no lo dudo, por contraste con congéneres más insustanciales cuya verosimilitud actual es directamente proporcional a su anacronismo. ¿Qué valor tiene la crítica fundada en esas otras posiciones? Mejor sea la autocrítica. El episodio Laura de Mello e Souza versus António Hespanha ha deparado la lección.

Si hay algo de lo que me sentía seguro y hasta orgulloso respecto a toda la obra que he realizado como historiador del derecho era sobre la consistencia y el valor de mi *Antropología católica de la economía moderna*. Consistente pensaba que resultaba *Antidora* por basarse en la reconstrucción directa mediante lectura que llamé ingenua de los testimonios de época sin la mediación anacrónica de la historiografía establecida. Su primera parte se ocupa de la depuración, descalificando prácticamente todo el cuerpo de trabajo precedente sobre economía y sociedad de la Europa católica en la edad altomoderna. Ahora creo que la descalificación alcanza a nuestra obra confluyente, la de Hespanha y la mía, sobre la economía de la gracia como clave de una sociedad. ¿Basta el testimonio de gentes como un molinero friulano del siglo XVI para desbaratar nuestro montaje de teología y derecho? Ciertamente es que, por mucho cuidado que hubiéramos puesto, lo que no siempre había sido el caso, se prestaba a confusión. El episodio Julius Kirshner versus Hespanha y Clavero lo puso de relieve, pero el valor en todo caso se le reconocía. Me temo que en exceso. En cuanto respecta a *Antidora*, si alguno sustantivo conserva, puede que no sea el historiográfico, sino el contrario, el de demolición de historiografía. También encierra un valor adjetivo, el que con mayor o menor acierto, se balbucea en su epílogo con título conmemorativo de un

estudio clásico sobre economía judeocristiana: *The other and the brother*, los ajenos y los prójimos ⁽¹⁵²⁾.

El valor adjetivo miraba hacia el presente. *El pasado es un país extraño* y precisamente por ello puede ayudar a sensibilizarnos respecto a los *países extraños* entre sí de hoy en día. El conocimiento incluso inconsistente del pasado, si sirve para cobrar conciencia de las distancias entre tiempos, puede también prepararnos para el reconocimiento y el respeto de las diferencias de presente entre *the other and the brother*, entre ajenos y prójimos, en el seno de una misma humanidad, misma en cuanto que tal ayer como hoy, pero, ayer como hoy, con una complejidad constitutiva mediando siempre la identidad humana en común. Lo usual es que la historiografía busque la identificación sin más, consciente o inconscientemente, con el pasado, bien por vía de anteposición del Estado o equivalente como sujeto de historia, bien de alguna otra forma que proyecte la propia antropología parcial, cuando lo que necesitamos para el tiempo presente, para nuestro espacio en la humanidad, es exactamente lo contrario. Lo que precisamos es la constancia del extrañamiento para la mediación de la identidad y el planteamiento de la convivencia. La perversidad de la historiografía dominante no reside tanto en que sea anacrónica, sino en que contribuye con su anacronismo a la ignorancia y al desprecio de la ajeneidad y la identidad en el seno de la humanidad. Ahí es donde, como profesionales de la historiografía, debemos extremar nuestro cuidado.

Puesto que la historiografía como tal, como supuesta ciencia con acceso al pasado, como presunta dueña de métodos capaces de dar presencia a gentes y sociedades fenecidas, no tiene a su alcance

⁽¹⁵²⁾ Son referencias ya registradas. El clásico es Benjamin NELSON, *The Idea of Usury: From Tribal Brotherhood to Universal Otherhood* (1949), el molinero friulano, Domenico Scandella, apodado Menocchio: C. GINZBURG, *Il formaggio e i vermi* (1976); Andrea Del Col (ed.), *Domenico Scandella detto Menocchio. I processi dell'Inquisizione, 1583-1599*, Pordenone, Biblioteca dell'Immagine, 1990; mismo ed., *L'Inquisizione in Friuli. Mostra Storica*, Trieste, Università di Trieste, 2000, con Menocchio como figura principal de la exposición. Facebook ofrece ahora comunicación, previo registro, con Domenico Scandella "Menocchio", que no he intentado. El episodio Kirshner es el de sus reseñas en "Journal of Modern History"; el caso Mello e Souza, el de la crítica contenida en *O sol e a sombra* con la respuesta de Hespanha en *Depois do Leviathan*. Otros episodios o casos los veo menos significativos.

la posibilidad de dejar de ser inconsistente, quizás entonces su valor, y muy en especial el valor de la historia del derecho, sólo corresponda justamente medirse, para lo bueno o para lo malo, en relación con un presente por definición efímero si no consigue a su vez proyectarse hacia un futuro. La historiografía por lo común lo intenta sin franquear o ni incluso confesarse su designio. No la hay que no mire, aunque sea de soslayo, a más tiempos que al pasado. A fuerza de no reconocerlo, la historiografía se ha acomodado en un estado de estrabismo crónico con la coartada además de atribuírsele como rasgo privativo a la historia del derecho.

Como nos preguntaría, con su visceral descaro e impenitente desencanto, Geneva Crenshaw, « ¿pero hay historia sin hipoteca? ». Habiéndose hecho con el uso de la palabra, aprovecharía para rematar con un severo reproche: « Sois, seguís siendo, no sabéis dejar de ser gentes de derecho al fin y al cabo » ⁽¹⁵³⁾. Así es también para lo bueno.

OBRA DE ANTÓNIO M. HESPANHA MANEJADA (*):

- *A história do direito na história social*, Lisboa, Horizonte, 1978.
- *L'histoire juridique et les aspects politico-juridiques du droit (Portugal, 1900-1950)*, en « Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno » (www.centropgm.unifi.it/quaderni/indici.htm), 10, 1981, pp. 423-447.
- *História das Instituições. Época medieval e moderna*, Coimbra, Almedina, 1982 (es.scribd.com/doc/53273656/HESPANHA-Antonio-Manuel-Historia-das-instituicoes-epoca-medieval-e-moderna-2).
- *L'espace politique dans l'Ancien Régime*, en *Estudos em homenagem aos Profs. M. Paulo Merêa e G. Braga da Cruz*, Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito », 1982, vol. II, pp. 455-510.

⁽¹⁵³⁾ www.derecho.us.es/clavero/orden_poderes.pdf citado (mi *beautontimorumenos* más a fondo, éste sobre historia constitucional), pp. 23 y 33, permitiéndome parafrasear sus palabras.

(*) Se registran direcciones de Internet cuando conducen a textos íntegros así como sitios de revistas también solamente cuando ofrecen acceso libre a la integridad de los artículos en cuestión. Cuando se tiene entrada por esta segunda vía, no se especifica la primera. Información de ediciones distintas a las de este registro y sobre relación entre escritos se brinda en notas. Este apartado final también lo entiendo como remisión de la última palabra a Hespanha tras mi *Heautontimorumenos*.

- *Savants et rustiques. La violence douce de la raison juridique*, en *Ius Commune* (www.rg.mpg.de/en/publikationen/ius_commune), 10, 1983, pp. 1-48.
- *Para uma teoria da história institucional do Antigo Regime*, en A.M. Hespanha (ed.), *Poder e instituições na Europa do Antigo Regime. Colectânea de textos*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, pp. 7-89.
- *Représentation dogmatique et projets de pouvoir. Les outils conceptuels des juristes du ius commune dans le domaine de l'administration*, en Erik Volkmar Heyen (ed.), *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime. Europäische Ansichten*, Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann, 1984, pp. 1-28.
- *Centro e periferia nas estruturas administrativas do Antigo Regime*, en *Ler História*, 8, 1986, pp. 35-60.
- *A historiografia jurídico-institucional e a 'morte do estado'*, en « Anuario de Filosofía del Derecho », Nueva Época, 3, 1986, pp. 191-227.
- *Discours juridique et changement politique: l'exemple de la révolution portugaise de 1774*, en Erk Volkmar Heyen (ed.), *Historische Soziologie der Rechtswissenschaft*, Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann, 1986, pp. 107-131 (<https://sites.google.com/site/antoniomanuelhespanha/home/textos-selecionados>).
- *Da 'iustitia' à 'disciplina'. Textos, poder e política penal no Antigo Regime*, en « Anuario de Historia del Derecho Español », 57, 1987, pp. 493-578.
- *A administração e o direito não oficiais no sistema político do Antigo Regime*, en « Anuario de Historia del Derecho Español », 57, 1987, pp. 737-758.
- *Notas a John Gilissen, Introdução histórica ao direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- *Diálogo: Bartolomé Clavero*, en « Penélope. Fazer e Desfazer a História » (www.penelope.ics.ul.pt), 2, 1989, pp. 102-109.
- *La revolución y los mecanismos del poder*, Carlos Petit (ed.), *Derecho privado y revolución burguesa*, Madrid, Marcial Pons, 1989, pp. 15-52.
- *Editorial de « Penélope. Fazer e Desfazer a História »* (www.penelope.ics.ul.pt), 2, 1989, pp. 5-7.
- *Recensão de Diogo Ramada Curto, O discurso Político em Portugal, 1600-1640*, en « Penélope. Fazer e desfazer a história » (www.penelope.ics.ul.pt), 2, 1989, pp. 174-179.
- *Vísperas del Leviatán. Instituciones y poder político (Portugal, siglo XVII)*, Madrid, Taurus, 1989.
- *Conversación con B. Clavero*, Nápoles, 1990 (memoria del autor).
- *De la 'iustitia' a la disciplina*, en Francisco Tomás y Valiente y otros, *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, Alianza, 1990, pp. 175-186.
- *Justiça e administração entre o Antigo Regime e a Revolução*, em B. Clavero, P. Grossi y F. Tomás y Valiente (eds.), *Hispania entre derechos propios y derechos nacionales*, Milán, Giuffrè, 1990, vol. I, pp. 135-204 (www.centropgm.unifi.it/biblioteca/34/0135.pdf).
- *Le projet de Code pénal portugais de 1786. Un essai d'analyse structurelle*, en Luigi Berlinguer (ed.), *La 'Leopoldina'. Criminalità e giustizia criminale nelle riforme del '700 europeo*, vol. XI, Milán, Giuffrè, 1990, pp. 387-447.
- *Heautontimorumenos*, en « Scienza e Politica per una storia delle dottrine », 5, 1991, pp. 105-109 (didattica.spbo.unibo.it/bologna/dipartim/dist/S/index.php/scipol/article/view/93/93).
- *L'étude prosopographique des juristes: entre les « pratiques » et les « représentations »*, en Johannes-Michael Scholz (ed.), *El Tercer Poder. Hacia una*

- comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*, Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann, 1992, pp. 93-101.
- *O poder, o direito e a justiça numa era de perplexidades*, en « Administração » (Administração Pública de Macau), 15, pp. 7-19 (www.safp.gov.mo/safptc).
 - *Storia delle istituzioni politiche*, Jaca Book, 1993.
 - (con Ana Cristina Nogueira da Silva), *A identidade portuguesa*, en José Mattoso (ed.), *História de Portugal*, vol. IV (ed. A.M.Hespanha), *O Antigo Regime, 1620-1807*, Lisboa, Círculo dos Leitores, 1993, pp. 19-37.
 - *La Gracia del Derecho. Economía de la cultura en la edad moderna*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
 - (con Catarina Madeira Santos), *Le forme di potere di un impero oceanico*, en Renzo Zorzi (ed.), *L'epopea delle scoperte*, Florencia, Leo S. Olschki, 1994, pp. 449-478.
 - *Las categorías del político y de lo jurídico en la época moderna*, en « Ius Fugit. Revista Interdisciplinar de Estudios Histórico-Jurídicos », 3-4, 1994-1995, pp. 63-100.
 - *Panorama da história institucional e jurídica de Macau*, Macao, Fundação Macau, 1995.
 - *Nação e nações nos confins do Império. Os não europeus perante o direito colonial português no século XIX*, en F. Tomás y Valiente y otros, *De la Ilustración al Liberalismo. Symposium en Honor Del Profesor Paolo Grossi*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pp. 351-395.
 - *Les autres raisons de la politique. L'économie de la grâce*, en Pierangelo Schiera (ed.), *Ragion di Stato e Ragioni dello Stato, secoli XV-XVII*, Nápoles, Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, 1996, pp. 38-67 (<https://sites.google.com/site/antoniomanuelhespanha/home/textos-seleccionados>).
 - *Cálculo financiero y cultura contable en el Antiguo Régimen*, en C. Petit (ed.), *Del ius mercatorum al derecho mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 91-108.
 - *O que Tomás fez por nós*, en « Anuario de Historia del Derecho Español », 67, 1997, pp. 35-39.
 - *La senda amorosa del derecho. Amor y iustitia en el discurso jurídico moderno*, en C. Petit (ed.), *Pasiones del jurista. Amor, memoria, melancolía, imaginación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 23-74 (en portugués: <https://sites.google.com/site/antoniomanuelhespanha/home/textos-seleccionados>).
 - *O debate acerca do Estado Moderno*, en « Working Papers », Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 1/99, 1999 (www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/EstadModern.pdf).
 - *Os juristas como couteiros. A ordem na Europa ocidental dos inícios da idade moderna*, en « Análise Social » (analisesocial.ics.ul.pt), 161, 2001, pp. 1183-1208.
 - *Early Modern Law and the Anthropological Imagination of Old European Culture*, en John A. Marino (ed.), *Early Modern History and Social Sciences: Testing the Limits of Braudel's Mediterranean*, Kirksville, Truman State University, 2001, pp. 191-204 (<https://sites.google.com/site/antoniomanuelhespanha/home/textos-seleccionados>).
 - *Luis de Molina e a escravização dos negros*, en « Análise Social » (analisesocial.ics.ul.pt), 157, 2001, pp. 937-960.
 - *A constituição do Império português. Revisão de alguns enviesamentos correntes*, en João Fragoso, Maria Fernanda Bicalho y Maria de Fátima Gouvêa (eds.),

- O Antigo Regime nos Trópicos. A dinâmica imperial portuguesa, séculos XVI-XVIII*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2001, pp. 163-188 (<https://sites.google.com/site/antoniomanuelhespanha/home/textos-selecionados>).
- *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*, Madrid, Tecnos, 2002.
- *Os modelos jurídicos do liberalismo, do fascismo e do Estado social. Continuidades e rupturas*, en « Análise Social » (analisesocial.ics.ul.pt), 165, 2002, pp. 1285-1302.
- *Pequenas repúblicas, grandes Estados. Problemas de organização política entre Antigo Regime e Liberalismo*, en István Jancsó (ed.), *Brasil. Formação do Estado e da Nação*, São Paulo, Hucitec, 2003, pp. 93-109.
- *Categorias. Uma reflexão sobre a prática de classificar*, en « Análise Social » (analisesocial.ics.ul.pt), 168, 2003, pp. 823-840.
- *Legal History and Legal Education*, en « Rechtsgeschichte. Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte » (www.rg-rechtsgeschichte.de), 4, 2004, pp. 41-56.
- *Guiando a mão invisível. Direitos, Estado e Lei no liberalismo monárquico português*, Coimbra, Almedida, 2004.
- *Le Droit et la domination coloniale européenne. Le cas de l'Empire oriental portugais*, en Juan Carlos Garavaglia y Jean-Frédéric Schaub (eds.), *Lois, justice, coutume. Amérique et Europe latines (16e-19e siècle)*, Paris, 2005, pp. 203-226.
- *As fronteiras do poder. O mundo dos rústicos*, en « Sequência » (www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia), 51, 2005, pp. 47-105.
- *Direito Comum e Direito Colonial*, en « Panóptica » (www.panoptica.org), 3, 2006, pp. 95-116.
- *O direito dos letrados no Império português*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2006 (<https://sites.google.com/site/antoniomanuelhespanha/home/textos-selecionados: Direito luso-brasileiro no Antigo Régime>).
- *The everlasting return of orality*, en Dag Michalsen (ed.), *Reading Past Legal Texts*, Oslo, Unipax, 2006, pp. 25-56 (<https://sites.google.com/site/antoniomanuelhespanha/home/textos-selecionados>).
- *A mobilidade social na sociedade do Antigo Regime*, en *Tempo* (www.historia.uff.br/tempo/site), 21, 2006, pp. 133-143.
- *Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro* en « Quaderni Fiorentini per la Storia Del Pensiero Giuridico Moderno » (www.centropgm.unifi.it/quaderni/indici.htm), 35, 2006, pp. 59-81.
- *Auto-biografia*, en « Jornal de Letras, Artes e Ideias », marzo 2007 (facilitada por el autobiógrafo).
- *A Note on Two Recent Books on the Patterns of Portuguese Politics in the 18th Century*, en « e-journal of Portuguese History » (www.brown.edu/Departments/Portuguese_Brazilian_Studies/ejpb), 5-2, 2007.
- *Form and content in early modern legal books*, en « Rechtsgeschichte. Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte » (www.rg-rechtsgeschichte.de), 12, 2007, pp. 12-50.
- *Depois do Leviathan*, en « Almanack Braziliense » (www.almanack.usp.br), 5, 2007, pp. 55-66.
- *O Caleidoscópio do Direito. O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*, Lisboa, Almedida, 2007.
- *Que espaço deixa ao direito uma ética da pós-modernidade?*, en « Themis. Revista de Direito », 14, 2007, pp. 57-76.

- *Jurists as Gamekeepers*, en « Acta Histriae » (193.2.22.10/sl/Infrastrukturne+enote/Univerzitetna+zalo%C5%BEba+Annales/Znanstvene+revije/Revija+Acta+Histriae), 16-4, 2008, pp. 477-502.
- *Entrevista*, en « Prisma Jurídico » (www4.uninove.br/ojs/index.php/prisma), 7-1, 2008, pp. 17-23.
- editor (con Federico Fernández-Crehuet), *Franquismus und Salazarismus: Legitimation durch Diktatur*, Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann, 2008.
- *Direito moderno e intertextualidade. Direito próprio e direito comum em 'De Jure Lusitano' de Mateus Homem Leitão (1645)*, en « Revista de História das Ideias », 29, 2008, pp. 47-102.
- *O Caleidoscópio do Direito. O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje* (ed. ampliada), Lisboa, Almedina, 2009.
- *Hércules confundido. Sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista: o caso português*, Curitiba, Juruá, 2009.
- *A Política Perdida. Ordem e Governo antes da Modernidade*, Curitiba, Juruá, 2010.
- *Antigo regime nos trópicos? Um debate sobre o modelo político do Império colonial português*, en J. Fragoso y M.F. Gouvêa (eds.), *Na trama das redes. Política e negócio no Império português, séculos XVI-XVIII*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2010, pp. 43-94.
- *Imbecillitas. As bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades de Antigo Regime*, São Paulo, Annablume, 2010.
- *Estadualismo, pluralismo e neo-republicanismo. Perplexidades dos nossos dias*, en Antônio C. Wolkmer, Francisco Q. Veras Neto e Ivone M. Lixa (eds.), *Pluralismo jurídico. Os novos caminhos da contemporaneidade*, São Paulo, Saraiva, 2010, pp. 139-172.
- *Prefácio a Maria Filomena Coelho, A justiça d'além-mar. Lógicas jurídicas feudais em Pernambuco (século XVIII)*, Recife, Massangana, 2010 (www.mariafilomenacoelho.com/a-justica-dalem-mar-prefacio-de-antonio-manuel-hespanba).
- *El ocaso del Estado y los historiadores*, en IV Congreso Internacional Historia a Debate, 2010 (www.youtube.com/playlist?list=PL744B65B0D5ED28A3).
- *Crise, agora que o mundo caiu*, en « Jornal de Letras, Artes e Ideias », 1058, 2011 (aeiou.visao.pt/antonio-manuel-hespanba-crise-agora-que-o-mundo-caiu=f605748).
- *Caleidoscópio do Antigo Regime*, São Paulo, Alameda, 2011.
- (editor junto con Teresa Pizarro Bezeza), *Teoria da Argumentação e Neo-Constitucionalismo. Um conjunto de perspectivas*, Coimbra, Almedina, 2011.
- *Entrevista*, en « Análise Social » (analisesocial.ics.ul.pt), 200, 2011, pp. 430-445.
- *Correspondencia* con Bartolomé Clavero, 2011 (archivo del autor).
- *António Manuel Hespanha* online: <https://sites.google.com/site/antoniomanuelhespanha/bome>.

Lecture

THOMAS CASADEI, SAURO MATTARELLI (a cura di), *Il senso della Repubblica. Schiavitù*, Milano, FrancoAngeli, 2009.

Il volume ha, nel suo complesso, lo scopo di contestualizzare nella contemporaneità il fenomeno della schiavitù, liberandolo dalle maglie retoriche della storicizzazione che lo relegano ad un preciso orizzonte spazio-temporale: quello del passato e di luoghi geograficamente remoti rispetto all'Occidente. La prospettiva è quella di un superamento della schematizzazione storica in "schiavitù degli antichi" e "schiavitù dei moderni", ricorrente nella trattazione canonica e che sovente tende a celare le odierne pratiche schiavili. Al di là di ogni sua possibile temporalizzazione e localizzazione, infatti, il fenomeno della schiavitù si caratterizza per l'assunzione di un volto polimorfo nel corso del tempo, che ha a che fare con le differenti teorie di *legittimazione* che lo hanno supportato: è ripercorrendo tali teorizzazioni che è possibile ricostruirne la storia anche come storia dell'abile processo di occultamento della schiavitù quale *volto nascosto della libertà*. Entro quest'ottica ricorre, in vari contributi, il riferimento al sociologo inglese Kevin Bales, che nel suo *Disposable People: New Slavery in the Global Economy* (2000) ha avuto il grande merito di riportare la questione della schiavitù all'interno del nostro angolo visuale e dell'orizzonte temporale attuale.

Tramite un approccio multidisciplinare, le tre sezioni del testo ampliano la prospettiva proposta da Bales a partire da una disamina del fenomeno dal punto di vista giuridico e storico, ma anche quale questione etica e di memoria, nonché — e qui sta un tratto di particolare originalità del volume — come una questione *biopolitica*. Si apre così uno spazio di approfondimento sulle differenti forme di schiavitù nel suo rapporto con il colonialismo, con le operazioni di legittimazione retorico-politica, con il fenomeno delle migrazioni su scala internazionale, con gli assetti economici e le forme del lavoro in epoca globale.

Il « Focus », prima sezione del libro, si apre con una riflessione su un fattore determinante che emerge con frequenza all'analisi del fenomeno della schiavitù: quello di uno scollamento tra il piano della *realtà* e quello della *rappresentazione*, a partire proprio dal livello formale della legislazione. Un'indagine sulle problematiche presentate dalla Legge Taubiria, varata in Francia nel 2004, di Costanza Margiotta (*La schiavitù tra diritto, memoria e ricerca storica: il caso francese*: pp. 23-31)

individua, nella divaricazione tra il piano normativo — sul quale si tenta di predisporre una realtà di messa al bando della schiavitù tramite una ricostruzione della memoria sul passato schiavista della Francia — e quello del reale concreto di persistenza del fenomeno grazie a una sua riformulazione in termini contemporanei, i nodi di un meccanismo di costruzione della verità storica che tende a imporre un elemento di memoria giuridicamente coercitivo sulla schiavitù, contribuendo, d'altra parte, a celarne gli aspetti attuali. Altro esempio significativo, entro questo percorso d'analisi critica sul piano storico e normativo-istituzionale, è quello della *mitologia* sorta intorno al colonialismo portoghese, basata su una presunta peculiarità e superiorità dello stesso rispetto al colonialismo e all'imperialismo classico europeo. Analizzata da Roberto Vecchi (*Escravidão. L'Atlantico Sud e il dibattito in area Lusofona*: pp. 33-44), essa si presenta come una fusione dell'ideologia coloniale portoghese con il « luso-tropicalismo »: un dispositivo retorico di legittimazione dell'impero, un'autoipoiesi che ha efficacemente contribuito a traghettare il Portogallo verso il “nuovo colonialismo”. Fabio Viti (*Schiavitù, dipendenza e lavoro in Africa*: pp. 45-65), nell'ottica di una ridefinizione semantica dei termini di « schiavitù » e « dipendenza personale » — esulando dalla quale non è possibile contribuire al superamento di un orizzonte schiavistico nella contemporaneità — approfondisce il *background* del contesto schiavista africano: un sistema di dipendenze plurali e intrecciate in cui vige un sentimento diffuso di accettazione del rapporto di subordinazione e ove l'inclusione sociale passa per situazioni pervasive di soggezione personale. La scomparsa virtuale della schiavitù, rispetto all'aspetto legale, in Africa come altrove, non si accompagna a una cancellazione del fenomeno, che continua ad essere persistente entro tutta una rete di rapporti malavitosi internazionali ma anche nella dimensione “domestica”, poiché funzionale all'assetto economico capitalistico post-moderno e post-fordista, dove il « lavoratore ideale è un soggetto provvisorio, invisibile e senza diritti, tutto il contrario di uno schiavo da mantenere a vita, compreso nei suoi periodi improduttivi » (p. 62). Soltanto considerando il carattere di *vulnerabilità strutturale* caratterizzante la condizione dello schiavo è possibile, come suggerisce Thomas Casadei (*Bioetica, diritto, politica: corpo e forme della schiavitù*: pp. 67-89), procedere nella direzione di un'indagine contemporanea sul fenomeno della schiavitù. In questo senso, la schiavitù, quale condizione che attraversa l'intero arco della vita, il tempo di lavoro e di riposo, le relazioni, la mobilità e che comporta una esclusione radicale dal corpo sociale — una sorta di « morte prolungata » — pone notevoli sfide allo statuto e ai fondamenti delle discipline della filosofia pratica (etica, diritto, politica), orientate verso un'inedita inchiesta sul *bios*.

La seconda sezione conduce la riflessione « nel solco della storia » con quattro contributi rispettivamente dedicati all'antichità, alla Francia del XIX secolo, al contesto statunitense e a quello coloniale.

Riccardo Caporali (*La schiavitù del mondo antico*: 93-110) mette a fuoco alcuni punti nodali relativi al significato retorico e politico assunto dal fenomeno della schiavitù a partire da una sua contestualizzazione nel mondo antico e da una disamina del percorso teorico di legittimazione della schiavitù. Maturata entro la società greca prima e in quella romana poi, la schiavitù degli antichi è stata ricondotta, rispettivamente, al legame *nomos/physis* e a quello *jus naturale/jus gentium*: imposta allo straniero, prevalentemente nemico, la schiavitù risulta funzionale al rafforzamento dell'identità e dei legami comunitari, nonché alla costruzione della stessa democrazia ateniese e all'ordine costituito della repubblica romana. Marcel Dorigny (*Anti-schiavismo e abolizionismo. Dibattiti e discussioni in Francia tra diciottesimo e diciannovesimo secolo*: pp. 111-132) ripercorre l'evoluzione del movimento antischiavista e abolizionista, concentrando l'attenzione su tre tappe caratterizzanti: quella iniziale relativa ad un'elaborazione teorica dell'unità e uguaglianza della specie umana — che nel XVIII secolo impone una svolta al pensiero filosofico-pratico mettendo per la prima volta in discussione l'istituto della schiavitù con la formulazione di una condanna giuridica, filosofica e politica del fenomeno nel contesto europeo — la quale va ad intrecciarsi con lo sviluppo di una nuova economia politica che ha condotto all'accrescimento della prosperità delle vecchie colonie e alla nascita di nuove (contrapponendo all'obsolescenza del lavoro servile nuove forme di lavoro salariato, diviso e meccanizzato); la seconda relativa allo studio di un'ipotesi insurrezionale, che costruisce un immaginario di rivolta degli schiavi; quella finale di organizzazione degli antischiavisti in associazioni dotate di progetti politici abolizionisti entro un movimento congiunto tra Inghilterra, Francia e Stati Uniti, nel quale però del tutto assente è il protagonismo delle esperienze ed esigenze dello schiavo stesso. Il contributo di Eric Foner (*Le tappe dimenticate verso la libertà*: pp. 137-135), che si sofferma su un episodio di oblio collettivo avvenuto di recente negli Stati Uniti d'America relativamente al mancato riconoscimento del ruolo del popolo African-American alla creazione della democrazia statunitense, ritorna sul ruolo della memoria come costruttrice di significazioni politico-storiche dal valore determinante per i rapporti di potere che si esprimono nell'attualità — come sottolinea Massimo Gelardi (*Politica della memoria e forma della comunità*: pp. 133-136) — e pertanto centrale per comprendere il nodo della schiavitù in America. Giuseppe Moscati (*Critica della Ragion Coloniale. L'opposizione allo schiavismo come orizzonte della colonizzazione*: pp. 147-160) al termine della sezione, mette in dialogo due opere/esistenze di narrazione critica del fenomeno coloniale, considerato come « prassi di barbarie e come barbarie di pensiero »: *In der Strasskolonie* (1914) di Franz Kafka e *Les damnés de la terre* (1961) di Frantz Fanon. In entrambe una messa a fuoco delle dinamiche coloniali di reificazione degli oppressi tramite l'uso di una radicale violenza fisica, psicologica e morale, conduce al rilevamento di una dinamica di

de-costruzione e ri-costruzione dell'identità dei popoli conquistati, alla base della reificazione stessa: quella dei colonizzati è un'alterità "fagocitata" dai discorsi coloniali e annullata nella ridefinizione di un'identità strutturalmente manchevole e bisognosa, che va a giustificare l'azione coloniale come azione di "intervento" civilizzatore. Si tratta di un'operazione di ristrutturazione radicale del profilo identitario dei popoli colonizzati con una sussunzione della loro cultura, della tradizione, dei territori e dei corpi e una risignificazione dell'intero sistema dei valori che li governa, soppiantando il sistema tradizionale con quello dei coloni.

La sezione « Teoriaprassi » con i contributi di Esteban J. Pérez Alonso (*La nuova schiavitù del XXI secolo: il traffico illegale di persone*: pp. 163-182) e Salvatore Fachile (*La riduzione in schiavitù e la tratta dei minori. Definizioni giuridiche e pericoli retorici*: pp. 183-193), muovendo da una serie di considerazioni analitiche sul fenomeno migratorio in epoca globale, nel suo ruolo determinante il nuovo assetto dei rapporti di forza tra generi, classi ed etnie e la nuova organizzazione del lavoro, si concentra sulla contemporaneità soffermandosi sugli aspetti giuridici dei diversi fenomeni della tratta di esseri umani e di riduzione in schiavitù. Si tratta di questioni che sono via via entrate nel dibattito politico e giuridico-istituzionale il quale, tacendo sugli elementi socio-economici sottesi alle forme di schiavitù contribuisce all'elaborazione di una molteplicità di retoriche sulla sicurezza che alimentano politiche di controllo e repressione. Uno dei contributi più significativi del volume, *Schiavitù domestica e mercificazione del lavoro di cura in epoca di globalizzazione* di Brunella Casalini (pp. 195-212), va a colmare ciò che spesso si configura come un vuoto di tematizzazione relativamente ai aspetti correlati al processo di globalizzazione economica e finanziaria, quello della *femminilizzazione* dei fenomeni migratori e del lavoro, contribuendo così con uno specifico punto di vista di genere alla trattazione della questione delle nuove schiavitù del XXI secolo. La costituzione in epoca globale di « nuovo ordine domestico mondiale », connessa all'avanzamento del processo di individualizzazione e l'arretramento dei sistemi di *welfare*, vede riemergere il fenomeno della servitù domestica, quale mercificazione del lavoro di cura legato all'incremento della migrazione femminile, come il segno di una « crisi delle risorse umane e culturali necessarie al funzionamento di tutte quelle attività che rientrano nella sfera della riproduzione sociale » (p. 196): è su questi processi che possono innestarsi anche vere e proprie pratiche schiavili.

È, infine, l'ultima sezione del volume, « Note e discussioni », a svolgere concretamente il tentativo di spingere in avanti la riflessione sul fenomeno della schiavitù andando ad indagare quelli che, spesso del tutto trascurati nelle analisi giuridiche e politiche del fenomeno, si configurano come presupposti imprescindibili per la realizzazione stessa di un potere di assoggettamento individuale e di riduzione della

complessità dell'esistente finalizzata al suo controllo: i meccanismi di fragilizzazione e negazione dell'identità, che si esplicano tramite differenti canali tra cui fondamentale è quello dell'informazione e dei processi di identificazione del singolo. I contributi presenti in questa sezione sono scaturiti da una serie di dialoghi e di confronti svoltisi alla Scuola estiva dell'Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales di Parigi del 2007: Pierre-Antoine Chardel, Gabriel Periès e Michel Tibon-Cornillot (*Elementi per una nozione 'espansa' di schiavitù: tecnologie di sorveglianza e servitù involontaria: 215-248*) sviluppano una riflessione sul dispositivo biopolitico di controllo e produzione di corpi vulnerabili quale presupposto di loro reificazione nel mondo del lavoro e precarizzazione istituzionale. Si tratta di meccanismi di gestione/controllo dell'informazione — traduzione in termini contemporanei del dispositivo di sorveglianza foucaultiano — che pongono il soggetto in uno stato di subalternità rispetto al sistema tecnico. La digitalizzazione e archiviazione delle informazioni va, infatti, ad intaccare l'intimità della nostra memoria e la nostra capacità critica: essa ci mette in una condizione di soggezione nei confronti di quello che può considerarsi come un *imperium* tecno-normativo entro il quale siamo esposti ad un nuovo rischio di servitù, che va a delinearci sullo sfondo dell'istituzione di un legame forte tra economia e informazione digitalizzata, tramite l'utilizzo dei sistemi informatici, biometrici e internet, ai quali noi stessi accordiamo una fiducia che viene a configurarsi quasi come un asservimento volontario. Il pericolo è quello della realizzazione di un progetto di "ricostruzione" della natura uniformante le diverse essenzialità costituenti il reale, nel presupposto di un'ontologia unificata che va a ridurre la complessità del reale, quale *panopticon universale*.

Chiude l'opera, ricollegandosi a questi ultimi profili d'indagine, una lucidissima disamina critica su Google, il motore di ricerca più utilizzato al mondo: *La schiavitù e l'informazione. Google e le nuove tecnologie della ricerca* di Simone Morgagni (pp. 249-263) mette a fuoco il nesso tra economia e informazione e le conseguenze di un ampliamento dell'influenza del fattore economico sulla gestione personale delle informazioni. Lo studio costituisce una sorta di appendice di approfondimento del discorso sull'informatizzazione dell'identità e la prospettiva di un *panopticon universale*, nonché un'analisi della filosofia e della politica di Google. Tale azienda californiana esemplifica il potere di interferenza di un sistema digitalizzato delle informazioni rispetto ai meccanismi di produzione e conservazione della democrazia e dell'uguaglianza: « esse non vengono più messe in pericolo dalla semplice minaccia fisica e violenta, ma soprattutto da quelle nuove forme di diseguaglianza prodotte da una vulnerabilità sociale sempre più aumentata dal collasso cognitivo dell'utente medio che, disorientato dalle infinite possibilità della tecnologia sembra offrirgli, si affida a pochi punti di riferimento cui delega la gestione della propria identità digitale,

del proprio accesso informativo, delle proprie attività quotidiane » (p. 253).

Sullo sfondo degli scenari aperti dalla globalizzazione — di riformulazione dei rapporti sociali, di produzione e del lavoro, fenomeni migratori dal volto inedito e piccole “rivoluzioni” tecnologiche — il testo si candida a essere uno strumento di chiarificazione dei fattori sistematici e strutturali che si trovano alla base delle nuove realtà schiavili. Assolutamente convincente è il tentativo di collocare un'indagine sul significato contemporaneo del termine « schiavitù » entro l'ambito di riflessione sul governo del *bios*, che investe la corporeità e l'identità delle persone: un governo della vita (e della morte) che trova nella figura dello schiavo una rappresentazione emblematica. In tal senso, sembra possibile immaginare che proprio da una lettura in termini biopolitici della realtà, quindi a partire dalla concretezza dei corpi, si possa muovere ad una risignificazione delle nozioni di libertà e uguaglianza degli individui che vada nella direzione della creazione di uno spazio reale di esercizio dei diritti, per tutti. La più netta, e radicale, alternativa alla schiavitù.

BARBARA BARTOCCI

IGNACIO FERNANDEZ SARASOLA, *La Constitución de Cádiz. Origen, contenido y proyección internacional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

« Cuando los constituyentes gaditanos levantaron el edificio constitucional de 1812 eran conscientes de que estaban haciendo historia ». Con esta sintética frase se inicia esta última aportación de Ignacio Fernández Sarasola. Un autor cuya especial cualificación para tratar el primer constitucionalismo español, y en general europeo, está más que avalada por una serie de inteligentes publicaciones precedentes, alguna de las cuales, previamente revisadas y, en su caso, modificadas, se han incorporado a la misma.

La expresión me parece tan elocuente como significativa para proceder a realizar un análisis, por lo demás somero, de un libro sobre el que la primera opinión que, a mi juicio, se puede adelantar es que no se trata de otra contribución más a un tema extraordinariamente frecuentado y, por si fuera poco, de rotunda actualidad. Por el contrario, su lectura, al menos en mi caso, invita a un diálogo en el que, al lado de las innegables aclaraciones, surgen una suerte de cuestiones que plantean sugerencias y abren posibilidades, aspectos todos que definen la esencia de una aportación científica que huye de apriorismos incontrastados o reiteraciones superfluas.

Estamos, me parece, ante un libro sólido por el contenido y por la madurez de sus conclusiones, fruto, en todo caso, de una reflexión concienzuda sobre los hechos y los datos. Como esa que únicamente puede realizarse cuando se está familiarizado con el tema, cuando se conocen y manejan con soltura las aportaciones coetáneas, posteriores y actuales y cuando se han frecuentado hasta agotarlas — al menos las conocidas y accesibles — con reiteración las fuentes originales de todo tipo.

Tras lo que acabo de escribir, se comprenderá que lo que intento llevar a cabo en esta reseña no es, ni puede serlo, un resumen o una exposición de los temas tratados, cuya envergadura e importancia alargaría inusualmente lo que es habitual en este género. Por esta razón, me centraré sólo en algunos, pocos, aspectos que me han parecido particularmente interesantes, aunque, para cualquier lector mínimamente avezado, el subtítulo, “origen, contenido y proyección internacional”, resulta ya suficientemente ilustrativo. Como lo es igualmente la estructura, en absoluto episódica o casual, en la que la ausencia de capítulos se substituye por apartados donde, en completa coherencia con la intitulación, se presta atención a los elementos clave del constitucionalismo moderno poniéndolos en sintonía con las características, tan propias, del gaditano.

Es este último uno de los aspectos del que es conveniente dejar constancia desde ya. Porque, consciente de los perniciosos efectos causados por una dogmática retrospectiva — esto es, de la proyección hacia atrás de visiones actuales y conceptos que o bien han aparecido, o han cambiado, a través de un proceso de transformación, en no pocas ocasiones profundamente doloroso, a lo largo de los últimos doscientos años —, Fernández Sarasola sitúa la cuestión en su justo medio. Nada sorprendente, por otro lado, en el caso de quien ha publicado proyectos de la Constitución, trabajado sobre Flórez Estrada y el liberalismo radical y cuya consistente base constitucional le permite comprender como esa exigencia es un presupuesto elemental e irrenunciable de un conocimiento, el histórico, que, por su propia naturaleza, es siempre incompleto.

Desde este punto de partida, la primera necesidad, aquello que es fundamental en un estudio de esta clase, consiste, precisamente, en determinar y poner de relieve, como adecuadamente hace Sarasola, la formación de aquellos constituyentes. Una formación cuyos fundamentos se asentaban en el conocimiento y la conexión, por lo menos desde el último tercio del siglo XVIII, con las tendencias y corrientes en boga y que desde esa misma fecha, y aún con anterioridad, los beneficiarios de la misma trabajaban e incidían en, y se esforzaban por, la recuperación de fuentes históricas, en particular las castellanas. Desde el círculo de Olavide en Sevilla, con un Aguirre que recorría Europa haciendo acopio de las últimas publicaciones, hasta la Academia de Santa Bárbara de Madrid mediante concursos monográficos sobre asuntos y textos

clave del “constitucionalismo antiguo”; desde Jovellanos a Capmany o Martínez Marina, viajeros como Cabarrús o Argüelles y Lord Holland o John Adams, e incluso Dou con sus imponentes *Instituciones*, por no hablar de la multitud de folletos que circularon, en especial desde 1808, todos ellos son testimonios más que evidentes de tales conexiones e inquietudes. Como lo son de los medios doctrinales que están en la base política y ¿por qué no? ideológica de quienes, en los debates de las Cortes, desempeñaron un claro protagonismo, ejercieron una más que notable influencia y llevaron a cabo una clara y sutil labor de dirección. Es suficiente una sola ojeada al *Diario de Sesiones* para darse cuenta, para percibirlo, en intervenciones que han quedado ya como referentes ejemplares en la historia del parlamentarismo español. Intervenciones que, además, acreditan — y no es necesario profundizar ni escrutar demasiado — una notable y en absoluto superficial familiaridad no sólo con los elementos consustanciales de constitucionalismo moderno, sino hasta que extremo no les eran desconocidos sus “modelos”, incluido el norteamericano. Un hecho este, por otro lado, que ya se había puesto de manifiesto en algunas fuentes periodísticas y, sobre todo, del que se hacían eco varios de los proyectos de Constitución — al menos de los que han llegado hasta nosotros — elevados a las Cortes tras la célebre doméstico al respecto de la Junta Central.

Estas evidencias son las que, a mi juicio, contribuyen a explicar el sentido, a la vez que sirven de demostración, de la elocuentísima y atinada frase que se recoge al principio. Porque es obvio que aquellos hasta entonces teóricos — y no me plantea dudas aplicar este término a quienes supieron llevar, y dirigir con sutileza, las discusiones que culminaron en disposiciones normativas cuya legitimidad y contenido eran diferentes a lo existente — de uno u otro bando no sólo estaban convencidos sino que, aún más, algunos de entre ellos *querían* hacer Historia con mayúsculas. Y porque si los unos querían, los otros *sabían* los efectos que llevaba aparejados el cambio de las estructuras socio-políticas, económicas y jurídicas, y no precisamente por la precariedad de la situación o los dramáticos acontecimientos del momento.

Esta circunstancia es todavía más notable en el caso de los constitucionalistas, cuyo comportamiento es, en general, similar al de quienes habían dirigido en los demás países su propia revolución, con los que compartían extracción social, principios y objetivos. Al igual que ellos, se consideraban a sí mismos perfectamente capacitados por poseer un conocimiento doctrinal, y en algunos casos incluso presencial, cuya base principal radicaba en el reconocimiento y la absoluta aceptación de un hecho que a veces, desafortunadamente, aun se pasa por alto: el carácter supraestatal o supranacional — al que con toda propiedad podemos referirnos, por cuanto corresponde a la época de implantación del Estado-nación — que, en el plano más propiamente teórico, es incontestable en la raíz del constitucionalismo moderno.

Si se acepta este presupuesto, el corolario consecuente se expresa a través de dos aspectos complementarios. El primero, de carácter más formal, es que será incompleto cualquier análisis, en especial en el momento de arranque material de ese constitucionalismo, aislándolo de la visión general, intrínsecamente general, porque afecta a todo Occidente. Una visión, o si se quiere, una naturaleza — y este es el segundo de los aspectos aludidos — que procede de las corrientes iusnaturalistas y iusracionalistas en las que tiene su origen. Es decir, en esas tendencias que se desplegaron desde mediados del siglo XVII y que, entre nosotros, fueron admitidas con entusiasmo, como es obvio por los interesados más implicados, sobre todo desde el segundo XVIII y encuentran su culminación jurídica en la obra constitucional gaditana. De ahí que, lejos de ser una característica genuinamente hispánica, conceptos clave como, por ejemplo, el de nación, tengan una consustancial vinculación en el *ius gentium* — expresión entre las más emblemáticas del nuevo derecho natural característicamente ilustrado —, tal y como explícitamente refiere Vattel en el *Derecho de las Naciones* o, si prefiere, en el *ius publicum europaeum* de cuño schmittiano, que definió el sistema doméstico e internacional de Westfalia en adelante.

Me he detenido un poco más en este extremo porque este “natural” punto de partida es el que aparece implícitamente recogido en el libro de Fernández Sarasola. Todo él, pero en particular los cuatro primeros apartados-capítulos, se asienta en las premisas anteriormente apuntadas. En su abrumador aparato crítico están puntualmente reflejadas las fuentes de carácter legislativo, propiamente doctrinales (tanto políticas como jurídicas) así como las periodísticas, absolutamente imprescindibles para entender el “espíritu de la época” y que, probablemente, representa más que ningún otro el influyente *Semanario Patriótico*. Es cierto que este hecho ya fue advertido tiempo atrás entre otros por Artola, quien en su día sacó a la luz muchas de tales fuentes, como en su momento hiciera Manuel Fernández Martín en su *Derecho Parlamentario Español*, los cuales, por tal motivo, pueden con todo merecimiento ser considerados pioneros al respecto. También lo es que su valor ya fue reivindicado posteriormente por otros como Tomás y Valiente, que sobre ellas, en especial doctrinales, construyó Clavero su librito *Historia del Constitucionalismo español* — abriendo una vía inexplicablemente abandonada por él poco después — y que constituyen la piedra angular de la *Teoría del Estado* de Varela Suanzes, por citar sólo unos ejemplos representativos.

En este orden de cosas, es superfluo recordar que, en cualquier caso, se trata siempre de interpretaciones y, en consecuencia, dan lugar a visiones diferentes, divergentes y hasta contrapuestas. Como asimismo lo es añadir que todas ellas son legítimas, en la medida que la interpretación no sólo es, por definición, parte del análisis histórico, sino consustancial al derecho, incluso en los análisis más estrictamente positivistas o exegéticos. Con todo, y sin ánimo de entrar ahora en

disquisiciones más trascendentes, tampoco se puede olvidar la relación irrenunciable entre interpretación y verdad que, en ambas materias — esto es, Historia y Derecho —, viene dada fundamentalmente por los instrumentos materiales que trasladan unos hechos concretos, cierto, pero que llevan implícitas muchas más noticias. Unos instrumentos que se expresan en un lenguaje específico y que — por evocar ahora aquella sentencia wittgensteiniana del « lenguaje como pintura de la realidad » — son, por consiguiente, expresión de una determinada realidad, explícita y tácitamente transmitida en y por los mismos. De esta manera, tanto para el jurista como para el historiador, y todavía más si es un historiador del derecho o hace historia constitucional, tanto como los hechos y los datos es el proceso de investigación y el modo de interrogar a los documentos, cualquiera que sea su clase, lo que marca la diferencia.

En el caso de Fernández Sarasola, y de manera si cabe aun más contundente en el libro que aquí interesa, una de las peculiaridades que, a mi parecer, son más determinantes consiste, precisamente, en el rigor científico que aplica a su estudio. Se trata de un constitucionalista que se circunscribe al primer constitucionalismo; es decir, que se sitúa en su marco material y se adecúa exclusivamente a los parámetros del mismo, utilizando por tanto los instrumentos propios de éste en conformidad, por otro lado, con los más elementales requerimientos del conocimiento histórico. Un conocimiento que exige, a partir de hechos ciertos y contrastados, interrogarse no sólo sobre el qué, sino sobre el cómo y el porqué para conseguir resultados fiables y fidedignos, los cuales, en mi opinión, consigue aquí con comodidad.

Desde esta perspectiva, y sólo desde ella, es posible lanzar, como lo hace, aseveraciones y conclusiones de carácter sustantivo, y encontrar y transmitir los matices, cuando los hay. Ya he adelantado con anterioridad que no era mi propósito entrar en un examen pormenorizado, pero aún así no puedo pasar por alto llamar la atención sobre algunos temas de singular relevancia. Me refiero, en primer término, a las agudas observaciones que realiza sobre esa diferenciación entre Constitución y ley (pp 120ss). Las establecidas en ese “momento constitucional”, como con lucidez califica el autor al medio en que surgió la Constitución de 1812, no obstante su carácter más bien adjetivo-procedimental, contribuyen, desde mi punto de vista, a esclarecer la peculiar evolución del proceso constitucional y legislativo de buena parte del XIX cuya evidencia, a pesar de lo que sostienen algunos sobre el último, viene respaldada, durante una etapa no precisamente corta, más que por la polémica acerca de las leyes orgánicas, por la ingente cantidad de decretos, e incluso órdenes ministeriales, sustitutivos de leyes ordinarias que nos transmiten la *Gaceta* y la *Colección Legislativa*.

Y está, en segundo lugar, la “forma” de contemplar los derechos y su reconocimiento — o más bien su otorgamiento —, tan controvertida como especialmente comentada por la historiografía de especialidad.

La conclusión de Fernández Sarasola en el apartado-capítulo octavo dedicado a tratar este tema, al afirmar que el “núcleo” de los elementos que impulsaron la fijación del sistema de derechos es « lo que ha perdurado en nuestra historia constitucional desde 1812 », puede, a primera vista, resultar un tanto insólita. Sobre todo aplicada a un texto al que, prácticamente por unanimidad, se le ha venido concediendo un valor o significación exclusivamente simbólico. También porque afecta a uno de los más irrenunciables elementos del constitucionalismo moderno.

Y, sin embargo, se trata, a mi parecer, de una afirmación que la propia historia posterior, tan bien conocida por el autor, respalda y, una vez más, los hechos confirman. La propia evolución del progresismo español decimonónico, al hacer de los derechos, siempre con la vista puesta en el paradigma doceañista, uno, sino el principal, *leit motiv* de su existencia, la avala sobradamente. A veces, de una manera dolorosa, como en la década de los treinta, cuando tuvieron lugar los acuerdos transaccionales de la primera Constitución posfernandina; a veces, reivindicándolos resueltamente, como en los años cuarenta; a veces, haciendo de su ejecución el primer y principal objetivo gubernamental, como sucedió en el primer Gobierno del Bienio. Los progresistas que participaron en la redacción de la Constitución de 1837, Joaquín M^a López o Espartero son testimonios bien fidedignos al efecto.

En este sentido, al menos, el valor meramente simbólico, al que por tantos motivos se hizo acreedor el texto de 1812, queda matizado, porque su posterior influencia principal en asuntos sustanciales aparece así corroborada, como el autor demuestra.

A este respecto, sin embargo, una duda surge en relación con el tema. Se trata de la cuestión relativa a si esta Constitución de 1812 se puede considerar en sí misma un modelo. Aunque Sarasola utiliza en una ocasión la expresión « modelo constitucional de Cádiz » (p. 15 del Prólogo), su opinión es definitivamente contraria a estimarla como tal. El autor considera, y no sin razón, que aplicar este calificativo basándose en la adaptación de los parámetros del constitucionalismo moderno y las características específicas que éste alcanzó en cada país para acomodarse a las peculiaridades del momento y del territorio, llevaría a una multiplicación exponencial de modelos. Y es asimismo cierto que si nos atemos a la definición oficial — « ejemplar o forma que uno propone y se sigue » —, no se carecen de argumentos al respecto, sobre todo teniendo en cuenta que no existe una verificación de un seguimiento formal de la misma. Por último, está, además, el arraigo, según parece irrefutable e incontestable, de los tres modelos por excelencia, a lo que hay que añadir su corta vigencia, por más que esta fuera mucho más que testimonial.

Aún así, y sin hacer de ello un caballo de batalla, surgen inevitablemente algunos interrogantes sobre este particular aspecto, a mi parecer, en absoluto secundario. No se trata tan sólo de la proyección

internacional que alcanzó, de la que se hace una espléndida exposición en el capítulo final del libro, inmediatamente antes, por cierto, de establecer comparativamente las concordancias y discordancias entre el proyecto de la Comisión de Constitución y el resultado final mediante la inserción a dos columnas de ambos textos. Ni siquiera de la atención prestada en el resto de Europa, donde los reaccionarios alemanes la consideraban casi como un producto infernal, en tanto que algunos moderados franceses la juzgaron « aprovechable » tras el conveniente expurgo de las partes más radicales; ni tampoco del interés que, avanzado el siglo, mostró hacia ella el zar que quiso traducirla íntegramente al ruso. Mucho menos aún de la “influencia” que se quiere ver en las Constituciones hispanoamericanas, tratándola casi como si de un producto foráneo o de importación se tratara cuando la obstinada realidad demuestra que era tan suya como metropolitana, habida cuenta la presencia, tan decidida, de los diputados coloniales, a cuyos territorios ahora se trataba como integrantes de pleno derecho de la Monarquía.

Se trata, más bien, de prestar atención a la intervención, y sobre todo la interacción, de otros factores que, o no aparecen, o son considerados de una manera manifiestamente diferente en Gran Bretaña, Estados Unidos o Francia. Factores como la presencia activa de la así llamada Constitución histórica, la particular y ya aludida interpretación de los derechos, la articulación de los poderes, la estructura del gobierno y administración, la consagración del unicameralismo y sus motivos, por ejemplo, representan y suponen, sobre todo en aquella etapa inicial, a mi parecer, características propias y específicas que dejan su impronta tanto en cuestiones referentes a la legitimación como, de manera más directa, en la en absoluto secundaria o circunstancial estructura del texto constitucional. En particular en la cuestión relativa a títulos y capítulos. Sin contradecir lo anteriormente expuesto acerca de las conexiones inter, o más bien, supranacionales — pues estas afectan a y se producen sobre los requisitos que son connaturales a la existencia de ese mismo constitucionalismo —, creo, sin embargo, que una originalidad típicamente doceañista, que va más allá de las inevitables peculiaridades de otros territorios similares y que, de alguna manera, ratifican tanto la divulgación — y la crítica — coetánea de alguno de sus contenidos como el éxito del término liberal, si debe reconocerse. En cierto sentido así lo admitía el propio Marx cuando, en la década de los cincuenta, vinculaba en su conocido artículo del *New York Worker* antiguos fueros y Revolución francesa. Al fin y al cabo, si no es el contenido — esto es, principios y elementos — lo que, como es obvio, diferencia a los tres modelos tradicionales, sino la forma, no creo que se puedan albergar dudas de que la de 1812 tuvo, y bien definida, la suya propia.

Sea como fuere, lo que ahora me interesa destacar de una manera especial y categórica es que nos encontramos ante un libro, desde mi

punto de vista, ejemplar, tanto metodológicamente como en el plano material. Y es este un dato que merece la pena dejar claro precisamente ahora, cuando nos hallamos en una vorágine de publicaciones sobre este tema, cuando se ha algo más que iniciado el ciclón conmemorativo que nos afecta desde algún tiempo atrás que, como es ya evidente, intensificará su fuerza en los meses sucesivos apoyándose en fondos públicos de un país en crisis. Preparados para lo que se avecina, incluido el uso político de la historia y el derecho a través de opiniones de profesionales, pero también de políticos y periodistas que, sin fundamento pero malintencionadamente, aportarán fugazmente su grano de arena en la rememoración de uno de los hitos del constitucionalismo moderno español, sólo puedo concluir de una manera. Y esta no es otra que la recomendar vivamente este libro cuyo autor, en un ejercicio de fidelidad y de exquisito rigor científico, revisa sus previas aportaciones e introduce nuevas observaciones hasta dar una vigorosa visión unitaria y esclarecedora. Su lectura será, desde luego, muy eficaz para superar lagunas y aclarar algunos, muy arraigados, equívocos.

CLARA ÁLVAREZ ALONSO

KATHRIN GROH, *Demokratische Staatsrechtslehrer in der Weimarer Republik. Von der konstitutionellen Staatslehre zur Theorie des modernen demokratischen Verfassungsstaats*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010.

La historiografía social y política de corte generalista suele adolecer de una deficiencia notoria: entretenida en recopilar cuantos más hechos mejor y en relatarlos del modo más efectista posible, deja en ocasiones de lado los factores estructurales del desenvolvimiento histórico. Suele así mezclar esferas de la acción humana que se encuentran instituidas según reglas y lógicas privativas e intransferibles. En un mismo estudio se relatan las decisiones de un político, se determinan los niveles de producción agrícola, se identifican las principales corrientes artísticas y literarias y se parafrasea la estructura normativa del Estado, para con todo ello intentar suministrar un cuadro completo y sintético del periodo analizado.

Debido a esta indiferenciación entre los diversos planos en los que se desenvuelve y articula lo social, y a su pretendida exposición literariamente atractiva, se suele renunciar a la indispensable tarea de reducir la complejidad de los fenómenos estudiados, destilándolos en categorías, tipos ideales o marcos hermenéuticos que sirvan para dilucidar el periodo y los acontecimientos examinados, pero que también cumplan una función heurística que permita iluminar investigaciones

ulteriores sobre el mismo intervalo y asunto o, por contraste, sobre lapsos temporales diferentes y acontecimientos análogos.

Estas carencias, evidentes para una historiografía connotada por su especialidad ⁽¹⁾, como lo es la jurídica, se hacen demasiado ostensibles en los estudios sobre el periodo de entreguerras, hasta el punto de que historiadores progresistas concluyen por legitimar un relato sobre aquel tiempo que conduce fatalmente a ratificar desde el presente, como desembocadura inevitable, las dictaduras fascistas.

Creo que en los estudios del periodo de entreguerras que no cuentan con una vocación jurídica e institucional se suelen cristalizar ambos defectos: la indiferenciación de esferas de la acción humana propia de la historia social y el hallazgo de mecanismos explicativos eficaces desde el punto de vista literario, pero sumamente deficientes para una exigencia analítica media.

Si no su acuñador, Eric Hobsbawm ha sido, desde luego, el principal difusor de la idea según la cual en 1914 la historia se adentró en un período de « 31 años de guerra mundial » ⁽²⁾. Reproduciendo este marco cognitivo, podemos así tropezar con el famoso hispanista Paul Preston calificando al periodo de entreguerras como « guerra civil europea » ⁽³⁾ o a otros autores, de notable proyección, titulando trabajos de síntesis con el muy expresivo lema de *Europa contra Europa* ⁽⁴⁾.

Como es bien sabido, no solo desde la historiografía progresista se ha recurrido a este marco interpretativo, que al fin y al cabo no hace

(1) « Pensaba y pienso que una historiografía generalista, sin especialización de materia, no tiene sentido [...]. Aceptar las pretensiones de una historiografía general sin especialidad sería como si aceptásemos la de una ciencia generalista y única, sin especialidades, para la prospección del presente, algo así como las pretensiones de la sociología europea en sus comienzos decimonónicos ». Son palabras de Bartolomé Clavero en la entrevista que, entre otros profesores, le realizó Ivan de Andrade Vellasco, publicada en la *Revista Brasileira de História*, 31, num. 62 (2011).

(2) ERIC HOBSBAWN, *Historia del siglo XX, 1914-1991*, Barcelona, Crítica, 2007, p. 30. Es la traducción al castellano de su *Age of Extremes*.

(3) PAUL PRESTON, *La guerra civil europea, 1914-1945*, en Ismael Saz Campos y María Cruz Romeo Mateo, *El siglo XX: historiografía e historia*, Universitat de València, 2002, pp. 137-166.

(4) Julián CASANOVA, *Europa contra Europa, 1914-1945*, Barcelona, Crítica, 2011. A pesar de la elección del título, su autor rechaza la tesis conservadora — de cuyo autor trataremos a continuación — de la « guerra civil europea » por considerarla « poco útil al dejar de lado otros fenómenos que dominaron el escenario europeo », entre los que señala « la crisis de la democracia liberal, de la política parlamentaria, del gobierno de la ley y de los derechos civiles » (p. 156), como si el periodo de entreguerras encarnase la esforzada, pero inútil, continuación del Estado liberal decimonónico, y como si la asunción de la tesis 'belicista' no permitiese explicar esa cadena de crisis.

sino vulgarizar el principio de la lucha de clases como motor de la historia. También desde el ala conservadora se ha concebido aquella época como una « guerra civil europea » donde las partes contendientes, se entiende que representativas, ambas, de las aspiraciones del conjunto, fueron « el comunismo y el nacionalsocialismo » (5). Según suele acontecer, debido a su más descarnado realismo, será en esta exposición conservadora donde aparezcan cristalinamente reflejados los objetivos o consecuencias políticas a los que este relato, probablemente de manera inevitable, conduce.

En efecto, si de una guerra se trataba, no habían de regir sino las reglas mismas de las conflagraciones, y la victoria habría de decidirla la habilidad para generar adhesiones, la capacidad para desplegar tácticas militares eficientes y, en definitiva, la mejor aptitud para defender las propias posiciones y conducir al enemigo a la derrota. Incluso se podría alegar, como de hecho se hizo por entonces, que el triunfo, en definitiva, venía a patentizar la adecuación del bando vencedor — esto es, los fascismos, para el periodo que va desde 1933 en adelante, con el importante precedente italiano — a la fisonomía natural de la comunidad, a la complejión inmutable de la nación, a la misma naturaleza humana o hasta al destino marcado por la Providencia.

Al colocar el periodo que va de 1917 a 1936 (para España) o 1939 (para el resto de Europa) solo en el plano de la confrontación, se le reduce a un antagonismo sustancial que no tenía más remedio que resolverse por el veredicto de las armas. Al entenderlo en términos exclusivamente bélicos, primando con ello lo cultural y lo social sobre lo institucional, se llega entonces a la conclusión de que una de las partes, la comunista o izquierdista, contaba con unas aspiraciones inaceptables y antinaturales (6), que no podían sino resultar *causae belli* para la otra, la burguesa y propietaria, degradada por culpa de ese ataque a su patología fascista o totalitaria, paroxismo transitorio y despreciable, pero al fin y al cabo comprensible, pues se desencadenó como legítima estrategia defensiva, como una suerte de anticuerpos destinados a disolverse una vez erradicada la pasajera enajenación producida por la ideología utópica.

La parte postergada, cuando no silenciada, de esta exposición es justamente la institucional y jurídica, la causante, en realidad, de la

(5) Ernst NOLTE, *La guerra civil europea 1917-1945: nacionalsocialismo y bolchevismo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.

(6) « La gran dificultad en nuestros problemas públicos es que algunos hombres pretenden imponer remedios que otros hombres contemplarían como la peor de las enfermedades », decía Gilbert Keith Chesterton de su época, e implícitamente del socialismo, en *Lo que está mal en el mundo* (1910), Barcelona, Acantilado, 2008, p. 15.

desproporcionada y mezquina reacción ⁽⁷⁾ de los sectores sociales que, en un principio, se ampararon en las escuadras fascistas ⁽⁸⁾, nacional-socialistas y falangistas ⁽⁹⁾, aunque después, horrorizados, algunos pudieran comenzar a distanciarse. La presencia social del comunismo, tal y como arrojaban una y otra vez los resultados electorales, era minúscula ⁽¹⁰⁾ si se comparaba con la voluntad mayoritaria, que se decantaba por el socialismo democrático y reformista o por un centro católico o un liberalismo democrático, republicano y progresista no del todo alérgicos a las reformas institucionales en pro de la justicia social. Y, si en algún momento del periodo, las fuerzas abiertamente antiparlamentarias obtuvieron resultados notables, dicho logro resulta indisoluble de la coacción y la violencia que con sus atentados ejercieron sobre los votantes.

Teniendo este dato presente, el objetivo de aquella « guerra » fue más bien asaltar de modo terrorista el poder que derribar a los enemigos comunistas, dramática y torpemente derrotados ya desde el comienzo de cada proceso constituyente tras la conflagración mundial. No se trataba sino de acabar con un Estado social y democrático de derecho — esencialmente diverso del Estado liberal, y por lo general monárquico, de anteguerra —, entre cuyas principales misiones figuraba la de mitigar la discrepancia entre las clases con políticas redistributivas que empoderasen al trabajador y produjesen cierta homogeneidad económica como condición necesaria para la paz social y la vigencia del derecho.

La guerra, en todo caso, se libró entre los defensores de programas totalitarios y antidemocráticos con la democracia constitucional misma. Y no fue sino la primera formulación de ésta lo que, desde un

(7) « Fue contra las actuaciones de reforma [de la II República], y no contra la inexistente amenaza del bolchevismo, que se sublevaron los militares, con la ayuda de terratenientes y el apoyo de la Iglesia », afirma en un artículo titulado *17 de julio*, Josep Fontana, en *Público*, 19 de julio de 2011, denunciando con datos en otro posterior — *La naturaleza de la violencia* — la inmoralidad inherente de esa visión, hoy predominante en los medios publicados, que entiende la guerra civil española como « consecuencia de dos violencias enfrentadas » (*Público*, 11 de noviembre de 2011).

(8) « La ofensiva antiproletaria del *squadrisimo*, conducida al calor de la defensa de la nación y de la propiedad [...] consintió al fascismo acreditarse como defensor de la burguesía productiva y de las clases medias », Emilio GENTILE, *El fascismo. Perfil histórico*, en Id., *Fascismo. Historia e interpretación*, Madrid, Alianza, 2004, p. 29.

(9) Eduardo GONZÁLEZ CALLEJA, *Contrarrevolucionarios: radicalización violenta de las derechas durante la Segunda República*, Madrid, Alianza, 2011.

(10) En torno al 15% como máximo de los sufragios tanto en Alemania como en España: v. Javier TUSELL, *Las elecciones del Frente Popular en España*, Madrid, Cuadernos para el Diálogo, 1971, 2 vols.; José Ramón DÍEZ ESPINOSA, *Sociedad y cultura en la República de Weimar: el fracaso de una ilusión*, Universidad de Valladolid, 1996.

punto de vista jurídico-político, caracterizó al periodo que nos ocupa. Muy mal se comprende dicho tramo de la historia si no se coloca en su epicentro, y se le atribuye una relevancia fundamental, al plano de la construcción del Estado mediante leyes reformistas e instituciones transformadoras de un orden jurídico tradicional basado en la propiedad privada, la libertad contractual y el patriarcalismo.

Es ahí, en ese reformismo progresista y socialista llevado a cabo con constituciones, leyes y nuevos institutos jurídicos, mas no en la guerra entre comunismo y fascismo, donde para bien y para mal radica la sustancia política del intervalo de entreguerras. Para bien, porque resulta tergiversador concebir aquel periodo solo por la negación violenta del adversario, sin atender a su parte propositiva, de intento (frustrado) de construir un modelo político integrador que superase las carencias evidentes del oligárquico Estado liberal de derecho. Y para mal, porque su mismo fracaso muestra una evidencia difícilmente asimilable, esto es, cómo la transformación estructural de la sociedad a través de medios racionales como el derecho constitucional resulta claramente insuficiente, pues, como advierte la indicación materialista, la estructura jurídica de una sociedad responde en buena parte a la correlación de fuerzas vigente, y es por alterar sustancialmente ésta por donde debe comenzar a construirse el edificio.

En cualquier caso, lo que a nuestros efectos interesa es apuntar la desproporción existente entre panoramas historiográficos generales sobre el periodo de entreguerras, o acerca de sus variantes nacionales, y exposiciones que atiendan en exclusiva a su dimensión estatal o, si se prefiere, jurídico-institucional, sin limitarse a la paráfrasis de la legislación más célebre, sino con descenso incluido a la letra pequeña del Estado (decretos, órdenes), a la jurisprudencia y a la praxis administrativa. De hecho, en lo que hace a la II República española, mientras que existen ya decenas de exposiciones historiográficas generalistas, está todavía por hacer su historia estrictamente estatal ⁽¹¹⁾.

⁽¹¹⁾ Entre las exposiciones generalistas, cabe citar desde la clásica de Ramón TAMAMES, *La República. La era de Franco*, Madrid, Alfaguara, 1973, o de Manuel TUÑÓN DE LARA, *La España del siglo XX, II: De la Segunda República a la Guerra Civil (1931-1936)*, Barcelona, Laia, 1977², a las más recientes de Julio GIL PECHARROMÁN, *Historia de la Segunda República Española (1931-1936)*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2002, Julián CASANOVA, *República y guerra civil*, Barcelona, Crítica-Marcial Pons, 2007 (vol. 8 de la *Historia de España* de las citadas editoriales) y Luis ÍNIGO FERNÁNDEZ, *Breve historia de la Segunda República española*, Madrid, Nowtilus, 2010. No existen, sin embargo, intentos comparables de tono jurídico e institucional. Hay que reconocer en este sentido el valor de los estudios pioneros del constitucionalista Manuel RAMÍREZ, *Las reformas de la II República*, Madrid, Túcar, 1974, de la monografía de José Manuel CANALES ALIENDE, *La Administración de la Segunda República: la organización central del Estado*, Madrid,

Más interés se ha prestado, en cambio, al aspecto intelectual de aquella época. Por lo que concierne a la historia del derecho no faltan obras que atiendan al atrayente pensamiento jurídico producido en aquel entonces. La explicación de esta inflación literaria acaso sea sencilla: fue en aquel momento, académicamente denominado como « Laboratorio Weimar », cuando puede afirmarse que emergió, con sus tensiones características, el pensamiento político-constitucional moderno. El dilema entre legalidad y legitimidad, las disyuntivas provocadas por la irrupción política de las masas, los desafíos marcados por la democratización del poder, los efectos producidos en el terreno estatal por la concentración internacional del capital o el papel de los medios de comunicación masivos en la política fueron algunas de las cuestiones que centraron el intenso debate mantenido entre los publicistas de la época y que, de un modo u otro, todavía gozan de cierta actualidad.

Ahora bien, la monografía aquí presentada tiene la virtud de, entre todo aquel complejo y denso entrecruce de ideas, rescatar justo la parte que tenía como misión fundamentar teóricamente la democracia parlamentaria y constitucional y defenderla frente a sus enemigos. Teniendo presente las críticas formuladas al inicio, un primer valor del texto que reseñamos radicaría justamente ahí, en la selección del asunto del pensamiento democrático, el cual, desde una perspectiva intelectual, pone de relieve que, en el ámbito material, junto a la confrontación, también se dio un noble, valioso y nada minoritario intento de construir una auténtica democracia. Una tentativa que no podía sino implicar un reto para la reflexión teórico-política y producir una variedad de concepciones acerca de qué significaba la democracia y cómo había de institucionalizarse.

El libro que nos ocupa, edición del *Habilitationsschrift* de su autora Kathrin Groh, aborda precisamente esa variedad de nociones que acerca de la democracia circuló en el tiempo de la fundación de la democracia misma. Y lo hace con la finalidad de contrapesar cierta preferencia científica por el asunto opuesto, el del *antidemokratische Denken* de la época de entreguerras⁽¹²⁾, y partiendo del postulado sugerido, a saber, que el pensamiento democrático del periodo no puede considerarse un « bloque monolítico », aunque sí quepa excluir

INAP, 1986, o de esfuerzos colectivos como el plasmado en el volumen *Las reformas administrativas de la II República*, Madrid, INAP, 2009. Yo, por mi parte, traté de ofrecer una apretada síntesis del asunto en una buena ocasión: *Lo Stato nella Spagna degli anni Trenta: dalla Costituzione repubblicana alla dittatura franchista*, en Guido MELIS (ed.), *Lo Stato negli anni Trenta. Istituzioni e regimi fascisti in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 71-91.

⁽¹²⁾ De hecho, este libro podría comprenderse como una suerte de contrafaz del clásico de Kurt SONTHEIMER, *Antidemokratischen Denken in der Weimarer Republik*, München, DTV, 1983².

de él a la doctrina nacionalista y autoritaria que se presentaba como la última expresión de la democracia, pues, con su concepto homogéneo y sin fisuras de la colectividad nacional no cumple el requisito básico del pensamiento democrático: partir de los « intereses plurales y heterogéneos » que siempre conforman una sociedad moderna.

Para exponer su problemática, Kahtrin Groh, discípula de Christoph Gusy ⁽¹³⁾, se centra en el minucioso análisis de la obra de cinco constitucionalistas demócratas (« die 'Big Five' », según su propia expresión): Hugo Preuß, autor fundamental para comprender los propósitos constituyentes de Weimar; Gerard Anschütz, que trató de conciliar la teoría estatal tradicional con el nuevo constitucionalismo; Richard Thoma, defensor del parlamentarismo desde posiciones positivistas y republicanistas; Hans Kelsen, quien de modo perdurable vinculó la democracia con el relativismo moral; y Hermann Heller, autor de una concepción agonística y competitiva de la democracia que tiene hoy en Chantal Mouffe ⁽¹⁴⁾ a su mejor exponente.

De esta elección acaso pudieran derivarse las principales carencias de la investigación. De hecho, en su elenco de constitucionalistas alemanes demócratas ⁽¹⁵⁾, aunque son todos los que están, no están todos los que son, faltando precisamente el examen de la obra sobre el particular que, junto a la de Kelsen de 1920 *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, mayor difusión tuvo en la Europa de los años treinta. No me refiero sino a *La démocratie. Essai sociologique, juridique et de politique morale* de Rudolf Laun, publicada en francés en 1933, que partía precisamente de la necesaria pluralidad de concepciones democráticas, y a la que además cabría añadir el voluminoso estudio del mismo autor, editado ya en el exilio, *Staat und Volk* ⁽¹⁶⁾.

Por otro lado, no deja de ser arriesgado abordar la obra y trayectoria de unos autores que, en su mayoría, han sido ya examinados

⁽¹³⁾ Uno de los mayores expertos en el régimen constitucional de Weimar -*Die Weimarer Reichsverfassung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997— y de la suerte en él de la democracia parlamentaria — *Demokratie in der Krise: Europa in der Zwischenkriegzeit*, Baden-Baden, Nomos, 2008, esta vez como editor.

⁽¹⁴⁾ MOUFFE, *En torno a lo político*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007.

⁽¹⁵⁾ Que, de modo colateral, y para la parte sistemática, también incluye a Gustav Radbruch, Leo Wittmayer y Hans Nawiasky.

⁽¹⁶⁾ Recuperado por *Scientia Verlag* en 1971, aunque escrito en 1935, con el completo título *Staat und Volk. Eine völkerrechtliche und staatsrechtliche Untersuchung auf philosophischer Grundlage*. Sobre este significativo — aunque por lo general ignorado— autor, véase el reciente estudio de Rainer BISKUP, *Rudolf Laun (1882-1975). Staatsrechtslehrer zwischen Republik und Diktatur*, Hamburg, ConferencePoint, 2010.

hasta la extenuación, tanto en exposiciones de conjunto ⁽¹⁷⁾ como en recorridos individualizados ⁽¹⁸⁾. La autora, de hecho, es perfectamente consciente de ello, y así lo indica desde la primera página. Sin embargo, en este particular, debe reconocérsele el mérito de haber escapado a la simple reiteración fragmentaria de interpretaciones anteriores a través de una economía expositiva de vocación sistemática y comparativa, que intenta trascender la obra y las opiniones de cada autor individualmente considerado para llegar, y hacer aflorar ante el lector, el campo discursivo, con sus tensiones y polémicas, en el interior del cual resultaba pensada la problemática de la democracia, como un asunto estrictamente teórico y controvertido, con sus propias modulaciones metodológicas, pero también como un particular vinculado indisolublemente a la praxis del propio régimen constitucional de Weimar ⁽¹⁹⁾.

La obra no descuida en absoluto el examen individualizado de cada uno de los autores, al que dedica la primera de sus partes. Así, su semblanza de Hugo Preuß nos presenta a un profesor y político forjado en la cultura jurídica del *Kaiserreich*, cuando las categorías fundamen-

⁽¹⁷⁾ No puede sino comenzar citándose el volumen de Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, III: *Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914-1945*, München, Beck, 1999. Puede verse también el panorama presentado por Peter UNRUH, *Weimarer Staatsrechtslehre und Grundgesetz*, Berlin, Duncker & Humblot, 2004. Y en castellano, desde una perspectiva más biográfica, se cuenta con Francisco SOSA WAGNER, *Maestros alemanes del Derecho público*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

⁽¹⁸⁾ Hugo Preuß ha sido estudiado por Detlef LEHNERT, *Verfassungsdemokratie als Bürgergenossenschaft: politisches Denken, öffentliches Recht und Geschichtsdeutungen bei Hugo Preuß*, Baden-Baden, Nomos, 1998 y Sandro MEZZADRA, *La Costituzione del sociale: il pensiero politico e giuridico di Hugo Preuss*, Bologna, Il Mulino, 1999. Richard Thoma por Hans-Dieter RATH, *Positivismus und Demokratie: Richard Thoma (1874-1957)*, Berlin, Duncker & Humblot, 1981 y Oliver JOUANJAN, *Un positiviste dans la crise: Richard Thoma*, en Jean-François Kervégan (ed.), *Crise et pensée de la crise en droit. Weimar, sa république et ses juristes*, Lyon, ENS, 2002, pp. 13-53. De Hermann Heller cabe destacar el indispensable libro coral editado por Christoph MÜLLER e Ilse STAFF, *Der soziale Rechtsstaat: Gedächtnisschrift für Hermann Heller, 1891-1933*, Baden-Baden, Nomos, 1984. Y de Kelsen, ciñéndonos en exclusiva a su teoría de la democracia, destacan Horst DREIER, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Baden-Baden, Nomos, 1990² y Sara LAGI, *El pensamiento político de Hans Kelsen (1911-1920). Los orígenes 'De la Esencia y Valor de la Democracia'*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2007.

⁽¹⁹⁾ Quizá este intento de vocación sistemática sea lo que despierte la simpatía del reseñador, quien en *El derecho político de la II República*, Madrid, Dykinson, 2011, bajo el epígrafe «La racionalidad jurídico-política republicana», pp. CXLVIII-CLXXX, intentaba trascender la obra de los constitucionalistas republicanos estudiados para hallar una suerte de mentalidad jurídica compartida.

tales de la teoría del Estado procedían de la obra positivista de Laband, pero también de la contrapropuesta integral formulada por Gierke. Acogerse al organicismo de este último autor, incorporándole tesis evolucionistas y marxistas y negando la identidad que marcaba entre el pueblo y el Estado, y construir con ello un neocorporativismo funcional a las exigencias democráticas, he ahí una de las trazas identificativas del pensamiento político de este « elocuente defensor de la República ».

Con la trayectoria de Preuß se constata así cómo los autores progresistas activos en tiempos de preguerra solían inscribirse en la tradición orgánica, campo posteriormente colonizado por conservadores y antidemócratas que, a fines del siglo XIX, servía para denunciar el divorcio entre el Estado entendido como « persona jurídica » abstracta y las comunidades sobre las que ejercía su autoridad. Concebir así el Estado como una *reale Vebandsperson* no era sino un modo de oponerse al *Obrigkeitsstaat* que entonces oprimía a una *Untertanengesellschaft*.

Además, la materia social que, según los objetivos de esta teoría, habría de vivificar a las mecánicas y autoritarias instituciones estatales no sería la propia de la sociedad individualista, « inorgánica » y competitiva de los liberales manchesterianos, que ya fungía como base despolitizada del Estado autoritario, sino el *Volk als politischem Zustand der Gesellschaft*. Ahora bien, el *Volksstaat* resultante, propuesta distintiva de Preuß, no debe entonces confundirse con el Estado popular de los futuros nacionalsocialistas, pues en su caso se hallaba « marcado por la autoadministración y la activa cooperación » entre las comunidades como vía para la construcción del Estado y no por su integración forzosa en una estructura autoritaria, como ocurrirá después en el III Reich.

Lo decisivo para entender el tránsito del pensamiento de Preuß de la Monarquía a la República es tener presente el carácter normativo de su planteamiento, la apelación a la responsabilidad civil que le era inherente, ya que sin una consciente preocupación y una comprometida voluntad de cooperar en la construcción común del Estado los mismos supuestos del *Volksstaat* se derrumbaban. Como afirma Groh, « el contenido y fin de la República democrática era para Preuß » la concurrencia de « todos los factores políticos » para el « común cuidado del Estado », y es que estaba convencido de que la estabilidad y solidez del Estado democrático no podía fiarse tan solo « al derecho constitucional formal », dependiendo mucho más de las « vitales energías políticas del pueblo ».

Si tales eran las convicciones republicanas de Preuß, y si en buena parte la confección de la *republikanische Reichsverfassung* de 1919 se debió a sus buenos oficios, se comprende entonces que uno de los elementos determinantes de esta norma fundamental fuese la deliberada atribución a los grupos sociales (de naturaleza principalmente económica) de la responsabilidad de construir, con su cooperación responsable, una comunidad política ordenada.

No menos ilustrativa fue la parábola experimentada por Anschütz. Instruido en la misma cultura jurídica que Preuß, prosiguió — a diferencia de éste — la tradición positivista de Gerber y Laband, aquella que ordenaba a la teoría del Estado operar solo sobre « la base del derecho válido », extirpando de su reflexión todo contenido ético o político. Sin embargo, Anschütz, como otros tantos, acató este mandato escolástico con ciertas reservas, pues el momento de crisis finisecular empujaba a los seguidores del positivismo a buscar respuestas en otros enfoques metodológicos a la « tensa relación entre norma y realidad » característica del tardo-liberalismo. Su viraje, interno al modelo positivista, consistió en centrar la atención en la praxis institucional del orden constitucional, en la particularidad histórico-política, y en la dinámica y funcionamiento efectivos, de las reglas y las instituciones constitucionales.

Con esta orientación pragmática se hacían bien patentes las fuerzas políticas que subyacían a la génesis y a la práctica rutinaria del derecho constitucional. Pero eso no debía conducir a la politización del discurso jurídico, tan temida por el positivismo. De hecho, con su « concepción teleológica del derecho político » y su proverbial atención a los textos normativos, Anschütz era de los autores menos « politizados » del campo de los constitucionalistas durante la República, aunque su propósito de erigir al teórico del Estado en « intérprete auténtico » de la praxis y la literalidad constitucional no estuviese liberado de connotaciones políticas.

Su « positivismo moderado » — por aderezado de referencias teleológicas, históricas y políticas — se asociaba con su « concepto clásico del Estado », invariable entre Monarquía y República. Alérgico a toda disquisición metafísica, Anschütz siempre concibió el Estado como « persona jurídica de derecho público, compuesta de los tres elementos » tradicionales — autoridad, territorio y población — y ajena a las categorías contractualistas e iusnaturalistas, a las que despreciaba como « falsas doctrinas ». ¿En qué sentido, pues, esta aproximación tan tradicional se convirtió en una de las líneas defensivas de la democracia republicana? ¿Cómo un enfoque propio del tiempo autoritario del *Kaiserreich*, según el cual los órganos públicos actualizaban la « voluntad del Estado », mas no la « voluntad popular », podía legitimar el constitucionalismo democrático?

La autora nos lo indica: a través de la afirmación del parlamento como pieza fundamental del poder del Estado y como órgano representativo destinado a asegurar, con su legislación, los derechos subjetivos. Así, la idoneidad históricamente demostrada del gobierno parlamentario y el valor de las libertades individuales, no como principios anteriores al Estado, sino como derivaciones y garantías de su poder, hicieron que la teoría liberal de Anschütz transitase sin demasiados escollos del II Reich a la República.

De todos modos, algunas inflexiones de importancia experimentó el autor natural de Halle. La Gran Guerra, y el tremendo sacrificio popular sufrido por su causa, traducido en muchas ocasiones en nuevos deberes asumidos por la población, le hizo reparar en que « el derecho del pueblo a la participación en su Estado » no tenía por qué basarse exclusivamente en filosofías iusnaturalistas de la libertad, ni por qué constituir un asunto abstracto de justicia. Por el contrario, una experiencia asociada más bien a la razón de Estado había demostrado que se trataba de un hecho político que tenía además como consecuencia el reforzamiento del poder estatal.

La presencia y relevancia políticas del pueblo componían, a su juicio, la principal lección que un constitucionalista podía extraer del período bélico. Y esa lección debía tenerse muy presente para planear el futuro inmediato de la Alemania derrotada. « El punto principal », por tanto, fue que Anschütz, identificó en « la democratización y parlamentarización del Reich » los medios más propicios para canalizar esa necesaria presencia política del pueblo, que en su opinión, al igual que había sucedido durante la guerra, garantizaría el restablecimiento de un Estado sólido.

Anschütz vinculó así parlamentarización y democratización. Tras la parlamentarización del Reich se encontraba a su juicio una idea democrática de la institución estatal, la que subrayaba « la unidad del Estado y del pueblo participativo », identificada con la divisa *Der Staat, das sind wir*. Las apariencias no deben confundirnos. Por mucho que comenzase a defender la « autodeterminación del pueblo », seguía sin concebir el Estado como una « construcción comunitaria » realizada « de abajo a arriba » y basada en la autogobierno y la libre cooperación de las comunidades, tal y como sí lo hacía, según sabemos, Hugo Preuß. La mediación del pueblo seguía cumpliendo para él la más alta misión del « engrandecimiento del poder » del Estado. La cuestión es que para lograr cumplir satisfactoriamente este objetivo su libertad política debía ser garantizada, pues solo la protección y goce de dicha libertad podían despertar en los individuos su sentido de la ciudadanía, la confianza y la responsabilidad indispensables para sentirse miembros y copartícipes de su Estado.

De este modo se conciliaban en su reflexión la garantía de la libertad política y la defensa de un Estado fuerte. « Los ajustes democráticos como medio para el fin del reforzamiento del poder estatal, esa era la idea fundamental », recordaría en sus memorias. La democracia era la condición para salvar y fortalecer el Estado, y solo un Estado lo suficientemente consolidado podía garantizar las libertades democráticas, tal era la convicción de Anschütz en el momento constituyente de posguerra y tal es el motivo de su clara inclinación republicana. Lo distintivo de su defensa del régimen de Weimar fue señalar, por un lado, la racionalidad del derecho positivo como condición imprescindible de la democracia, y por otro, la necesidad de que los procedi-

mientos democráticos persiguiesen la « afirmación estatal » y la « unidad nacional ». Lo relevante, a nuestros sintéticos efectos, es comprobar cómo pudo transitar desde posiciones positivistas tradicionales a una defensa meditada y constructiva de la República.

Distinta fue la vía seguida por Richard Thoma, última que ejemplificaremos como muestra del contenido más biográfico del libro de Groh. Estamos ante un exponente singular de una generación intermedia, forjada con la constatación de las deficiencias estructurales del *Kaiserreich* y colocada entre la instruida en la atmósfera cultural de la Alemania Guillermina (representada por Preuß y Anschütz) y la formada directamente en el periodo de entreguerras (Heller). Estamos también -junto a Heller, futuro miembro del SPD- ante un profesor de militancia política activa, concretamente en el *Deutsche Demokratische Partei*, uno de los tres partidos que formaron la coalición que fundó y apoyó el régimen constitucional de Weimar. Y estamos, por último, frente al autor de una de las teorías del Estado « más interesantes y elaboradas » de aquel tiempo, a juicio de la autora.

Este interés radica en la precisión de sus argumentaciones, en su depuración técnica y metodológica, en una calidad científica que convierte sus planteamientos en actuales. Aunque se reconociese continuador del positivismo tradicional, sus postulados jurídico-políticos son bastante más complejos, al inspirarse en la sociología — entonces llamada por algunos *Wirklichkeitswissenschaft* —, en la historia y la comparación jurídicas y en consideraciones filosófico-políticas.

Atribuía a la teoría del Estado la misión de inscribir el derecho constitucional positivo en la vida política efectiva, de referirlo a su contexto social y político. Orientado metodológicamente por la « sociología comprensiva » de Max Weber, y de un modo similar a Jellinek y Heller, también Richard Thoma trató de compenetrar dialécticamente, en su comprensión del Estado y del derecho, las dimensiones de la realidad y de la norma, subrayando « la fuerza fáctica de lo normativo y la fuerza normativa de lo fáctico ».

Con ello se colocaba, efectivamente, en la línea de pensamiento más atractiva del momento, según el parecer de quien suscribe. Con tal enfoque se prevenían o rechazaban, por un lado, los maximalismos irrealistas que, en una muestra de estéril voluntarismo, no tenían presente en sus proyectos jurídicos la correlación real de fuerzas, y por otro lado, el ontologismo antidemocrático, que oponía al derecho constitucional republicano una suerte de comunidad natural inquebrantable, imposible de alterar (aunque susceptible de ser provocada) por medio de un derecho racional.

En términos metodológicos, estas premisas implicaban enriquecer la fría dogmática con disquisiciones teleológicas, encargadas de dilucidar las funciones que desempeñan, o habrían de desplegar, las instituciones jurídicas en la realidad. Es aquí donde se aprecia la distancia entre los criterios neokantianos y los realmente adoptados por

Thoma. A juicio de este último, al jurista le competiría también formular juicios de valor, racionalmente fundados y de naturaleza política, sobre las normas y las instituciones jurídicas. La cientificidad del derecho no radicaría entonces en la proscripción de dichos juicios de valor, como Kelsen pretendió, sino en su transparente visibilidad, en la explicitación por el teórico del derecho de los criterios y fines que los animan. De este modo, « lo *Político* » quedaba también integrado en la « dogmática jurídica », según la reflexión de Thoma.

Pero, ¿cómo se adecuaba ésta al sistema constitucional de Weimar? La importancia concedida a la « interpretación de los textos normativos » propia del positivismo que profesaba ya suponía, en cierto modo, un acatamiento del « espíritu de la Constitución » y de la « voluntad del constituyente », pues de ellos había que extraer los principios interpretativos de los preceptos constitucionales y, aún más, los axiomas que debían regir la praxis político-constitucional. Pero no solo su metodología positivista resultaba funcional al nuevo régimen. También lo eran su teoría del Estado y su noción de la democracia.

En el primer aspecto, destaca la autora su tentativa weberiana de articular un « concepto moderno del Estado » a través de una concepción « comprensiva » del mismo. ¿Qué quiere decir esto? Básicamente, trascender de forma dialéctica la dualidad que Jellinek había propuesto para construir la teoría estatal, al distinguir entre la dimensión sociológica y la jurídica del Estado como si de planos indisolubles se tratase. Como se ha dicho, se trataba de compenetrar las esferas del ser y del deber ser, empleando para ello las disciplinas científicas adecuadas (dogmática jurídica, sociología, filosofía). Así se evitaba la unilateral identificación entre el Estado y su ordenamiento jurídico, aunque éste resultara integrado en el análisis en cuanto aspecto fundamental de la realidad estatal. Y con ello se daba también cabida a un « concepto realista del Estado » en tanto que « corporación jurídica », concepto atenido pulcramente a su dimensión jurídico-política y capaz de esclarecer la organización y legitimidad de su poder y de evidenciar la trama de relaciones jurídicas y de voluntad en que se sustenta y cuya seguridad tiene como misión garantizar.

Thoma modernizó así la vetusta noción del Estado como *juristische Person*, entendiéndola no solo como « unidad inclusiva » de « las acciones de sus órganos », sino también como entidad asociativa e igualitaria basada en -y actualizada por- los comportamientos y acciones de los hombres. De este modo, la voluntad del Estado, más que derivar del plano abstracto y formalista de su arquitectura orgánica, se conformaba en el terreno social, algo que aproximaba ya su teoría estatal a determinadas posiciones liberales.

Y democráticas. En el entendido de que, para Thoma, la democracia era en la Alemania de 1918 el « verdadero principio conservador », opuesto a los « privilegios del nacimiento y del dinero » y, por tal motivo, impulsor de una política nacional. Al igual que Anschütz,

Thoma resaltaba el momento de unidad y confluencia que la democracia había de suponer y propiciar, su capacidad para transmutar los antagonismos y diferencias en una voluntad unitaria: la nacional, justamente. Como buen liberal positivista y realista, adjudicaba a la ciencia jurídica el cometido de descifrar y racionalizar los canales jurídicos e institucionales que hacían posible tal convergencia, desde el derecho de sufragio al principio de la representación, pero también los presupuestos sociales que posibilitaban la existencia de un Estado democrático, del vigor de un « sistema de creencias generalizado » al consentimiento de las minorías.

Según se ha indicado, nuestro libro también expone las más conocidas trayectorias de Kelsen y de Heller. Nos exoneramos de su síntesis, pues ya cuenta el lector con sobrados antecedentes de lo que encontrará de tono más biográfico en el volumen que nos ocupa. No obstante, el mérito principal de éste reside no tanto en su exposición de trayectorias singulares cuanto en su intento de exposición sistemática, y a ella, por consiguiente, han de ir dedicadas las últimas palabras de esta nota de lectura.

Para articular esa distribución ordenada de las ideas, Groh localiza cinco nudos fundamentales en el debate intelectual de entreguerras en torno a la democracia y su aplicación práctica. Me refiero a las relaciones entre la democracia y la autoridad, al estatuto del « Estado de partidos » por entonces fundado, al pluralismo asociativo característico del momento, a los dilemas del gobierno parlamentario y a la los derechos fundamentales y sus posibles fricciones con el ejercicio democrático del poder. Por último, la autora añade como colorario un bloque dedicado al espacio dejado a la democracia en la teoría más estrictamente constitucional de los tiempos de Weimar.

En el primero de los aspectos, los cinco juristas que sirven a Groh de guía se opusieron, de un modo u otro, a las concepciones elitistas y carismáticas de la autoridad política. Si para Thoma las teorías que atribuyen la dirección de « la masa irracional » a la élite ilustrada no amparaban sino una distribución oligárquica del poder, para Heller y para Kelsen el culto al líder carismático era una traza propia de dictaduras, como mostraba el caso fascista y por mucho que Schmitt o Leibholz pretendiesen hacer pasar la « identidad » representativa entre el líder y la nación como el culmen de la democracia.

No era menor el acuerdo de fondo en torno a la aceptación del pluralismo y del asociacionismo como premisa de partida de la democracia. Del pluralismo radical de Kelsen a su necesaria reconducción a la voluntad unitaria del Estado, según la propuesta de Heller, de la comprensión del pluralismo en el marco de una teoría evolucionista, comunitarista y consciente de los antagonismos de clase formulada por Preuß a su encuadre rígidamente estatalista, según los comentarios a la Constitución alemana de Anschütz, nuestros cinco autores asumían el asociacionismo y la decantación pluralista como rasgos estructurales de

una sociedad moderna y como elementos esenciales para la formación de la voluntad estatal, enfrentándose con ello a las concepciones monistas y estrechamente soberanistas no menos difundidas.

Capítulo derivado del pluralismo y de suma relevancia institucional era el del *Parteienstaat* característico del tiempo de entreguerras. Atendiendo a las funciones políticas que los partidos debían desarrollar, a su concreto estatuto jurídico-constitucional y a la crítica realidad de su implantación efectiva, los cinco juristas estudiados, y algunos otros que también abordaron el asunto (Triepel, Nawiasky, Koellreutter o Radbruch), lograron poner de relieve los fundamentos y tensiones propios de una novedad institucional como lo era el Estado de partidos.

Para unos, representantes y formadores de la opinión pública y la voluntad popular, para otros, agentes encargados de la selección de la casta dirigente, y, en cualquier caso, entidades de compleja colocación entre el Estado — en tanto que órganos encargados de desenvolver funciones públicas — y la sociedad — en tanto que vehículos para la participación popular en los asuntos colectivos —, los partidos resultaron contruidos y categorizados en el plano teórico debido a la labor de la ciencia jurídica de entonces, que no dejó también de estar atenta a su realidad rutinaria, desgraciadamente signada por las frecuentes tácticas obstruccionistas desplegadas por la oposición de turno.

Fueron tales tácticas, entre otros motivos, las que sumieron al régimen parlamentario en una grave crisis. Por su fundamentación teórica y su defensa política también se distinguieron los cinco profesores examinados en nuestro estudio. Para Preuß el sistema parlamentario era el más óptimo medio de vincular al gobierno con la opinión pública, mientras que, en sentido similar, para Heller posibilitaba la materialización de una voluntad general real, explicitando con ello los principios de justicia que habían de informar al derecho positivo si éste pretendía ser eficaz. En un sentido más republicanista y empírico, aun no desprovisto de crítica, Thoma fijaba su atención en el aspecto procedimental del parlamentarismo, un medio inmejorable, a su juicio, para propiciar el entendimiento entre sectores contrapuestos y su común afección a las leyes. En el caso de Anschütz, la legislación parlamentaria constituía el mejor instrumento para la garantía de las libertades, aunque no dejase de reconocer una parálisis crítica del órgano legislativo, patología subsanable en su parecer con la mediación de la figura presidencial, dotada, como lo estaba en Alemania, de legítimas facultades normativas. Y en el sistema teórico de Kelsen, una vez expulsadas de la ciencia jurídica las consignas iusnaturalistas que atribuían contenidos morales, objetivos y necesarios, a la legislación, no era sino el parlamento el órgano más adecuado para el contraste de posiciones antagonicas y su compromiso respectivo.

La autora concluye su examen acerca de las relaciones entre la teoría y la praxis democrática abordando las tensiones entre ésta y la concepción tradicional de los derechos fundamentales. Más allá de

cuestiones anecdóticas, como el rechazo inicial de Preuß a insertar en la Constitución un elenco de derechos, o generales, como el diferente valor — desiderativo o normativo — atribuido finalmente a los mismos, interesan en este sentido las páginas dedicadas a la «funcionalización “democrática” de los derechos fundamentales», a los límites materiales que estos derechos podían levantar ante las decisiones parlamentarias y a la concepción que de ellos se sostuvo en el marco legitimador del *Sozialstaat*.

En efecto, la relación entre los derechos entendidos de forma liberal y el Estado democrático es, como poco, y todavía hoy, «ambivalente». El contraste entre ambos polos se ha apreciado desde la misma génesis del régimen constitucional en los Estados Unidos y en Francia, y el tiempo de entreguerras, con su vocación constituyente, supuso en este sentido un episodio fundamental, caracterizado por declinaciones insospechadas, posturas tradicionales y corrientes de relativa novedad.

Hubo así un intento, falsamente democrático, de poner los derechos y libertades en función de un entendimiento material, monolítico y totalitario del pueblo y la nación. Representativas de esta tendencia fueron, por ejemplo, la *Integrationslehre* de Smend o la lectura sustancialista que de los derechos hizo Ernst Rudolf Huber. Frente a ella se colocaron algunos de nuestros autores, reproduciendo los esquemas del liberalismo de preguerra, con su teoría de los «derechos públicos subjetivos» y de los intereses legítimos protegidos, o bien ensayando perspectivas algo más actualizadas, al recordar la función legitimadora y el carácter estructural que para el Estado tienen los derechos. Sin embargo, otros, como Kelsen, no sostenían una concepción circunscrita de los mismos como elemento básico del Estado democrático, o bien, como Preuß, destacaban solo la importancia decisiva del sufragio y de las garantías necesarias para participar en la conformación de la opinión pública, en la composición del parlamento y en la elaboración de las leyes, dejando así de lado otros derechos de tenor más individualista.

El asunto más candente a este respecto era, sin duda, el de los límites fijados por los derechos fundamentales a la actividad legislativa desarrollada por el parlamento. Los modos en que los derechos vinculaban al legislador podían ser variados. Por ejemplo, Heller sostenía que algunos, principalmente los sociales, constituían *sittliche Grundsätze*, pero no «derecho actual»; otros, imponían directrices al legislador; y otros, en fin, comprometían una transformación a través de las leyes, sin que por ello se reconociese un ámbito de derechos subjetivos, tal y como sucedía con los preceptos sobre la socialización económica contenidos en la Constitución de Weimar. En cualquier caso, en tanto que instituciones fundamentales del Reich, los derechos debían servir como clave interpretativa de la Constitución, y en su calidad de

« enunciados jurídicos fundamentales positivados » debían hacer de « límites jurídico-positivos del legislador ».

Si lo eran, pues, era por su carácter positivo. He aquí, como bien identifica Groh, el punto crucial para la visión democrática de los derechos. Tanto los positivistas Anschütz, Thoma o Kelsen como el antiformalista Heller negaban con firmeza la « pre-estatalidad » de los derechos de libertad. Para ellos, « una esfera pre-estatal de libertad de los individuos era jurídicamente inconstruible ». La libertad relevante desde un punto de vista jurídico era justamente la que se hacía posible a través del legislador y del derecho positivo. En definitiva, para los autores democráticos, en rechazo de cualquier fundamentación iusnaturalista, la « libertad efectiva estaba basada en el Estado y en el ordenamiento jurídico ».

Esto se hacía especialmente sensible en la interpretación social de los derechos fundamentales. Desde este punto de vista, bien presente en la fundación de la República, que constitucionalizó algunas exigencias de la *soziale Frage*, los derechos habían de ser también el medio para corregir los desequilibrios y desigualdades existentes en el terreno social y económico. No todos compartían, sin embargo, este parecer. Antes al contrario, la postura respecto a la cuestión social era, a juicio de la autora, la « diferencia central entre los liberales de izquierda como Anschütz, Thoma y Kelsen y los socialdemócratas, o socialliberales como Heller o el ‘municipalista socialista’ Preuß ». En rigor, de los cinco autores estudiados, solo Heller atribuía esta misión « niveladora » o igualadora a los derechos, de frenar la nociva perpetuación de las diferencias de clase, aunque no dejaran de tener relevancia los acercamientos de Thoma y Kelsen a ciertas posiciones propias del socialismo reformista y democrático.

Con buen criterio, el volumen de Groh se cierra con un bloque dedicado a la teoría más estrictamente constitucional elaborada por los juristas examinados. No les pasó desapercibida la necesidad de anclar el Estado democrático en una « (nueva) teoría democrática de la Constitución », cuyos dos postulados fundamentales habían de ser su « supremacía » (o « superlegalidad ») y su « garantía », tanto política como, finalmente, jurisdiccional. Bien conocidas son las aportaciones esenciales que a ese respecto hizo la obra de uno de los pensadores analizados, Hans Kelsen. Acaso menos tratada esté la enjundiosa polémica en torno a las relaciones entre el Estado y la Constitución, en el sentido de cuál de ambos polos es el precedente necesario del ulterior, interrogante que conduce irremediablemente al delicado asunto de los estados de excepción. Y a este tema particular dedica la autora el epígrafe central del capítulo, explicitando las posiciones de cada uno de los autores, desde la soberanía exclusiva del ordenamiento jurídico defendida por Kelsen a la soberanía extrajurídica en los casos de emergencia teorizada por Heller.

Valgan así estas líneas que ahora concluyen para llamar la atención sobre un estudio que se propone comentar la reflexión de cinco juristas demócratas de valiosa obra, cometido de subido interés para la historia intelectual del derecho del siglo XX. También han perseguido los presentes párrafos poner de relieve un modo de cultivar esta materia que intenta remontar el vuelo, trascendiendo en ocasiones a los autores y las obras singulares, con la finalidad sistemática de reconstruir los términos precisos de un debate. Pero, sobre todo, han intentado destacar el hecho de que en aquel debate no solo intervinieron los partidarios de superar, por una u otra vía, la democracia, sino también, y muy destacadamente, los partidarios del régimen democrático. Dato que, como insistimos al inicio, viene a mostrar en el plano de la teoría cómo en el terreno de la praxis institucional lo más decisivo de aquel tiempo no fue tanto la guerra abierta entre posiciones extremistas cuanto el esforzado propósito de fundar una democracia constitucional y pluralista.

SEBASTIÁN MARTÍN

VOLKER SELLIN, *Gewalt und Legitimität. Die europäische Monarchie im Zeitalter der Revolutionen*, München, Oldenbourg Verlag, 2011.

Il lavoro di Volker Sellin pone al centro di una quanto mai necessaria rivisitazione del tema del rapporto tra “potere e legittimità” la monarchia europea nell’epoca delle rivoluzioni, vale a dire nel momento in cui gli stati europei qui considerati (Russia, Austria, Prussia-Germania, Gran Bretagna, Francia in via principale, con qualche incursione mirata anche nelle vicende della monarchia spagnola e italiana) affrontarono, secondo tempi e modalità specifici per ognuno, il trapasso dalla monarchia assoluta alla monarchia costituzionale e da quest’ultima alla forma parlamentare di governo, quando non addirittura contemporaneamente alla forma di stato repubblicana (Germania e Austria nel 1918). Il volume, che si propone come una « indagine comparata interstatale della politica di legittimazione monarchica » (p. 13) nel periodo anzidetto, contribuisce anche indubbiamente a colmare la spesso lamentata assenza di testi di storia costituzionale europea comparata a disposizione degli specialisti del settore e degli studenti.

La monarchia ereditaria europea qui presa in considerazione non è l’istituzione statica e autoreferenziale di cui parla Max Weber nella sua trattazione sui tre tipi di potere legittimo (p. 263), e cioè la monarchia che pretende di imporre e giustificare il suo dominio semplicemente sulla base della forza della tradizione, richiamandosi all’investitura per grazia divina e al suo tradizionale ruolo di rappresentanza

unitaria del paese. Ad essere qui indagata e per certi versi disvelata è qui piuttosto la monarchia come istituzione reattiva e dinamica, tanto profondamente scossa dalle rivoluzioni da porsi con urgenza il problema, conscia della sterilità dell' « ideologia del legittimismo » (p. 14), di come continuare a giustificare il suo potere e la sua stessa esistenza, di come continuare a farsi accettare dal popolo (il termine *Akzeptanz* ritorna in continuazione nel testo) per mantenere il potere anche in epoca costituzionale, di quali siano le “strategie” più razionali rispetto allo scopo e adeguate ai tempi per conservare un ruolo preminente fra le altre, più o meno nuove, istituzioni dello Stato, possibilmente anche oltre l'imporsi inevitabile di nuove forme di governo e del governo parlamentare in particolare.

L'uso ricorrente dei qualificativi *geeignet, angemessen, zeitgemäß* in riferimento alle strategie di legittimazione messe in campo dai monarchi, tradiscono inevitabilmente e puntualmente il punto di vista critico dell'Autore nel giudicare, ormai alla luce del “com'è veramente stato”, dell'appropriatezza e del successo delle strategie utilizzate. Tutto il frenetico movimento di concessioni costituzionali da parte dei monarchi europei ottocenteschi, prima fra tutte quella di Luigi XVIII nella Francia del 1814, altro non sarebbe stato, in sintesi, che frutto dell'intelligenza della irreversibilità della crisi di legittimazione dell'istituzione monarchica e della presa d'atto fattiva della conseguente necessità di porsi sul piano della *Realpolitik* per evitare il tracollo definitivo dell'istituzione monarchica o quanto meno la deposizione dal trono (Giorgio III da parte delle colonie americane, Carlo X nel 1830 e Luigi Filippo nel 1848 in Francia, pp. 17-25).

Salvare la monarchia in epoca moderna, quando « il potere è un rapporto di forza, e la forza è accettata solo se è riconosciuta come legittima » (p. 14), e quando « (il) criterio per la legittimità del potere è la sua corrispondenza con le vigenti convinzioni giuridiche » (p. 1), mai è stato possibile, ammonisce ripetutamente Sellin, facendo ricorso all'uso della forza (cap. 2: *Gewalt*, pp. 15-41), o opponendo strenua resistenza al mutamento (come fece l'Imperatore Carlo I d'Austria nel 1918), o, ancora, cedendo ad esso troppo tardi (come fece lo Zar Nicola II nel 1917, pp. 120-124). La monarchia è piuttosto sempre riuscita a sopravvivere a se stessa laddove ha accettato di trasformarsi, di adattarsi alle nuove condizioni storiche, appropriandosi pragmaticamente, per neutralizzarne la forza eversiva, degli strumenti e degli obiettivi della rivoluzione: di volta in volta la costituzione (pp. 171-216), il progetto statale nazionale (pp. 217-239), la riforma sociale (pp. 241-261).

A ben vedere tuttavia al centro dell'attenzione di questo lavoro prima ancora e forse più che la monarchia come istituzione politica, esplicitamente evocata nel sottotitolo (« la monarchia europea nell'epoca delle rivoluzioni »), sono i monarchi europei sette- otto- e novecenteschi dei paesi qui considerati, e soprattutto, come avverte esplicitamente l'Autore, le strategie di legittimazione da questi messe in campo

per sopravvivere alla rivoluzione, per riuscire ad andare oltre la rivoluzione anche a costo, spesso, di dover impugnare le sue stesse armi per riuscire a sconfiggerla, come fece Luigi XVIII nell'accettare di porre una *Charte* alla base del suo governo. Che per questa via si finisca con il richiamare l'attenzione sulla perversa logica della eterogenesi dei fini che spesso si muove insidiosa dietro e sotto i processi rivoluzionari, producendo sul lettore un effetto tutt'altro che rassicurante, è un rischio che Sellin ha messo in conto sin dall'inizio e che costituisce a ben vedere l'aspetto potenzialmente più innovativo del suo metodo di ricostruzione storica.

Al centro della lunga e articolata riflessione storica di Sellin finisce così con l'imporsi non tanto, come già accennato, la monarchia come istituzione, e nemmeno il monarca come soggetto istituzionale, e cioè in quanto titolare di poteri, funzioni, ruoli istituzionali che lo proiettano immediatamente al centro di relazioni e dialettiche politico-istituzionali più o meno collaudate e sistemiche anche se di natura essenzialmente conflittuale (come invece ha fatto, non senza meriti, la storiografia costituzionale tedesca degli Huber, Boeckenfoerde, Wahl. etc. impegnata negli ultimi 40 anni a enucleare e definire con una formula l'essenza della forma di governo monarchico-costituzionale), quanto piuttosto il monarca come uomo di potere per eccellenza, uomo cresciuto per il potere, preparato, formato e disciplinato sin dall'inizio in vista dell'assunzione e della conservazione del potere monarchico ereditato e, possibilmente, della sua massimizzazione.

Il monarca è qui colto in una prospettiva che si potrebbe addirittura definire tridimensionale. Nell'affrontare i singoli casi statalnazionali l'indagine si inoltra ogni volta sino a svelare le condizioni di maturazione, il contenuto, i tempi di dispiegamento delle strategie di legittimazione elaborate e messe in campo al fine della conservazione del potere, addensandosi particolarmente ogni qualvolta si sofferma a sottolineare, nel farne il bilancio conclusivo, debolezze o rigidità psico-antropologiche del monarca, la sua sensibilità più o meno spiccata a cogliere tempestivamente l'insorgenza nonché il momento culminante e di non ritorno della crisi politica, l'ostinazione caparbia e gli inutili eccessi che talvolta inficiarono all'origine la risposta monarchica all'insorgenza della crisi, le esitazioni ed i ripensamenti spesso tardivi che non mancarono di ripercuotersi inesorabilmente nel determinare il fallimento della strategia di legittimazione adottata. Quando nella *Einleitung* (pp. 1-14) si sostiene che particolarmente il monarca ottocentesco in genere intuì tempestivamente che in presenza o sotto la minaccia di una rivoluzione « per conservare la sua legittimità » doveva « fare delle concessioni prima che le [fossero] strappate » (p. 6), agendo « con cautela » (*umsichtig*, pp. 295) ma anche « tempestivamente » (*rechtzeitig*, p. 256) per non disperdere la sua potenziale forza di contrattazione, e che, come argomentò Alessandro II di Russia nel 1856 prima di liberare i contadini dalla schiavitù nel

1861, era « di gran lunga meglio che la riforma fosse fatta dall'alto piuttosto che non dal basso » (p. 255), Sellin pare quasi voler concentrare in una massima di comportamento e in un imperativo categorico di valore universale e metastorico quella che a suo avviso è stata una strategia monarchica di legittimazione che ha sempre raggiunto il suo scopo quando messa in campo di fronte a rivoluzioni politiche (la gloriosa rivoluzione inglese del 1688-89) e/o sociali (rivoluzione francese del 1789) miranti alla costituzionalizzazione o alla parlamentarizzazione dello Stato.

Cautela e allo stesso tempo tempestività, capacità di reazione ma anche volontà di compromesso hanno animato ogni strategia di legittimazione efficace e coronata da successo e tale si è rivelata a sua volta ogni strategia pronta a farsi carico del principio eminentemente illuministico per cui « gli uomini si lasciano dominare, quando riconoscono il potere come legittimo » (p. 1), che è forse anche il principio che ha animato e che percorre carsicamente come un filo rosso tutta la ricostruzione storica di Sellin.

La monarchia insomma, come istituzione politica che occupa incontestata il centro del sistema politico in antico regime e che poi in epoca (monarchico) — costituzionale si contende quel centro con l'istituzione parlamentare attraverso politiche più o meno aggressive e dall'esito alterno, lungi dal poter continuare ad essere vista come istituzione tradizionalista e conservatrice per eccellenza, è qui colta nell'epoca delle rivoluzioni come origine e punto di riferimento allo stesso tempo di strategie di legittimazione assolutamente moderne; tanto moderne che il monarca generalmente non esitò (e mai avrebbe dovuto esitare secondo Sellin) a impadronirsi, se non addirittura dei programmi, degli strumenti e degli obiettivi della rivoluzione, per poi volerli e sfruttarli a proprio vantaggio.

Dalla fine del Settecento e per tutto il lungo Ottocento la storia costituzionale europea ha insegnato incontrovertibilmente, così Sellin, che i « sovrani » sono stati violentemente abbattuti quando si sono arroccati su se stessi e si sono rifiutati di porsi tempestivamente sul terreno e al livello dello scontro in atto, quando si sono irrigiditi e si sono rifiutati di prendere atto della « mutevolezza delle convinzioni » umane (*Überzeugungen sind jedoch veränderlich*, p. 1), di accettare che « la legittimità monarchica deve essere conquistata sempre di nuovo » (p. 294), di adeguare ai nuovi tempi gli strumenti del potere e le strategie per la sua legittimazione, rifuggendo anzitutto dall'utilizzo della forza (*Gewaltanwendung, Waffengewalt*) per la conservazione del potere, contrariamente a quanto fecero invece sia Carlo X che Luigi Filippo in Francia, sia lo Zar Nicola II nella Russia del 1917 (p. 294), andando così rovinosamente incontro alla sconfitta.

Il percorso argomentativo seguito da Sellin nel ricostruire analiticamente le diverse strategie di legittimazione messe in campo dalla monarchia per fronteggiare le sfide lanciategli dall'epoca delle rivoluzioni

zioni, sfide che spesso arrivarono addirittura al punto di metterne definitivamente in discussione la ragione di esistenza e sussistenza (come accadde nel 1870 in Francia, nel 1917 nell'Impero degli Zar, alla fine della prima guerra mondiale nell'impero tedesco e nella monarchia austroungarica (p. 295)), è assolutamente lineare. Quando né la base dinastica ed ereditaria della monarchia (pp. 43-78), né la grazia divina e la strumentalizzazione della religione (pp. 79-103), né infine la capacità del monarca di difendere con le armi il paese dal nemico esterno (pp. 105-143) furono più sufficienti a tenere in piedi e a legittimare la monarchia, allora quest'ultima si vide costretta a ricorrere ad altre, più moderne, politiche di (auto)legittimazione che talvolta furono messe in campo insieme alle tradizionali già dette, altre volte furono utilizzate in alternativa ad esse, e che furono, come detto, essenzialmente tre: la accettazione o la concessione di costituzioni, la nazionalizzazione della monarchia, la assunzione della riforma sociale come compito precipuo della monarchia.

Da quanto detto sin qui si spera sia possibile almeno intuire quanto ancora ci fosse da scavare per arrivare ad avere della monarchia ereditaria europea un'immagine a tutto tondo come quella che ce ne restituisce Sellin, un'immagine in grado di spiegare sia la sua estrema longevità, sia la sua capacità di tener testa all'irrompere sulla scena politica, dalla seconda metà del Settecento in poi, di soggetti e movimenti politici, istituzionali (istituzioni rappresentative), ideali (anzitutto l'illuminismo, pp. 145-169) che sin dall'inizio ne misero radicalmente in discussione per l'appunto le basi di legittimazione.

ANNA GIANNA MANCA

EMANUELE STOLFI, *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari*, Bologna, il Mulino, 2010 (*).

Gli itinerari tracciati da Emanuele Stolfi sono molteplici, ma rispondono tutti a una medesima esigenza: prendere le distanze da una pratica storiografica troppo spesso indifferente al profilo dei propri presupposti teorici. La domanda che percorre l'intero libro non è esattamente una domanda di metodo; non riguarda primariamente ciò che Bloch chiamava il 'mestiere' dello storico (gli arnesi impiegabili nella conoscenza del passato e le loro modalità d'uso) né insiste sul

(*) Il testo è stato letto in occasione della presentazione del libro di Emanuele Stolfi, organizzata dal SUM (Istituto italiano di Scienze Umane) a Firenze il 18 maggio 2011.

rapporto ermeneutico che intercorre fra la storico e il testo, ma concerne la condizione di possibilità del sapere storico: il rapporto fra il passato e il presente. Per mostrare l'urgenza di questa domanda l'autore fa intendere che una risposta inadeguata o fuorviante non soltanto indebolisce la portata cognitiva del sapere storico, ma ne compromette il senso e rafforza la tendenza — oggi crescente — all'imperialismo del presente.

Emanuele Stolfi non offre risposte perentorie e preferisce la discussione all'asserzione. Non che egli taccia le sue preferenze e le sue inclinazioni: che però mantengono un carattere aperto, come avviene in ogni discussione non fittizia. Una preferenza esplicita va a un termine che non a caso figura anche nel titolo del libro: 'genealogia'. Genealogia, nella cornice del libro, evoca Foucault e viene collocata all'interno della complessa produzione del filosofo francese. Stolfi ricorda sinteticamente le tappe di questo sviluppo: prima, l'affiorare del tema 'genealogico' in Foucault lettore di Nietzsche (forse prima ancora che di Freud), poi la teorizzazione dell'archeologia, infine la definitiva messa a punto del concetto di 'genealogia' e il progressivo assorbimento del momento 'archeologico' nel momento 'genealogico'.

Tentiamo di ricordare che cosa significa archeologia per Foucault citando una sua limpida definizione: archeologia è — come scrive Foucault in un'intervento del 1966 — non proprio una disciplina, ma un campo di ricerca. « In una società, le conoscenze, le idee filosofiche, le opinioni di tutti i giorni, così come le istituzioni, le pratiche..., i costumi, tutto rinvia a un sapere implicito caratteristico di quella società ». Questo sapere non è la somma delle diverse teorie filosofiche, religiose, scientifiche ecc. « È piuttosto ciò che rende possibile la comparsa di una teoria.... », di un sapere, di una disciplina. L'oggetto di una ricerca 'archeologica' non è dunque una disciplina, ma è (per Foucault che dichiara di mutuare da Kant il termine di 'archeologia') lo studio di « ciò che rende necessaria una certa forma di pensiero », l'analisi delle condizioni di pensabilità dei saperi e delle pratiche caratteristiche di una società determinata ⁽²⁰⁾.

Il passaggio dall'archeologia alla genealogia, che avviene nel corso degli anni settanta, coincide con lo spostamento del fuoco dell'analisi dal campo dei saperi alle relazioni di potere. È genealogia il tentativo di cogliere nelle pratiche extradiscorsive del potere e della resistenza il punto di irradiazione dei discorsi e dei saperi. Si apre un altro fronte di indagine, che però, almeno nell'*Ordine del discorso* (lo scritto foucaul-

⁽²⁰⁾ M. FOUCAULT, *Dits et écrits, 1954-1969*, Paris, Gallimard, 1994, vol. I, pp. 526-527.

tiano del 1971 (21)), non sembra alternativo, bensì complementare al precedente; ed è semmai in scritti successivi che il momento genealogico sembra divenire effettivamente assorbente.

È possibile, e come, riproporre gli schemi foucaultiani sul terreno della storia del diritto? È una domanda che Stolfi si pone in concreto dedicandosi a un fine esercizio di lettura di *Ius*, di Aldo Schiavone (22). *Ius* non presenta, secondo Stolfi, una tessitura foucaultiana e tuttavia trae da Foucault stimoli importanti proprio nella strutturazione di una delle sue principali acquisizioni: una ricostruzione della *iurisprudencia* romana che vada al di là dell'ormai riduttiva distinzione fra 'tecniche' e 'ideologie' e faccia leva sul suo 'formalismo', la caratterizzi cioè come un sapere 'formale', distinto dall'immediatezza degli interessi e dei coinvolgimenti politici e tuttavia capace di esprimere un efficace potere disciplinante. Certo, per guardare al rapporto fra società e saperi resta determinante la lezione di Marx (che peraltro E.S. non manca di indicare come un importante punto di riferimento per *Ius*). Schiavone però, per un verso, non mira a stabilire una rigida omologia strutturale fra rapporti di produzione e discorsi (che era in sostanza l'ambizione più alta del marxismo teorico), mentre, per un altro verso, raccoglie da Foucault due preziose indicazioni: in primo luogo, la valenza positiva e non solo repressiva del potere, la sua forza produttiva di sapere, e, in secondo luogo, il carattere disseminato e pervasivo del potere, che non può essere costretto nel rigido, giuridico involucro della sovranità.

Foucault è dunque importante per Schiavone, ma non tanto come autore dell'*Archeologia del sapere*, quanto come teorico del nesso fra potere e sapere. Ed è comprensibile che sia così, se si riflette sul fatto che un'archeologia giuridica (in senso foucaultiano) è una contraddizione in termini, dal momento che oggetto della ricostruzione archeologica è, come ricordavo, la comprensione di un sapere sommerso e disperso che, lungi dal coincidere con l'una o con l'altra disciplina o teoria, agisce come la loro soggiacente condizione di senso e di 'pensabilità'. In questa prospettiva, se proprio vogliamo usare l'espressione 'archeologia giuridica' dovremmo impiegarla per alludere a un programma di ricerca focalizzato sul rapporto fra la superficie e il suo substrato, fra il sapere giuridico e ciò che ne rende possibile, in un contesto dato, la sua strutturazione. Si tratterebbe di un programma tanto affascinante quanto difficile, che non mi sembra che sia stato ancora intrapreso, in questi precisi termini, da nessuna ricerca storico-giuridica.

(21) M. FOUCAULT, *L'ordre du discours* (Leçon inaugurale au Collège de France prononcée le 2 décembre 1970), Paris, Gallimard, 1971.

(22) A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, Einaudi, 2005.

È dunque il Foucault 'genealogista' che esercita una positiva influenza sullo *Ius* di Schiavone. La lezione che ne trae Stolfi è duplice: in primo luogo, la convinzione che studiare storicamente il sapere giuridico romano è individuare nella trama di quel sapere i rapporti di potere che ne costituiscono gli snodi e le nervature; in secondo luogo, e di conseguenza, la convinzione che il reciproco nesso di potere e sapere vincola l'oggetto della ricerca a un contesto determinato e impone di sottolineare le cesure e le discontinuità che impediscono di strappare un sapere alle connesse pratiche e relazioni di potere e immaginarlo come una navicella libera di viaggiare sulle onde del tempo.

Leggere foucaultianamente lo *Ius* di Schiavone serve dunque a Stolfi per sottolineare la propria propensione discontinuista, contro ogni strisciante o aperta nostalgia savigniana o pandettistica. Pagato il debito al 'discontinuiamo', però, resta aperto un problema formidabile: il problema del senso stesso della storiografia, una volta appurato che essa mette in scena un mondo perduto, una realtà 'altra' rispetto al nostro presente. È un problema che Stolfi discute giocando sui possibili significati dei termini 'attuale' e 'inattuale'.

Tenterò di giocare a mia volta con le pagine del nostro libro chiedendo scusa all'autore per probabili forzature e deformazioni. Scartata, data la già manifestata propensione discontinuista, l'idea che il passato possa dirsi attuale in quanto collegato con il presente da un'ininterrotta 'grande catena', la coppia 'attuale'/'inattuale' evoca un nome: Nietzsche; Nietzsche come autore di quelle considerazioni sulla storia che egli definisce inattuali, perché incompatibili con lo storicismo dominante negli anni Settanta dell'Ottocento (23).

Nietzsche rifiuta di registrare passivamente il passato nella sua (peraltro inattuabile) integralità. L'inconsueta tunica che per lo storicismo copre e unifica il passato e il presente appare a Nietzsche un cappio che soffoca l'istinto vitale e impedisce ogni slancio creativo. La storia salvata nella sua interezza dalla memoria è incompatibile con la vita. Il presente non può essere fagocitato dal passato. Sono le esigenze vitali che decidono, nel momento in cui si presentano, che cosa fare del passato: che cosa ricordare di esso e che cosa dimenticare. È appunto il gioco, estremamente serio, della memoria e dell'oblio che Stolfi evoca nel titolo del secondo capitolo del suo libro e indica come criterio formativo dell'identità individuale e collettiva: un'identità decisa, un'identità costruita e immaginata, ma non per questo meno indispensabile e cogente.

(23) F. NIETZSCHE, *Unzeitgemäße Betrachtungen, Zweites Stück: Vom Nutzen und Nachtheil der Historie für das Leben*, in F. NIETZSCHE, *Werke, Kritische Gesamtausgabe*, Abteilung III, 1. Band, Berlin, de Gruyter 1972.

È a partire da questa assunzione che mi sembra possa essere proficuamente impostato il problema del rapporto fra passato e presente e in particolare il problema del rapporto fra mondo antico, medievale e moderno (un problema nel quale conviene includere la *vexata quaestio* della cosiddetta tradizione romanistica). A me sembra che una direzione feconda, idealmente collegata con il retroterra nietzscheano del nostro libro, potrebbe far leva sulla spirale interminabile delle interpretazioni. L'«eredità» del mondo antico non è un messaggio, univoco e in sé concluso, indirizzato ai posteri. È una gigantesca congerie di testi che, dopo il naufragio di quel mondo, perviene, per mille strade, a società con esso incommensurabili. Sono queste società che, in vista delle loro esigenze e della loro identità, decidono che cosa ricordare e che cosa dimenticare: si appropriano liberamente e creativamente dei più diversi materiali, li usano come «opere aperte» e attraverso un'interpretazione che è attribuzione, e non registrazione, di senso costruiscono nuovi universi di significato. È questa la direzione di ricerca teorizzata e praticata, sul terreno della storia letteraria, da Hans Robert Jauss, ma suscettibile di un impiego assai più largo; una direzione di ricerca imperniata su due termini-chiave: ermeneutica e ricezione ⁽²⁴⁾.

In questa prospettiva, ciò che una società scomparsa consegna a società successive nel tempo, ciò che il mondo antico lascia al medioevo e alla modernità, non è tanto un lascito (vorrei evitare questa espressione, che sembra evocare una qualche intenzionalità o teleologia) quanto un gigantesco *thesaurus* di testi, un insieme di tasselli disponibili a comporre mosaici sempre diversi. È indubbio quindi — esemplificando — che un'importante profilo del mondo romano sia la costruzione di un sapere giuridico altamente formalizzato (nel senso spiegato da Schiavone e ripreso da Stolfi), ma non è certo questo l'insegnamento che Bartolo e Baldo intendono trarre dal *Corpus Iuris*; così come un altro aspetto della *iurisprudencia* romana — l'importanza rivestita da un ceto di *sapientes* — non avrebbe scandalizzato i giuristi di *ius commune*, ma faceva inorridire Pietro Verri. Ogni società, insomma, inventa le proprie tradizioni interpretando creativamente ciò che del passato più o meno fortunatamente la raggiunge, creando la propria identità culturale in un'incessante produzione di testi a mezzo di testi (tanto per parodiare il famoso titolo di Piero Sraffa).

Ogni società, dunque, ricorda e dimentica ciò che vuole, come ci dice Stolfi attraverso Nietzsche; ogni società (direbbe Jauss) legge ciò che trova e lo interpreta a partire dalla sua aspettativa di senso. È questa una prospettiva che permette di valorizzare le discontinuità e di evitare

(24) H.R. JAUSS, *Aesthetische Erfahrung und literarische Hermeneutik*, Frankfurt, Suhrkamp, 1982 (tr. ital. *Esperienza estetica ed ermeneutica letteraria, II. Domanda e risposta: studi di ermeneutica letteraria*, Bologna, il Mulino, 1988).

il funesto espediente narrativo delle 'anticipazioni' (Ockham che anticipa Locke che anticipa Bentham che anticipa Jhering ecc., tutti insieme nel teleologico e unitario movimento della storia). Aggiungo anche che in questa prospettiva è possibile prendere sul serio le preoccupazioni della Scuola di Cambridge: l'insistenza di Skinner sull'intenzionalità del testo, sul suo carattere austinianamente performativo. È vero insomma quanto ci ricorda Skinner, che un testo è la pedina di un'interazione sociale che si svolge in un luogo e in un tempo determinato. Hobbes ha paura della guerra civile che infuria davanti alla porta di casa sua: non indirizza messaggi cifrati a Carl Schmitt, ma discute con precisi e individuabili interlocutori del suo tempo. In sostanza, Skinner sottolinea l'integrale storicità del testo, la sua radicale immersione in un contesto: il suo era un monito di ascendenza crociana, che lo raggiungeva in Inghilterra via Collingwood e suonava eversivo nel mondo anglosassone degli anni settanta, ancora dominato da paradigmi neopositivistici (mentre non dovrebbe apparire troppo singolare a noi, data la forte incidenza sulla cultura italiana di Croce e poi di Gramsci).

Prendere sul serio le discontinuità, il gioco della memoria e dell'oblio e quindi la trama delle ricezioni e delle interpretazioni e l'integrale storicità di ogni contesto: è questa una delle direttrici di ricerca che il nostro libro raccomanda; una direttrice possibile, ma non l'unica. Esiste, presa in considerazione dal nostro libro, anche un'altra strada: vorrei dire, un'altra ricetta sul buon uso della conoscenza storica. Questa seconda strategia euristica non è necessariamente alternativa alla prima, anche se è indubbiamente diversa. Il punto di partenza, la condizione di possibilità di entrambe le strategie, è però la medesima: un atteggiamento sgombro — come scrive Emanuele Stolfi — « dalla fascinazione metafisica dell'origine e dall'assillo delle continuità » (p. 77). La strategia ricordata per prima è caratterizzata dalla decisione di chiudere l'analisi nel perimetro di un tempo storico definito, di una precisa contestualità storica. La seconda strategia estende invece liberamente il proprio orizzonte temporale: il suo obiettivo è una sorta di comparazione diacronica, una comparazione fra culture condotta non sull'asse della spazialità, ma sull'asse della temporalità.

Torna ancora in gioco la categoria dell'«inattuale»: inattuale però ora non è la posizione dello storico nei confronti del suo tempo (l'inattualità dell'antistoricismo di Nietzsche nel coro storicistico del suo tempo); l'inattualità indica il carattere 'altro', la diversità radicale di forme di vita scomparse rispetto a ciò che oggi ci appare familiare e consolidato. Considerato in questa luce, il passato si presenta come una mappa di sentieri interrotti, un archivio di possibilità lasciate cadere dalle generazioni successive e tuttavia suscettibili di essere ritrovate e rinnovate in contesti completamente diversi. Gli esempi menzionati nel nostro libro sono numerosi, ma trovo particolarmente suggestive le pagine dedicate alla democrazia ateniese.

L'intero dibattito sette-ottocentesco sulla democrazia rappresentativa (da Adams a Madison, a Sieyès, a Condorcet e ovviamente a Constant), o almeno il suo orientamento prevalente (con l'importante eccezione di Mill), tende a vedere nella democrazia ateniese un'esperienza lontana e perduta, inseparabile dalle condizioni che la hanno resa possibile. La comparazione diacronica (fra la nostra democrazia e la democrazia degli antichi) non revoca in dubbio la radicale discontinuità che separa i due mondi, ma non rinuncia a interrogare l'esperienza antica a partire dai punti di crisi del nostro presente. La denuncia delle aporie dell'odierna democrazia rappresentativa trae forza dal confronto con le risposte che un mondo lontano aveva dato alle medesime domande: come rendere compatibili governo e partecipazione, controllo e libertà. L'obiettivo non è una meccanica attualizzazione dell'inattuale o una disinvolta assimilazione del diverso: proprio in quanto inattuabile nella sua letteralità, l'inattuale sprigiona la sua valenza liberatoria, impedendo imitazioni passive e stimolando l'elaborazione di alternative all'altezza del nostro tempo.

La storiografia come ricostruzione della deriva delle ricezioni e delle interpretazioni, entro una temporalità storica discontinua e segmentata; oppure la storiografia come comparazione fra mondi lontani e scoperta di sentieri interrotti. Cambia, nelle due strategie, l'arco della temporalità, ma è forte in entrambe il senso dell'autonomia dei contesti considerati, è netta la convinzione di doverli comprendere come universi conclusi e non come momenti di passaggio fra un 'prima' e un 'dopo'. Queste strategie non esauriscono però tutte le possibilità a nostra disposizione. Per Stolfi esiste anche un altro modo di intendere il rapporto fra passato e presente: un modo che egli descrive facendo riferimento soprattutto ai lavori di Agamben. Questo filosofo, secondo Stolfi, assume alcune nozioni del diritto romano come «le prime incarnazioni storiche di vaste categorie interpretative» (p. 94), la cui portata non si esaurisce nel contesto della loro prima apparizione, ma si estende in sostanza all'intera storia dell'occidente. Valga l'esempio, su cui Stolfi si sofferma, dell'*homo sacer* come luogo di origine di una sovranità riconducibile al potere di dare la morte senza commettere un omicidio e senza celebrare un sacrificio.

Accanto, e contro, Agamben Emanuele Stolfi mette in scena uno storico del diritto (Garofalo), offre un quadro nitido dei termini della contesa e giunge infine a una conclusione: il dissenso fra i due autori è riconducibile alla diversità dei rispettivi piani prospettici, la storia giuridico-istituzionale, da un lato, e, dall'altro lato, una ricerca di carattere 'archeologico'. Questo rilievo mi sembra sicuramente convincente. Vorrei però capire meglio la portata della distinzione; e in particolare vorrei chiedermi in che modo la ricerca archeologica possa comporsi con il mestiere dello storico.

A me sembra che la strategia agambeniana, così come Stolfi la intende e la presenta, abbia un carattere che io chiamerei non tanto

archeologico, quanto genealogico, in un senso prossimo alla riflessione sviluppata da Nietzsche nella *Genealogia della morale*. Se pensiamo ad esempio al nesso instaurato da Nietzsche fra la vendetta e il diritto, possiamo pensare alla vendetta come a un punto di origine. Occorre però subito aggiungere che per Nietzsche il punto di origine non è l'avvio di un processo lineare, continuo e teleologico, ma è un'esigenza vitale che irrompe in modi sempre nuovi e diversi. In questa prospettiva dunque un approccio genealogico è coerente con una visione discontinuista dello sviluppo storico e anche per questo, credo, viene presentato da Stolfi come una delle strategie impiegabili nella comprensione del passato e del suo rapporto con il presente.

Il genealogista dunque lavora su tempi storici lunghissimi, ma, concependo il punto di origine non come un seme dal quale nasce, giorno dopo giorno, l'albero, ma come una sorta di big bang che produce effetti a distanza nei più diversi contesti, è in grado di valorizzare, anch'egli, la specifica storicità dei contesti e la loro enorme varietà. Se così fosse, l'approccio genealogico avrebbe, ai miei occhi, un merito particolare: quello di risolvere un enigma che si propone di frequente a uno storico; l'affiorare, nei più diversi contesti, di simbologie, di metafore, di strategie retoriche fra loro analoghe. Basti pensare, tanto per fare qualche esempio, ai riti e ai simboli della sovranità o alle tecniche di costruzione del nemico interno e esterno o ai dispositivi di inclusione e di espulsione. Non a caso è su questo fronte che scatta l'esigenza (in realtà però assai marginalmente soddisfatta) di aprire la storiografia agli apporti dell'antropologia e rispettivamente di fare dell'antropologia una lente di osservazione della nostra storia.

Ora, una siffatta reciproca fecondazione è tanto indispensabile quanto problematica; e la radice della difficoltà sta a mio avviso nella diversa filosofia della temporalità praticata dalle due discipline: da un lato, le strutture antropologiche sembrano bloccare il tempo, mentre, dal lato opposto, la storiografia esaspera la specifica storicità del contesto. È una difficoltà che l'approccio genealogico risolve? La risposta sembra che debba essere affermativa, dal momento che esso non evoca l'immagine di uno sviluppo uniforme e continuo o addirittura di un tempo immobile o di un mutamento apparente. È però anche probabile che resti al fondo una qualche tensione fra genealogia e storiografia o almeno una qualche diversità dei rispettivi piani prospettici e una conseguente incomprendimento: come se, da un lato, il genealogista trasformasse la radicale diversità dei contesti in trascurabili varianti del medesimo tema e, dall'altro lato, lo storico si perdesse nel *mare magnum* dei discorsi e degli eventi senza intendere il loro punto di gravitazione e il loro senso profondo.

Sono questi alcuni dei problemi con i quali si misura il libro di Emanuele Stolfi; un libro inconsueto, nella odierna letteratura storico-giuridica, per la sua apertura intellettuale, per la felicità dello stile, per la capacità di mettere a fuoco le più spinose *quaestiones disputatae*.

Dobbiamo essere grati all'autore per averci ricordato, e dimostrato *per facta*, che la pratica storiografica non è separabile dal continuo interrogarsi sulle sue condizioni di possibilità.

PIETRO COSTA

ANGELO TORRE, *Luoghi. La produzione di località in età moderna e contemporanea*, Roma, Donzelli, 2011 (*).

Il libro di Angelo Torre parla di 'luoghi': non di luoghi in generale, ma di alcuni specifici e determinati angoli di mondo (la Valsesia, l'astigiano, l'hinterland torinese, i pascoli biellesi); l'autore si pone a distanza ravvicinata con l'esperienza nel suo concreto fluire, nel tentativo di metterne in scena i protagonisti, ricostruirne le modalità di svolgimento, indicarne i mutamenti, gli esaurimenti e le sopravvivenze. Il libro parla della Valsesia, ma non è una storia della Valsesia; parla di alcuni, specifici luoghi, ma non è storia locale, perché interviene un secondo registro nell'orchestrazione del discorso, un livello ulteriore, grazie al quale la rappresentazione dell'oggetto diviene una riflessione di secondo grado sulle modalità di costituzione dell'oggetto stesso. Non sono dunque una forzatura o una promessa non mantenuta il titolo e il sottotitolo del libro: *Luoghi. La produzione di località*. Non lo sono perché l'autore, nel momento in cui ci parla di luoghi determinati, non ce li presenta come immobili sezioni di uno spazio oggettivo, newtoniano, ma ce li mostra come il precario prodotto di un continuo, pulviscolare movimento di esseri umani in carne ed ossa: i luoghi — scrive programmaticamente l'autore — « come costruzioni sociali e culturali incessanti ». Siamo di fronte a un assunto teorico di primaria importanza: il luogo fisico non è il contenitore inerte di un'interazione sociale svincolata dai condizionamenti delle risorse naturali; l'agire e l'esserci, il radicamento in un territorio e la sua trasformazione sono due facce della stessa medaglia.

L'interazione sociale costruisce il proprio spazio. Chi sono i protagonisti di questa interazione? Sono ovviamente individui. E non mancano nel libro riferimenti ai comportamenti e alle scelte di precise personalità, più o meno note. Non è però l'azione individuale (o una somma di azioni individuali) l'elemento caratterizzante della ricerca,

(*) Il testo è stato letto in occasione della presentazione del libro di Angelo Torre, organizzata dall'Università degli studi di Napoli "L'Orientale" il 23 febbraio 2012 nell'ambito del Dottorato di ricerca in Storia dell'Europa nell'età moderna e contemporanea.

che assume piuttosto come proprio oggetto privilegiato l'interazione sociale, un viluppo di relazioni intersoggettive capace di trovare una sua unità e una sua stabilità e di ritagliarsi un proprio spazio.

Assumere come oggetto un gruppo sociale e la sua interna strutturazione sembra una scelta obbligata per chiunque intenda lavorare sulla dinamica socio-istituzionale nell'Europa di antico regime. Torre si muove in questo alveo, ma la sua scelta è radicale. La sua unità minima di riferimento non è una struttura socialmente e politicamente complessa e differenziata. Egli sposta la soglia dell'analisi, per così dire, verso il basso e verso il piccolo per sorprendere forme di aggregazione più elementari e apparentemente marginali, ma in realtà essenziali per cogliere le capacità strutturanti della dinamica intersoggettiva, la sua impressionante frammentazione e dispersione e al contempo la sua capacità costruttiva e stabilizzante.

Un affascinante esempio di una siffatta analisi è offerto dalla confraria dello Spirito Santo, nella Valsesia di antico regime. La confraria non è uno snodo, una filiazione diretta dell'organizzazione potestativa della Chiesa (che anzi la guarda con sospetto): non coincide con la parrocchia, non è legata a un'unica località. È un gruppo unito da regole, riti, simboli e strutture elementari: la distribuzione del cibo, una casa di riferimento, l'impegno a mettere qualcosa in comune. Un giurista utilizzato da Torre — Pietro Francesco Apostolo — ne indica le caratteristiche ricorrendo a uno dei grandi concetti della tradizione civilistica e canonistica: il *collegium*. La confraria è un *collegium* e come tale (sempre che non finisca nella classe dei *collegia* illeciti) ha una sua precisa legittimità e autonomia: ha il potere di darsi un ordinamento senza essere necessariamente radicato in un luogo determinato.

Potremmo dire: siamo di fronte a una delle numerosissime forme associative che costituiscono l'ordito delle società di antico regime, immerse in un'aura religiosa ancora lontana da pulsioni secolarizzanti: siamo insomma di fronte a una dimensione pre-politica della dinamica intersoggettiva. La soglia della politica è situata più in alto. Ciò che raccolgo dal nostro libro è invece una convinzione opposta: la soglia della politica va spostata verso il basso, perché alcune elementari e apparentemente marginali forme associative già presentano gli elementi basilari della grammatica politica (la continua dialettica fra ordine e conflitto) e perché quelle forme associative si intrecciano con altre entità politiche minori — i cantoni, nella Valsesia — che a loro volta contribuiscono alla strutturazione dello spazio sociale complessivo.

È la massima frammentazione e dispersione della dinamica sociale a produrre un effetto ordinante e a creare uno spazio che vorrei dire (mutuando l'espressione dal cosmologo Luminet) *chiffonné*, spiegazzato, non uniforme, non omogeneo. È questo il terreno di analisi del nostro libro: che non può quindi essere identificato con la celebrazione e la comprensione dell'infinitamente piccolo. Il movimento dell'analisi in esso svolta è più complesso: da un lato, si procede verso l'indivi-

duazione dei punti minimi di aggregazione, ma, dall'altro lato, si intende mostrare come ciascuno di essi non sia una monade impenetrabile, un frammento autosufficiente, ma sia collegato e intrecciato con altre componenti, apparentemente lontane, di una macro-realtà che occorre tener presente sullo sfondo.

Serve a questo scopo all'analisi storico-antropologica della dimensione sacrale e religiosa dell'esperienza; una dimensione che, nelle società di antico regime, si propone come l'obbligato orizzonte di senso della dinamica intersoggettiva. Ne offre un primo, suggestivo esempio ancora l'analisi delle confrarie della Valsesia, che trovano il loro suggello simbolico ed iconico nella rappresentazione del dogma trinitario. Secondo la suggestiva ipotesi avanzata da Torre, l'insistenza sul simbolo trinitario non è una propensione casuale e isolata, che nasce e muore nel chiuso di una valle alpina, ma è una strategia che può trovare un suo punto di irradiazione nei fermenti conciliaristici così vivaci nel XV secolo.

Intorno al ruolo del concilio si sviluppa un conflitto che investe la concezione e la strutturazione della Chiesa venendo a mettere in questione l'intero, pionieristico processo che, nei due secoli precedenti, aveva dato luogo alla teoria della *plenitudo potestatis* del pontefice e alla progressiva concentrazione della struttura potestativa della Chiesa nel suo vertice; quel processo che ha indotto Figgis e Maitland (a fine Ottocento) e più di recente Berman a presentare la Chiesa medievale come la matrice dell'immagine 'moderna', assoluta, della sovranità. Sono appunto le radici stesse e la condizione di legittimità di questo processo che il movimento conciliarista mette in questione facendo leva su molteplici argomenti, sia politico-giuridici che squisitamente teologici. Fra questi, entra in gioco anche il dogma trinitario. Viene sottolineata l'idea dell'assoluta trascendenza di Dio nei confronti della Chiesa visibile e, a partire da questo assunto, può essere sostenuta l'idea di un legame diretto dello Spirito Santo con l'*universitas fidelium*, prioritario nei confronti della sovranità (per così dire delegata) del pontefice.

Teniamo presente, sullo sfondo, questa vicenda per intendere il fascino e la portata metodologica dell'ipotesi avanzata da Torre. Torre ci sta illustrando la micro-dinamica di uno sperduto frammento di mondo, ma ci fa intendere al contempo la possibilità che quel microcosmo funzioni ripetendo al suo interno, e riproponendo originalmente, le rifrazioni di un macrocosmo di cui esso, attraverso un numero incalcolabile di passaggi e mediazioni, è comunque parte integrante: la dimensione 'micro' dell'analisi non vuole essere un'alternativa alla dimensione 'macro', ma si propone piuttosto come un'eloquente (o addirittura obbligata) via di accesso ad essa.

Uno di questi passaggi o canali di collegamento è l'immaginario teologico-religioso, che la sensibilità e lo strumentario storico-antropologico di Torre sono in grado di cogliere in tutta la sua pregnanza: vedendo in esso in sostanza un'indispensabile matrice di

senso dell'azione individuale e collettiva. Ne troviamo una suggestiva conferma nel racconto di un miracolo eucaristico ad Asti, nel 1718. L'evento ci giunge riflesso nelle diverse narrazioni di testimoni ed esperti e impone all'interprete un attento vaglio delle prospettive, aspettative e interessi implicati. Non posso seguirne da vicino la ricostruzione, ma devo almeno ricordare un tratto della testimonianza dell'attore principale, don Scotto, che la conclude instaurando un collegamento fra il miracolo e una situazione di crisi politico-religiosa di cui auspicare il superamento. La conclusione di don Scotto — nell'interpretazione offertane da Torre — non è un casuale e trascurabile ornamento retorico. Le frasi del prete astigiano si inseriscono — scrive Torre — in una tradizione discorsiva nella quale la rappresentazione del sacro evoca una presenza divina che si vuole capace di incidere su una situazione di crisi e di tensione fra poteri.

Il linguaggio e la simbologia religiosi si presentano come l'indispensabile tramite di una complessa interazione sociale. Al di là delle varie posizioni e dichiarazioni degli attori coinvolti, è significativo l'esito della vicenda, che si conclude con l'intervento dei teologi della curia, che provvedono a far custodire l'ostia in una teca e a predisporre una lampada a ricordo e a suggello dell'evento. Nemmeno l'apposizione della lampada è un gesto innocuo ed esornativo. Al contrario, la lampada intende valere come ricordo di un evento sacrificale — l'ostia e il sangue — che produce rilevanti effetti socio-giuridici: gli effetti dell'immunità.

Già a proposito delle confrarie Torre aveva richiamato la tesi della storica americana Barbara Rosenwein, che collegava la creazione di uno spazio immune, sottratto al controllo di un potere sovrastante, con la dimensione mitico-religiosa del tabù. In modo analogo il ricordo del miracolo intervenuto nel vivo del sacrificio eucaristico incide sulla gestione dello spazio e sull'articolazione dei poteri, crea un'immunità, sottrae un luogo all'intromissione dei poteri. La strutturazione socio-giuridica di uno spazio viene sorpresa nel suo momento genetico e collegata a un denso strato simbolico e discorsivo: le diverse connotazioni di un fenomeno (la sua dimensione religiosa e le sue valenze giuridiche e politiche) vengono colte nella simultaneità delle loro reciproche implicazioni, permettendo di superare famigerate dicotomie: fra discorsi e pratiche, fra credenze e comportamenti, fra convinzioni e interessi. Tutti ormai concordano in astratto sulla necessità di superare queste troppo schematiche contrapposizioni, ma le buone intenzioni metodologiche sono ancora troppo spesso smentite da strategie euristiche che riproducono di fatto la frattura negata in teoria. Il nostro libro al contrario riesce a mostrarci la produttività politico-giuridica dei simboli religiosi, il carattere performativo dei discorsi e al contempo l'indispensabile formulazione linguistico-culturale delle pratiche.

Discorsi e pratiche sono dunque una realtà unitaria da cui dipende la strutturazione socio-giuridica dello spazio. Il loro modo di

procedere non ha però niente di compatto e di olistico, data una caratteristica — opportunamente sottolineata da Angelo Torre — della dinamica sociale: la sua conflittualità. Il mettere in comune, il ‘fare comunità’, la *communicatio*, è un elemento decisivo nella cultura e nelle pratiche di antico regime, ma non si traduce in un’appropriazione uniforme e continua dello spazio, bensì collabora alla formazione di uno spazio discontinuo e frammentato, plasmato dagli impulsi associativi e comunitari non meno che da una diffusa e sempre risorgente conflittualità.

Parlandoci delle Langhe, Torre ci mette di fronte a una grande molteplicità di insediamenti ancora una volta caratterizzati da un alto grado di dispersione e di frammentazione: il villaggio rinvia alle frazioni, ma nemmeno esse costituiscono il nucleo più elementare, che deve essere piuttosto individuato nella cascina. A questa estrema frammentazione corrisponde una altrettanto diffusa conflittualità — fra notabili e contadini, fra borghi e frazioni, fra signori e comunità, fra comunità diverse — che ha come posta in gioco il conseguimento dell’immunità.

Emerge a questo proposito un termine-chiave del panorama socio-giuridico di antico regime, cui anche il nostro libro fa costante riferimento: le giurisdizioni e il conflitto fra le giurisdizioni. Lo spazio è plasmato e costellato da micro-realtà comunitarie che tendono a presentarsi come entità giuridicamente strutturate e legittime (si tenga presente il caso della confraria come *collegium*) impegnate in un continuo confronto-scontro intorno alla conservazione o al rafforzamento dei rispettivi *privilegia*.

Torre impiega in questo contesto il termine ‘giurisdizione’ e ‘conflitto di giurisdizioni’, restituendo evidentemente al termine ‘giurisdizione’ il suo sapore antico: giurisdizione è in questo caso il calco italiano di *iurisdictio*. Il conflitto fra giurisdizioni è quindi il conflitto fra poteri (che si assumono e si presentano come) legittimi; e i poteri a loro volta — tanto per continuare in questo *divertissement* lessicale — possono essere presentati come la manifestazione giuridico-potestativa di gruppi sociali di diversissima estensione e configurazione, ma comunque riconducibili al concetto di istituzione od ordinamento (nel senso della teoria giuridico-istituzionalistica).

Ancora una volta, la micro-analisi condotta da Angelo Torre si mostra capace di illuminare una complessa fenomenologia socio-politica segnata da due caratteristiche: da un lato, il tratto an-archico, o meglio poliarchico, di una società che sta insieme senza convergere su un centro; dall’altro lato, un aspetto apparentemente contraddittorio, ma in realtà complementare: l’ipertrofia del giuridico, di cui quella società dà mostra moltiplicando e variando all’infinito forme istituzionali, regole, diritti, privilegi.

Certo, la pervasività delle relazioni conflittuali potrebbe far pensare la bilancia nella direzione dello strisciante an-archismo. Vanno però nella direzione contraria due elementi: non solo, come ricordavo,

la rilevanza della dimensione giuridica in ogni momento dell'interazione sociale, ma anche l'intervento di un elemento che si intreccia con il conflitto: l'elemento dell'accordo, del contratto. Torre documenta nelle aree piemontesi e langarole la rilevanza della dimensione contrattuale e ne coglie la valenza generale, che vorrei dire 'strutturante' e 'costituente': « la dimensione contrattuale dei rapporti tra contadini e signori — scrive Torre — ha implicazioni molto profonde, e non si limita a connotare le istituzioni locali: costituisce la dinamica attraverso la quale la stessa comunità si genera, e crea le risorse di cui la collettività dispone » (p. 117).

È attraverso la continua interazione, conflittuale e pattizia, fra gruppi e corpi che si viene delineando la geografia politico-sociale della società di antico regime; tanto che la stessa costruzione teorica della sovranità (di una sovranità che, tanto per intenderci, dirò sbrigativamente 'moderna') deve fare i conti con essa. Uno dei primi riconosciuti artefici di questa costruzione — Jean Bodin — pur impegnato nell'attribuire al re di Francia la *potestas absoluta* assegnata dai civilisti medievali all'imperatore 'universale', non esita a sottoporre il sovrano ai dettami della legge divina e naturale; e che non si tratti di un vincolo innocuo è mostrato proprio dal fatto che sono proprio i contratti fra il monarca e i sudditi ad essere posti al riparo dall'arbitrio sovrano in quanto il principio 'pacta sunt servanda' è un principio di diritto naturale.

Il nostro libro sta dunque disponendo i numerosi tasselli di un complesso mosaico. Ho ricordato solo alcuni di questi tasselli e non potrò soffermarmi su altri, pur altrettanto importanti: quali le pratiche del commercio (analizzate al di là della nota contrapposizione fra controllo mercantilistico e libera circolazione delle merci), il movimento delle merci e degli uomini (i processi di transito e di emigrazione), le forme associative funzionali allo sfruttamento delle risorse e alla produzione. Mi limito a ricordare questi temi solo per far intendere, a chi non conosca ancora il libro, la molteplicità degli itinerari seguiti dall'autore.

Ciascuno di questi itinerari ha una sua propria legittimità euristica e un suo autonomo interesse e al contempo contribuisce a comporre, come dicevo, un disegno che ha una sua complessiva unitarietà e una portata di carattere generale. Diviene quindi un passaggio obbligato per Angelo Torre discutere un concetto di grande rilevanza: il concetto di 'comune'; il comune assunto come uno strumento storiograficamente idoneo a dar conto della strutturazione dello spazio in una società di antico regime. Si apre dunque il confronto con Peter Blickle, ma anche con una storiografia istituzionale brillantemente rappresentata da Antonio Hespanha e da Luca Mannori.

Torre valorizza questi apporti, in quanto ciascuno di essi, a suo modo (data la diversità dei rispettivi approcci), si sforza di richiamare l'attenzione tanto sulla dimensione comunitaria quanto sulla giurisdi-

zionalizzazione degli spazi nella società medievale e proto-moderna. Il punto è però che, per Torre, Blickle, per così dire, si ferma a metà strada: assume come chiave di volta una forma associativa che è in realtà già troppo complessa per valere come il nucleo e la cellula generativa di quel fascio di relazioni intersoggettive che organizza lo spazio della società di antico regime. Anziché fermarsi al comune e alle sue articolazioni interne Torre ci esorta ad andare oltre di esso, in due direzioni complementari: da un lato, concentrandosi su unità minori, che vengono formando lo strato socio-politico primario; dall'altro lato, superando (o indebolendo) la distinzione fra entità politiche e corpi religiosi e devozionali (le confrarie, le confraternite), dato il loro impatto nella strutturazione socio-giuridica dello spazio.

Emergono forse a questo proposito le peculiarità delle strategie euristiche di uno storico delle istituzioni e di uno storico della società. Il primo è indotto a fermare l'attenzione su un oggetto dai contorni politico-giuridici netti e definiti; un oggetto nettamente distinto dal magma di una dinamica intersoggettiva di cui si teme l'insufficiente strutturazione e il carattere meramente pre-politico. Lo storico sociale non ha invece queste preoccupazioni e non esita a indirizzare lo sguardo sulla materia fluida e sulle esperienze di confine. È in questa prospettiva che Angelo Torre ci parla di confrarie, miracoli e micro-conflittualità. Egli però non si limita a un racconto unilineare, ma sviluppa, a partire da quel racconto, una tesi decisiva: la tesi cioè che la stessa comprensione della fenomenologia politico-istituzionale presuppone l'analisi delle più diverse forme associative; e deve evitare l'errore (anacronistico) di de-politicizzare e de-giuridicizzare — di considerare politicamente e giuridicamente ininfluenti — i discorsi e le pratiche religiose e devozionali.

È dunque dall'intreccio delle più varie forme associative, dei più diversi 'corpi', che viene componendosi il mosaico della società di antico regime. Con apparente paradosso, è forse lo storico delle idee, più dello storico delle istituzioni, a poter consentire senza troppo sforzo a questa tesi, proprio perché gli è familiare l'impiego che le fonti dottrinarie fanno, in genere, della metafora del corpo e, in particolare, del concetto (giuridicamente più stringente) di *universitas*: un impiego pervasivo e 'universalistico', che adatta la metafora e il concetto alle più diverse e apparentemente inconfondibili realtà socio-politiche. È un *corpus* o una *universitas* il capitolo dei canonici di una cattedrale come una città; una *partialitas* in lotta contro il partito avverso come l'intero ordinamento cittadino; la *respublica* universale come una minuscola entità associativa.

Trasposte nel linguaggio rarefatto dei testi di sapere, le più diverse esperienze associative vengono tutte ricondotte nell'alveo di quella metafora 'corporatista' che costituisce una delle principali nervature della rappresentazione medievale e proto-moderna dell'ordine. In questa prospettiva, non possono quindi apparire un fuor d'opera o

un'inopinata evasione verso la storia concettuale le pagine dedicate da Torre ad Althusius. La *Politica methodice digesta* è effettivamente il momento più alto, agli inizi del Seicento, di un impiego universalistico e onnipervasivo del concetto di *universitas*: la grande scommessa di Althusius è appunto far leva su questo concetto per assumerlo come il formante di un ordine socio-politico che si sviluppa procedendo dal basso verso l'alto (se posso usare una metafora talvolta fuorviante, ma in questo caso pertinente). È l'*universitas* l'unità minima e la forma plastica che consente il *gradus ad Parnassum*, la fondazione della *consociatio maxima* come titolare in ultima istanza del potere supremo. È *universitas* per Althusius non è un concetto formalistico ed esangue: è una complessa e completa forma di vita, caratterizzata dalla *communicatio*, dal mettere in comune risorse, diritti, poteri, da una condivisione eticamente e religiosamente pregnante che Althusius descrive e celebra ricorrendo anche ad audaci neologismi (come lo *ius symbioticum*).

Symbiosis e *consociatio* sono l'archè o l'assioma del discorso althusiano. L'uomo simbiotico è un uomo che mette in comune, che produce comunanza all'interno del *populus*. *Populus* è un altro termine-chiave del lessico althusiano: è un termine che Althusius raccoglie dall'intera tradizione medievale, per la quale il *populus* è una comunità internamente differenziata e quindi ordinata. Il *populus* di Althusius è la comunità ordinata e autonoma teorizzata dai giuristi medievali e si presenta come un vero e proprio ordinamento giuridico, come una *universitas*. *Populus* e *universitas* si congiungono e si rafforzano reciprocamente.

Gioca un ruolo importante, nella *Politica* althusiana, il trattato dedicato dal giurista Losa al concetto di *universitas*? Torre dà una risposta nettamente affermativa, con buone ragioni, e fra queste la considerazione dell'alto numero di riferimenti al giurista piemontese presenti nell'opera di Althusius. È però anche vero che i profili principali dell'*universitas* delineati da Losaeus appaiono il portato dell'intera tradizione di *ius commune*, più che l'espressione di un punto di vista originale. Potremmo quindi forse ipotizzare che il trattato di Losa serva ad Althusius non tanto in ragione dei suoi tratti più 'idiomatici' (che pure non mancano), bensì come veicolo di trasmissione di un sapere giuridico consolidato che egli accoglie e utilizza creativamente, trasformando uno dei concetti da esso elaborati — il concetto di *universitas-consociatio-populus* — nella struttura portante dell'ordine complessivo.

È di grande interesse la 'saldatura' che il libro di Torre induce a compiere fra realtà apparentemente prive di contatto: fra le pratiche e il testo di sapere; fra le culture più minute e disperse e la teoria onnicomprensiva. Ed è proprio l'analisi ravvicinata delle prime che permette di radicare storicamente la seconda e di intenderne le poten-

zialità comunicative, così come il riferimento alla teoria può dare un'inedita profondità di campo ai *case studies*.

Certo, la rappresentazione althusiana dell'ordine e della sovranità è una strategia fra le molte. A lungo, anzi, la storiografia dominante ha voluto presentarla come un episodio minore, o un sentiero interrotto, nella marcia trionfale dello Stato moderno. Oggi corriamo il rischio di leggerla con un eccessivo entusiasmo attualizzante, magari attizzato da frettolose equazioni fra post-modernità e *new medievalism*. In realtà, la visione althusiana della *communitas* non trascura affatto la strutturazione gerarchica e potestativa dell'ordine; quella strutturazione che, sempre più svincolata da un soggiacente retroterra 'corporatista', 'comunitario', veniva costituendo il filo conduttore della costruzione della sovranità 'moderna' (dalla teoria della *plenitudo potestatis* del pontefice alla *République* bodiniana e poi all'eversivo 'paradigma' hobbesiano).

Questo itinerario è meno direttamente chiamato in causa dal nostro libro, ma non per questo è assente. Mi limiterò a ricordare due segnali di attenzione in questa direzione. Una prima traccia compare nel processo analizzato nel capitolo intitolato alla fiscalità (cap. VIII); il processo — scrive Angelo Torre — di « depurazione del comune dai corpi che costituivano l'ossatura della comunità locale » (p. 251); e altre tracce compaiono quando il fuoco dell'analisi si concentra sull'Ottocento e sul Novecento.

Certo, sono le società di antico regime l'oggetto primario dell'analisi, ma non il suo bersaglio esclusivo, dal momento che il suo *terminus ad quem* coincide con il nostro presente. Una siffatta dilatazione temporale dell'indagine non si traduce in un ozioso *détour* o in uno stanco epilogo, ma risponde a un'esigenza cognitiva importante: non dare per scontate le cesure canoniche, ma intercettare i dispositivi di occultamento e di oblio che inducono a drammatizzarle e ad assolutizzarle e quindi riuscire a vedere ancora in azione, pur in contesti radicalmente mutati, strategie di 'produzione di località' (come recita il sottotitolo del libro) che avremmo potuto troppo sbrigativamente consegnare a mondi ormai perduti.

In realtà, il libro di Angelo Torre parla di mondi perduti e al contempo ci mostra come quei mondi siano ancora, per molti aspetti e in più sensi, nostri. Egli riesce a raggiungere questo risultato combinando insieme varie strategie narrative: la ricostruzione di precise e concrete forme di vita situate in uno spazio e in un tempo determinati; il loro inserimento in un orizzonte storicamente complesso; e infine, *last but not least*, la capacità di intrecciare la ricostruzione della dinamica intersoggettiva con l'esplicitazione della sua portata costruttiva e ordinante.

Il metodo seguito dall'autore — ed esplicitato nella conclusione del libro — è l'assunzione del punto di vista degli attori: seguire dall'interno le strategie da essi adottate nella costruzione del loro mondo e diffidare degli enunciati di carattere generale che non siano

formulati dagli attori stessi. L'invito di Torre è in sostanza quello di prendere sul serio, fino in fondo, i testi con i quali lo storico entra in contatto: è l'invito a guardare il mondo come fenomeno costruito-rappresentato dagli attori. Un siffatto invito è, per me, ermeneuticamente fondato. Mi chiedo però se esso possa essere seguito fino in fondo o debba essere inevitabilmente 'contaminato' dall'insuperabile necessità di ricorrere a costrutti metalinguistici: ad enunciati di secondo grado che permettano la traduzione del linguaggio-oggetto — il discorso degli attori — in un idioma per noi comprensibile. Se così fosse, allora anche enunciati di carattere generale — e addirittura anche gli 'Idealtipi' weberiani, di cui Torre diffida — potrebbero avere una loro legittimità euristica, sempre che fossero impiegati in una logica strettamente 'operazionale', e non come veicolo di 'verità', come strumenti di rivelazione dell' 'essenza' dei fenomeni.

Con grande beneficio dei suoi lettori, il libro di Torre non è dedicato alle essenze e alle dignità vichiane, ma è concentrato sugli attori sociali e sulle loro capacità costruttive e trasformative. È da questo nucleo generativo che si irradia il fascino dell'opera. Il libro di Torre non è un libro facile; non accetta i luoghi comuni; non sceglie le vie più battute, non rifugge dalle ipotesi audaci; non erige rassicuranti steccati disciplinari. Proprio per questo è un libro importante, che occorre leggere con tutta l'attenzione e l'apertura intellettuale necessarie per intenderne la ricchezza tematica e le suggestioni metodologiche.

PIETRO COSTA

FASCISMO E DIRITTO (a cura di IRENE STOLZI)

GIUSEPPE ACERBI, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, prefazione di Alberto Crespi, Milano, Giuffrè, 2011.

Il volume qui recensito è uno dei numerosi lavori apparsi sulla stagione del razzismo e dell'antisemitismo di Stato in Italia, un tema che — dopo svariati decenni di scarsa attenzione da parte degli studiosi — è oggetto di attenzione costante da parte degli storici del diritto.

Il prefatore Alberto Crespi (direttore della *Raccolta di studi di diritto penale*, in cui si pubblica il volume) ricorda che in questo testo « per la prima volta » si analizzano « in profondità dal punto di vista strettamente giuridico » le leggi antiebraiche « anche attraverso il richiamo testuale a quanto espresso al riguardo dagli autorevoli giuristi che, se pure non ne erano stati i promotori, ne sono tuttavia stati i plaudenti estimatori » ⁽¹⁾; in realtà questi temi sono già stati abbastanza dissodati, come si nota dai numerosi testi citati proprio da Acerbi. Crespi aggiunge poi che il testo su cui lui stesso si preparò per l'esame di diritto penale era quello di Giuseppe Maggiore (*Principi di diritto penale*, 1939) uno « studioso di indiscusso prestigio » ⁽²⁾, e — aggiungiamo noi — un razzista antisemita convinto. Ricordando alcuni assunti di Maggiore sul principio di legalità, sul « nullum crimen, nulla poena sine [prae]via lege » e sul « in dubio pro republica », Crespi ricorda che nel dopoguerra il diritto penale poteva essere insegnato « alla stregua di un approccio alla materia non contaminato da nessuna ideologia od indirizzo politico », senza l'« umiliante e desolante testimonianza » del 1939 di derivazione nazista ⁽³⁾; ricorda inoltre che sul finire degli anni Trenta la scienza si era svenduta al fascismo, che aveva trovato « giuristi di regime per tendenza » sempre pronti a tradurre in norme le sue mire propagandistiche e i suoi obiettivi politici.

⁽¹⁾ A. CRESPI, prefazione a G. ACERBI, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, Giuffrè, Milano, 2011, p. VII.

⁽²⁾ Ivi, p. VIII.

⁽³⁾ Ivi, p. IX.

Pare Crespi quasi alludere all'Italia del 2010-2011, quando ricorda che nelle democrazie « con alto tasso di fragilità » diffusa e « ben altrimenti gradita, a giudicare dal suo largo uso e consumo, è l'elargizione di cariche, incarichi e favori amplissimamente remunerativi », poiché « poco cortese risulterebbe il maldestro ricorso alle maniere forti »; così « la piaga della corruzione provvede poi al resto » (4). L'*incipit* di Crespi prosegue sostenendo che nelle

democrazie deboli non manca il nucleo (democratico, s'intende) di giuristi giuristoni e giuristelli « di regime », disponibile a concedere la propria ben compensata assistenza professionale ove si trattasse, in ipotesi, di dare una mano al parlamento (democraticamente eletto, ovviamente) orientandolo nella formulazione e redazione di progetti di leggi e leggine *ad hoc*. Servitori di una dittatura, nel primo caso, o servitori di un padrone (più o meno munifico), nell'altro, non fa poi gran differenza. L'irresistibile vocazione al servilismo è la stessa (5).

Dopo questa tirata *contra* i giuristi (nella veste — si presume — soprattutto di legislatori, o forse di avvocati, stando alle costanti polemiche degli ultimi venti anni) il prefatore chiude ricordando chi è l'autore. Avvocato civilista da alcuni decenni, esperto di diritto societario, docente a contratto di storia delle società per azioni all'Università Cattolica di Milano (e alla Bocconi), dopo numerosi studi di storia giuridica sulle imprese azionarie, sull'avvocatura e sul notariato, Acerbi ha scritto la monografia *Discorso sopra le regole di governo della Banca d'Italia*, un'ampia ricognizione storica con molti documenti (6); e di recente l'articolo *Dal 1942 ai prodromi del centrosinistra*, in un volume sulle *Società per azioni* (7). Come spiega lo stesso Crespi, l'A. ha lasciato la professione per dedicarsi alla « vocazione di storico » raccogliendo dati e documenti

oggetto di consultazione diretta: o perché in proprio possesso nella loro fisica materialità, nel caso di opere ancora reperibili sul mercato antiquario, oppure in fotocopia quando il materiale bibliografico sia possibile oggetto di consultazione unicamente presso le biblioteche universitarie o altre biblioteche pubbliche, italiane e straniere (8).

(4) Ivi, p. X.

(5) Ivi, p. XI.

(6) G. ACERBI, *Discorso sopra le regole di governo della Banca d'Italia. Una prospettiva storica*, prefazione di P. Marchetti, Egea, Milano, 2007, pp. VI, 409.

(7) G. ACERBI, *Dal 1942 ai prodromi del centrosinistra*, in *Tra imprese e istituzioni. 100 anni di Assonime*, A. PADOA SCHIOPPA e P. MARCHETTI, *La società per azioni*, vol. 4, con la collaborazione di G. Acerbi, Laterza, Roma-Bari, 2010, pp. 87-121.

(8) A. CRESPI, prefazione a G. ACERBI, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, cit., p. XI.

La frase indica molto su ciò che troveremo nelle pagine del testo, in particolare sono esposti i limiti di un approccio basato sulla letteratura esistente e che — a priori — esclude la possibilità che vi siano nuovi documenti tratti da una ricerca condotta anche per archivi (eppure, Acerbi ci ricorda di essere andato all'Archivio centrale dello Stato di Roma ⁽⁹⁾) o su fonti inedite di altro tipo, come diari e memorie. Infatti c'è un'abbondante storiografia citata nel corso delle 309 note a piè di pagina ma, per i limiti insiti in ciascuno di noi, vedremo che seppur numerosa ha qualche lacuna anche per le opere edite.

È quindi un volume antologico di taglio storico giuridico che espone in modo chiaro, e rigoroso, le diverse fasi del periodo delle leggi razziali dal 1938 al 1945 con le sue ricadute nel *milieu* giudiziario.

Osservando i titoli dei 23 capitoletti (pp. 1-244), taluni quasi dei paragrafi, notiamo una costante ripetizione di alcune parole: « ebrei italiani », leggi o norme « antiebraiche » (11 volte), « Regno... colonie italiane ». In realtà l'A. avrebbe potuto risparmiarsi l'uso del lemma « italiano » dopo il primo paragrafo, poiché quasi da nessuna parte ci sono riferimenti a leggi di altri Stati stranieri, salvo il settimo (« Normativa antiebraica e razziale negli Stati ad influenza italiana, nei Possedimenti italiani dell'Egeo e nelle colonie italiane » ⁽¹⁰⁾) dove si fa riferimento a San Marino, Albania, Libia ed Etiopia e ad altri Stati coloniali e ai loro imperi ⁽¹¹⁾.

Perché questa accentuazione? Forse l'A. ha voluto dimostrare i caratteri « nazionali » del razzismo italiano, in linea con le recenti tendenze della storiografia che — dopo aver dibattuto sull'influenza tedesca, e quindi sull'importazione delle leggi razziali a seguito di quelle applicate dal regime nazista — ha convenuto sulla genesi autarchica di gran parte delle applicazioni amministrative e normative stabilite dal corpus delle leggi italiane (come evidenzia lui stesso ⁽¹²⁾). O forse perché, per motivi di completezza ed esaustività, è giusto tenere presente le periferie dell'Impero, intendendo appunto tutti i territori sottomessi e controllati dall'Italia in quel periodo.

Nella « Premessa » Acerbi offre la spiegazione del titolo, e cioè che ha tenuto distinte le leggi « razziali » da quelle « antiebraiche », essendo le prime indirizzate soprattutto alle popolazioni native delle colonie in Africa, con fini segregazionistici, mentre le seconde erano

⁽⁹⁾ G. ACERBI, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, cit., p. 100, n. 117 e p. 105, n. 126.

⁽¹⁰⁾ Ivi, pp. 82-96.

⁽¹¹⁾ Ivi, pp. 88-91.

⁽¹²⁾ Ivi, p. 243.

contro gli italiani ebrei ⁽¹³⁾. Questione lungi dall'essere definita, sia a livello di ricerche che di interpretazioni storiografiche ⁽¹⁴⁾.

Oltre alle leggi vere e proprie, la ricerca di Acerbi ha tenuto presenti le circolari ministeriali e le altre disposizioni amministrative - emanate dai singoli dicasteri ed enti di varia natura — integrative, e peggiorative, delle norme principali, per un complesso di « non meno di 189 provvedimenti scritti », rintracciate fino ad ora; cifra in difetto secondo l'A. in quanto non tiene conto dei provvedimenti « non scritti, locali e/o di cui non è rimasta traccia ». Quest'ultima affermazione è ambigua perché, per fare un solo esempio, non ci sono ricerche approfondite sulla produzione normativa di tutti i singoli municipi dove esistevano le principali comunità ebraiche; quindi, come si può scrivere *a priori* che non ne è rimasta traccia senza prima aver compiuto le verifiche del caso negli archivi storici locali? Sono poi ricordate inoltre le leggi per la « difesa del prestigio della razza » che, seppur distinte da quelle antiebraiche (come il Rdl 19/4/1937 n. 880 e la L 29/6/1939 n. 1004), facevano parte di un unico disegno politico.

Infine Acerbi spiega la scelta di pubblicare in appendice ⁽¹⁵⁾ un vasto corpus di leggi per offrire al lettore un diretto « riscontro » al contenuto del testo, così come l'ampio ricorso nelle note di citazioni tratte dagli scritti dei giuristi dell'epoca a proposito della « infamia del diritto » ⁽¹⁶⁾. Anticipiamo subito che l'appendice è suddivisa in tre parti: le leggi razziali in Italia, quelle nelle colonie e quelle promulgate nella Repubblica sociale italiana. Negli anni trenta le leggi razziali « rispondevano a convincimenti e prassi radicati in *tutte le Nazioni coloniali*, essendo, o essendo ritenute, componente irrinunciabile per il dominio di popolazioni e territori d'oltremare conquistati » ⁽¹⁷⁾. Quindi gli anni trenta come tornante decisivo nel salto qualitativo della legislazione razziale, non solo in Italia, ma a livello europeo; da un sentimento di antisemitismo cattolico diffuso nella società si passò a un razzismo di Stato, considerato come un obiettivo della classe politica fascista da perseguire attraverso la promulgazione di una specifica normativa. Per questo l'A. passa in rassegna il ceto dei giuristi, comprendendovi i professori universitari delle discipline giuridiche, i magistrati, i notai, gli avvocati (e i procuratori, si direbbe, anche se non

⁽¹³⁾ Ivi, pp. XIII-XIV.

⁽¹⁴⁾ Come ha ricordato di recente Ilaria PAVAN, *Fascismo, antisemitismo, razzismo. Un dibattito aperto*, in *A settant'anni dalle leggi razziali. Profili culturali, giuridici e istituzionali dell'antisemitismo*, a cura di D. Menozzi e A. Mariuzzo, Carocci, Roma, 2010, pp. 31-52.

⁽¹⁵⁾ G. ACERBI, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, cit., pp. 245-325.

⁽¹⁶⁾ Ivi, p. XVI.

⁽¹⁷⁾ *Ibidem*.

pare distinguerli); egli si propone di vedere come questi soggetti abbiano contribuito a codificare categorie non giuridiche come quelle di ariano, di ebreo, di razza.

Prima di vedere il contenuto del libro, diciamo subito che in un'analisi antologica di tal genere sarebbe stato utile, e anzi quasi necessario, un indice dei nomi.

Che cosa contengono i capitoli?

L'A. inizia la sua trattazione esponendo la situazione degli ebrei durante e dopo il Risorgimento, soffermandosi sull'antigiudaismo religioso di età liberale e poi sulla loro « identità italiana » fino agli anni trenta con riferimento ad Arnaldo Momigliano e ad Antonio Gramsci; Acerbi ricorda la sostanziale emancipazione ed assimilazione di ebrei assurti alle più alte cariche pubbliche. Poco o nulla a che vedere con i coevi scoppi di antisemitismo in altre parti d'Europa, dalla Russia zarista alla Francia del caso Dreyfus. Dopo aver ricordato l'azione di propaganda antisemita organizzata dal fascismo che per alcuni instillò, o per altri rinforzò, il veleno del razzismo *contra judeos* nelle coscienze degli italiani, si esaminano pure i suoi limiti di penetrazione, poiché in parte della popolazione prevalse un sentimento di indifferenza rispetto alle leggi antiebraiche ⁽¹⁸⁾.

Passa poi al « dramma morale e materiale degli ebrei di fronte alle prime leggi antiebraiche » ripercorrendo il pendolo delle libertà e dei diritti acquisiti dalle disposizioni in vigore in alcuni Stati preunitari e dallo Statuto albertino del 1848 fino, appunto, alle prime norme dell'estate del 1938. L'A. ricorda i casi di suicidio, almeno 30, e il ruolo degli ebrei nell'esercito e il loro contributo (parecchi erano stati decorati nelle guerre) e, inoltre, riflette sui « peccati di omissione », cioè di indifferenza, di parte della società italiana — nel caso richiamato, quella delle scuole — di fronte alle leggi ⁽¹⁹⁾.

In seguito, attraverso i censimenti dell'epoca (e la storiografia in proposito), analizza il « maggior acculturamento » degli ebrei dovuto allo studio e al lavoro intellettuale; pur essendo circa 1/1000 della popolazione, quasi tutti gli ebrei avevano frequentato le scuole secondarie, e quindi erano ben presenti tra i professionisti, medici, avvocati, giornalisti, docenti. Qualche numero: 3/1000 tra gli impiegati nella pubblica amministrazione; avvocati 18/1000 (554 liberi professionisti e 55 impiegati); 15/1000 tra i fisici e chimici; 17/1000 tra gli architetti; nell'università erano 70/1000, circa 120 professori (altri indicano 104) e 50 assistenti ⁽²⁰⁾. Riguardo agli avvocati, la « professione più tipica dei giuristi » su cui si concentra, Acerbi suppone che quei professionisti

(18) Ivi, pp. 11-13.

(19) Acerbi dimostra una buona conoscenza della cultura letteraria citando un brano di Manzoni (n. 23, p. 20).

(20) Ivi, p. 29.

fossero presenti soprattutto a Roma, Milano, Trieste, Torino e Genova: tuttavia a questo riguardo non cita i lavori di Francesca Tacchi né quello di Antonella Meniconi che lo avrebbero potuto aiutare per definire meglio la sua supposizione.

Dopo essersi occupato delle « principali leggi antiebraiche del Regno », approvate dalla Camera all'unanimità, e con una schiacciante maggioranza al Senato (154/155 a favore, 9/10 contro a seconda delle leggi) e, riguardo a quest'ultimo, l'A. ipotizza che tra i contrari vi fossero Luigi Einaudi, Antonio Scialoja e Francesco Scaduto ⁽²¹⁾. Forse, sulla scorta di Michele Sarfatti ⁽²²⁾, avrebbe potuto dirci chi furono i giuristi che al Senato votarono a favore, tra i quali: Pietro Barcellona, Adolfo Berio, Emilio Bodrero, Pietro Cogliolo (di cui più oltre è ricordato che fu il relatore per la conversione dei decreti legge ⁽²³⁾), Francesco Crispo Moncada, Ugo Da Como, Roberto De Vito, Massimo Di Donato, Giuseppe Gentile, Ludovico Lucioli, il presidente della Corte dei conti Gino Gasperini, Salvatore Gatti, Amedeo Giannini, Pier Silverio Leicht, Pietro Lissia, Alessandro Marracino, Giuseppe Mormino, Eduardo Piola Caselli, Francesco Pujia, Antonio Raimondi, Michele Romano, il presidente del Consiglio di Stato Santi Romano, Francesco Salata, Pasquale Sandicchi, Giovanni Santoro. Tra questi senatori, in parte ex magistrati ordinari e amministrativi, almeno i 3/4 e forse di più votarono a favore delle leggi antiebraiche e razziali (alcuni erano diventati giuristi, con la nomina al Consiglio di Stato, dopo aver svolto una parte della carriera come diplomatici o prefetti).

L'A. descrive con precisione la normativa inerente alla cosiddetta « discriminazione » che diede vita, per quanto concerne le professioni, agli elenchi « aggiunti » negli albi per i professionisti discriminati e agli elenchi « speciali » per quelli non discriminati. Strano però che non vi siano esempi di questi albi che sono editi, a stampa, e si trovano in diverse biblioteche italiane; vale a dire che Acerbi non ha consultato (o almeno ritenuto di citare) la letteratura che in gergo si chiama minore: si pensi a quel piccolo gioiello del fondo delle « pubblicazioni minori » del 4° piano della Biblioteca nazionale centrale di Firenze, un *unicum* — a mia conoscenza — che rende la biblioteca fiorentina fondamentale anche per chi si voglia occupare di storia dell'Italia contemporanea. Infine non ci sono citazioni che si riferiscano a una pubblicazione ufficiale dello Stato come il *bollettino* del Ministero di giustizia, pieno di notizie su questa vicenda.

⁽²¹⁾ Ivi, p. 41.

⁽²²⁾ M. SARFATTI, *Le leggi antiebraiche spiegate agli italiani di oggi*, Einaudi, Torino, 2002, pp. 68-69.

⁽²³⁾ G. ACERBI, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, cit., pp. 149-150.

Esperto di diritto societario, l'A. analizza con acume le implicazioni delle leggi sul settore, il ruolo dell'Ente di gestione e liquidazione immobiliare (Egeli), le svendite dei patrimoni in mano agli ebrei, di cui profittarono alti gerarchi della dittatura e anonimi professionisti ariani (24). Inoltre si accenna alla questione delle «arianizzazioni» e al Tribunale della razza, lasciando pure qui spazio ai testi promulgati all'epoca, e alla vasta serie di interdizioni emanate tramite circolari aggiunte dalle altre amministrazioni. Si passa poi ad una esaustiva ricognizione delle norme antiebraiche «di fronte allo Statuto del Regno», ovvero le violazioni delle prime rispetto ai principi statuiti nel secondo in materia di uguaglianza, libertà e diritti di proprietà resi possibili dal carattere «flessibile» dello Statuto che già in precedenza aveva ammesso varie deroghe ai suoi articoli e che restava uno «Stato di diritto» (25). Secondo il lessico giuridico e in punta di diritto, le leggi antiebraiche «non travalcarono la legalità formale» e «non possono essere considerate incostituzionali» (26); invece le circolari amministrative che aggravavano la condizione quotidiana, la situazione esistenziale degli ebrei, erano atti «*formalmente invalidi* per violazione di legge», mancanti di legalità formale e passibili di ricorso di fronte alla giustizia amministrativa; l'A. conclude che si aggravò «la violenza così fatta a cittadini inermi in un ambiente ostile, nessuno dei quali avrebbe osato avvalersi dei *normali* rimedi giuridici» (27), che invece è proprio quello che fecero taluni ebrei presentando ricorsi e portando avanti delle cause nei tribunali ordinari, amministrativi e contabili (e alcune di queste sentenze sono ricordate pure dallo stesso Acerbi più avanti nel testo).

Detto delle «idee antiebraica e razziale» nei confronti della «politica imperiale» di Mussolini, citando a lungo il discorso del duce del 25 ottobre 1938 al Consiglio nazionale del Partito, l'A. esamina in dettaglio la «normativa antiebraica e razziale negli Stati ad influenza italiana», ovvero nei possedimenti e nelle colonie dell'Impero, e nella Repubblica di San Marino, dove le leggi furono applicate in tempi e modi diversi. Qui si apre una digressione sul razzismo verso i neri dell'Africa, la cui condizione di inferiorità giuridica fu codificata fino dai tempi delle «prime imprese coloniali e di tratta» in Francia come in Inghilterra. E all'abolizione della tratta e alla proscrizione della schiavitù si contrappose la permanenza di «pregiudizi e barriere raz-

(24) Il testo si presenta molto corretto, a parte qualche refuso e qualche errore nelle note: a p. 47, n. 55, c'è forse un lapsus là dove si parla «del figlio di Storace», invece che di Storace; a p. 112, n. 132, si è scritto «Patafava» e non Papafava; a p. 116, n. 135 «Montefoschi» e non Montevecchi; a p. 162, n. 207, «Stefano» e non Silvio.

(25) G. ACERBI, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, cit., pp. 55-75.

(26) Ivi, p. 72.

(27) Ivi, p. 75.

ziali», che avrebbe dato vita alle discriminazioni intese in senso di separazioni razziali dal punto di vista degli spazi fisici nelle città, una sorta di « *apartheid* di fatto, tra le comunità » (28).

Acerbi tratta la « persecuzione della vita » degli ebrei nella Repubblica sociale; quindi il congresso di Verona del nuovo Partito fascista repubblicano che ne sancì l'appartenenza alla nazionalità nemica, disponendone l'arresto e l'internamento in appositi campi, prima della deportazione finale nei campi di sterminio. L'A. espone i vari provvedimenti legislativi che fecero seguito al documento programmatico deciso al congresso veronese e i tristi risultati dell'efficacia con cui vennero attuati, « nonostante le difficoltà organizzative della Rsi »: gli oltre 8000 uccisi o deportati e la confisca di beni mobili e immobili per almeno 1200 milioni circa di allora (29).

L'A. riconosce poi « il tecnicismo, in sé accurato e completo » che caratterizzava le leggi antiebraiche per convenire che chi le scrisse, si applicò « con massima diligenza e professionalità nel compito » ricevuto.

Analizzando le « espulsioni degli ebrei dal ceto dei giuristi » (30), l'A. compie una verifica delle varie istituzioni da cui vennero estromessi: le accademie, le università (con un danno quasi irreversibile per alcune discipline scientifiche, come la fisica nucleare) con 25 professori espulsi e 20 tra assistenti e liberi docenti a cui non si rinnovarono i contratti, nel settore delle materie giuridiche. La ricchezza di ricerche sui professori universitari e sulle loro « gravi compromissioni » (31) (dove si segnalano per la loro virulenza le posizioni assunte da Pietro De Francisci, ex guardasigilli, Gaspare Ambrosini e Renzo Sertoli Salis), di cui sono state ricostruite in dettaglio le carriere spezzate, le vite spesso distrutte, non trova corrispondenza per gli altri gruppi di giuristi, ben più numerosi: nel senso che per Acerbi (e per gli studiosi da lui citati) è stato più facile rintracciare un gruppo tutto sommato abbastanza limitato di persone — la comunità accademica annoverava nelle discipline giuridiche qualche decina di professori —, mentre maggiori difficoltà le avrebbe avute nell'applicare un metodo prosopografico laddove l'analisi contempli alcune migliaia di persone (i circa 4000 magistrati), o le tre decine di migliaia tra avvocati e procuratori.

Ad esempio, Acerbi accenna ai giudici dicendo che « non sono generalmente conosciuti numero e nome degli esclusi, mentre si conosce il numero (10) di quelli della Corte di cassazione reintegrati nel

(28) Ivi, pp. 88-90.

(29) Ivi, pp. 103-104.

(30) Ivi, pp. 115-122.

(31) Ivi, pp. 143-153.

1944-1945 »⁽³²⁾. Frase che denota una certa approssimazione, poiché un semplice controllo nelle *Graduatorie* del personale del Ministero (per dire, quella del 1938 e quella del 1948) avrebbe permesso di constatare che tra i 10 nominati, solo alcuni erano nel grado di consigliere di Cassazione; non c'è traccia dell'articolo del 2008 di Giancarlo Scarpari che ricordava i 14 magistrati ebrei espulsi, tra cui alcuni giovani pretori che difficilmente sette anni dopo avrebbero potuto essere in Cassazione⁽³³⁾. In realtà, tra chi fu costretto alle dimissioni e chi fu espulso, si contano almeno 16 magistrati, esclusi i vice pretori onorari — sui circa 4200 magistrati in servizio nel 1939 (quindi 4/1000) —, una cifra forse in difetto; il numero sale a 16 perché due non furono espulsi in virtù del Rdl n. 1728 ma — nella forma usata dai decreti pubblicati — in quanto non raggiunsero la sede loro assegnata entro due mesi e così decadde dal ruolo in maniera automatica: pare quasi un modo cortese nei confronti — si badi — di alcuni colleghi di fede fascista fin dalle origini, e in servizio presso il Ministero in posti di rilievo. Trasferirli dapprima in sedi periferiche, che questi non raggiunsero mai, fu un modo burocraticamente edulcorato, per così dire, per poi metterli silenziosamente alla porta senza dover ricorrere al decreto del novembre 1938. Quindi i tempi dell'epurazione antiebraica nella magistratura (iniziata tra agosto e settembre, e proseguita nel primo semestre del 1939) si avvicinano a quelli della scuola, considerata la capofila del settore dell'amministrazione pubblica in cui per la prima volta si sperimentarono le leggi antisemite.

Dopo aver ricordato i 14 probabili notai espulsi, in seguito Acerbi passa ai liberi professionisti e scrive:

Quanto agli avvocati, solo una ricerca presso gli archivi degli Ordini (allora: Sindacati) territoriali potrebbe consentire di accertare nomi e numero dei professionisti esclusi dal comune albo, dei « discriminati » iscritti negli « *elenchi aggiunti* » e di quelli iscritti negli « *elenchi speciali* ». Per quanto consta a chi scrive, si hanno ad oggi (ma il tempo trascorso rende assai difficile una ricerca completa ed esauriente) solo notizie sommarie su talune cancellazioni e pure di casi di avvocati che trovarono solidarietà di colleghi, lavorando per loro, o, tramite loro, nell'anonimato⁽³⁴⁾.

Se i confini di questa ricerca sono molto ampi (gli avvocati erano circa 30000), anche qui l'A. avrebbe potuto consultare qualche albo locale degli avvocati e dei procuratori di quegli anni per fare dei confronti numerici, pur in presenza di cifre non univoche. Insomma, la

⁽³²⁾ Ivi, p. 121.

⁽³³⁾ G. SCARPARI, *Obiettivo. I magistrati, il fascismo, la guerra*, in « *Questione giustizia* », n. 2, 2008, p. 77.

⁽³⁴⁾ G. ACERBI, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, cit., pp. 121-122.

sensozione è di una certa fretta nella stesura di queste pagine oppure — *absit iniura verbis* — di un'imprecisa conoscenza degli strumenti editi che possono aiutare in ricognizioni quale quella qui accennata.

A questo punto Acerbi passa ad osservare il comportamento assunto dai « giuristi non ebrei » scomponendo le loro reazioni tra « adesioni, indifferenza, approfittamenti, turbamenti, rifiuti e tentativi di trovare vie d'uscita » attraverso un'interpretazione delle leggi varate in parte difforme dai *desiderata* politici; vale a dire « di tentare di disapplicare tra varchi ristretti le leggi antiebraiche e/o di trovare scappatoie tecniche varie » (35). La sensazione è che le testimonianze di A. Galante Garrone, D.R. Peretti Griva e P. Calamandrei abbiano sminuito la passiva accettazione di gran parte della magistratura di fronte alle leggi razziali (assai rari — a mio parere — furono i « drammi » di coscienza che per Peretti Griva colpirono invece la maggioranza dei magistrati), mentre quella di C.A. Jemolo sembra più corrispondente al comportamento assunto all'epoca dagli avvocati che, ed è normale, ebbero in proporzione un numero maggiore di membri « resistenti » contro le norme razziste.

Il fatto è che nel distretto della Corte di appello di Torino, dove erano in servizio Galante Garrone e Peretti Griva, si tentò di circoscrivere l'applicazione delle leggi antiebraiche in nome dei principi generali del diritto e di quello della legalità e quindi — è plausibile — si pensò che nel resto d'Italia i giudici avessero assunto le stesse posizioni di quelli di Torino; sulla questione non c'è unità di interpretazioni, come nota lo stesso Acerbi ricordando il recente volume di Giuseppe Speciale (36), e il comportamento della magistratura deve essere ancora sviscerato attraverso una molteplicità di fonti tra cui, ci permettiamo di ricordarlo, quelle dei fascicoli personali degli stessi magistrati che non permettono al momento di provare che tra loro vi fosse una maggioranza silenziosa che dissentiva — novelli nicodemiti — dalle leggi antiebraiche. Anzi, volendo fare una specie di comparazione, è più facile trovare prove della loro indifferenza rispetto a tale questione; cosa che si spiega facilmente, essendo documentazione prodotta negli uffici giudiziari e conservata al dicastero. Personalmente, dopo aver preso visione di circa 350 fascicoli di magistrati ordinari in servizio alla fine degli anni trenta, tenderei ad essere pessimista, nel senso che quella magistratura si comportò come l'Intendente napoleonico: era da oltre un quindicennio così filo governativa che seguì volontariamente nella sua grande maggioranza, e abbastanza da vicino, le interdizioni volute dal duce.

(35) Ivi, p. 123.

(36) Ivi, pp. 135-136; G. SPECIALE, *Giudici e razza nell'Italia fascista*, G. Giapichelli, Torino, 2007.

Come evidenzia l'A., è altrettanto vero che il Consiglio di Stato tentò a più riprese di mitigare gli effetti delle leggi razziali (in parte riuscendovi) e, quasi dandosi il cambio con la precedente azione di Peretti Griva, costrinse in qualche modo il governo a ritornare più volte sul tema legiferando altri provvedimenti per richiudere le smagliature aperte da questi magistrati restati liberali ed escludere altre loro inframmettenze. Schematizzando si potrebbe dire che oggi alcuni studiosi tendono a vedere gli aspetti di dissidenza, rispecchiati da una serie di sentenze e di pareri, mentre altri tendono a sottolineare gli aspetti di conformismo, acquiescenza, adesione che in definitiva confluirebbero in un consenso abbastanza diffuso alla normativa del 1938-1939, oltre ad appoggiarsi anch'essi alla giurisprudenza più ortodossa rispetto alle leggi razziste, quale quella della Corte dei conti e della Cassazione.

A tale proposito ci si potrebbe interrogare su un'altra questione, ovvero quanto della formazione giuridica liberale sopravvivesse nella stagione dell'ultimo fascismo, con il paese in guerra; i cambiamenti di opinione sulla dittatura si produssero tra i comuni cittadini così come tra i magistrati soprattutto dopo i bombardamenti del 1942-1943 e le privazioni indotte dagli eventi bellici, e non al 1939 come mi sembra di intuire da ciò che scrive ⁽³⁷⁾. Inoltre, è pacifico che ci siano interpretazioni dissonanti in base al gruppo dei giuristi che si pone sotto osservazione ravvicinata: in tal senso, Acerbi offre al lettore un'ampia rassegna di esempi dell'epoca in parte prudenti e attestati sulle dottrine liberali, e in fondo contrari, in parte asettici e anodini, « senza esporsi in valutazioni di merito o in restrizioni applicative », in parte aderenti espliciti alla retorica razzista del regime ⁽³⁸⁾. Il problema è che tra questi ultimi si annoveravano i vertici dell'ordine giudiziario, come il procuratore generale Antonio Albertini e il guardasigilli Arrigo Solmi.

Va notato che in questo punto l'A. ha preso in considerazione soltanto due voci di un'opera che gli avrebbe permesso di ampliare la sua ricerca ⁽³⁹⁾: limitandosi a citare le biografie di Ferdinando Rocco e di Leopoldo Piccardi, ne *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia*, egli ha tralasciato altri magistrati amministrativi e relativa giurisprudenza (sia pareri, qui mai citati, sia sentenze) che ebbero a confrontarsi con il tema delle leggi razziali, come Gaetano Vetrano, Guglielmo Roeherssen di Cammarata, Giuseppe Potenza. Mentre in altri punti del testo, ricorda

⁽³⁷⁾ G. ACERBI, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, cit., p. 135, n. 167.

⁽³⁸⁾ Ivi, pp. 137-139.

⁽³⁹⁾ Mi riferisco a *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia, biografie 1861-1948*, 2 voll., a cura di Guido Melis, Milano, Giuffrè, 2006.

le vicende che coinvolsero Michele La Torre ⁽⁴⁰⁾ e Santi Romano, personalità fascista senza dubbi ma di cui è difficile stimare il grado di consenso nei confronti delle leggi razziali o, viceversa, una certa indifferenza rispetto ad esse, dato che *Palazzo Spada* avrebbe offerto plurime prove della sua riottosità ad interpretarle nel senso voluto dalla dittatura.

Nella sua vasta panoramica, Acerbi propone una sintesi quasi antologica di scritti frutto di conferenze, convegni, congressi tra gli anni 1939-1943 da parte dei giuristi; tra questi un posto di rilievo fu quello assunto dalle riviste giuridiche, alcune delle quali iniziarono ad essere pubblicate per l'occasione, come « Il diritto razzista », a cui giunsero i saluti e le « autorevoli adesioni » di gran parte del gotha del ceto dei giuristi. Vi furono poi modifiche introdotte nel nuovo codice civile, il cui primo libro era apparso prima del varo della normativa razzista e che i solerti legislatori del regime si affrettarono a cambiare per rispettare le nuove direttive della politica. Sempre con un occhio panoramico, si leggono nelle parole della dottrina dell'epoca una serie di commenti improntati spesso alle ideologie razziste allora in voga; si vedano le pagine dedicate ad alcune conferenze tenute da Gaetano Azzariti, una figura ancora poco studiata, e però centrale per l'analisi della stesura e dell'applicazione delle leggi antiebraiche ⁽⁴¹⁾.

La scelta di dare sempre la parola agli autori è funzionale a dimostrare il grado di diffusione e penetrazione delle teorie razziste nella produzione normativa in generale, e la loro specifica diffusione nel ceto dei giuristi. L'A. si sofferma poi su quelle riviste già esistenti che in qualche misura dovettero venire a patti col nuovo clima politico; Acerbi ricorda « Il Foro italiano » di Scialoja, più neutrale e distante rispetto a « La Giurisprudenza e le leggi », sostenendo che vi furono « disagi » e « ribellioni ». Francamente non mi pare che si possa usare questa parola per sottolineare il mancato allineamento alle direttive del regime che avevano chiesto l'allontanamento dalle redazioni dei collaboratori ebrei, per il fatto che invece Scialoja avesse continuato ad avvalersene, compiendo « un atto di coraggio ». Ovvero che alcuni giuristi ebrei anche dopo il 1938 scrissero articoli e note a sentenza, magari siglandosi solo con le iniziali; e la stessa mancanza di alcuni lemmi, quale quello di razza, nel *Repertorio* che tali riviste compilavano annualmente pare più un atto di disagio che non di ribellione. Altrimenti si assume un'ottica tipica del periodo della mancata defascistizzazione nel 1944-1946, quando si prendevano come atti di antifascismo il fatto di non aver scritto nelle opere pubblicate la datazione fascista in numeri romani o di non aver inneggiato al duce.

⁽⁴⁰⁾ G. ACERBI, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, cit., pp. 158 e 224.

⁽⁴¹⁾ Ivi, pp. 169-172.

Differenti sono invece i casi di Ernesto Orrei, autore di un testo che con coraggio sfidò il sentimento comune dell'antisemitismo, e di Mario Rotondi direttore della « Rivista di diritto privato »: per questi due giuristi forse è il caso di parlare di « ribellione » (42). In questo ambito si sottovalutano, pur citandole, le due sentenze decise dalla IV sezione del Consiglio di Stato del settembre e novembre 1941, in cui si diede torto al Ministero dell'educazione nazionale nei confronti di un gruppo di docenti universitari ebrei espulsi nel 1938 e che avevano fatto ricorso alla giustizia amministrativa per vedersi riconoscere delle provvidenze stabilite dalle leggi per i funzionari inamovibili. Se si parla di ribellione per giuristi che svolgevano un'attività professionale quale la docenza e la conduzione di una rivista giuridica, a maggior ragione si dovrebbe usare quel termine nei confronti di due magistrati amministrativi (Ferdinando Rocco e Leopoldo Piccardi) che erano — è bene ricordarlo — giudici dell'amministrazione e consiglieri del governo; nomi, in particolare il secondo, che ancora oggi sollevano dubbi riguardo al loro comportamento durante quegli anni.

In generale è bene ricordare che nei codici, nelle riviste, e nei loro repertori, la cultura giuridica italiana si dovette confrontare con nuove categorie non giuridiche quali quelle di « ariano, ebreo, razza » che alteravano profondamente i principi generali del diritto, dei diritti fondamentali dell'uomo come quelli civili. Eppure quelle nozioni trovarono casa e cittadinanza nelle leggi italiane proprio grazie al supporto teorico e pratico dato dalla stragrande maggioranza degli uomini di diritto; furono questi ultimi che costruirono il sistema giuridico che giustificò a livello normativo la distinzione dei cittadini italiani tra quelli di razza ariana e quelli di razza ebraica. A questo proposito forse si può ipotizzare che il ruolo dei magistrati « ribelli » alle leggi in servizio in Piemonte risentisse delle tradizioni risorgimentali di emancipazione degli ebrei, e che più forte fosse il ricordo di quelle norme, applicate nell'800 nei confronti anche di altri gruppi di religione diversa da quella cattolica (si pensi ai protestanti e ai valdesi), e poi rinnegate nel 1938-1939. D'altra parte è pur vero che nella tradizione giuridica italiana liberale si erano già promulgate in tempi diversi leggi *contra* gruppi particolari di individui; si pensi agli anarchici e ai repubblicani, lasciando spazio a tribunali eccezionali (spesso militari) e a ripetute proclamazioni dello stato d'assedio (in una decina d'occasioni).

Uno dei capitoli più lunghi è quello sulla « abrogazione delle leggi » e sulle « ritardate, troppe e disorganiche » norme varate per la riparazione dei danni inferti agli ebrei, che spesso furono applicate in maniera disordinata (43). Il tema è stato anch'esso oggetto di numerosi studi editi quasi sempre negli ultimi due decenni, una curiosità, l'Egeli

(42) Ivi, pp. 181-184.

(43) Ivi, pp. 189-214.

è stato sciolto ufficialmente soltanto nel 1997, benché fosse stato messo in liquidazione 40 anni prima.

A proposito di contraddizioni e sfaccettature rispetto all'atteggiamento assunto tra i giuristi nei confronti della normativa razzista prima, durante e dopo la guerra, va ricordato che a fronte di alcuni avvocati che per principio si rifiutavano di assumere la difesa di ex gerarchi (come la penalista Zara Algardi⁽⁴⁴⁾), ce n'erano altri che non si posero alcun problema ideologico, etico o professionale: come nel caso di Jemolo che difese Federzoni di fronte alla Cassazione, difesa qui non ricordata, anche se si citano proprio Jemolo e Federzoni⁽⁴⁵⁾; quest'ultimo era stato uno dei beneficiari nella vicenda delle discriminazioni a favore di alcuni facoltosi ebrei ottenute a caro prezzo e « tramite alienazioni 'forzose' al limite della concussione »⁽⁴⁶⁾. Curiosamente tra i numerosi studi citati, l'A. ha omesso di indicare il carteggio edito qualche anno fa tra lo stesso Jemolo e Mario Falco, che contiene molte notizie sui giuristi riguardo ai temi qui affrontati⁽⁴⁷⁾.

Il meno che si possa notare sulla normativa risarcitoria è che, anche questa volta, la magistratura (specialmente attraverso le sentenze della Corte di cassazione e della Corte dei conti) fa spesso una figura tutto sommato *ponzio-pilatesca*, d'ignavia, risultando per interi decenni fin troppo adesiva al formalismo giuridico e (volutamente?) distratta e indifferente al contesto storico in cui si erano verificati i casi processuali su cui stava decidendo. Per altro, nel periodo 1938-1943 tra i silenti (la Chiesa), e gli indifferenti (la società italiana nel suo complesso), è bene ricordare che vi fu anche la monarchia che, così facendo, rinnegava la sua stessa precedente storia; tutte le numerose leggi razziali furono controfirmate, protocollate ed emanate in nome del re⁽⁴⁸⁾. Il razzismo dello « Stato di diritto » (un'espressione che suscita spesso interrogativi sospetti tra gli studiosi di storia *tout court*) trovò in questo ambito la sua più compiuta manifestazione.

Come noto, vi fu una mancata defascistizzazione, assai parziale agli effetti della carriera, provvisoria e ridotta nel tempo in molti casi del ceto dei giuristi, di cui Acerbi offre una rapida carrellata di nomi di magistrati e docenti che proseguirono le loro carriere nell'Italia repub-

(44) F. TACCHI, *Eva togata. Donne e professioni giuridiche in Italia dall'Unità a oggi*, prefazione R. Sanlorenzo, Utet, Torino, 2009, p. 104.

(45) G. ACERBI, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, cit., pp. 203-204.

(46) Ivi, p. 198.

(47) A.C. JEMOLO, *Lettere a Mario Falco-tomo I (1910-1927), e tomo II (1928-1943)*, a cura di M. Vismara Missiroli, Giuffrè, Milano, 2005 e 2009.

(48) L. CARLASSARE, *Gli aspetti costituzionali delle leggi razziali in Italia*, in *Le leggi razziali antiebraiche fra le due guerre mondiali*, a cura di O. Longo e M. Jona, Firenze, Giuntina, 2009, p. 58.

blicana; tuttavia, sbaglia riguardo a Piccardi che non fu epurato come scritto ma, assolto sia in prima istanza che dopo il giudizio di revisione, si dimise volontariamente dal Consiglio di Stato ⁽⁴⁹⁾. Puntualizzato cioè, aspettiamo nuove ricerche — d'archivio e non — per una più completa attribuzione delle singole e personali responsabilità dei giuristi rispetto all'antisemitismo di Stato, per esempio rispetto all'applicazione della normativa razzista ed antiebraica in Albania.

Uno dei capitoli/paragrafi più interessanti è senz'altro il penultimo, il 22°, che si intitola « Considerazioni di sintesi: come si diventa giuristi antisemiti 'a comando'? ». La domanda riecheggia un vecchio e, ancora oggi, interessante lavoro — su cui l'A. si è basato per giungere alle sue conclusioni — di uno studioso statunitense, W.E. Allen, che si era domandato come ci si potesse trasformare in nazisti giorno dopo giorno, quasi senza rendersene conto ⁽⁵⁰⁾. Se per Allen il focus era la piccola e media borghesia di una cittadina tedesca, per Acerbi l'obiettivo è stato il ceto « più coinvolto di altri » dei giuristi, che furono « commentatori, interpreti, applicatori », un « ceto più responsabile di tutti » per il ruolo da loro svolto ⁽⁵¹⁾. Tra le risposte che l'A. individua, alcune erano già state avanzate dai precedenti studi: il conformismo, l'essere i giuristi di solito « governativi », e servili nei confronti delle teorie propagandate dal regime fascista; il ruolo giocato dall'antigiudaismo cattolico. Inoltre Acerbi sottolinea come un certo sentimento antisemita, come pure pulsioni di tipo razzista, sia presente e anzi in aumento nella società attuale « nel mondo intero » ⁽⁵²⁾, accompagnandosi con l'intolleranza nei confronti di altre etnie (e leggi ed ordinanze municipali di stampo razzista sono state più e più volte sotto gli occhi dell'opinione pubblica italiana negli ultimi anni).

Nell'ultimo capitolo, l'A. continua a interrogarsi sugli sviluppi successivi alla stagione del razzismo di Stato, al « dopo », e cioè alla defascistizzazione e al suo fallimento anche nei confronti dei giuristi maggiormente coinvolti nel 1938-1945; Acerbi si interroga giustamente sui silenzi della storiografia che spesso e volentieri ha ricordato quegli insigni giuristi tacendo il loro ruolo rispetto alla legislazione antiebraica mentre, al contrario, quelli che lui definisce « ribelli » furono invece « ignorati e le loro prese di posizione trascurate/marginalizzate » ⁽⁵³⁾. Tra le risposte che egli individua ci sono: una generalizzata « rimozio-

⁽⁴⁹⁾ G. ACERBI, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, cit., p. 224.

⁽⁵⁰⁾ Ivi, pp. 227-228; W.S. ALLEN, *Come si diventa nazisti? Storia di una piccola città 1930-1935*, Einaudi, Torino, 1968 (ed. or. 1965).

⁽⁵¹⁾ G. ACERBI, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, cit., p. 226.

⁽⁵²⁾ Ivi, p. 230.

⁽⁵³⁾ Ivi, p. 233.

ne » sia delle vittime che dei « persecutori », che dell'opinione pubblica che si riflesse anche nella rimozione del fascismo considerato *crociamente* una « parentesi » nella storia italiana; una persistenza di « luoghi comuni, pregiudizi, stereotipi »; la « solidarietà » espressa da gran parte del nuovo ceto politico a chi aveva avuto un ruolo direttivo nella persecuzione e che, per non essere stato epurato, si ritrovò spesso ancora ai piani alti delle istituzioni pubbliche come dei novelli Talleyrand-Périgord; il « silenzio » di quasi tutti gli intellettuali e di gran parte degli esponenti dei partiti politici; il criterio della competenza, che imponeva per la ricostruzione dello Stato e delle sue funzioni il concorso del capitale umano — si direbbe oggi — disponibile, anche nelle sue componenti specializzate (come i magistrati) imponendone il salvataggio e il recupero al nuovo Stato democratico; la « continuità dello Stato », attraverso le sue leggi ordinarie, le sue organizzazioni, il suo personale; l'aver scaricato sulla Germania nazista per lungo tempo tutte le colpe dello sterminio. Rimozioni e silenzi dovuti all'indifferenza di chi non fu coinvolto e che fu spesso semplice spettatore e testimone durante e dopo la persecuzione.

In conclusione, chi leggerà questa importante antologia, scritta con chiarezza e di facile comprensione, nonostante la materia trattata si presti a tecnicismi e a complessità giuridiche, avrà un quadro abbastanza esauriente di come siano progrediti gli studi sulle leggi antiebraiche nel corso degli ultimi 25 anni, dopo un cinquantennio puntellato da sporadiche quanto solitarie ricerche. La storiografia utilizzata dall'A. ci mostra quanti lavori — di diversa qualità e approfondimento — siano stati messi in cantiere dalla ricerca delle scienze sociali; storia, antropologia, diritto, studi che intrecciano queste discipline, non c'è dubbio che oggi la situazione sia più rosea e chi volesse approfondire l'argomento può trovare molte indicazioni bibliografiche. Se è evidente che il lavoro nulla aggiunge a quanto gli studiosi della persecuzione antiebraica già conoscono, nondimeno anche questi possono giovarsene ripensando proficuamente alle domande finali poste dall'A. sul come si sia diventati giuristi antisemiti « a comando ».

GIOVANNI FOCARDI

A proposito di...

OMBRETTA DI GIOVINE

IL CIELO DEI CONCETTI:
DEFINIZIONE DEL SENSO DELLE PAROLE E
DELLE PROPOSIZIONI NEL DIRITTO PENALE (*)

1. *Excusatio*. — 2. I contenuti dell'indagine: l'interpretazione come creazione (subordinata, ma pur sempre concorrente) del diritto. — 3. Il metodo dell'indagine: la pragmatica giuridica. — 4. L'esito dell'indagine: la prevedibilità dell'esito giudiziario come dimensione conformativa dell'odierna legalità penalistica. — 5. La precomprensione dell'interprete e l'ermeneutica giuridica. — 6. L'atteso ingresso della psicologia cognitiva (e non solo) nel diritto (anche penale).

1. *Excusatio*.

La sezione *A Proposito di ...* vede i suoi scritti impostati sotto forma di “dialogo” con l'autore di una pubblicazione. Se è vero tuttavia che un dialogo presuppone due (o più) contraddittori che si confrontano su posizioni almeno in parte diverse, ciò non accadrà in questo caso. Sia sul piano dei contenuti sia su quello del metodo dell'indagine concordiamo infatti con Massimo Vogliotti.

2. *I contenuti dell'indagine: l'interpretazione come creazione (subordinata, ma pur sempre concorrente) del diritto.*

Dove passa il confine? è uno scritto sul *Divieto di analogia nel diritto penale* (così, il sottotitolo) che però è anche un libro sulla natura dell'interpretazione.

I due profili sono stati tenuti (a fatica) distinti da una lunga tradizione giuridica e penalistica in particolare. Una volta abbandonata la classica concezione dichiarativa dell'interpretazione, finiscono però con il sovrapporsi, anche se non proprio con l'identificarsi: ciò accade nel libro di Vogliotti ma (noi crediamo) nel diritto (anche quello penale) in genere.

(*) A proposito di Massimo VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2011.

Chi ritiene infatti che i confini dell'incriminazione possano essere tratteggiati con (più o meno accurata) precisione pretende che l'interprete estrapoli dalle parole un significato, precedentemente racchiusovi dal legislatore, ed assume che tale compito possa essere svolto in modo asettico; dice Vogliotti: *avalutativo* ⁽¹⁾. Quasi che la normazione consista nel riporre in scatole — rigide ed indeformabili — una scelta, sapere, valore o quel che sia, e che la mansione dell'interprete si esaurisca nel prelevare questo qualcosa dalla scatola (e dalla naftalina) per confrontarlo all'uopo, nella sua originaria ed immutata conformazione, con il fatto: se c'è coincidenza (di forme, si intende), bene; diversamente, laddove il fatto non si conformi al tipo, la sussunzione risulterebbe preclusa. Ogni deviazione snaturerebbe l'interpretazione, mutandola in qualcosa di diverso e di vietato. Ne farebbe, appunto, (deprecabile) analogia: un procedimento di *integrazione* del diritto precluso al giudice in nome di quella certezza la cui difesa è funzionale all'autodeterminazione dell'individuo in materia penale e dunque, in ultima analisi, alla tutela della sua libertà personale.

Ammirevole impianto teorico, questo, che grazie alla purezza estetica delle sue linee (oltre che per la nobiltà del principio, certo) in ambito penalistico (terreno fertile per le idee giuspositiviste) è stato lungamente risparmiato dai colpi del tempo, quando questi mietevano non dissimili assiomi a sostegno di altre branche dell'ordinamento ⁽²⁾.

La visione che ispira la costruzione tradizionale non regge però al vaglio della prassi e nemmeno a quello della teoria.

Sotto il primo profilo, chiunque si occupi di diritto ha esperienza di quanto complicata possa essere l'asserita *estrapolazione del significato delle parole*; in fondo, l'esistenza e la perpetuazione stesse di alcune specie professionali, tra cui quella accademica, traggono legittimazione dalla necessità di un sapere più complesso, casomai intessuto di principi e di conoscenze extra-giuridiche (o almeno così ci piace pensare).

⁽¹⁾ L'autore parla sin dall'*Introduzione* del « tramonto del dogma del mito dell'avalutatività del sapere giuridico ». M. VOGLIOTTI, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 5.

⁽²⁾ Non a caso Vogliotti torna, questa volta nelle *Conclusioni* (p. 135), sulla bella metafora di Massimo Severo Giannini, che già tempo fa paragonò il diritto penale ad una sorta di Cina imperiale, racchiusa nella muraglia che la difende dagli attacchi esterni, ma nel contempo la taglia fuori da ogni comunicazione con il mondo. M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo (1940) — Postilla 1973*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2, 1973, 272.

Sulle ragioni che militano a favore di un « ridimensionamento della specialità della pena », v. ora le pagine di G. FIANDACA, *Rocco: è plausibile una de-specializzazione della scienza penalistica?*, in *Criminalia*, 2010, p. 179 ss.

Né la precisazione (a rigore, la critica) — recentemente avanzata da Massimo Donini — per cui, a fronte di qualche caso *difficile*, la gran parte sono invece piuttosto *facili*, sembra mutare i termini della questione⁽³⁾. Poco toglierebbe alla sua rilevanza, in quanto l'obiettivo della massima garanzia individuale resta imprescindibile quale che sia il numero di situazioni con cui deve confrontarsi. E comunque, ci sentiremmo di ribadire, tali evenienze sono (statisticamente) tutt'altro che rare.

Vediamo perché, venendo così alla *teoria*, che rappresenta poi il metodo di cui si avvale Vogliotti (che è un filosofo del diritto), sul quale — come preannunciato — pure conveniamo.

3. *Il metodo dell'indagine: la pragmatica giuridica.*

Ragioni difficilmente confutabili si oppongono alla possibilità di definire in anticipo, una volta e per tutte, l'area semantica delle parole o piuttosto delle *proposizioni*, come si tende oggi giustamente a precisare. Tali ragioni si desumono dai rudimenti della filosofia linguistica, concorde nel riconoscere a qualunque lemma i caratteri dell'ambiguità e della vaghezza (le parole, dunque, non hanno *confini* perfettamente tracciabili), e sono state ampiamente tematizzate dagli indirizzi *pragmatici*⁽⁴⁾, inclini da tempo ad evidenziare come, nella definizione del *senso*⁽⁵⁾, non sia possibile prescindere dall'*uso* che si faccia della parola o della proposizione⁽⁶⁾, e quindi dal contesto in cui l'una o l'altra si cali,

⁽³⁾ M. DONINI, *Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea*, in M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Giuffrè, 2011, 72 ss., secondo cui la sensazione che i casi difficili siano numerosi deriverebbe (diremmo noi:) da una sorta di distorsione conoscitiva fondata sull'euristica della rappresentatività (sarebbero insomma i casi su cui lo studioso si compiacie di intrattenersi). Donini ritiene dunque non « *corretto* definire l'ermeneutica giuridica in generale pensando di *assumere come modello le consuetudini interpretative che si spiegano in ipotesi particolari o in ipotesi-limite* » (p. 74) e conclude che « *solo i casi difficili* presentano *tensioni rispetto al paradigma dell'interpretazione come sussunzione logica di casi-esempio nella premessa "già nota" del sillogismo giudiziario* » (p. 75).

⁽⁴⁾ Vd. la gustosa ricostruzione di C. BIANCHI, *Pragmatica del linguaggio*, Laterza, 2003.

⁽⁵⁾ In tedesco, *Sinn*, contrapposto al *Beduetung* (o significato o denotazione). G. FREGÉ, *Senso e significato*, in C. PENCO-E. PICARDI (a cura di), *Senso, funzione e concetto*, Laterza, 2001, p. 32 ss. oppure *Senso e denotazione*, in A. BONOMI (a cura di), *La struttura logica del linguaggio*, Bompiani, 2001 (or. 1892), p. 9 ss.

⁽⁶⁾ Si tratta di correnti la cui inaugurazione si fa risalire al "secondo" Wittgenstein, sul cui pensiero il libro di Vogliotti giustamente indugia. In proposito, v. anche V.

come pure dal *riconoscimento delle intenzioni* del dialogante (7), che è nel nostro caso il testo: insomma, dalla *ratio legis*. Potremmo vantare i testi più precisi e le fattispecie più determinate (ovviamente non è nemmeno così), ma a nulla varrebbero se l'interprete, all'esito di quel procedimento complesso e delicato che si è detto essere l'interpretazione, non converga infine su un *sensu* univoco delle fattispecie: senso che (se non coincide con, quanto meno) passa per l'identificazione della *ratio legis*.

Vogliotti ci regala in proposito alcune esemplificazioni. Ripropone quella di Fuller, concernente la collocazione (e quindi l'ingresso) di un carro-armato come monumento all'interno di un parco pubblico, la quale rivisita in chiave critica il celeberrimo divieto di ingresso degli autoveicoli nel parco di cui parlava Hart, dimostrando che anche quando il significato del lemma si collochi nel *core* della *littera*, ciò può rivelarsi insufficiente (8). Ma affronta anche casi *più penalistici*, come, tra gli altri, quelli che coinvolgono la 'violenza' in alcune fattispecie penali, per provare che il testo è incapace di blindare il concetto nel solo uso della forza fisica (con l'esclusione, per ciò solo, della coazione morale) (9).

La soluzione delle citate questioni chiama in ballo a volte complesse indagini del contesto *normativo* in cui si cala la proposizione, ed

VILLA, *Interpretazione giuridica e teorie del significato*, in M. JORI-L. GIANFORMAGGIO, *Scritti in onore di Uberto Scarpelli*, Giuffrè, 1997, p. 803 ss. Per un'analisi delle implicazioni penalistiche di tali impostazioni sia consentito rinviare altresì a O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Giuffrè, 2006 (p. 73 ss. e, in part., p. 109 ss.).

Che il senso delle parole dipenda più che dalla loro corrispondenza con predeterminate entità esterne, dall'uso che se ne faccia, è esemplificato da Vogliotti mediante il ricorso al celebre esempio dell'« arma », in cui, ai fini del § 250 StGB può rientrare anche una sostanza corrosiva. Così Arth. KAUFMANN, *Analogia e « natura della cosa »*. *Un contributo alla dottrina del tipo*, Vivarium, 2003 (or. 1982), p. 55. Su questo specifico punto, richiamiamo altresì la simpatica polemica tra Richard Rorty ed Umberto Eco, in U. ECO, *Interpretazione e sovrainterpretazione*, Bompiani, 2002 (or. 1992), p. 126 e p. 174. Nella sostanza, il primo osserva come un "cacciavite" è quello per cui serve, ed aggiunge che può essere usato per girare una vite, aprire un pacco o anche grattarsi un orecchio. Eco conviene, ma prudentemente, laddove debba grattarsi un orecchio, dichiara che preferirebbe servirsi di uno « stuzzicadenti corto ricoperto di cotone », dimostrando così che esistono limiti ontologici che si oppongono alla deriva relativista.

(7) Il richiamo è qui a H.P. GRICE, *Logica e conversazione: saggi su intenzione, significato e comunicazione*, il Mulino, 1993.

(8) M. VOGLIOTTI, *Dove passa*, cit., p. 85 s.

(9) A tale analisi è dedicato l'intero capitolo IV.

è affrontata da Vogliotti in una dimensione prevalentemente *sincronica*. Nulla esclude però che l'analisi si dipani in una dimensione *diacronica*, vale a dire che un caso nato *facile* divenga con il passare del tempo (anche molto) *difficile*. Ciò, anzi, accade piuttosto frequentemente e ad onta delle migliori intenzioni di legislatore e interprete.

Continuiamo a trovare in proposito significativa la rilettura giurisprudenziale dei delitti posti a tutela dei contratti della pubblica amministrazione (art. 353 ss. c.p.), che ha reagito al mutamento della disciplina amministrativa *di sottofondo*. In particolare, ha risentito del passaggio da un sistema di regole volto ad attribuire una preferenza secca all'offerta più bassa ad altro (almeno a partire da una certa data, ispirato a sua volta dalla normazione europea) che tiene invece conto delle esigenze organizzative della pubblica amministrazione e che valuta quindi l'economicità dell'offerta sulla base di parametri più articolati e per ciò stesso aperti a valutazioni discrezionali (per farla breve, oggi è consentita l'aggiudicazione anche se l'offerta del contraente non è quella più bassa, purché sia quella « economicamente più vantaggiosa »). La conseguenza è che le sentenze riferiscono lemmi quali « pubblico incanto » e « licitazione privata » a gare, comunque denominate, purché procedimentalizzate, lasciandosi guidare (in modo a nostro avviso condivisibile) dalla *ratio legis* (che evidentemente individua nell'imparzialità e buon andamento della Pubblica Amministrazione), ma con buona pace di ogni interpretazione c.d. letterale ⁽¹⁰⁾.

Generoso di suggestioni pare inoltre il contesto *fattuale*, anch'esso destinato a proiettare sul testo *sensi* diversi al suo mutare ⁽¹¹⁾.

⁽¹⁰⁾ La problematica è accennata in O. DI GIOVINE, *Considerazioni su interpretazione, retorica e deontologia in diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 108 s., e si trova sviluppata in EAD., *Trattato di diritto penale, I delitti contro la pubblica amministrazione*, Utet, 2008, p. 811 ss. Oltretutto, a sostegno della tesi *evolutiva* depone la circostanza che l'originaria denominazione codicistica non è stata formalmente toccata dalla novella che degli articoli in esame ha attuato la l. n. 136 del 2010. Eppure questa è intervenuta in un momento successivo alla ridescrizione (anche ma non solo linguistica) del sistema, operata dal c.d. codice dei contratti della pubblica amministrazione (d.lgs. n. 163 del 2006), il che lascia intendere che il legislatore del 2010 supponesse la perdurante vigenza del sistema penale. A ritenere ormai inapplicabili alle gare, diversamente denominate, tale sistema, si negherebbe quindi rilievo anche all'intervento legislativo del 2010. Ciò nondimeno, riserve critiche, da ultimi, in M. DONINI, *Disposizione e norma*, cit., 112, e N. MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, Jovene, 2012, p. 334 ss.

⁽¹¹⁾ Ovviamente la distinzione è di comodo e vale a meri fini espositivi, dal momento che i vari tipi di contesto si sovrappongono spesso tra loro.

Ognuno ha le sue preferenze. Noi siamo legati all'esempio dell'omicidio (doloso).

Come tutti sappiamo, l'art. 575 c.p. tracciò una fattispecie pulita sul piano linguistico-formale. Il penalista direbbe: *precisa*, che ruotava tutta attorno ad elementi descrittivi di fattispecie. E, sul piano sostanziale della tutela, *determinata*: poiché assumeva ad oggetto fatti dotati di chiara materialità e dunque ben suscettibili di essere provati in giudizio (non per niente è il classico *delitto naturale*). Eppure, serbiamo un vivo ricordo delle dispute interpretative innescate da recenti e dolorose situazioni riguardanti il trattamento di fine-vita in relazione alla posizione del medico e/o dei familiari (dispute che — c'è da scommetterci — sono state sospinte appena sotto la superficie, ma che riesploderanno con l'emersione di nuovi casi). Che cosa è cambiato tra il *prima* e il *dopo*? Non certo il testo della fattispecie, rimasto sempre lo stesso. È mutato, e molto, il contesto, che ha reso scientificamente e tecnologicamente possibili situazioni le quali un tempo non erano tali (quelle di prolungamento artificiale della vita o — assumendo un diverso punto di vista — ... della morte) e che, prima ancora, ha costretto il legislatore a « definire » stipulativamente il concetto di « morte » (mutato così in « normativo-giuridico »), dopo aver scelto tra plurime opzioni (arresto cardiaco, arresto del c.d. tripode vitale, morte cerebrale) in passato nemmeno immaginabili.

Metamorfosi indotte dal mutamento del contesto (fattuale) tecnologico non sono certo poco frequenti. Si è discusso ampiamente in dottrina della configurabilità dello sfruttamento della prostituzione quando la prestazione sessuale oggetto di mercimonio sia eseguita mediante *internet*; dell'eventuale sussistenza del tipo *molestie mediante telefono* (art. 660 c.p.) se il "fastidio" è arrecato con *sms* o addirittura via *e-mail* (una rivisitazione *aggiornata* del citato esempio di Fuller, in cui il nucleo semantico è centrato, ma la *ratio* potrebbe, ad alcune condizioni ⁽¹²⁾, non esserlo); dell'ipotizzabilità del *getto pericoloso di cose* (art. 674 c.p.) per il caso di emissione di onde elettromagnetiche ⁽¹³⁾. La mente va poi alla *riesumazione* del delitto di falsità personale

⁽¹²⁾ Così, nel caso in cui la *e-mail* possa essere attinta soltanto entrando nella propria "posta elettronica", essa sarebbe assimilabile ad una normale missiva. Cass. 27 settembre 2011, BALLARINO, in *Riv. pen.*, 2012, p. 35 ss., con nota di S. LAGROSCINO, *Lo spamming quale possibile modalità di condotta del reato di molestia telefonica*.

⁽¹³⁾ Su alcuni di questi esempi si sofferma nella sua indagine anche Vogliotti (*Dove passa il confine*, cit., p. 125 ss.). Essi hanno costituito recentemente oggetto di discussione da parte di G. CARCATERRA, O. DI GIOVINE, N. MAZZACUVA e V. VELLUZZI nella sezione *Opinioni a confronto. Tra analogia e interpretazione estensiva*, della rivista

di cui all'art. 494 c.p. quando la *sostituzione di persona* sia effettuata mediante (o su) un c.d. *social network*. E così via.

Ovviamente, non è solo la tecnologia a segnare il passo dei cambiamenti. Si pensi ad esempio alla progressiva ed inesorabile smaterializzazione della ricchezza (l'attivo del bilancio di una società è spesso costituito per gran parte di crediti), che rischia di mettere in discussione la convergenza dottrinale ⁽¹⁴⁾ e giurisprudenziale ⁽¹⁵⁾ su quella concezione economicistica la quale aveva fatto proprio della dimensione materiale dei beni il suo punto di forza nel contrasto alla progressiva anticipazione (*spiritualizzazione*) della tutela predisposta dai delitti contro il patrimonio ⁽¹⁶⁾. Per intenderci, la minaccia che abbia costretto taluno ad assumere un debito ancora non eseguito (con contropartita nell'acquisizione di un credito, oltretutto cedibile) ma iscritto come posta passiva nel bilancio della sua società, integra un'estorsione (art. 629 c.p.) oppure si arresta alla soglia del tentativo?

Sarebbe invero interessante prendere in esame pure quello che abbiamo definito in altra sede il contesto linguistico giudiziario ⁽¹⁷⁾, soprattutto nei casi (fortunatamente pochi) in cui, per effetto di un'interpretazione consolidata della giurisprudenza, il senso comune o giuridico (ma) originario delle parole abbia subito un vero e proprio stravolgimento ... o in quelli in cui la lettura dei giudici trascenda addirittura la lettera, aggiungendo o sottraendovi qualcosa. Si consideri la nascita e la longevità del dolo eventuale (per non parlare della sua

Criminalia, 2010 (p. 347 ss.), dove, si noti, anche autori i quali muovevano da visioni simili dell'interpretazione sono giunti a soluzioni diverse con riferimento ai singoli casi.

L'esempio della *prostituzione on line*, per quel che ci risulta, è stato introdotto per la prima volta nel dibattito penalistico da C.F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, I, Giuffrè, 2006, p. 515 ss. (in part. 530 ss.), autore al quale si devono considerazioni preziose sull'interpretazione (e sulla riscrittura del sistema delle fonti) in materia penale. Vd. anche C.F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2007, p. 1280 ss.

⁽¹⁴⁾ Per tutti, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, vol. 2, tomo 2, 2005, Zanichelli, 25.

⁽¹⁵⁾ Per tutte, Cass. SS.UU. 16 dicembre 1998, Cellammare.

⁽¹⁶⁾ Al di là, peraltro, dell'esplicito richiamo alla concezione economica (e in modo a nostro avviso contraddittorio), la stessa sentenza SS.UU. 16 dicembre 1998, Cellammare ritenne la truffa ai danni dello Stato consumata con l'atto di assunzione dell'impiegato, a prescindere dall'erogazione anche solo della prima mensilità di stipendio.

⁽¹⁷⁾ O. DI GIOVINE, *Interpretazione*, cit., p. 139.

iper-attività⁽¹⁸⁾!) o — per stare a celebri fattispecie codicistiche — alla corruzione, la cui applicazione prescinde in modo quasi pacifico dalla presenza di un « atto », pur espressamente richiesto dalla formula degli artt. 318 e 319 c.p.⁽¹⁹⁾.

Ancora, si potrebbe citare l'orientamento che si sta rapidamente consolidando nella giurisprudenza di merito⁽²⁰⁾ in rapporto alla responsabilità degli enti (*ex* d.lgs. n. 231/2001) per i delitti colposi, innestati sul corpo legislativo in seconda battuta (nel 2008) e che però stridono con « l'interesse o vantaggio » che dovrebbe animare (ai sensi dell'art. 5 del d.lgs.) la commissione del reato da parte della persona fisica (le prime sentenze, come noto, non hanno esitato a ritenere che « nell'interesse o a vantaggio » dell'ente debba essere realizzata la condotta da cui scaturisce in seguito la realizzazione del reato).

Siffatte situazioni parrebbero addirittura riconducibili — sul versante giuridico — a quelle che Maurizio Ferraris, nella sua annosa polemica con il pensiero *debole* (e con il nietzscheano “Non ci sono fatti, ma solo interpretazioni”), ama icasticamente fotografare nel paradossale « Non ci sono gatti ma solo interpretazioni »⁽²¹⁾, per dimostrare che oltre una certa soglia la semiosi non si potrebbe spingere, pena

(18) Alludiamo ovviamente ad alcune recenti vicende giurisprudenziali, ed in particolare al c.d. caso Thyssenkrupp. Corte Assise Torino, 15 aprile 2011, Espenhahn ed altri, in *Dir. pen. contemp.* V. le note di G.P. DE MURO, *Sulla flessibilità concettuale del dolo eventuale*, e di G. FIANDACA, *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio general preventivo*, entrambe in *Dir. pen. contemp.*, 2012, fasc. 1, p. 141 ss.

(19) Recentemente Massimo Donini, sempre in *Disposizione e norma*, cit., ha richiamato l'attenzione almeno su altri due esempi significativi (che l'autore ritiene esempi di applicazione analogica): l'art. 437 c.p. in cui la giurisprudenza fa rientrare le malattie professionali (p. 107) e l'art. 317 c.p., dove altrettanto pacificamente l'ampliamento del concetto di « utilità » porta a punire altresì la costrizione e l'induzione a « fare » (oltre che a « dare o promettere ») (p. 85).

(20) ... a partire da Trib. Trani, 11 gennaio 2010, Truck Center ed altro, in *Le società* 2010, p. 1116 ss., con nota di M. SCOLETTA, *Responsabilità ex crimine dell'ente e delitti colposi d'evento: la prima sentenza di condanna*.

(21) Ad esempio, in M. FERRARIS, *Non ci sono gatti, solo interpretazioni*, in J. DERRIDA-G. VATTIMO (a cura di), *Diritto, Giustizia*, Laterza, 1998, p. 129 ss. Si noti peraltro che Ferraris si limita a criticare la tesi secondo cui gli « oggetti naturali » sarebbero socialmente costruiti, ma è ben lungi dall'estendere tale conclusione agli « oggetti sociali » (da ultimo, M. FERRARIS, *Manifesto del nuovo realismo*, Laterza, 2012, p. 69 ss.) relativamente ai quali « quello che sappiamo conta eccome, cioè l'epistemologia è determinante rispetto all'ontologia » (p. 74). Il filosofo, anzi, propone un possibile

la messa in discussione della stessa nostra capacità di comprendere e dialogare. Eppure, non siamo ancora sicuri che un'interpretazione extra-semanticamente consolidata non sia preferibile ad un'interpretazione intra-semanticamente ondivaga ⁽²²⁾.

Comunque la si pensi su questo specifico punto, ci sentiamo di azzardare che nessuna fattispecie — forse neanche un *banale* furto — abbia sempre conservato il suo campo di operatività immutato nel corso del tempo, a riprova — per chi lo ritenga necessario — che il lemma di per sé non è in grado di blindare l'interpretazione, in quanto (almeno potenzialmente) privo esso stesso di confini (che sono fissati di volta in volta dall'interprete). Ed in una sorte analoga sono, ovviamente e a maggior ragione, incorse le categorie generali del diritto penale (causalità, dolo, colpa ecc.), nel tempo piegate, riplasmate, ancor più spesso *frammentate* ⁽²³⁾, a seconda appunto dei contesti applicativi.

La sintesi del discorso è che l'interpretazione rappresenta un percorso di conoscenza nel quale la lettera costituisce ovviamente la tappa di partenza, ma che poi si dipana nelle vie del continuo rimbalzo tra testo e fatto, attraverso la ricognizione di somiglianze di famiglia. Come si diceva all'inizio e come spiega eloquentemente Vogliotti nel suo libro, insomma, l'interpretazione è analogica ⁽²⁴⁾.

« Trattato di pace perpetua » tra intuizioni costruzioniste e realiste riconoscendo ad esse pari legittimità « nei loro rispettivi settori di applicazione » (p. 85).

⁽²²⁾ V. *infra*.

⁽²³⁾ Sul punto, e con specifico riferimento alle diverse declinazioni della causalità, M. DONINI, *Disposizione e norma*, cit., p. 91, precisa che « *interpretazione corretta unica non equivale [...] a norma unica*, essendo molteplici le concretizzazioni della disposizione astratta in distinte tipologie di casi che vanno a costituire, una volta individuate, o diverse sottofattispecie, oppure la base per una riscrittura di una norma autonoma, accanto ad altre norme (non configgenti, ma coesistenti), all'interno della medesima disposizione ». Per una esemplificazione, sia consentito rinviare a O. DI GIOVINE, *Trattamento medico-sanitario e causalità nel diritto penale (Introduzione)*, in S. RODOTÀ-P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto*, vol. IV, Giuffrè, 2011, p. 715 ss.

⁽²⁴⁾ Sul punto, si rinvia alle pagine illuminanti dell'ultimo scritto di Arth. KAUFMANN, *Il ruolo dell'abduzione nel procedimento di individuazione del diritto*, in *Ars interpretandi*, 2001, p. 321 ss.

Quanto al problema della perdurante legittimazione del divieto di analogia in materia penale di cui all'art. 14 delle preleggi, rinviando alla distinzione proposta (sulla scia di Umberto Eco) tra analogia interna (consentita, anzi ineludibile) ed analogia esterna (interdetta) in O. DI GIOVINE, *L'interpretazione*, cit., p. 272 ss. Teniamo però a precisare che, in molti casi, il problema dell'analogia *in malam partem* (e quindi dell'analogia *esterna*) nemmeno si dovrebbe porre. Se infatti quel che conta è il senso delle proposizioni legislative (più ancora che il loro testo), molte ipotesi etichettate dalla

Nel ricorrere allo strumento (logico-induttivo) dell'analogia per definire il senso delle parole e (soprattutto) delle proposizioni, l'interprete avrà come stella polare la *ratio legis*. È questa in definitiva a segnare il confine dell'interpretazione, non il testo. A scanso di equivoci (e per respingere le ricorrenti critiche sulle derive nichilistiche delle posizioni in esame ⁽²⁵⁾), precisiamo pure che, se chiara, la *ratio legis* possiede una capacità tipizzante superiore a quella che, per mera abitudine culturale, attribuiamo alle parole ⁽²⁶⁾.

4. *L'esito dell'indagine: la prevedibilità dell'esito giudiziario come dimensione conformativa dell'odierna legalità penalistica.*

Il testo non vive, dunque, senza il contesto. Ma lo stesso può dirsi del contrario.

Il contesto informa i contenuti del testo, ridisegnandoli al mutare delle circostanze (secondo il gioco della *perceana* semiotica illimitata, richiamato anche da Vogliotti); il testo, così riempito, influenza a sua volta il contesto, incidendo sulla realtà materiale o anche solo sul contesto normativo.

L'altro passaggio fondamentale, ma non necessariamente distinto, riguarda l'interrelazione tra diritto e fatto, un tempo tenuti artificiosamente separati e preservati dal rischio di reciproca contaminazione mediante l'isolamento in differenti premesse del c.d. sillogismo giudiziario; oggi inestricabilmente, fors'anche voluttuosamente, avvinghiati nell'abbraccio dell'interpretazione.

Le correnti della pragmatica (giuridica) in questo modo spiegano

dottrina come casi di analogia *in malam partem* possono essere lette come casi di *non-analogia* o di *pseudo-analogia*, perché di questa manca proprio il presupposto dell'identità di *rationes*. In questi casi, l'interprete esuberava senz'altro rispetto al suo ruolo. Sul punto, *amplius*, O. DI GIOVINE, *Tra analogia e interpretazione estensiva*, cit., p. 365 s.

⁽²⁵⁾ Come nella tradizione del dialogo tra opposte scuole di pensiero, opponiamo che le critiche alle concezioni pragmatiche (ed ermeneutiche) cadano spesso in un fraintendimento, in quanto *interpretano* come prescrittivo l'approccio — che è invece meramente descrittivo — di tali correnti. Queste non mirano (a differenza di molte concezioni di stampo dichiarativo) ad *orientare* la pratica dell'interpretazione, ma semplicemente ne vogliono descrivere, quanto più oggettivamente possibile, il funzionamento. Il che peraltro consente a volte di svelare trappole cognitive altrimenti non agevolmente individuabili (vd. ultimo §).

⁽²⁶⁾ Abbiamo in altre sedi ipotizzato che la tassatività (nel suo significato ultimo di conoscibilità del precetto penale) dipenda dal senso o *ratio* della norma, piuttosto che dalla denotazione della fattispecie. O. DI GIOVINE, *L'interpretazione*, cit., p. 85 ss.; EAD., *Considerazioni*, cit., p. 111 ss.

perché il diritto non può esistere al di là della sua applicazione e danno nuova linfa alla distinzione crisafulliana tra disposizione (il testo, che rappresenta il punto di partenza) e norma (la meta finale, seppur non definitiva) (27). Consapevolmente o meno, il contesto culturale generale (qualche tempo fa si sarebbe detto: *lo spirito dei tempi*) ha influito su quello particolare giuridico (come al solito, la partita si gioca però anche a parti invertite: è noto che molte ricostruzioni teoriche sono state ispirate proprio dall'osservazione dei meccanismi di funzionamento del diritto).

La crescente consapevolezza della natura dei meccanismi interpretativi, in uno con la crisi — da tempo e da più parti denunciata — della legalità nell'accezione tradizionale (quella che *sovra-interpretava* la riserva di legge) stanno dunque, per una strana (?) sorte, riplasmando l'assetto dei principi dei sistemi continentali secondo il modello anglosassone (che a sua volta, come noto, evolve gradualmente in direzione dei primi) (28).

Il c.d. *multilevel system* ha fatto il resto: lo nota Vogliotti, e costituisce forse il tema centrale — sicuramente tra i più importanti — della riflessione penalistica degli ultimi tempi.

Il superamento della rigida teorizzazione del divieto di analogia in materia penale dipende da una rinnovata visione del fenomeno interpretativo come *pratica* nella quale legislatore e giudice concorrono in posizione di quasi-parità (comunque, non più di vassallaggio) a definire il senso delle parole e delle proposizioni. Anzi, ad essere rigorosi, l'ultima, seppur non definitiva, parola spetta per forza di cose al giudice, l'unico in grado di *sospendere* l'avvitamento della spirale interpretativa mediante un atto di (provvisoria) *stipulazione* (29), perché il solo a

(27) Di recente, M. DONINI, *Disposizione e norma*, cit., in part. 87 ss., il quale usa la contrapposizione soprattutto per dimostrare la possibilità che da un'unica disposizione siano tratte differenti norme, senza che ciò necessariamente porti ad affermare la natura analogica dell'interpretazione. Il contributo dell'autore offre — inutile dirlo — preziosi spunti di riflessione. Non sembra tuttavia risolvere il problema di fondo, e cioè individuare i criteri sulla cui base stabilire il significato delle parole e delle proposizioni.

(28) ... riguardo al quale vale sempre la pena di ricordare le parole di G. RADBRUCH, *Lo spirito del diritto inglese*, Giuffrè, 1962 (or. 1958), p. 34: « Il metodo del *Case Law* [...] non vuole essere un metodo di produzione creativa del diritto movente dall'idea del diritto, ma vuole essere un ritrovamento empirico induttivo della massima della decisione a partire dalla natura dei fatti ».

(29) D'altronde, dare « a un termine generale lo stesso significato non soltanto in ogni applicazione di una singola norma, ma ogni volta che esso appare in una norma dell'ordinamento giuridico » significherebbe, già a detta di Hart, e con espressione che ha dato il titolo al presente contributo, raggiungere « il cielo dei concetti ». H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Einaudi, 2002 (or. 1961), p. 153.

contatto con il fatto: nel *luogo*, cioè, in cui questo si incontra con il testo e dà vita alla norma ⁽³⁰⁾.

Dal punto di vista *interno*, vale a dire guardando alla fisionomia del nostro sistema costituzionale-penale, negare che esista una netta distinzione tra normazione ed interpretazione giudiziale equivale a conformare la legalità di cui all'art. 25 Cost. non più tanto sulla riserva di legge (come accaduto in passato, anche per ragioni di carattere storico), bensì soprattutto sulla *prevedibilità dell'esito giudiziario*: quella che noi chiamiamo *tassatività* o *conoscibilità del precetto* e che diviene a questo punto il baluardo ultimo della garanzia del suo destinatario, come tale meritevole di essere difesa con vigore.

Sempre da questa prospettiva *interna*, Vogliotti coglie anche lucidamente che, per tal via, i profili della tassatività finiscono con lo sfumare con tecnica impressionistica in quelli dell'irretroattività, confermando il carattere artificioso (a mero uso didascalico) della sottodistinzione in corollari della legalità penale, oltre che della separazione tra questa e la colpevolezza ⁽³¹⁾.

Da un punto di vista *esterno*, e cioè del rapporto tra fonti, la partita tra legislatore e giudice richiama inoltre la necessità che in posizione di arbitro intervenga un soggetto *super partes*. E, se quel che si è detto è vero, non dovrebbe sorprendere che si stia diffondendo l'idea che tale ruolo si confaccia ad un organismo giudiziario (sebbene, o meglio, appunto perché) *sui generis*, come la Corte costituzionale ⁽³²⁾, tanto più che la Consulta è abituata al *check and balance* tra poteri: esercizio di contrappunti in cui si riassume la declinazione oggi più plausibile del concetto di democrazia (in senso costituzionale), a fronte della crisi « a tutto tondo » della sua tradizionale connotazione *rappresentativa*.

Gli interrogativi — ma questo ovviamente trascende l'oggetto di analisi di Vogliotti — sono altri. L'apertura italiana verso il costituzionalismo è stata senza dubbio beneficamente accelerata dalla giurispru-

⁽³⁰⁾ Ciò è tanto più vero per il diritto penale, la cui applicazione, come ha notato tra gli altri Palazzo, ha un « carattere necessariamente giudiziale ». C.F. PALAZZO, *Testo, contesto*, cit., p. 517 s.

Sulla necessità di addivenire ad una stipulazione nella definizione dei confini, mi piace citare in particolare C. LUZZATI, *Ricominciando dal sorite. Interpretazione giuridica e retorica forense*, Giuffrè, 2005, 29 ss., la cui posizione resta però aperta quanto alla scelta del soggetto cui devolvere tale potere (p. 58). Anche su tali aspetti, ci si perdoni il richiamo a O. DI GIOVINE, *Considerazioni su interpretazione*, cit., 93 ss.

⁽³¹⁾ Inevitabile sul punto il rinvio alla sempre bellissima sentenza Corte cost. 364/1988.

⁽³²⁾ Da ultimo, G.D. SALCUNI, *L'uropeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Giuffrè, 2011, p. 461 ss.

denza della Corte EDU che, nel modello europeo, è dichiaratamente *fonte* del diritto e che è diventata conseguentemente tale anche per il sistema italiano, almeno a partire dal momento in cui la Corte costituzionale ne ha sancito la costituzionalizzazione, seppur indiretta (e cioè per il tramite dell'art. 117 Cost.), nelle sentenze “gemelle” n. 348 e 349 del 2007. Ciò che era (o sarebbe dovuto essere) già nella realtà delle cose ha in quelle pronunce ricevuto esplicita formalizzazione anche in base al tradizionale modello *formale* di ascendenza kelseniana.

Se l'epilogo — lo ripetiamo — è da salutare favorevolmente, la svolta comporterà tuttavia, com'è ovvio, difficoltà di assestamento.

Già stanno emergendo problemi di raccordo tra i diversi organi costituzionali (interni e — almeno per il momento — europei), acuiti dal fatto che questi si muovono secondo logiche e si ispirano a tradizioni giuridiche ancora (almeno sinora) diversi ⁽³³⁾.

Soprattutto, però, ci si interroga sulla capacità della magistratura italiana di assicurare quella (relativa) stabilizzazione che — sostituendosi alla certezza della legge — è diventata allo stato condizione (non unica, ma pur sempre) essenziale per la prevedibilità dell'esito giudiziario.

In ballo, c'è infatti qualcosa di più del mero, formale *riconoscimento* di un ruolo creativo che la giurisprudenza ha sempre svolto (con *naturalizza* e senza accampare pretese).

In ballo c'è, tanto per fare l'esempio più spendibile, la possibile estensione della portata costituzionale del divieto di retroattività *in malam partem* (finora circoscritto dal sistema interno alla novazione legislativa, anche) al mutamento deterioro della giurisprudenza ⁽³⁴⁾.

⁽³³⁾ I profili problematici sono molteplici e non sarebbe questo il luogo per riassumerli. Si rinvia quindi alle lucide riflessioni di C.F. PALAZZO, *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, n. 6, 658 ss. e ai contributi raccolti in V. MANES-V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, 2011. V. anche O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Mario Romano*, tomo IV, Giuffrè, 2011, p. 2197 ss.

⁽³⁴⁾ Il passaggio è stato anticipato dalla sent. Cass. SS.UU., 21 gennaio 2010, n. 18288, Beschi, in *Cass. pen.*, 2011, 17 ss., con nota di R. RUSSO, *Il ruolo della Law in action e la lezione della corte europea dei diritti umani al vaglio delle Sezioni Unite. Un tema ancora aperto* (pp. 26 ss.). Sul punto, vd. le considerazioni svolte tra gli altri da M. DONINI, *Disposizione e norma*, cit., p. 92 ss. e, sia consentito, O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità*, cit., p. 2219 ss. Sul punto, v. ora l'ampio V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale*, Giuffrè, 2012, nonché la sempre preziosa indagine di A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Giappichelli, 2007 (ristampa: or. 1999).

Tale *step* comporterebbe ⁽³⁵⁾ un ampliamento dell'area delle garanzie del cittadino tanto ammirevole sul piano teorico quanto problematico da gestire su quello pratico, come emerge pensando alla pulsione *individualistica* di tanta giurisprudenza, che sembra approfondire più impegno nella ricerca di soluzioni e/o argomentazioni originali che nel costituirsi in *comunità* di interpreti ⁽³⁶⁾.

Volenti o nolenti, è difficile non convenire insomma sul fatto che il diritto è, più ancora che *vivente* (l'uso del participio presente evoca quasi un *trascinarsi con stanchezza*), vivo, vegeto e vitale. Come ricorda Vogliotti quando riprende la celebre metafora di Umberto Eco, esso esige il ricorso ad un sapere non più solo *a dizionario*, bensì *ad enciclopedia*.

Il punto è — ce ne rendiamo conto — che l'evoluzione della realtà esterna è ormai così rapida che sembra far fallire anche la conoscenza enciclopedica di segno tradizionale. E prospetta il poco allettante ingresso sulla scena interpretativa di enciclopedie addirittura interattive, di tipo telematico: allarmanti, invero, non soltanto a causa dei (maggiori) rischi di errore e quindi per la non sempre verificata attendibilità dei contenuti, ma, su un piano in parte diverso, anche perché tanto dinamismo (e pluralismo) ha un costo nella rinuncia alla funzione di stabilizzazione del sapere (in generale, e di quello) giuridico (in particolare), a sua volta necessaria alla *prevedibilità dell'esito interpretativo* che, come si è detto, si accinge ad assorbire il significato ultimo della legalità penalistica.

Non è certo una sorpresa, ma il problema giuridico si intreccia con quello culturale. Anche con questo pensiamo pertanto che il tema dell'analogia/interpretazione sia destinato a confrontarsi. Proviamo subito a spiegare in che senso.

⁽³⁵⁾ Il condizionale è d'obbligo, considerato il non sempre lineare percorso argomentativo della Corte costituzionale. V. in proposito, Corte cost. n. 236 del 2011 sulla retroattività della *lex mitior*.

⁽³⁶⁾ È noto il fallimento della funzione nomofilattica della Corte di cassazione. La magistratura sembra oggi insensibile all'argomento dell'autorità (se richiamati, i precedenti, lo sono in chiave retorica e strumentale). Ma, chissà, è anche vero che per ciò stesso fornisce maggiori garanzie di indipendenza. Forse, i celebri esperimenti condotti da Stanley Milgram negli anni Sessanta del secolo scorso avrebbero avuto un esito diverso se gli ordini (puntualmente eseguiti, di imprimere scariche elettriche sempre più alte e perfino mortali ad attori che simulavano dolore fisico) fossero stati impartiti a cavie-magistrati ...

5. *La precomprensione dell'interprete e l'ermeneutica giuridica.*

Abbiamo detto che Vogliotti abbraccia l'idea che la frontiera dell'interpretazione (di suo analogica) sia rappresentata dalla *ratio legis*. Ampiamente superate le concezioni volontaristiche, è ovviamente allo scopo *oggettivo* della legge che propone di guardare. Così precisa l'autore che, come si è detto, propone di individuare tale scopo muovendo dall'uso delle parole e delle proposizioni, e dunque dal contesto (comunque in certa misura ricostruibile), sulla scorta delle correnti di pragmatica linguistica.

Vogliotti non si spinge oltre. In particolare, evita cautamente di inoltrarsi per la strada, senza dubbio (ancor più) insidiosa, dell'ermeneutica ⁽³⁷⁾, la quale pure muove dalle interrelazioni — circolari o a spirale che siano ⁽³⁸⁾ — tra fatto e diritto ⁽³⁹⁾, ma si interroga poi sui meccanismi soggettivi della conoscenza. E sì perché, se ormai tutti conveniamo sull'irrelevanza delle intenzioni del legislatore, si continua invece a discutere se siano validi i presupposti teorici di quelle note correnti che considerano impossibile prescindere nella lettura del testo (come anche, si è detto, nella ricostruzione del fatto) dal c.d. *pregiudizio*

⁽³⁷⁾ J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, ESI, 1983 (or. 1972, 2 ed.); in ambito penalistico, ci limitiamo a citare i classici di K. ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg, 1960, ed. 2; Arth. KAUFMANN, *Analogia e 'natura della cosa'*, cit.; W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo. Indagini sull'ermeneutica penalistica*, ESI, 2007 (or. 1968), J. HRUSCHKA, *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica*, il Mulino, 2009 (or. 1965). Gli ultimi tre volumi citati devono la loro traduzione italiana alla sapiente cura di G. CARLIZZI. Di J. HRUSCHKA, v. anche *La comprensione dei testi giuridici* (traduzione di R. De Giorgi), Esi, 1983 (or. 1971).

⁽³⁸⁾ Come noto, la metafora del « circolo » (coniatà dal filosofo Dithley) fu usata nel diritto penale da G. RADBRUCH, *Gesamtausgabe* (a cura di Arth. Kaufmann), vol. 2, Müller, Heidelberg, 1993, p. 58 ss. W. HASSEMER, *Fattispecie e tipo*, cit., p. 44, proponendo di sostituirla con quella della « spirale », ha voluto fugare l'idea della sua *viziosità*.

⁽³⁹⁾ Al modo in cui il giudice costruisce il caso ed alle continue interrelazioni tra fatto e diritto è dedicato, in particolare, J. HRUSCHKA, *La costituzione del caso giuridico*, cit., da cui mutuiamo un caso paradigmatico nella sua semplicità. Quando il giudice si interroga sulle circostanze di fatto rilevanti per decidere di un evento lesivo dell'incolumità personale causato dal tamponamento di un'autovettura, potrebbe avere interesse a chiedere se il conducente viaggiasse o meno sulla destra. Come accade che egli selezioni tale circostanza di fatto tra le infinite altre? La risposta — ovvia — è che viene guidato dalla conoscenza delle norme del codice della strada e dei principi in materia di colpa. Così, più o meno, J. HRUSCHKA, *La costituzione*, cit., p. 89.

dell'interprete ⁽⁴⁰⁾. Il pensiero ermeneutico presuppone infatti la visione pragmatica dell'interpretazione, ma va oltre, evidenziando e spesso valorizzando il ruolo della *precomprensione*. Per di più, rivendica oggi con orgoglio una sua autonomia concettuale in ambito giuridico rispetto alla *madre filosofica* ⁽⁴¹⁾.

Senza addentrarci in astratte questioni teoriche, ci limitiamo a ribadire come sia a nostro avviso innegabile che il *riconoscimento delle intenzioni* del testo ⁽⁴²⁾ presuppone un'*intenzione* anche in capo al lettore e come questa sia inevitabilmente condizionata dalla formazione culturale, dalla sensibilità, dalla personalità e, in ultima analisi, dal sistema di valori (anche, ovviamente giuridici) in cui egli si muove ⁽⁴³⁾. « L'interesse conoscitivo teorico-giuridico deriva sempre da bisogni vitali, prerazionali e pratici » ⁽⁴⁴⁾.

La differenza di posizioni — diremmo brutalmente — sta tra l'ammettere e il negare tale evidenza. O forse, come emergerà ancor più chiaramente nella parte finale di questo scritto, tra l'esserne o meno consapevoli.

In ambito nazionale sono ormai celebri gli esempi addotti per primo da Giovanni Fiandaca, il quale ha da tempo fatto veri e propri *topoi* della discussione penalistica del concetto di "atti sessuali", delle (vecchie) false comunicazioni sociali e del concorso esterno in associa-

⁽⁴⁰⁾ Come noto, l'ermeneutica nacque con Schleiermacher e con Dithley, ma ha ricevuto la sua configurazione attuale nelle opere di M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, Longanesi, 2003, p. 278 ss., e di H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, Bompiani, 1983 (or. 1960), p. 312 ss. (sull'ermeneutica giuridica in specie, vd. p. 376 ss.).

Per una recente difesa del concetto forte di verità in ambito filosofico, F. D'AGOSTINI, *Introduzione alla verità*, Bollati Boringhieri, 2011. In ambito giuridico, celebre la posizione di M. TARUFFO, da ultimo in *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, 2009. Quanto alla materia strettamente penalistica, v. D. PULITANÒ, *La scienza penale tra fatti e valori*, in *Criminalia*, 2010, p. 239 ss.; ID., *Etica e politica del diritto penale ad 80 anni dal codice Rocco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 512 ss.; M. DONINI, *Disposizione e norma*, cit.

⁽⁴¹⁾ V. il recente V. OMAGGIO-G. CARLIZZI, *Ermeneutica e interpretazione giuridica*, Giappichelli, 2010. Fondamentali, come noto, i contributi di G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione*, Cedam, 1990; ID., *Questioni di interpretazione*, Cedam, 1996; G. ZACCARIA-F. VIOLA, *Le ragioni del diritto*, il Mulino, 2003.

⁽⁴²⁾ Si è già ricordato che la locuzione (non però l'approccio ermeneutico) è di H.P. GRICE, *Logica e conversazione*, cit.

⁽⁴³⁾ Come sempre illuminante l'affresco di R.A. POSNER, *How Judges Think*, Harvard University Press, 2008.

⁽⁴⁴⁾ Ancora J. HRUSCHKA, *La costituzione*, cit., 67.

zione mafiosa ⁽⁴⁵⁾. Quest'ultimo è poi tornato di recente alla ribalta con riferimento alla requisitoria pronunciata dal P.G. della Corte di Cassazione nell'udienza finale di un noto procedimento: requisitoria in cui si era lamentato che la contestazione fosse indeterminata e, in particolare, che non fossero state chiarite le ragioni per cui comportamenti materialmente riconducibili ad un concorso in estorsione fossero stati qualificati invece (dal giudice di secondo grado) come concorso esterno in associazione mafiosa ⁽⁴⁶⁾. In proposito, lo stesso Fiandaca, nell'intento di disaggregare le *polarizzazioni di gruppo* ⁽⁴⁷⁾, ha evidenziato ancora una volta la dimensione ermeneutica della « scelta della qualificazione giuridica dei fatti storici » ma anche della « stessa ricostruzione giudiziale della fattispecie concreta » ⁽⁴⁸⁾. Vale la pena di riportare qualche sua frase: « Che si tratti dell'imputazione, più che di fatti o contributi specifici e concreti, di ruoli o di funzioni è una "pre-comprensione" — anche implicita — che potrebbe derivare proprio dal fatto che la condotta di concorso in questo caso si ricollega ad una realtà associativa, come tale tipicamente operante secondo la logica dei ruoli e delle funzioni: così come esiste il tipico ruolo di partecipe (interno), in maniera analoga il sostenitore esterno dell'organizzazione criminale finisce col rappresentare un altro ruolo, prima ancora di impersonare l'autore di singole condotte materiali ». Parole, sia detto per inciso, ambivalenti, che potrebbero pure suonare come legittimanti la posizione dei giudici di merito. Esse sembrano suggerire che se dubbi sussistono, questi investono a monte la creazione per via giurisprudenziale di un'ipotesi di responsabilità per forza di cose fondata su un approccio « organizzatorio-funzionalistico » ⁽⁴⁹⁾, e come tale notoriamente poco tassativa. Una volta che però si ritenga l'*esistenza* del concorso esterno (e crediamo che, a distanza di più di vent'anni dalle prime pronunce sul

⁽⁴⁵⁾ Si tratta delle tre esemplificazioni adotte in G. FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, ora in F. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Cedam, 2002, 33 ss.

⁽⁴⁶⁾ Si aliunde al procedimento esitato in Cass., V, 9 marzo 2012, Dell'Utri. Si noti peraltro che i giudici hanno respinto le osservazioni del P.G. relative alla mancata correlazione tra accusa e difesa ed hanno disposto l'annullamento della sentenza d'appello per l'illogicità delle sue motivazioni in punto di ricostruzione probatoria).

⁽⁴⁷⁾ Come noto, l'espressione ricorre frequentemente in Sunstein. V. in particolare, C.R. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni. Dissenso politico e democrazia deliberativa*, il Mulino, 2009 (or. 2001).

⁽⁴⁸⁾ G. FIANDACA, *Il concorso esterno tra guerre di religione e laicità giuridica*, in *Dir. pen. contemp.*

⁽⁴⁹⁾ Ancora G. FIANDACA, *Il concorso esterno*, cit.

punto, a ciò ci si debba rassegnare ⁽⁵⁰⁾), la qualificazione del fatto come concorso esterno in associazione mafiosa (ovviamente in presenza dei presupposti di fatto) diverrebbe inevitabile dal punto di vista della logica (vale a dire, alla luce del contesto) del fenomeno mafioso, oltre che della riflessione giudiziaria sullo stesso. Si giungerebbe così ad una conclusione in netta controtendenza con le prime riflessioni dottrinali, tutte di sostegno alla posizione espressa nella sua requisitoria dal P.G. Iacoviello, non potendosi escludere che sia quest'ultima ad essere stata influenzata da una *pre-comprensione* fuorviante, se non da (*absit iniuria verbis*) una vera e propria *in-comprensione* (del significato sociale) dei fatti (*tanta logica, insomma, e poca psicologia...*).

Ed invero, la latitudine applicativa di *qualunque* fattispecie (e non soltanto dell'indeterminato concorso esterno) e di ogni categoria giuridico-penalistica finisce con il dipendere dal punto di vista dell'interprete. Essa è innegabilmente condizionata, tra le altre cose, dalla sua maggiore o minore sensibilità per i profili della politica criminale (o, con formula meno *politicamente corretta* ma equivalente, dalla sua inclinazione per la prevenzione generale, piuttosto che per la garanzia individuale) e ovviamente dal modo in cui tali aspetti si riflettono sulla pregnanza assiologica della materia con cui di volta in volta si confronta.

Può così capitare che anche la dottrina legata ad una visione tradizionale del fenomeno interpretativo avalli interpretazioni *estensive* ⁽⁵¹⁾ di fattispecie ingiustamente comprese nel campo applicativo dal legislatore, come nel caso del falso in bilancio e di altre riforme che hanno *castrato* il diritto penale dell'economia. O che proponga per converso (e condivisibilmente, quanto al merito) operazioni creative (di cui una lasca interpretazione rappresenta passaggio essenziale) per vanificare una disciplina (come quella in materia di immigrazione) odiosamente sbilanciata a svantaggio dei più deboli.

Un altro campo evocativo di esemplificazione è stato offerto dal dibattito sviluppatosi attorno alla rilevanza penale dell'eutanasia. Qui la predilezione per un'impostazione normativa (piuttosto che naturalistica) della condotta ha consentito di qualificare la sospensione della terapia da parte del medico in chiave omissiva (piuttosto che attiva), attivando l'apparato concettuale penalistico a supporto dell'omissione e quindi della posizione di garanzia (che viene meno per effetto del dovere di interrompere le cure quando il trattamento non possa dirsi

⁽⁵⁰⁾ In realtà, la figura ha radici storicamente risalenti. Si rinvia all'ampia indagine di C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Giappichelli, 2003.

⁽⁵¹⁾ In realtà, alla luce delle considerazioni svolte in precedenza, dovrebbe essere chiaro che noi neghiamo la stessa ammissibilità concettuale di una interpretazione « estensiva » (o « restrittiva »). L'interpretazione è interpretazione e basta.

volontariamente accettato dal paziente: art. 32 Cost.) ed ha permesso in ultima analisi di pervenire ad un esito assolutorio; esito assolutorio — si noti — più pregante di quello che si sarebbe comunque conseguito argomentando invece sul piano dell'antigiuridicità (*ex art. 51 c.p.*).

Sempre per restare all'attualità, pensiamo ancora al concetto penalistico di « malattia », oggi in bilico tra la concezione « organicistico-anatomica », per lungo tempo abbracciata dalla giurisprudenza e ritenuta invece dalla dottrina troppo ampia, ed una visione « funzionale », di certo più coerente con l'evoluzione vissuta dal suo *pendant* « salute » (anche dietro stimoli sovra-nazionali ⁽⁵²⁾) e pure filosoficamente convincente ⁽⁵³⁾, ma che, in contrasto con le aspettative spesso acriticamente nutrite dal pensiero penalistico, rischia di rivelarsi pericolosamente indeterminata in materia penale ⁽⁵⁴⁾. Si consideri infatti che se tante volte essa riesce a restringere (in nome di esigenze garantistiche di legalità) l'ambito applicativo della fattispecie di lesioni, potrebbe in astratto però parimenti decidere, ad esempio, dell'illiceità penale del trattamento sanitario arbitrario (quello realizzato in mancanza di valido consenso informato del paziente), quando l'operazione abbia avuto un esito clinico favorevole ⁽⁵⁵⁾. Basterebbe funzionalizzare la regola del previo consenso alla garanzia del benessere, soggettivamente apprezzabile, del paziente, perché la sua violazione dia automaticamente luogo ad un peggioramento della condizione del paziente stesso (anche solo per avergli imposto una sgradata convalescenza), accendendo di rilievo penale (si noti: per *lesioni* colpose!) la condotta del sanitario. E c'è da scommettere che la scelta tra l'una e l'altra nozione di malattia (ciascuna con pregi e difetti) sarà suggerita dalla previa opzione ideologica dell'interprete e dal suo soggettivo apprezzamento della gravità del fatto (tutto ciò, senza che la *littera legis* vi si opponga).

Addirittura poi in relazione alle medesime figure e per i medesimi obiettivi finali (di garanzia), si assiste all'oscillazione tra differenti ricostruzioni, a seconda dell'ambito di indagine. Penso ancora alla

⁽⁵²⁾ Si allude al Preambolo della Costituzione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) del 1946 (ratificata dall'Italia con il d.lgs. C.p.S. del 4 marzo 1947, n. 1068), che definisce la salute come « uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, e non solo assenza di malattia o infermità ».

⁽⁵³⁾ Per tutti, G. CANGUILHEM, *Il normale e il patologico*, Einaudi, 1998 (or. 1966).

⁽⁵⁴⁾ Per un approfondimento dei concetti di salute e di malattia, O. ERONIA, *Enhancement technologies e diritto penale: uno sguardo particolare ai concetti di malattia e salute*, in corso di pubblicazione su *Atti del Convegno "Cultura, culture e diritto penale"*, Università di Bologna, 12 dicembre 2011.

⁽⁵⁵⁾ Come noto, non è questa la soluzione prescelta da SS.UU. 18 dicembre 2008, Giulini, che però apre alla *pericolosa* nozione funzionale di malattia.

colpa, sospesa tra le ricostruzioni che ne valorizzano il carattere normativo (la colpa come violazione di *standard* sedimentati), più funzionali all'esonero di responsabilità in alcuni ambiti, come ad esempio quello dell'infortunistica lavorativa e delle malattie professionali (secondo alcuni, anche del personale sanitario ⁽⁵⁶⁾), e teorizzazioni che ne accentuano invece i profili (para-)psicologici (la colpa come riconoscibilità di una situazione di pericolo « tangibile » ⁽⁵⁷⁾), le quali si rivelano per contro più utili a restringere l'area del penalmente rilevante ad esempio in materia di circolazione stradale. Oppure al principio di « precauzione », la cui legittimazione o meno, più che discendere da insindacabili ragioni di carattere teorico, sembra risentire della sensibilità dell'uomo-interprete per i rischi implicati da contesti di incertezza scientifica, in continua crescita ⁽⁵⁸⁾.

Nemmeno i fondamenti della « dogmatica » penalistica sembrano infine risparmiati dalla dimensione ermeneutica, quindi assiologica ed in ultima analisi *umana* del diritto, come a nostro avviso dimostra la suggestiva ricostruzione che Massimo Donini ha compiuto dell'antigiuridicità ⁽⁵⁹⁾. In estrema e semplificata sintesi, l'autore illustra come la concezione tripartita (che riconosce autonomia di ruolo all'antigiuridicità rispetto alla tipicità) ben si adatti al nucleo del diritto penale primitivo

(56) Per tutti, i contributi di F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, e di D. MICHELETTI, *La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca "sul campo"*, in *Criminalia*, 2008, rispettivamente p. 149 ss.; 171 ss.

(57) G. DUTTGE, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fabrlässigkeitdelikten*, Tübingen, 2001, 271 ss.

(58) Posizioni differenti, ad esempio, in D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del "penale" nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Diritto penale contemporaneo*; G. FORTI, *La chiara "luce della verità" e l'"ignoranza del pericolo". Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in *Scritti per Federico Stella*, tomo I, Jovene, 2007, p. 573 ss.; Id., *"Accesso" alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, p. 155 ss.; F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, *ibidem*, p. 227 ss.; C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Scritti in onore di G. Marinucci*, Giuffrè, 2006, p. 1743 ss.

Ricorre da tempo nelle sue indagini giuridiche ad elementi di psicologia cognitiva (su cui § conclusivo) per mettere a nudo l'irrazionalità di alcune soluzioni pure molto diffuse C.R. SUNSTEIN, *Quanto rischiamo. La sicurezza ambientale tra percezione e approccio razionale*, Edizioni Ambiente, 2004 (or. 2002); Id., *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, il Mulino, 2010 (or. 2005).

(59) M. DONINI, *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una "nuova" dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1646 ss.

(Donini parla di « visione criminocentrica » del diritto penale) ⁽⁶⁰⁾, ma che quella bipartita risulta più coerente (e, diremmo, funzionale) ad una « visione integrata del diritto penale nell'ordinamento » e cioè a reati che attingono ad aree segnate da un rischio lecito. La conseguenza è che l'interprete propenderà (più o meno consapevolmente), a seconda dell'oggetto della sua indagine, per l'una oppure per l'altra, senza che dal sistema emergano direttive nell'uno o nell'altro senso.

Si pensi infine alla (perniciosa) tendenza giurisprudenziale a qualificare come amministrativa la responsabilità degli enti (*ex d.lgs. n. 231/2001*), evidentemente mirata a sottrarre la normativa nel suo complesso alla copertura della garanzie costituzionali (dalla legalità alla colpevolezza, all'obbligatorietà dell'azione penale ecc.), eppure in grado di addurre a proprio sostegno argomentazioni anche di carattere sistematico ⁽⁶¹⁾.

Il condizionamento assiologico (ed anche giuridico) è poi, come implicitamente accennato in vari passaggi, fors'ancora maggiore nella selezione degli elementi di fatto che costituiranno il « caso giuridico » ⁽⁶²⁾.

Se è così, tuttavia, già giungemmo alla conclusione che un buon antidoto contro il rischio di *manipolazioni* vada cercato nell'argomentazione giuridica (densa, non prolissa) ⁽⁶³⁾. Nell'impossibilità di definire

⁽⁶⁰⁾ Ci limitiamo qui a rinviare ai *classici* di G. MARINUCCI, come *Fatto e scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1190 ss.; Id., (voce) *Antigiuridicità*, in *Dig. disc. pen.*, I, 1987, p. 172 ss.; Id., (voce) *Cause di giustificazione*, in *Dig. disc. pen.*, II, 1988, p. 130 ss.

⁽⁶¹⁾ ... dalla distonica disciplina legislativa della prescrizione, a quella della fusione e così via. Gli arresti giurisprudenziali di cui si è detto, stante l'innegabile afflittività delle sanzioni previste dal d.lgs. n. 231/2001, dovrebbero fare comunque i conti con la giurisprudenza CEDU (e con quella, incipiente, della Corte costituzionale) che, come noto, impone di adottare un concetto allargato (e sostanziale) di « materia penale » (e quindi con il contesto normativo sovranazionale).

⁽⁶²⁾ Le tappe di tale conoscenza sono indicate con esemplare chiarezza in J. HRUSCHKA, *La costituzione*, cit.

È diventato in breve tempo un *classico* il problema della qualificazione come *evento singolo* o come *due eventi distinti* dell'abbattimento (a distanza di una ventina di minuti l'una dall'altra) delle *Twin Towers* il giorno 11 settembre del 2001 (questione giuridicamente rilevante, ai fini della determinazione dell'ammontare di risarcimento dovuto dalle assicurazioni a Larry Silverstein, affittuario del *World Trade Center*). Ne discute, tra gli altri, S. PINKER, *Fatti di parole. La natura umana svelata dal linguaggio*, Mondadori, 2009 (or. 2009), p. 7 ss., nell'esordio della sua brillante rivisitazione delle teorie linguistiche in chiave (neuro-)psicologica.

⁽⁶³⁾ O. DI GIOVINE, *Considerazioni*, cit.

aprioristicamente quale sia l'interpretazione migliore, chi meglio argomenta ha più *chance* di successo. Non c'è dubbio.

Adesso proviamo, in conclusione del discorso, a muovere un altro piccolo passo.

6. *L'atteso ingresso della psicologia cognitiva (e non solo) nel diritto (anche penale).*

L'argomentazione, e cioè il buon uso del *know how* acquisito nella *pratica del discorso* giuridico può *persuadere l'uditorio* ⁽⁶⁴⁾, convincere il contraddittore o l'arbitro preposto al controllo della partita (il giudice) ⁽⁶⁵⁾, ma ancora non fornisce una garanzia sufficiente, poiché di per sé non assicura che le decisioni vadano esenti da errori c.d. sistematici (*biases*).

Dobbiamo dunque arrenderci alla critica generalmente sollevata nei confronti degli approcci ermeneutici, e che paventa la lenta ed inesorabile discesa negli *inferi* del relativismo ⁽⁶⁶⁾?

A parte il fatto che (come speriamo di aver contribuito anche noi ad evidenziare) tale pericolo è tutt'altro che fugato dai diversi indirizzi di matrice analitica, pensiamo che non sia necessariamente così. Anzi.

Preso atto dell'ineludibile *precomprensione* dell'interprete, la sfida dovrebbe consistere, per il futuro, nel far affiorare agli strati della coscienza taluni meccanismi che influenzano la conoscenza del fatto e la formazione di un convincimento ⁽⁶⁷⁾, e che per questa ragione possono

⁽⁶⁴⁾ ... per usare la formula di C. PERELMAN-L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione*, Einaudi, 2001 (or. 1958).

⁽⁶⁵⁾ ... secondo la metafora usata da R.B. BRANDOM, *Making it Explicit. Reasoning, Representing and Discursive Commitment*, Harvard University Press, Cambridge, 1994 e, in Italia, da D. CANALE, *Forme del limite nell'interpretazione giudiziale*, Cedam, 2003.

⁽⁶⁶⁾ ... verso, cioè, un *Diritto senza verità*, per citare l'evocativo titolo dell'ultimo libro di Natalino Irti (Laterza, 2011), il quale rivendica alla disciplina legislativa dell'interpretazione un carattere metodologico, ritenendo che essa debba prescrivere modalità e procedure del nostro comprendere in modo da assicurare la controllabilità dei suoi risultati (p. 103 s.).

Per un equilibrato inquadramento delle posizioni relativiste, rinviamo al denso R. BOUDON, *Il relativismo*, il Mulino, 2009 (or. 2008). V. inoltre gli interessanti contributi raccolti sotto forma di dibattito in E. AMBROSI (a cura di), *Il bello del relativismo. Quel che resta della filosofia nel XXI secolo*, Marsilio editore, 2005.

⁽⁶⁷⁾ Insiste da tempo su questo aspetto Giovanni Fiandaca. Tra le sue prime prese di posizione sul punto, sempre G. FIANDACA, *Ermeneutica*, cit., in part. p. 60 s.

L'obiettivo finale (probabilmente utopistico) sarebbe dunque che il giurista, al pari dello scienziato (nella epistemologia è ormai pacifico che qualunque ipotesi è *theory*-

condurre a risultati non corretti da un punto di vista consequenzialistico. A tal fine vale certo il confronto tra argomentazioni, ma ancor più utile potrebbe rivelarsi la considerazione e l'approfondimento di alcuni elementi di psicologia cognitiva.

Essa ci spiega che, quando percepiamo qualcosa, selezioniamo in modo inconsapevole i soli elementi sussumibili all'interno di *frames* (cornici conoscitive) pre-formati (la cui natura è in parte innata, in parte plasmata dalle nostre esperienze anche culturali), con conseguente dispersione di molti elementi ⁽⁶⁸⁾. Ci mette inoltre in guardia dai fenomeni della c.d. « correlazione illusoria », che gioca nella conoscenza del fatto ma pure quando interagiamo con argomentazioni (anche giuridiche), per cui siamo predisposti a notare associazioni in accordo con le credenze già formatesi e contro-predisposti a notare associazioni in contrasto con esse. O ci spiega che, se invece non disponiamo di conoscenze precedenti, tendiamo ad essere colpiti dalle informazioni relative alla (provenienti dalla) minoranza piuttosto che da quelle maggiormente diffuse (in gergo si dice che le prime sono « distintive »). Come pure ci mostra che il nostro sistema cognitivo è più incline a notare qualcosa (un elemento positivo) che la sua assenza (un elemento negativo) ecc.

Di trappole cognitive è poi costellato il ragionamento giuridico ⁽⁶⁹⁾.

Usiamo ancora la colpa come cartina di tornasole. È sicuramente accaduto a tutti, leggendo una sentenza, di pensare che la decisione

landen), espliciti le premesse assiologiche del suo ragionamento, così da denunciarne i profili di precomprensione e da consentire la falsificabilità delle premesse.

⁽⁶⁸⁾ La neuro-psicologia cognitiva dimostra come noi disponiamo di alcuni sistemi cognitivi innati che ci orientano nella conoscenza del fatto in modo diverso a seconda, ad esempio e tra l'altro, della nostra provenienza geografica: così, numerosi esperimenti provano che gli occidentali hanno un modo di conoscere analitico, guidato da categorie e regole; propenso a prestare attenzione più all'oggetto in sé che allo sfondo; gli orientali invece attuerebbero prevalentemente strategie di tipo olistico; ragionerebbero maggiormente per somiglianze di famiglia e presterebbero una più spiccata attenzione al contesto. V. M. MARRAFFA, *Evoluzione, cognizione e cultura*, in A. LAVAZZA-G. SARTORI, *Neuroetica*, cit., p. 165 ss. V. inoltre M. MARRAFFA-A. PATERNOSTER, *Funzioni, livelli e meccanismi: la spiegazione in scienza cognitiva e i suoi problemi*, in M. MARRAFFA-A. PATERNOSTER (a cura di), *Scienze cognitive*, Carocci, 2011, p. 13 ss., nonché, *ibidem*, I. ADORNETTI-F. FERRETTI, *Cultura, cognizione ed evoluzione*, p. 219 ss. Sulla "plasticità" del cervello e le interrelazioni tra geni e cultura, v. L. MAFFEI, *La libertà di essere diversi. Natura e cultura alla prova delle neuroscienze*, il Mulino, 2011.

⁽⁶⁹⁾ Ma non è nemmeno il caso di osservare come tali errori siano capaci di orientare in un senso piuttosto che nell'altro già le investigazioni, pregiudicando dunque in modo talvolta irreversibile già il quadro probatorio.

fosse erroneamente condizionata dal *post hoc propter hoc*. Ebbene, se tante volte i confini della “prevedibilità” dell’evento dannoso appaiono volutamente forzati allo scopo di perseguire un esito di condanna, in altri casi invece a questa conclusione (che, come noto, piega la colpa facendone un incostituzionale criterio oggettivo di ascrizione della responsabilità) il giudice sembra giungere in *buona fede*, cadendo in quella che la psicologia cognitiva definisce una « fallacia delle frequenze di base »: vale a dire, confondendo inconsapevolmente la probabilità che un risultato si verifichi se un’ipotesi è vera con la probabilità che l’ipotesi sia vera alla luce del fatto che il risultato si è presentato.

Tale fallacia rappresenta il frutto del funzionamento (*automatico*) di *euristiche*, ed in particolare dell’euristica della *rappresentatività* oppure di quella della *disponibilità* ⁽⁷⁰⁾: la prima basata sulla somiglianza dell’evento descritto o ipotizzato a un caso tipico della sua categoria; la seconda dipendente dalla facilità con cui recuperiamo dalla memoria il ricordo di eventi simili a quelli descritti o ipotizzati. Meccanismi, comunque, sulla cui base siamo portati a selezionare soltanto i casi in accordo con l’ipotesi, non quelli dotati di reale fondamento statistico, e che contraddicono pertanto il ragionamento logico di tipo consequenzialista ⁽⁷¹⁾.

Lo stesso potrebbe dirsi dell’ampiezza con cui un nesso in senso

⁽⁷⁰⁾ Le linee di ricerca su *euristiche e biases* sono state inaugurate dai pionieristici lavori di A. TVERSKY-D. KAHNEMAN in *Availability: A Heuristic for Judging Frequency and Probability*, in *Cognitive Psychology*, 4, 1973, p. 207 ss.; ID., *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in *Science*, 185, 1974, p. 1124 ss. Quelst’ultimo lavoro compare oggi tradotto in italiano nell’appendice del fondamentale D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Mondadori, 2012 (or. 2011).

⁽⁷¹⁾ Un’altra fallacia famosa è quella « della congiunzione » (e cioè l’erroneo convincimento che la probabilità che due eventi ricorrono congiuntamente sia più elevata della probabilità che ricorra uno soltanto di essi), la quale contrasta con la banale verità secondo cui, invece, un insieme formato da un oggetto (es.: mele) deve essere necessariamente più esteso di un insieme formato da due oggetti (es.: mele rosse).

L’esemplificazione di scuola, fornita da A. TVERSKY-D. KAHNEMAN, *Extensional versus intuitive reasoning: The conjunction fallacy in probability judgment*, in *Psychological Review*, 90, 1983, p. 547 ss., è però la seguente: “Linda ha 31 anni, è single, estroversa ed è molto intelligente; è laureata in filosofia; da studentessa si interessava dei problemi di discriminazione e giustizia sociale e si recava alle dimostrazioni antinucleari. Alla domanda: “che cosa è più probabile: che faccia la cassiera in banca oppure che faccia la cassiera in banca e sia attiva nel movimento femminista?” l’89% dei partecipanti rispose: “che faccia la cassiera in banca e sia attiva nel movimento femminista”. Ciò, ad onta dell’evidenza logica che la probabilità della prima soluzione è molto più elevata della seconda.

condizionalistico è ravvisato in molti settori a causalità multipla. Si sa infatti che il nostro cervello è strutturato per fornire spiegazioni causali, ma in situazioni *semplici*; non è qualificato invece per confrontarsi con situazioni più complesse (ed *evoluzionisticamente* più recenti) (72).

Potremmo continuare a lungo (73), ma ci interessa qui soltanto osservare come le nostre strutture conoscitive siano state programmate (dal percorso evoluzionistico) per percepire prontamente (soprattutto) pericoli personali ed in modo da consentirci di assumere rapidamente decisioni essenziali alla nostra sopravvivenza. Sono funzionali alla velocità di risposta, non alla precisione. Se quindi tante volte le intuizioni si rivelano giuste, non è detto che ciò accada sempre.

Rischi di distorsione sistematica potrebbero però annidarsi anche nei ragionamenti e nelle decisioni assunte *a freddo*, su base razionale (e per le quali i nostri sistemi cerebrali non risultano tarati). In questi casi, esemplarmente rappresentati dalla pratica del discorso giuridico, occorre riporre la massima attenzione per non cadere nelle trappole cognitive. Ma, certo, un simile sforzo non è nemmeno immaginabile se e fin quando non si venga a conoscenza del rischio cui siamo esposti: sino ad allora continueremo a decidere sulla base di ciò che sembra *a noi* massimamente probabile, e lo faremo in perfetta *buona coscienza*, casomai pensando davvero di argomentare sul piano meramente tecnico, mentre stiamo operando una giustificazione *ex post* (si trova spesso attribuita a William James la considerazione secondo cui la maggioranza delle persone pensa di star pensando mentre sta soltanto risistemando i suoi pregiudizi) (74).

Diciamo questo, perché un altro aspetto che andrebbe a nostro avviso approfondito, in vista di un più chiaro inquadramento del fenomeno della *precomprensione*, riguarda il ruolo che le emozioni giocano nella conoscenza del fatto. Le emozioni, come noto, sono state

(72) Per tutti, R. RIEDL, *Le conseguenze del pensiero causale*, in P. WATZLAWICK (a cura di), *La realtà inventata. Contributi al costruttivismo*, Feltrinelli, 2006 (or. 1981), p. 65 ss.

(73) Celebre ad esempio la spiegazione che Sunstein fornisce della fortuna del principio di precauzione (secondo alcuni potenzialmente rilevante anche nel diritto penale; vd. *retro*, nota n. 58) in chiave di *euristica della disponibilità*, con conseguente « stima inaccurata » delle probabilità. C.R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura*, cit., p. 53 ss.

(74) Sulla differenza tra argomentazione e giustificazione, J. WRÓBLEWSKI, *Legal Syllogism and the Rationality of Judicial Decision*, in *Rechtstheorie*, 1974, 33 ss.; Id., *Il ragionamento giuridico nell'interpretazione del diritto*, in AA.VV. (a cura di P. COMANDUCCI-R. GUASTINI), *L'analisi del ragionamento giuridico*, Giappichelli, 1987, 274.

In realtà, le radici filosofiche dell'idea sono, come noto, ben più risalenti. D. HUME, *Ricerca sui principi della morale*, Laterza, 1997 (or. 1761), p. 191 ss.

fatte oggetto di rivalutazione in sede filosofica ⁽⁷⁵⁾, anche giuridica ⁽⁷⁶⁾, dove si sono sottolineati gli effetti benefici dell'*ansia del decidere* in termini di proficua responsabilizzazione dell'uomo-giudice (e, per converso, i rischi di deresponsabilizzazione implicati nel modello del *trinceramento* per regole).

Ma, come sempre accade, ogni medaglia ha il suo rovescio.

La responsabilizzazione nel confronto con il fatto (l'unico che attiva le emozioni) porta a risultati spesso più condivisibili nelle vicende concrete, ma può anche (per questo) produrre effetti distorsivi a livello di sistema ⁽⁷⁷⁾.

E comunque, premesso che è ormai pacifica l'idea che sfera emotiva e sfera cognitiva siano tra loro funzionalmente connesse ⁽⁷⁸⁾, rimane il fatto che, se alcuni valutano positivamente l'*arousal* emotivo ritenendolo funzionale agli scopi della conoscenza ⁽⁷⁹⁾, altri lo reputano invece un ingombrante fattore di distorsione ed attribuiscono maggior credito alla ponderazione razionale tra costi e benefici che fonda il classico ragionamento di stampo utilitaristico ⁽⁸⁰⁾.

Probabilmente, il giudizio varia al mutare dei casi sottoposti all'attenzione dell'interprete ed in particolare vede bene chi distingue tra scenari personali e scenari impersonali (e/o tra scenari diretti e

⁽⁷⁵⁾ Non può non citarsi M. NUSSBAUM, *L'intelligenza delle emozioni*, il Mulino, 2004 (or. 2001).

⁽⁷⁶⁾ V. per esempio Z. BAŃKOLSKI, *Il giudice e la vita etica del diritto*, in *Ragion pratica*, n. 34, 2010, 73 ss.

In Italia, mostra sensibilità per questi profili G. ZAGREBELSKY, ad esempio, in *Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in *questa Rivista*, 31, tomo II, 2002, 892 s.

⁽⁷⁷⁾ *Amplius*, con riguardo all'emblematico settore dei diritti fondamentali, O. DI GIOVINE, *Diritti insaziabili e giurisprudenza nel sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1474 ss.

⁽⁷⁸⁾ A livello manualistico, per esempio, M. STAPLETON, *Le emozioni*, in *Scienze cognitive*, cit., p. 161 ss. Fondamentali sul punto restano comunque le ricerche di A. DAMASIO, *L'errore di Cartesio*, Adelphi, 2008 (or. 1994); ID., *Emozione e coscienza*, Adelphi, 2007 (or. 1999).

⁽⁷⁹⁾ Con specifico riferimento al ragionamento morale, si pensi al modello SIM (modello socio-intuizionista) dello psicologo ed antropologo Jonathan Haidt. J. HAIDT, *The Emotional Dog and its Rational Tail*, in *Psychological Review. A Social Intuitionist Approach to Moral Judgment*, 2001, 108 ss. Per una convinta rivalutazione delle c.d. regole del pollice, in generale, v. G. GINGRENZER, *Decisioni intuitive*, Cortina, 2009 (or. 2007).

⁽⁸⁰⁾ Questa l'opinione espressa da Joshua Greene e i suoi collaboratori negli studi attingibili via internet dalla *homepage* dell'autore (<http://www.wjv.harvard.edu/~jgreene/>) e, prima ancora, dai citati Tversky e Kahneman (vd. nota n. 71).

scenari indiretti), ritenendo che soltanto nel confronto con i primi si attivi quella reazione emotiva (non necessariamente *giusta*) che innesci un giudizio universale ⁽⁸¹⁾.

Il fatto è, qui pure (e sempre nella prospettiva evolucionistica), che l'*arousal* emotivo si sarebbe sviluppato per consentire la *fitness* dell'uomo, con la conseguenza che scatta in alcuni contesti, di stampo diremmo *naturalistico* (pensiamo ovviamente ai delitti di sangue), ma non funziona altrettanto bene in altri, più *recenti*, come possono essere quelli "tecnologicamente" più avanzati (e — aggiungiamo — quelli finanziari ed economici). Il che crea una sperequazione, connotando emotivamente (nel bene o nel male) alcune situazioni e non altre.

Il discorso è troppo complesso perché possa essere sviluppato in questa sede. Ci limiteremo quindi a notare che, ove tali ipotesi (come sembra) si confermino fondate (in effetti già vantano a proprio supporto numerosissimi esperimenti condotti anche con l'ausilio delle moderne tecniche di diagnostica per immagini), complicherebbero ulteriormente la nostra visione dei meccanismi conoscitivi e decisionali del giudice. Per ora tuttavia, ed ancor più modestamente, portano inoltre a concludere che i *confini* nella cui ricerca ci dobbiamo impegnare non sono soltanto quelli tra interpretazione ed analogia, quelli delle parole e delle proposizioni, quelli tra casi *facili* e casi *difficili*. Sono anche i confini, ancor più evanescenti, di una « preformazione categoriale » ⁽⁸²⁾ che si gioca tra meccanismi coscienti ed incoscienti della nostra conoscenza.

⁽⁸¹⁾ Sempre J. Greene ed altri.

⁽⁸²⁾ La locuzione è di J. HRUSCHKA, *La costituzione*, cit., 75.

JOSÉ MARÍA VALLEJO GARCÍA-HEVIA

LA FACULTAD DE DERECHO DE OVIEDO:
UNA HISTORIA UNIVERSITARIA EUROPEA (*)

I. La Historia General de una Facultad de Derecho en la moderna y contemporánea Universidad europea. — II. La Historia del Derecho en la Universidad de Oviedo. — III. La Historia de las restantes disciplinas jurídicas en la Facultad ovetense. — IV. Coda.

PROHOMBRE

Por sus uñeres lo conoceréis.

*Abriendo puertas, dos
-o más- preceden
su andadura, enjaezados
con botones dorados y galones.*

*¿Conducen, por medio
de bridas invisibles,
al personaje
a través de las amplias antecámaras
como a un gran animal suntuoso y raro?*

*Algo de Gran Parada en el ambiente
calefactado y denso
justifica
esa pregunta.
Pero no:*

*solamente abren puertas,
separan terciopelos y cortinas,
facilitan su acceso,
reverentes,
desde las antesalas al despacho,
desde las Encomiendas a las Cruces,
desde la insinuación hasta el decreto,
del Itmo. al Exmo.,*

(*) A propósito de SANTOS M. CORONAS GONZÁLEZ (coord.), *Historia de la Facultad de Derecho (1608-2008)*, Oviedo, Ediciones de la Universidad de Oviedo, 2010.

*del retiro al banco:
son apenas los mansos de su especie
que arropan
al ejemplar más peligroso y bravo.*

*El camino es sinuoso.
Muchos jamás alcanzarán la meta.
Hay que estudiar despacio el pedigree
y -con cuidado- examinar los dientes
de los hombres que aspiran a probombre
para saber si llegarán al fin
al umbral de su tierra prometida,
a pisar las alfombras de esa Arcadía promiscua
de insignias, tratamientos, recompensas y archivos,
por los que los ujieres ramonean
marchitas hojas de papel timbrado.*
(ÁNGEL GONZÁLEZ, *Grado elemental*, París, 1962) ⁽¹⁾

Este libro, un universo de biografías profesoriales y discipulares, de docentes y discentes aunados por una tradición secular de convivencia para el saber, del magisterio de unos, del aprendizaje de otros, y del estudio por todos, constituye la Historia de una paradoja. La de que sea la de Oviedo una de las pocas Universidades, en su Facultad de Derecho, Civil y Canónico, Leyes y Cánones, su tradicional fundamento escolar desde la Edad Media, la que cuente, a partir de ahora, con un conjunto y constatado recuerdo, crítico y sistemático, de su pasado institucional, pese a que carece, prácticamente, de fuentes documentales y bibliográficas hasta 1934, el año en que, de forma harto trágica, se vio despojada de ellas, destruidas en los pródromos de la Guerra Civil española de 1936 a 1939: la *Revolución de Octubre*, en Asturias. Esta obra, venero de datos y noticias rescatados de la incuria del tiempo y de la barbarie de los hombres — al modo clásico —, es la Historia de un recoleto Estudio General, fundado por algunos a principios del siglo XVII, cercenado en su historia por otros — unos y otros, *probombres* de nada universitarias ideologías — en el XX, que quiere velar por su continuidad, hacia el futuro de todos, para el XXI, rememorando el pasado común, con sus luces, no pocas, y sus sombras, que las hay, como en toda traza humana, antañona u hodierna.

Dieciocho son, en número, como se verá, las valiosas plumas que han delineado ese trazado plurisecular de la *Facultas Iuris ovetensis*, componiendo una sinfonía de gran mérito, sorprendentemente armoniosa — dada su dispar y no concertada procedencia académica —, que logra mantener un alto nivel de concordante coherencia, sin altibajos

⁽¹⁾ *Poesía española contemporánea. Historia y antología (1939-1980)*, selección, estudio y notas de Fanny Rubio y José Luis Falcó, Madrid, Alhambra Longman, reimpresión de 1998 (1ª. ed., 1981), pp. 281-282.

apreciables en lo particular, a pesar de, o gracias precisamente a, sus diferentes perspectivas de participación. Como es de imaginar, todo ello se explica porque la concepción, el diseño y la ejecución de esta obra, de comprimida factura expositiva, dada la amplitud de su objeto, y de laboriosa lectura, dada la riqueza de sus aportes, nacida al calor de los actos oficiales de conmemoración del IV Centenario de la fundación de la Universidad, en 1608, han correspondido a un mismo director de orquesta, que ha sabido hacer cómplices de su misma partitura, con habilidad y talento, a todos sus colaboradores, lo que nunca resulta una tarea fácil, siendo además, como son, sus colegas y compañeros de claustro. Por eso, mucho más que un simple coordinador, Santos Manuel Coronas González, catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones de la misma Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo, es el verdadero factótum, en tanto que auténtico inspirador, conformador y autor, de dicha empresa. No en vano, con su *Historia general de la Facultad de Derecho* (pp. 13-221), y la *Historia de la disciplina científica*, en su doble vertiente, investigadora y docente, en la que se halla especializado, *Historia del Derecho en la Universidad de Oviedo* (pp. 297-344), ha escrito casi la mitad del grueso libro que la alberga. Es Santos Coronas un asturiano liberal, un humanista de vocación universal, impulsor de ambiciosos proyectos culturales para su tierra, que gusta de la comunidad y la comunicación científicas, y poseedor de una dilatada y reputada trayectoria, académica e investigadora, que le ha convertido, por derecho propio, en el mejor historiador jurista asturiano de todos los tiempos (?). De ahí que haya que lamentar dos circunstancias: una, en parte anticipada, la de que la destrucción del archivo, la biblioteca, el gabinete, la iconoteca, la capilla, las salas y las aulas universitarias, en 1934, haya impedido, ya para

(?) La extensa bibliografía de Santos Coronas obliga a su sumaria selección. De sus libros, cabe citar: *Derecho mercantil castellano. Dos estudios históricos*, León, Colegio Universitario, 1979; *Ilustración y Derecho. Los Fiscales del Consejo de Castilla en el siglo XVIII*, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1992; *Manual de Historia del Derecho Español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996; *El Libro de las Leyes del siglo XVIII. Colección de Impresos Legales y otros papeles del Consejo de Castilla (1708-1795)*, edición y estudio preliminar, 6 tomos y un libro índice, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPyC) y Boletín Oficial del Estado (BOE), 1996-2003; *Estudios de Historia del Derecho Público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998; *Príncipes de Asturias. Juramentos. El Libro de los Juramentos. Pleito-Homenajes y Proclamaciones del Principado de Asturias (1709-1834)*, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias (JGPA), 2001; *In Memoriam. Pedro Rodríguez Campomanes*, Oviedo, Real Instituto de Estudios Asturianos (RIDEA), 2002; *Título de Conde de Campomanes*, Oviedo, JGPA, 2002; *Alegaciones Jurídicas. (Porcones). I. Concejo de Allande*, Oviedo, JGPA, 2003; *Fueros y Ordenanzas de Oviedo (siglos XI-XX)*, 2 vols., Oviedo, JGPA, 2003; *Discursos de los Regentes de la Audiencia de Oviedo y la estadística civil y criminal de Asturias*

siempre, la consecución de una Historia completamente documentada del Estudio General de Oviedo, puesto que de lo más difícil, la

(1804-1897), Oviedo, JGPA, 2003; *El buen gobierno de Sancho. Las constituciones de la Ínsula Barataria*, Oviedo, Universidad, 2005.

Entre sus monografías sobre la Historia jurídica y universitaria de Asturias: “El marco jurídico de la Ilustración en Asturias”, en el *Anuario de Historia del Derecho Español (AHDE)*, 59 (1989), pp. 161-204; “La reforma del método de provisión de cátedras en la Universidad de Oviedo (1769-1778)”, en el *Boletín del Real Instituto de Estudios Asturianos (BIDEA)*, Oviedo, LI, 150 (1997), pp. 7-35; “Oraciones y discursos de apertura de curso de la Universidad de Oviedo (1825-1880)”, en las *Actas del II Congreso de Bibliografía Asturiana*, Oviedo, 1999, pp. 291-316; *El orden medieval de Asturias*, Oviedo, RIDEA, 2000; “El orden constitutivo del Reino de Asturias (718-910)”, en *AHDE*, 70 (2000), pp. 9-35; “Príncipe y Principado de Asturias: Historia dinástica y territorial de un título”, en *AHDE*, 71 (2001), pp. 49-73; “La costumbre jurídica en Asturias: fuentes, historiografía y método”, en la *Revista Jurídica de Asturias (RJA)*, Oviedo, 27 (2003), pp. 107-140; “Los Estatutos de la Universidad de Oviedo (siglos XIII-XVIII)”, en Vv.AA., *Gli Statuti universitari: tradizione dei testi e valenza politiche*, Bolonia, Clueb, 2007, pp. 175-210; “La enseñanza. Docencia y estudios. Del nacimiento de la Universidad a los Estatutos nuevos (1568-1708)”, “El movimiento ilustrado en la Universidad de Oviedo”, “La enseñanza en la Universidad de Oviedo durante el siglo XIX” y “La Extensión Universitaria y la Universidad del Tercer Centenario”, en V.AA., *Universidad de Oviedo. 400 años. Tradición de futuro, 1608-2008*, Oviedo, Universidad, 2008, pp. 55-66, 117-130, 213-226 y 229-244; “Sobre el orden no declarado del *asturorum regnum*”, en S. M. Coronas (coord.), *Cuestiones varias sobre la costumbre jurídica en el Norte peninsular*, Oviedo, Universidad, 2010, pp. 11-38.

Finalmente, de sus restantes estudios: “La Audiencia y Chancillería de Ciudad Real (1494-1505)”, en *Cuadernos de Estudios Manchegos*, Ciudad Real, 11 (1981), pp. 45-139; “La recusación judicial en el Derecho histórico español”, en *AHDE*, 52 (1982), pp. 511-615; “La ausencia en el Derecho histórico español”, en *AHDE*, 53 (1983), pp. 289-332; “El Senado como tribunal de justicia”, en las *Actas del IV Symposium de Historia de la Administración*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1983, pp. 159-196; “La responsabilidad de los ministros en la España constitucional”, en *AHDE*, 56 (1986), pp. 543-590; “Las leyes fundamentales del Antiguo Régimen. Notas sobre la Constitución histórica española”, en *AHDE*, 65 (1995), pp. 127-218; “La reforma judicial de Aranda (1766-1771)”, en *AHDE*, 68 (1998), pp. 45-81; “La literatura jurídica española del siglo XVIII”, en Javier Alvarado (ed.), *Historia de la literatura jurídica en la España del Antiguo Régimen*, Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 527-574; “En torno al concepto de Constitución histórica española”, en *Notitia Vasconiae. Revista de Derecho Histórico de Vasconia*, San Sebastián, 2 (2003), pp. 481-529; “Derechos y libertades en la España del Antiguo Régimen”, en Vv.AA., *Derechos y libertades en la historia*, Valladolid, Universidad, 2003, pp. 57-159; “Entre Minerva y Themis. Magistrados y poetas en la España de la Ilustración”, en *AHDE*, 74 (2004), pp. 59-96; “España: Nación y Constitución (1700-1812)”, en *AHDE*, 75 (2005), pp. 181-212; “Hevia Bolaños

disposición del acucioso historiador, se dispone, lastimosamente forzado a reconstruir, con vocación de orfebre y abnegación para su encaje primoroso, las piezas sobrevivientes del pretérito; y otra, la de que su Universidad no haya tenido el acierto de confiarle, igualmente, el encargo de dar a la luz pública, no sólo el compendio histórico de ese mosaico reconstruido que ha sido el de la Facultad de Derecho entre 1608 y 2008, sino también el de la antigua Universidad por entero, en tanto que suma agregada de todas las demás Facultades, pese a que, históricamente, la de Leyes y Cánones haya sido la primera, cuando no la única, durante muchos años.

La sobrecubierta del libro anuncia y acoge el espíritu institucional de la Universidad que lo origina, reflejado en la imagen de su dúplice sede material, primero la del fundacional edificio histórico, la vieja casona de la calle de San Francisco, y después, desde 1992, la funcional de los modernos edificios trasladados al Campus de El Cristo; y en la de sus protagonistas, los alumnos, profesores y protectores o valedores que le han proporcionado lustre y esplendor, representados por seis figuras señeras: Pedro Rodríguez Campomanes, Gaspar Melchor de Jovellanos, Francisco Martínez Marina, Fermín Canella Secades, Leopoldo García-Alas *Clarín*, y Sabino Álvarez Gendín. Ha ilustrado profusamente la obra, el profesor Coronas, en sus dos amplísimas colaboraciones, con grabados y fotografías de los juristas, catedráticos y rectores, que deambulan por ella, como muestra de su esforzada y prolongada labor, emprendida hace ya tiempo, de recogida de material gráfico, trabajosamente localizado, para su meditada futura gran empresa iconográfica, editora de una esperada *Iurisprudencia Picturata*. Enlaza, de este modo, con el lejano precedente de la *Iconoteca asturiano-universitaria* (1886), del rector, por antonomasia, de la Universidad ovetense, el civilista Fermín Canella, autor de una benemérita, pero hoy muy superada, *Historia corporativa* (1873, 1903). Que se une al otro único magno eslabón de la truncada cadena de transmisión histórica del pasado universitario asturiano que ha logrado sobrevivir a la devastación revolucionaria, acaecida cuando su sede ardió en un solo día, el 13 de octubre de 1934, completando su ruina (según la vista escalofriante, de la p. 192), el cerco de la ciudad, durante la Guerra Civil, de 1936 y 1937: los entrañables e indispensables, por ser testimonio vivo y cordial de la vida académica de un profesor de la época, *Fragmentos de mis*

y la *Curia Philippica*", en *AHDE*, 77 (2007), pp. 77-93; "Un magistrado navarro-aragonés: Don Isidoro Gil de Jaz, Regente de la Audiencia de Asturias (1749-1754)", en *VV. AA., Un jurista aragonés y su tiempo. El Doctor Juan Luis López, primer Marqués del Risco (1644-1703)*, Zaragoza, Gobierno de Aragón, 2007, pp. 189-238; "Principios y métodos de la Ilustración: su aplicación a la historiografía indiana", en *AHDE*, 78-79 (2008-2009), pp. 285-312; "La ley en la España del siglo XVIII", en *AHDE*, 80 (2010), pp. 183-242.

memorias, de Adolfo Posada, catedrático de Elementos de Derecho Político y Administrativo Español de la Facultad ovetense entre 1883 y 1904, editados, póstumamente, en 1983 ⁽³⁾.

En Europa, en su rincón peninsular más occidental, la pequeña Universidad de Oviedo se constituyó en el mejor de los observatorios para contemplar cómo fue el estudio y la praxis, en la cátedra y en el foro, del Derecho en la periferia del campo de acción del *ius commune* en la Edad Moderna, y su transformación contemporánea, desde Feijoo hasta *Clarín*. Tres fueron sus etapas de máximo esplendor: 1ª) la del siglo XVIII y primer tercio del XIX, con fray Benito Jerónimo Feijoo, Campomanes, Jovellanos, Martínez Marina, José Canga Argüelles o

(3) Fermín CANELLA SECADES, *Historia de la Universidad de Oviedo y noticias de los establecimientos de enseñanza de su distrito*, 2ª. ed. aumentada y corregida, Oviedo, Imprenta de Flórez, Gusano y Compañía, 1903 (1ª. ed., Oviedo, E. Uría, 1873); y Adolfo GONZÁLEZ POSADA, *Fragmentos de mis memorias*, prólogo de Emilio Alarcos Llorach, Oviedo, Universidad, 1983. La obra de Canella fue escrita bajo el Rectorado de León Salmeán, en cumplimiento de una Orden Circular del ministro de Fomento, Manuel Ruiz Zorrilla, de 6-IV-1869, que encargó a los rectores la confección, a partir de diez puntos orientativos, de una amplia memoria sobre las vicisitudes y evolución histórica de sus Universidades. Pudo así Canella investigar los legajos del archivo, consultar los libros de la biblioteca y extractar las actas claustrales ovetenses, amén, por ejemplo, de 617 relaciones y hojas de méritos y servicios, en su mayor parte impresas y del siglo XVIII, de opositores a cátedras, todo ello dinamitado e incendiado el 13-X-1934. También se aprovechó de la reseña histórica incluida por su padre, Benito Canella Meana, secretario general de la Universidad, en la primera *Memoria acerca del estado de la enseñanza en el distrito universitario de Oviedo*, que había redactado en 1861. Algunos datos sobre los fondos bibliográficos destruidos en 1934, en la citada *Historia de la Universidad de Oviedo*, parte II, cap. V, pp. 539-572, en especial, pp. 544-557. Una similar desgracia habría de mutilar las proyectadas *Memorias* de Adolfo Posada, quien, ya jubilado, en 1931, de sus cátedras en licenciatura de Derecho Político y en doctorado de Derecho Municipal Comparado, de la Universidad Central de Madrid, se dedicó, entre 1933 y 1936, a ordenar y clasificar sus cartas y documentos. El estallido de la Guerra Civil, al refugiarse Posada en San Juan de Luz, hizo desaparecer los aproximadamente noventa paquetes de su voluminoso archivo, lo que le obligó a evocar sus recuerdos sin más auxilio que el de su privilegiada memoria. Al fallecer, en Madrid, el 8-VII-1944, dejó, entre sus papeles, el original fragmentario de sus *Memorias*, escrito a mano con letra de difícil lectura, según la *Nota preliminar* publicada, en 1983, puesta al frente de las mismas, en su p. 7. De ellas interesan, sobremanera, los capítulos dedicados, obviamente, a la Universidad asturiana, en la parte I. *Años de aprendizaje (1860-1883)*, y en la parte II. *En Oviedo: Años de trabajo (1883-1904)*, pp. 63-169 y 171-306. Sobre Posada y sus amigos del *Movimiento de Oviedo*, también es reciente el punto de vista, basado en su tesis doctoral, de Gustavo H. PRADO, *El Grupo de Oviedo en la historiografía y la controvertida memoria del Krausoinstitucionismo asturiano: aportes para un postergado debate*, Oviedo, KRK, 2008.

Álvaro Florez Estrada como máximos exponentes; 2ª) la del último tercio del XIX, protagonizada por el *Grupo de Oviedo* (Canella, *Clarín*, Posada, Rafael Altamira, Adolfo Álvarez-Buylla, Aniceto Sela, Félix de Aramburu); y 3ª) la del primer tercio del XX o *generación de los años 20*, integrada por el hijo de *Clarín*, Leopoldo García-Alas y García-Argüelles, y Manuel Miguel de las Traviesas, Ramón Prieto Bances, Luis Sela Sampil, Sabino Álvarez Gendín, Jesús Arias de Velasco, Francisco Beceña, José María Serrano Suárez, Teodoro González García o José María Fernández Ladreda.

I. *La Historia General de una Facultad de Derecho en la moderna y contemporánea Universidad europea.*

Con su característico estilo erudito, compendiado y buscadamente omnicompreensivo, de impronta anglosajona, propio de un *scholar* europeo, Santos Coronas ha logrado, en apenas doscientas páginas (de la 13 a la 221), de *Historia General* de su Facultad, brindar una visión panorámica de la corporación facultativa, su docencia e investigación, particularmente brillante cuando la materia y el tiempo lo permiten, que es en el caso de dichos tres períodos de excelencia profesoral y preeminencia pedagógica.

Las instituciones son personales, como es lógico, no sólo porque las dirigen y gestionan seres humanos, y tienen a tales como destinatarios de sus atribuciones, competencias y funciones, sino también porque son concebidas y creadas por hombres, y menos, históricamente, dada su tradicional discriminación patriarcal y subordinación social, por mujeres. Tan cierto como que las sociedades, y las corporaciones en general, no delinquen, y sí sólo sus órganos rectores, unipersonales o individuales y colegiados o pluripersonales, lo es que ellas no son nada sin aquellos que las erigen y dirigen. De ahí que la Universidad de Oviedo haya nacido asociada a un nombre propio, el de su fundador, Fernando de Valdés Salas (Salas, 1483?-Madrid, 1568), un asturiano que quiso que su tierra norteña dejase de ser conocida, según lo era en el siglo XVI, por lo fragoso de sus montañas, que aislaban a sus tierras y habitantes, como las *Indias de España*. Canonista licenciado salmantino, colegial de San Bartolomé, obispo de Sevilla (y antes de Elna en el Rosellón, de Orense, Oviedo, León y Sigüenza), fue tanto una autoridad eclesiástica como civil durante el reinado de Felipe II, puesto que llegó a ser presidente de la Real Chancillería de Valladolid, presidente del Consejo Real de Castilla e inquisidor general. Dispuesta la fundación universitaria, primero en forma del modesto Colegio para estudios de gramática de San Gregorio, cuna del futuro Estudio General, « hasta que se dé orden para que sean otras Facultades » (de Artes, Leyes,

Cánones y Teología), como habría de ser el deseo compartido del Cabildo catedralicio, el Ayuntamiento capitalino y la Junta General del Principado, en su testamento de 2-V-1566, después de su muerte — a la que Coronas presta atención gráfica y escrita, informando de su magnífico monumento funerario, una estatua orante de alabastro, la de Fernando de Valdés, labrada por Pompeo Leoni y su taller, en la antigua iglesia colegiata de Santa María la Mayor de Salas-, la bula pontificia de erección, signada por el papa Gregorio XIII, de 15-X-1574, y confirmada por una Real Cédula (RC), de Felipe III, que contenía la licencia regia de erección, de 18-V-1604, otorgó a la nueva Universidad ovetense los privilegios, gracias, exenciones e inmunidades de la vieja de Salamanca. En dicha bula se consignó que Asturias era una provincia « muy estéril, y constituida en ásperas montañas », cuyos naturales « tenían grande pobreza e necesidad », distante, en más de doscientas millas, de la Universidad más cercana, de Valladolid, siendo Oviedo una ciudad clerical. La inauguración tuvo lugar el 21-IX-1608, festividad patronal de la capital asturiana, siendo grabadas, en el edificio histórico, las armas heráldicas del escudo de Valdés Salas, que pasaron a ser las de la Universidad, más los cuatro blasones de cuatro apellidos de las familias, paterna y materna, del fundador. El nombramiento de los primeros catedráticos, para las Facultades de Teología, Cánones, Leyes y Artes, había tenido lugar, por parte de los testamentarios del difunto Valdés Salas, el 15-IX-1607. En la de Leyes, sus cátedras fueron ocupadas por los licenciados Gabriel Morán Bernaldo, la de *Prima*; por un abogado de reputación, Cosme de Valdés, la de *Vísperas*; por uno de los regidores de la ciudad, Alonso de Solares, la de *Digesto Viejo*; por un antiguo juez de la ciudad, el licenciado Cienfuegos, la de *Código*; y la de *Instituta*, por el también licenciado Rodrigo de Peón. Los primeros catedráticos de Cánones fueron todos doctores, en la de Prima, Claudio Bonifaz de la Mata, sustituido por Bernardo de Heredia; Juan Ruiz de Villar, arcediano de Benavente, en la de Vísperas; Domingo de Mier, canónigo de la catedral de Oviedo, en la de Decreto; y el dominico fray Lorenzo Fernández de Busto y el canónigo Luis García Rodríguez, en la de Clementinas (pp. 15-21 y nota número 12).

Los *Estatutos y ordenamientos para el buen gobierno* de la Universidad de Oviedo, elaborados, en 1607, por dos ministros consejeros de Castilla, los licenciados Alonso Núñez de Bohórquez y Juan Tejada, testamentarios ambos de Valdés Salas y designados por el Consejo Real para cumplir su última voluntad fundacional, quedaron sancionados por RC de 15-X-1609. Estos *Estatutos viejos*, de 1609, eran copia de los de la Universidad de Salamanca, y el decisivo precedente para los futuros *Estatutos nuevos* de 1707 y los *novísimos* de 1774. Como era usual, en ellos se regulaba la elección y las funciones del rector (el

primero nominado fue Sancho de Miranda, abad de la colegiata de Teverga y pariente del fundador Valdés Salas, pero, al fallecer antes de haber tomado posesión de su cargo, hubo de presidir la primera reunión del claustro, celebrada el 22-IX-1608, el doctor Alonso Marañón de Espinosa, rector interino); las competencias del claustro de maestros y doctores, la dotación y provisión de las cátedras, las horas de clase y la materia de las lecciones (*lecturae*), las matrícula de los estudiantes, las obligadas pasantías de cuatro años o más, la capilla y capellanes de la Universidad, su fábrica y el arca de tres llaves para custodiar los fondos, y los oficiales universitarios (notario, mayordomo, bedel, alguacil, portero) (pp. 21-28). Un amplio espacio es dedicado a notar cómo era la enseñanza del Derecho en la época en que los Estatutos *viejos* estuvieron vigentes, que no difiere de los principios, métodos y textos propios del *ius commune*, con su orden dual de *scientia iuris*, en su versión del *mos italicus*, de Derecho común y *iura propria*, en toda Europa: textos jurídicos verdaderos, glosas cognoscibles y buenos libros. El *Studium Generale ovetensis* nació, a juicio de Coronas, curial y bartolista en el siglo XVII, aunque, superando el viejo casuismo, más tarde se produciría la recepción de los métodos humanistas (*mos gallicus*), histórico-filológicos, y racionalistas, tardíamente difundidos por los maestros asturianos de la Ilustración, siendo preferido el Derecho real, aprendido en los bufetes de los abogados por los alumnos pasantes, como *ius singulari*, sobre el Derecho común, explicado en la Universidad (pp. 11-12 del *Prólogo*). De modo que el *cursus discendi* de un estudiante, en Oviedo, durante el Seiscientos y la mayor parte del Setecientos, era prácticamente idéntico al de cualquier otro alumno matriculado en una Universidad hispana, y europea, de Salamanca y Coimbra a Heidelberg y Bolonia, pasando por La Sorbona de París. Asistía a las *lecturae* de las cátedras sobre la *Instituta* justiniana, algunos títulos del *Codex* y el *Digestum* (*Vetus*, *Infortiatum*, *Novum*, según fueran las cátedras dotadas), en la Facultad de Leyes; o bien, en la de Cánones, a las de *Decreto*, *Decretales*, *Sexto* y *Clementinas*. Partiendo de la lectura del texto (*lectio*), los profesores lo comentaban, planteaban problemas (*casus*), y daban respuesta o *solutio* al consiguiente debate jurídico (*quaestio*). Siguiendo el método propio de la dialéctica escolástica, actuaban como comentaristas, centrados en la solución de cuestiones: leían el texto y su glosa, planteaban problemas y cuestiones, afirmaban o negaban interpretaciones, argumentaban y aplicaban las reglas que daban, finalmente, la resolución propuesta. Además de asistir a las lecciones ordinarias, el estudiante preparaba algunas lecturas públicas sobre textos del *Corpus Iuris Civilis*, siempre en latín, el idioma de las aulas, salvo para referir leyes del Reino. Con carácter voluntario acudía a las *disputationes* y *repetitiones* o *relectiones*, orga-

nizadas por su Facultad, y también a las lecturas extraordinarias hechas por los *legentes*. No era infrecuente que en estas lecturas y, sobre todo, en las disputas y reelecciones académicas, fuese mencionado el Derecho y la doctrina castellana. Ello era así porque, tanto en los *apuntes* de las lecciones, tomados por los oyentes, como en los *quadernos* escritos por los catedráticos, se citaban los títulos de los *Corpora Iuris Civilis et Canonici*, pero también el Derecho real castellano con su doctrina (Diego de Covarrubias, Antonio Gómez, Fernando Vázquez de Menchaca, Gregorio López), y la práctica del foro. Asimismo era objeto de exposición la práctica forense en las *repetitiones*, solemnes o divulgativas, cuya lectura más elaborada, obra de catedráticos, podía ser presentada por los opositores a cátedras o por los bachilleres que aspiraban a la licenciatura (*licencia docendi*), al igual que en las lecturas extraordinarias y en las *disputationes*, donde se mostraba la erudición y habilidad dialécticas en el arte de la argumentación (de *auctoritates* y de *rationes* o argumentos de justicia, lógica, oportunidad o conveniencia), al concluir sobre un caso controvertido, siendo, en su modalidad de *quodlibet*, la más solemne y extraordinaria, ante toda la Facultad (pp. 29-44).

Los maestros y catedráticos de Artes, Teología, Leyes y Cánones de la Universidad de Oviedo principiaron sus enseñanzas en el otoño de 1608. No tardó en plantearse un conflicto de jurisdicción académica con el convento benedictino de San Vicente, en torno al cual había surgido el Oviedo medieval, en el siglo VIII, por pretender éste proseguir su práctica de conferir grados mayores, al amparo de una costumbre apoyada en una supuesta bula pontificia. Pero, lo que provocó una profunda crisis en la Universidad asturiana fue su falta de rentas y su deficiente financiación. La hacienda universitaria se vio muy mermada tras la administración testamentaria y la costosa obra de edificación. Además, las rentas habían sido impuestas en *juros*, una rudimentaria especie de deuda pública, sobre las alcabalas de Sevilla y Oviedo, y las salinas de Avilés, resultando desastrosa sus reducciones de intereses y, en algunos casos, su impago. Lo que se unió a la carencia de alumnos en algunas Facultades, especialmente en las de Leyes y Teología, con una media de diez al año, en la primera, frente a los cincuenta en la de Cánones, según los libros de matrícula de los cursos académicos de 1633 a 1651. Sólo cuando Felipe IV, considerado el restaurador, y segundo fundador, de la Universidad de Oviedo, decidió proteger los juros universitarios, reservándolos como rentas espirituales, y haciendo del Estudio General, por las vías de hecho, casi patrimonio real de la Corona, se pudo garantizar la continuidad de sus cátedras, aunque datase de antes la supresión de las de *Digesto Viejo* y *Código*, formalmente extinguidas por la reforma estatutaria de 1707. Se comprende

por qué la *Relación de las Exequias*, hechas a la muerte de Felipe IV, en la capilla, en enero de 1666, fue tan solemne y barroca, constituyendo el primer testimonio literario del claustro universitario ovetense (pp. 44-47).

Ahora bien, fue en el Siglo de las Luces cuando, tempranamente, con fray Benito Jerónimo Feijoo y Montenegro (1676-1764), llegado como lector del monasterio de San Vicente, a Oviedo, en 1709, a la ciudad levítica todavía con la huella medieval impresa, de haberse formado a la sombra de la catedral, y sus poco más de 6.000 habitantes, adquirió personalidad diferenciada su Universidad, al quedar asociada a la razón crítica y universal ilustrada. Feijoo, catedrático de Prima de Teología con el tiempo, popularizó, en su difundido *Teatro Crítico Universal* (1726-1740), y en sus conocidas *Cartas eruditas y curiosas* (1742-1760), el espíritu crítico para el examen de los asuntos intelectuales y la experimentación para las cuestiones científicas. En 1760, Feijoo confesaba que, cuando había pasado a residir en Asturias, no había otras noticias que las que le suministraban sus propios libros, «viviendo en un país donde apenas hay más libros que los míos» (*Cartas*, V, 9ª., 20). Con el ilustre benedictino, se transitó del *ingenio* barroco a la *crítica* de la Ilustración, aunque no deje Santos Coronas de notar que, lejos todavía del Derecho penal humanitario, continuó defendiendo las penas de muerte y de galeras, en una «línea de severidad que entronca con el espíritu más rigorista de la tradición escolástica española» (p. 57). La época de Feijoo, la primera mitad del siglo XVIII, fue la de la identificación del Derecho castellano con el real, patrio o español, por mor de los Decretos, de conquista, de Nueva Planta, entre 1707 y 1716, de Felipe V, unificadores del régimen jurídico-público de la Monarquía hispánica, con excepción del Reino de Navarra y de las Provincias Vascongadas. La ofensiva antirromanista en las Universidades peninsulares fue iniciada por el regalista Melchor de Macanaz, fiscal general del Consejo Real de Castilla, y se plasmó en el Auto Acordado de su plenario, de 4-XII-1713, que ordenó incluir a las leyes patrias en la lectura universitaria de los textos romanos. Ese antirromanismo jurídico docente culminó, ya bajo el reinado de Carlos III, en la reforma de los planes de estudio de las Universidades: de Salamanca, Valladolid y Alcalá de Henares (1771), Santiago de Compostela (1772), Oviedo (1774), Granada (1776), Valencia (1786). Conforme a estos planes, la enseñanza, en las cátedras de *Prima de Leyes* y de *Vísperas*, se basó en la legislación real (las *Leyes de Toro* de 1505, la *Nueva Recopilación* de 1567 y los *Autos Acordados*), mostrando su equivalencia, según los casos, con el *Código* y el *Digesto*. Incluso en Universidades como las de Granada y Valencia fue acogida, como materia a impartir, la del nuevo Derecho Natural y de Gentes, que

emancipaba a la ciencia jurídica del romanismo y también del dogmatismo de la teología moral. Lo que chocaba con la Iglesia, contraria a separar la justicia natural de Dios y aceptar la razón como única fuente del conocimiento (pp. 47-58).

Fuera de Asturias, un asturiano encumbrado en las altas esferas gubernativas del reinado de Carlos III, Pedro Rodríguez Campomanes (1723-1802), fiscal (1762-1783) y gobernador (1783-1791) del Consejo Real de Castilla, consejero de Estado desde 1791, hasta su muerte, amén de director de la Real Academia de la Historia, y promotor de la creación, en España y en América, de Sociedades Económicas de Amigos del País, se convirtió, como regalista y reformador ilustrado, en el impulsor de los estudios de Economía política y Derecho público, y en el valedor, tutor y patrón, académico y profesional, de muchos jóvenes reformistas asturianos, desde Jovellanos hasta Martínez Marina. Aunque ni Campomanes, ni Jovellanos, fugaz secretario de Estado y del Despacho de Gracia y Justicia con Godoy y Carlos IV, en 1797, estudiaron en la Universidad de Oviedo, ambos fueron distinguidos, por su claustro pleno, con el doctorado *in utroque iure*, respectivamente en 1770 y 1797. Amenazada la continuidad institucional de la Universidad por la crisis financiera que acarreó la Guerra de Sucesión, los Estatutos *nuevos*, de índole declarativa, aprobados por Felipe V el 22-IX-1707, supusieron una reforma parcial de los *viejos* de 1609: cambios de horario, para que se pudieran simultanear los estudios de Cánones y Leyes; perpetuidad de las cátedras de Prima y Vísperas, quedando cuatrienales las restantes, con oposición ante el rector y el claustro; distribución de las rentas y derechos universitarios en tercios, para las fiestas religiosas, la conservación del edificio, y los gastos en pleitos y comisarios, etc. De notable trascendencia fue la concesión del arbitrio de medio real por fanega de sal consumida en Asturias, conseguida, a instancias de la Universidad y de la Junta General del Principado, en 1733. Con este auxilio económico pudieron ser restablecidas algunas cátedras, erigidas otras nuevas y mejor dotadas las antiguas: así, en la Facultad de Leyes, se creó la de *Regencia*, para la enseñanza elemental de la *Instituta* justinianeas; se dotó otra similar, para la docencia tomista, en la de Teología; y fue restablecida la de Matemáticas en la de Artes. Los Estatutos *novísimos*, revisados por el Consejo de Castilla y previamente dictaminados por su poderoso fiscal, Campomanes, que tomaron por modelo los de la Universidad alcalaína de 1771, fueron sancionados, por Carlos III, el 12-IV-1774. Supusieron el tránsito del casuismo de la *lectio* al sistematismo del *tractatus*, y la búsqueda de la uniformidad en el plan de estudios. A diferencia de los de 1609 y 1707, eran de naturaleza más docente que de gobierno institucional, ya que reformaban los estudios, que, en el caso de los

jurídicos, habían sido precedidos por la creación de Academias de Cánones y Leyes (1764), la fundación del Colegio de Abogados de Oviedo (1775), y mucho antes, por la instauración de la Real Audiencia de Asturias (1717). A partir de entonces, la carrera de aprendizaje de un alumno de Leyes o de Cánones pasaba por estudiar, durante cuatro años, Derecho real y Derecho romano, antes de graduarse de bachiller; licenciándose o doctorándose una vez cursados otros cuatro años, de sólo dedicación al Derecho regio, eso sí, sin que nada se indicase en los Estatutos *novísimos* ovetenses sobre las «enseñanzas del Derecho natural racionalista y del Derecho público universal o de gentes» (p. 65; y 59-78) (4).

Ya en el siglo XIX, se sucedieron y multiplicaron hasta la extenuación los planes de estudios, generales o restringidos a lo jurídico, al hilo de las vicisitudes políticas, que no eran otras que los ascensos y caídas del poder de absolutistas, liberales radicales, moderados y progresistas, conservadores y liberales de la Restauración, conocidos por el variante titular del invariable Ministerio poco competente, fuese de Gracia y Justicia, de Gobernación, de Fomento o de Instrucción Pública: de José Antonio Caballero en 1807, de Vicente Cano Manuel en 1821, de Francisco Tadeo Calomarde en 1824, del duque de Rivas en 1836, del general Espartero en 1842, de Pedro José Pidal en 1845, de Manuel Seijas Lozano en 1850, la Ley de Instrucción Pública de Claudio Moyano de 9-IX-1857, la reforma del marqués de Corvera en 1858, la de Manuel de Orovio en 1866, el Plan de Germán Gamazo por Real Decreto (RD) de 2-IX-1883; y ya en el XX, e incluso en el XXI, los Planes de Antonio García Alix en 1900, de César Silió en 1919, de Eduardo Callejo de la Cuesta en 1928, el Plan provisional de la II República de Marcelino Domingo en 1931, la Ley de Ordenación Universitaria de 29-VII-1943, el Plan de Estudios de Joaquín Ruiz-Giménez aprobado por Decreto de 11-VIII-1953, la de Manuel Lora Tamayo en 1965, la Ley General de Educación de José Luis Villar Palasí de 4-VIII-1970, la Ley Orgánica de Reforma Universitaria de José

(4) Santos M. CORONAS GONZÁLEZ, *Escritos regalistas* de Pedro Rodríguez Campomanes, 2 tomos, estudio preliminar, texto y notas de..., Oviedo, JGPA, 1993; Id., "Jovellanos, jurista de la Ilustración", en *BIDEA*, 143 (1994), pp. 29-76; Id., "Jovellanos, jurista ilustrado", en *AHDE*, 66 (1996), pp. 561-613; Id., *Inéditos políticos* de Pedro R. Campomanes, edición y estudio preliminar de..., Oviedo, JGPA, 1996; Id., "Jovellanos ante el Plan de Estudios ovetense de 1774", en *Doctores y escolares. Actas del II Congreso Internacional sobre Historia de las Universidades Hispánicas*, 2 vols., Valencia, Universidad, 1998, vol. I, pp. 93-100; Id., *Jovellanos. Justicia, Estado y Constitución en la España del Antiguo Régimen*, Gijón, Fundación Foro Jovellanos, 2000; e Id., *Jovellanos y la Universidad*, Oviedo-Gijón, Universidad y Foro Jovellanos, 2008.

María Maravall de 25-VIII-1983 (de la que resultaron los Planes de Estudios ovetenses de 1991 y 1995), la Ley Orgánica de Universidades de Pilar del Castillo de 21-XII-2001 (que originó el Plan de Estudios de 2002), y la Ley Orgánica de Reforma de la Ley de Universidades, de María Jesús San Segundo, de 12-IV-2007. No es factible detenerse en cada uno de ellos, como hace, con precisión, Santos Coronas (pp. 78-118), y con detalle encomiable Antonio Aparicio Pérez (en *Los estudios de Economía [Política] y Hacienda Pública en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, pp. 449-483), mas sí lo es proporcionar alguna referencia sobre sus concretas repercusiones en tierras astures. Su Estudio General pasó del régimen estatutario particular, característico del Antiguo Régimen, al nuevo uniforme de la legislación liberal, preparado por las reformas carolinas de 1771 a 1807. A partir de entonces, la Universidad decimonónica española fue concebida unitaria, centralizada y reducida en su número. La de Oviedo fue una de las aceptadas, y también testigo de cómo eran reconvertidas las antiguas Facultades de Leyes y Cánones en la común de Jurisprudencia (1842), y luego de Derecho (1857). El Plan de 1807, exponente del uniformismo borbónico, consolidó la primacía del Derecho real en las aulas, y la incorporación definitiva de las cátedras de Filosofía Moral, Economía Civil y Práctica Forense. El Estado liberal concentró en la Universidad de Madrid, heredera de la antigua Complutense de Alcalá, desde 1836, sus esfuerzos presupuestarios, surgiendo así la Universidad Central, la única que, con algunas cortas excepciones, en 1868 o en 1919, estuvo capacitada para otorgar todos los grados académicos, especialmente el de doctor, requerido para ser catedrático. Así se distinguió, desde entonces, entre una Universidad *mayor* y las once restantes de distrito o *menores*, entre ellas, por supuesto, la ovetense. Con anterioridad, ésta había sido visitada, según ordenó Fernando VII el 6-II, con informe final de 20-IX-1815, por causa de la conducta de los diputados liberales doceañistas, « todos ellos hijos de la Universidad, (*que*) se habían puesto al frente de las nuevas ideas » revolucionarias (p. 86, nota núm. 129). Tiempo después, la docencia del Seminario metropolitano, erigido en 1851, permitió que se matriculasen, en 1866, los últimos alumnos en la Facultad de Teología, poco antes de la supresión revolucionaria, en 1868, de los estudios teológicos en las Universidades estatales. Una Revolución, la Gloriosa de 1868, que destronó a Isabel II, cuyo Decreto, de 21-X-1868, estableció la libertad de cátedra, cierta autonomía universitaria y el respeto a la enseñanza libre y privada. Hasta 1919, siendo César Silió el ministro de Instrucción Pública, no se volvió a permitir dicha autonomía, con estatutos impulsados por RD de 21-V, proyectándose en Oviedo uno, aprobado por el claustro general ordinario de 18-X-1919, bajo el Rectorado de Jesús Arias de Velasco,

catedrático de Derecho Administrativo, pero que quedó suspendido, como toda la política ministerial de Silió, por un ulterior RD de 31-VII-1922. Después de la dictadura del general Franco (1939-1975), sólo con el advenimiento del régimen constitucional de 1978, plasmado en la Ley Orgánica de Reforma Universitaria de 1983, han sido posibles, por fin y definitivamente, los estatutos universitarios autónomos, con lo que han quedado desterrados, para siempre, los libros de texto oficiales y generales, impuestos entre 1774 y 1868, desde las modélicas *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, impresas en 1771, de dos jóvenes doctores de la Universidad de Cervera, Ignacio Jordán de Asso y Miguel de Manuel; hasta las muy socorridas y elementales, para el estudio del Derecho regio o nacional, *Digestum Romano-Hispanum* (1794), e *Ilustración del Derecho Real de España* (1803), de Juan Sala Bañuls, pavorde eclesiástico y catedrático de Prima de Leyes de la Universidad de Valencia. Aunque no faltaron manuales selectos y listados específicamente ovetenses, como las *Instituciones de Derecho Penal español arregladas al Código reformado en 30 de junio de 1850* (1860), de Juan Domingo Aramburu Arregui, catedrático de la disciplina en la Universidad asturiana (pp. 78-118).

Los catedráticos legistas y canonistas de Oviedo no elaboraron, al parecer, ni *cuadernos para el uso de los discípulos*, como prevenían los Estatutos de 1774, ni tampoco *tratados dignos y útiles*, tal vez por falta de la « decente manutención » que constataron, para ellos, en 1815, los visitantes absolutistas fernandinos. Pese a lo cual, la Universidad sí contó con una publicística oficial propia, de carácter corporativo (*Oraciones y Discursos* de apertura de curso o funerarios, *Discursos de recepción* al claustro, *Memorias anuales* del distrito universario, *Discursos de graduando* para la licenciatura y el doctorado, *programas-guías* de las asignaturas, *manuales* o libros de texto, monografías diversas), más bien de índole histórica y ceremonial que docente, que Santos Coronas ha investigado con inteligente y exhaustivo análisis, tanto prospectivo e indiciario de la mentalidad, y praxis, académica y profesional, como jurídico e institucional del desarrollo científico y disciplinar de los profesores claustrales ovetenses (pp. 118-145). Tales *Discursos de apertura* de curso, que discurrieron entre la tópica discursiva y oratoria, y la aportación intelectual original, transitando de la teología moral a la ciencia racionalista, con preocupación pedagógica y protocientífica, son útiles en extremo, en efecto, pues es fácil suponer que, así como pensaban los catedráticos, así habrían de enseñar a sus alumnos. Se constata, por un lado, que cobraron entidad propia y mayor complejidad a partir del Plan Pidal de 1845, al dar entrada a la especialización doctoral en su contenido; y, por otra parte, que estuvieron marcados por el espíritu del *Grupo de Oviedo*, caracterizado por la ilusión

pedagógica, el reformismo social y la innovación científica, de la mano de la filosofía krausista, difundida por la Institución Libre de Enseñanza, entre 1861 y 1910. Un ejemplo de *Discurso* reaccionario y confesional militante, propio del moderantismo, en auge hasta 1868, sería el de José Puente y Villanúa, doctor en jurisprudencia y catedrático de Literatura, en 1847, vibrante apólogo del espíritu científico de su siglo, pero también opuesto al «desolador materialismo filosófico», que privaba al hombre del «soplo divino de la vida» (p. 125). Todo lo contrario del progresista e individualista, basado en la libertad y la propiedad, nacida, a su vez, del trabajo, y muy crítico con el comunismo (destructor de la personalidad y negador de la propiedad), y también con el socialismo (al absorber el Estado al individuo en interés del colectivo beneficio), de Manuel Piernas Hurtado, catedrático de Economía Política y Estadística, en 1870. Su sucesor en la cátedra, Adolfo Álvarez-Buylla, planteó, en su *Discurso* de 1879, una de las preocupaciones institucionistas básicas, el llamado *socialismo de cátedra* (*Der Katheder-Socialismus*), revisor del liberalismo económico de Adam Smith, por no aceptar que la libertad fuese una panacea universal. Pero, el más influyente de todos, y el que gozó de mayor repercusión, por su inmediata publicación en el *Boletín* de la Institución, correspondió, en 1898, a Rafael Altamira. Titulado *El patriotismo y la Universidad*, era antes patriótico que pedagógico, señalando más vastos horizontes a la tarea universitaria, al plantear el problema de la patria, y de su posible regeneración, a la luz de la cultura, por lo que propugnaba unos Estudios Generales más estrechamente ligados a la sociedad, que habrían de tutelar la educación de las clases obreras y reducir el analfabetismo del pueblo.

El *Grupo de Oviedo*, a partir de ese laboratorio de reforma educativa en la España de la Restauración que fue la Institución Libre de Enseñanza, constituye, tras la Ilustración feijoniana, campomanesiana y jovellanista, el segundo gran símbolo histórico de la Universidad de Oviedo, activo durante la segunda mitad del siglo XIX. Contribuyó, esencialmente, a la difusión de un ideal universitario, *a la hora de Europa*, a la vez pedagógico e investigador, promovido por un grupo de profesores de la más pequeña y peor dotada de las Universidades de su época. Bastará un humilde botón de muestra: sólo contaba, la de Oviedo, en 1900, con un presupuesto de material de apenas 3.000 pesetas anuales, que era la mitad menos de lo que percibía la más pobre y peor financiada de las Universidades españolas (p. 159). Dentro de dicho *Grupo* ovetense, casi todo él de asturianos, y la mayor parte nacida en la misma ciudad de Oviedo, existían tres tendencias o afinidades principales: los institucionistas, los regionalistas y los conservadores. Los más activos y creativos eran los primeros, de homogénea

orientación pedagógica y ambiciosa pretensión científica, educativa y social: los *dos Adolfos*, Álvarez-Buylla, catedrático de Economía Política y Estadística entre 1877 y 1904, y González Posada, catedrático de Derecho Político y Administrativo, como sabemos, de 1883 a 1904, a quien se debió, en parte, la fama del *Grupo*, con las noticias de sus métodos de trabajo y las semblanzas de sus compañeros, publicadas en el *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza* de Madrid, y sus atinadas propuestas, de creación de la Sala de Profesores o de fundación de los *Anales de la Universidad de Oviedo* (1901-1910); Leopoldo Alas *Clarín* (Zamora, 1852-Oviedo, 1901), catedrático de Elementos de Derecho Natural entre 1887 y 1901, habiéndolo sido antes, desde 1883, de Derecho Romano, el *nombre grande* del *Grupo*, con su fama de novelista y de crítico literario; Aniceto Sela Sampil, catedrático de Derecho Internacional Público y Privado a partir de 1891, que formaba, con Buylla y Posada, lo que se denominaba *la trípode pedagógica*; Félix de Aramburu y Zuloaga, que sucedió en la cátedra, en 1881, a su padre, el ya recordado Juan Domingo Aramburu, que sería nombrado rector de 1888 a 1906; y Rafael Altamira y Crevea (Alicante, 1866-México, D.F., 1951), catedrático de Historia General del Derecho entre 1897 y 1910. Su común método docente era, en las clases, el del diálogo crítico con los alumnos, y su trato próximo y selecto en los seminarios. En 1878, había sido creada la *Biblioteca especial* de la Facultad de Derecho, de la que fue su primer bibliotecario Fermín Canella, y, desde 1884, Posada, que dejó, a su marcha, en 1904, más de 6.000 volúmenes. En ella se reunió la *Escuela Práctica de Estudios Jurídicos y Sociales*, a partir de 1895, a imitación de los seminarios de investigación de las Universidades alemanas y de la *École pratique de Hautes Études* de París, dividida en secciones (Política, Sociología, Cuestiones Internacionales, Historia del Derecho desde 1898), dirigidas por los profesores Buylla, Posada, Sela y Altamira. Ese mismo año de 1895, a iniciativa de los tres primeros, nacieron las *Colonias Escolares de Vacaciones* para estudiantes enfermos y necesitados de las escuelas primarias de Oviedo, primeramente ubicadas en Salinas. Sobre el modelo de la *University Extension*, creada, en 1871, en la Universidad de Cambridge, surgió la *Extensión Universitaria* ovetense, a propuesta de Alas, y por incitación de Altamira y Posada, a fin de impulsar la cultura popular, divulgando la enseñanza universitaria tutelada entre la clase obrera y los menesterosos, con estudios en el extranjero, aprendizaje de idiomas y unión con Hispanoamérica. Por otra parte, entre los miembros regionalistas o asturianistas, y conservadores, del *Grupo de Oviedo*, figuraban, sin resultar fácil su distinción, Fermín Canella, catedrático de Ampliación del Derecho Civil y Códigos Españoles desde 1876, luego de Derecho Civil Español, Común y Foral, y Rector desde 1906, *el amo de la Casa*

según algunos profesores auxiliares, amén de Rector honorario en 1919, al jubilarse; los canonistas Guillermo Estrada Villaverde y Víctor Díaz-Ordóñez Escandón, catedráticos de Disciplina general de la Iglesia y particular de la de España, en 1860 y 1869 el primero, jefe de los carlistas asturianos y diputado, y a partir de 1876, el segundo; Inocencio Faustino de la Vallina, catedrático de Historia Universal en 1880; Rogelio Jove y Bravo, cuñado de Canella y regionalista como él, de Derecho Administrativo desde 1887; Gerardo Berjano y Escobar, de Historia General del Derecho Español entre 1884 y 1886, y después de Derecho Mercantil en España y en las principales naciones de Europa y América; además de Melquiades Álvarez, profesor ayudante sustituto, en 1888, de Alas en la cátedra de Instituciones de Derecho Romano, a la que accedería en propiedad, como supernumerario, en 1899, puesto que en 1898, año harto significativo, había sido elegido, por vez primera, diputado a Cortes, pasando a ser, en 1914, catedrático de Procedimientos Judiciales y Práctica Forense.

En el bautizado, por Joaquín Costa, como *Movimiento de Oviedo*, latía, según Santos Coronas, en compendio asturiano de su tradición académica y cultural, el eco pedagógico de Feijoo, la huella reformista de Campomanes, el ejemplo virtuoso y estudioso de Jovellanos, el espíritu liberal historicista de Martínez Marina, el nuevo liberalismo racionalista de Agustín Argüelles y el conde de Toreno, diputados en las Cortes de Cádiz, y de Flórez Estrada, y el fecundo conservadurismo de Pedro José Pidal, Alejandro Mon o José Caveda y Nava (p. 149). La primera conferencia de la Extensión Universitaria fue pronunciada por Altamira, en un aula de la Facultad de Derecho, el 24-XI-1898, sobre *Las leyendas de la Historia de España*. Un mes y medio antes, en su aludido *Discurso-Programa*, de apertura de curso, leído el 10-X-1898, había puesto las bases para el intercambio intelectual con las Universidades y otros centros docentes de Hispanoamérica: visitas de profesores, envío de alumnos, recepción de publicaciones, etc. El americanismo hispánico de Altamira, al calor del eco de de las celebraciones del *IV Centenario del Descubrimiento de América* (1892), fue el que dotó de dimensión internacional al hasta entonces doméstico, casi familiar, *Espíritu* o *Movimiento* universitario ovetense, difundido, desde 1901, por el primero de los cinco tomos de los *Anales*, a través de sus secciones de la *Escuela Práctica*, la *Extensión Universitaria*, las *Colonias Escolares*, los extractos de *Conferencias*, los trabajos de *Seminarios*, las *Memorias* de profesores y alumnos, los *Catálogos* completos de obras profesoras, etc. No faltaron los ataques y las descalificaciones a su benemérita labor, recogidos por Fernando Pérez Bueno, catedrático de Elementos de Derecho Natural, en su *Discurso* de apertura de curso de 1905, intitulado *Las llagas de la enseñanza*, con referencias a las turbias

pasiones de la vanidad y la soberbia, a la retórica docente de « degenerados regeneradores » e « ideólogos recalitrantes », o al intelectualismo que precisaba del ejemplo de las « Academias militares, no sectarias, y con profesores unidos por el amor a la patria » (p. 153, nota núm. 351). Así era la España anterior al *Desastre de 1898*, tan refractaria a todo lo que no fuese tradicional ensimismamiento y complacencia intelectuales. No obstante, lo que disgregó al *Grupo de Oviedo*, rompiéndose los vínculos espirituales que ligaban a sus miembros, fue la muerte de Alas en 1901; seguida de la partida hacia Madrid de Buylla y Posada, en 1904, a fin de poner en marcha el Instituto de Trabajo o de Reformas Sociales; y, finalmente, otras dos salidas, hacia la Universidad Central de Madrid, de Félix de Aramburu, en 1906, para ocupar la cátedra de doctorado de Estudios Superiores de Derecho Penal y Antropología Criminal, y de Rafael Altamira, en 1911, para regentar otra cátedra doctoral recién creada, la de Historia de las Instituciones Políticas y Civiles de América, común para las Facultades de Derecho y Letras, en su sección de Historia. A juicio del profesor Coronas, la herencia dejada por el *Grupo* puede ser cifrada en su lema pedagógico de la *enseñanza como amistad*, y de la cátedra como *tarea absorbente*; la recepción y difusión del pensamiento histórico, jurídico y filosófico alemán de la segunda Escuela histórico-jurídica neohumanista encabezada por Rudolf von Ihering; la divulgación de la moderna ciencia económica, política, penal e internacional, con incorporación de las corrientes sociológicas; y el interés por la investigación, además, en nuevos campos del saber, como los de la etnohistoria, el folklore y la costumbre, propios del despertar de la conciencia regional en la España finisecular (p. 154). A la muerte de *Clarín*, y con la ausencia de Buylla, Posada y Aramburu, quienes mantuvieron vivos los últimos rescoldos de la llama de iniciativas del *Grupo de Oviedo* fueron el institucionista Altamira y el regionalista conservador Canella, quien, desde su Rectorado, promovió la celebración del *III Centenario de la publicación de la primera parte de El Quijote* (1905), el *II Centenario de la Guerra de Sucesión* (1908), el *I Centenario de la Guerra de la Independencia* (1908), y el *III Centenario de la fundación de la Universidad* (1908), a través de conferencias de la Extensión Universitaria, veladas literarias e históricas, y trabajos de cátedra y seminario con los alumnos. Acudieron, en 1908, dieciséis delegados de Universidades extranjeras, que pudieron comprobar las bondades académicas de las aulas, la sala de profesores, la biblioteca, la hermosa aula de la Extensión Universitaria, la floreciente iconoteca asturiano-universitaria, etc. Pero, el logro más rotundo y de mayor resonancia internacional fue el viaje a América de Altamira, nombrado delegado cultural de la Universidad para el intercambio docente y científico por Canella —ambos habían visitado, juntos, por

entonces, la Universidad de Burdeos-, por el que pudo confraternizar, aunque luego se le acusase de personalismo, de julio de 1909 a marzo de 1910, con las Universidades de Argentina, Uruguay, Chile, Perú, México y Cuba, mediando la excusa de una conmemoración anticipada del *Centenario de la Independencia de la América española* (pp. 145-174) (5).

El *III Centenario* de la Universidad de Oviedo, en 1908, y el sonado éxito del *Viaje a América* de su profesor Altamira, en 1909-1910, acabaron de coronar, en efecto, una de las etapas más brillantes de su historia. Que enlazó, sin solución de continuidad, con la siguiente, la de la *Generación de los años veinte*, de jóvenes profesores, herederos, alumnos y discípulos, de los viejos maestros del *Grupo*, cuyos últimos representantes fueron muriendo por entonces, como Canella en 1924, Jove en 1927, Díaz-Ordóñez en 1932, o Sela en 1935. Marcelino Menéndez Pelayo, el *sabio inmortal*, había representado a la Universidad ovetense, como senador, en las legislaturas de 1893, 1896 y 1899, pero, esos tiempos habían pasado, y ahora, dichos nuevos profesores querían una Universidad científica, esto es, a la altura de la ciencia jurídica europea, que entonces lo era la alemana, con sus seminarios investigadores de cátedra, sus trabajos monográficos y el método de los casos prácticos, en la línea de lo que venían haciendo la Institución Libre de Enseñanza, y los Museos y Laboratorios Jurídicos, al objeto de introducir el método práctico en la ciencia del Derecho. No en vano había aparecido ya la revista jurídica especializada y científica, con vocación europea e hispanoamericana, como la *Revista de Derecho Privado* (1913), la *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* (1918), fundada por un antiguo catedrático de Derecho Político y Administrativo, entre 1878 y 1883, de Oviedo, Rafael de Ureña y Smenjaud; el *Anuario*

(5) Santos M. CORONAS GONZÁLEZ, *Dos estudios sobre Rafael Altamira*, Oviedo, Academia Asturiana de Jurisprudencia, 1999; ID., *Leopoldo Alas "Clarín", jurista*, Oviedo, Universidad, 2001; ID., *Rafael Altamira y el "Grupo de Oviedo"*, Oviedo, Universidad, 2002; ID., "Leopoldo Alas Clarín, jurista: su Programa de Historia General del Derecho Español", en *AHDE*, 72 (2002), pp. 71-124; ID., "Rafael Altamira y los orígenes del americanismo científico", en Feliciano Barrios (coord.), *Derecho y Administración Pública en las Indias Hispánicas. Actas y Estudios del XII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, 2 vols., Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2002, vol. I, pp. 343-373; ID., "El Grupo de Oviedo o la fuerza del ideal", en *BIDEA*, 161 (2003), pp. 7-48; ID., *El "Grupo de Oviedo". Discursos de apertura de curso de la Universidad de Oviedo (1862-1903)*, Oviedo, Universidad, 2003; e ID., "Altamira: de la Cátedra de Historia del Derecho a la de Historia de las Instituciones Políticas y Civiles de América", en E. Rubio Cremades y E. Valero Juan (eds.), *Rafael Altamira: Historia, Literatura y Derecho*, Alicante, Universidad, 2004, pp. 181-219.

de *Historia del Derecho Español* (1924), o los estudios regionales impulsados por el *Boletín* del naciente *Centro de Estudios Asturianos*, desde 1924. Estaba claro que había que crear, después de la Gran Guerra de 1914-1918, una ciencia pura, europea y universal, con el ejemplo germano de la especialidad científica, todo lo contrario de la vetusta y estéril Universidad burocrática, que no suponía cauce cultural alguno, ni servía para la educación profesional, sin seminarios, ni tareas de cátedra (*seminarium et conversatorium*), ni prácticas. De estas ideas participaban el hijo de *Clarín*, Leopoldo García-Alas y García-Argüelles (Oviedo, 1883-1937), catedrático de Derecho Civil desde 1920, diputado republicano-socialista en las Cortes Constituyentes de la II República, y subsecretario del Ministerio de Justicia (1931-1933), con su antiguo compañero de estudios, Álvaro de Albornoz, que fue Decano de la Facultad de Derecho ovetense de 1924 a 1931, y luego rector de la Universidad asturiana hasta 1936, en que fue injustamente condenado a muerte, por el bando nacional, por un delito de inducción a la rebelión militar, y fusilado, el 20-II-1937, en la Cárcel Modelo de Oviedo; Jesús Arias de Velasco, catedrático de Derecho Administrativo desde 1911, rector entre 1919 y 1923, presidente de la Sala 5ª del Tribunal Supremo de 1931 a 1934, y de la Sala 3ª de 1934 a 1936, al negarse a jurar fidelidad a la causa republicana, fue asesinado, en Madrid, por un grupo de milicianos, después de hacerle presenciar la muerte de sus hijos; Manuel Miguel de las Traviesas, catedrático de Derecho Romano y, por acumulación, también de Derecho Civil, entre 1913 y 1936, año en el que murió, el 19-IX, durante el asedio de Oviedo, al estallar la Guerra Civil, habiendo sido elegido, en 1933, por las Facultades de Derecho españolas, vocal del Tribunal de Garantías Constitucionales, del que fue presidente interino entre el 9-X y el 20-XII-1934; Ramón Prieto Bances, alumno y discípulo de Altamira, catedrático de Historia General del Derecho Español entre 1924 y 1937, y 1947-1960, y subsecretario (1934), y ministro (mayo de 1935), del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes; José María Serrano Suárez, catedrático de Procedimientos Judiciales desde 1930, y discípulo de otro catedrático asturiano, y eminente procesalista, Francisco Becaña González, trágicamente asesinado, asimismo, durante la Guerra Civil; Luis Sela Sampil, hijo de Aniceto Sela, a quien sucedió en su cátedra de Derecho Internacional Público y Privado, que desempeñó, ininterrumpidamente, desde 1933, hasta el año de su jubilación, en 1969; Teodoro González García, catedrático de Derecho Administrativo de 1931 a 1933, y de Derecho Político, de 1933 a 1940, aunque en el ínterin fue designado secretario general del Tribunal de Garantías Constitucionales, entre 1934 y 1936; y Sabino Álvarez-Gendín, catedrático de Derecho Administrativo desde 1934, y rector de 1937 a 1951.

Siendo rector de la Universidad de Oviedo, como queda dicho, Arias de Velasco, la campaña institucionista en pro de la autonomía universitaria, y contraria a la Universidad decimonónica, centralizada y uniformista, cuajó en el arriba aludido RD del ministro Silió, de 21-V-1919, que declaraba oficialmente autónoma a la Universidad española, a la par escuela profesional que centro pedagógico, pasando a ser su presidente nato el rector. Aunque aceptada con favor, la reforma también fue calificada de prematura y poco viable, y en este clima de disensión fue aprobado, por el claustro general, en sus sesiones de 13 a 18-X-1919, el proyecto de los primeros Estatutos autónomos de la Universidad de Oviedo, con el voto particular contrario del rector Arias de Velasco, del vicerrector y catedrático de Economía Política y Hacienda Pública, Isaac Galcerán Cifuentes; y de los también catedráticos, el mercantilista Berjano y el romanista Traviesas. Suspendida la aplicación de la reforma Silió por el nuevo ministro de Instrucción Pública, el procesalista de la Universidad Central, Tomás Montejo y Rica, aduciendo que un decreto no podía derogar una ley, la de Moyano de Instrucción Pública, de 1857, un discurso posterior de Pedro Sainz Rodríguez ante la Asamblea Nacional de la Dictadura de Primo de Rivera, de 15-II-1928, habría de desgranar las verdaderas causas del fracaso de la reforma Silió: « Cada Catedrático se creía un funcionario, se iba a la Cátedra como a una oficina, y la Universidad no era un centro de investigación sino una oficina burocrática, donde se despachaban títulos como pudieran despacharse en un estanco. El esfuerzo del Sr. Silió traía, como consecuencia necesaria, la muerte de muchas Universidades » (p. 185, nota núm. 417). El modelo de la Universidad pública, autónoma y científica, de la *Generación ovetense de 1920*, no podía ser alcanzado, por consiguiente, *de iure*, sino que tenía que serlo obligadamente *de facto*, emulando al jurista investigador de la Junta para Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas, creada en 1907, y de su hijuela, el Centro de Estudios Históricos, en sus secciones jurídica e histórico-jurídica, fundado en 1910. Sin embargo, la inestabilidad política, social y no menos económica, consustancial a los últimos años de la Dictadura primorriverista (1923-1930) y a toda la II República (1931-1936/1939), impidió que tan loable finalidad pudiese ser conseguida. Así, tanto el Real Decreto-Ley de Refoma Universitaria, del ministro Callejo de la Cuesta, de 19-V-1928, que consagró el principio de autonomía o libertad pedagógica, y la Real Orden (RO), de 1-VIII-1928, que aprobó el plan de estudios en la Licenciatura en Derecho, elaborado por los decanos de todas las Facultades españolas, quedaron en papel mojado. Al igual que el Estatuto General de la Enseñanza Universitaria, del ministro Elías Tormo, de 24-IX-1930, puesto que durante la II República fue restablecida la legalidad educativa anterior

a la Dictadura de Primo de Rivera, y también a la reforma Silió. De ahí que sólo quedase en proyecto, asimismo, el de reforma de los estudios universitarios de Derecho, en su Facultad en Oviedo, suscrito, en octubre de 1930, por la mitad de los catedráticos (Traviesas, Prieto Bances, Sela, Alas, Galcerán), y que recogía los anhelos y convicciones, pedagógicas e investigadoras, de la *Generación de 1920*, que entendía ser el fin científico la única misión trascendente de la Universidad: la selección de un profesorado apto, el mantenimiento de los seminarios de investigación y de la docencia mediante casos prácticos, la supresión de los exámenes para licenciarse al final de la carrera al sustituirse por una prueba racional de aptitud, etc. No obstante, la otra mitad de los catedráticos (Jesús Arias de Velasco y Alfredo Mendizábal Villalba, catedrático de Derecho Natural desde 1926, pronto respectivos presidente y vocal, en Oviedo, del nuevo partido de la Derecha Liberal Republicana de Niceto Alcalá-Zamora y Miguel Maura; Isaías Sánchez-Tejerina, catedrático de Derecho Penal desde 1923, y algún otro), formularon un voto particular a la ponencia mayoritaria del proyecto, apoyando el régimen tradicional, aun susceptible de mejoras institucionales, al entender que convenía racionalizar el sistema de oposiciones, al tiempo que impugnaban la absoluta supresión de los exámenes y la desordenada libertad de los alumnos en la matrícula de las asignaturas (pp. 174-191).

Los años siguientes, de 1931 a 1950, fueron, para la Universidad de Oviedo, los más penosos de su ya más que tricentenaria historia. Lo serían de revolución, guerra y postguerra, dolorosas, crueles, lacerantes. Fracasado el proyecto de Ley de Reforma Universitaria de la II República española, de 1933, se retornó, en la práctica, a los Planes de estudios de Gamazo, de 1883, y de García Alix, de 1900. Pero, no era lo más importante que entonces ocurría. La *Revolución de Octubre*, de 1934, «condenó al fuego a la Universidad de Oviedo (y que dos años más tarde, cortaría asimismo la cabeza y las manos de su fundador en el mausoleo de Salas), símbolo de una cultura *burguesa* que ardió en Asturias, junto con otras sedes civiles y religiosas, representativas del *viejo orden*, en la *revolución marxista* ensayada» (p. 192). En un solo día, el 13 de octubre, ardió, dinamitada, su imagen histórica, aunque no la *conciencia de su propia ciencia* pretérita. Cuando el rector Alas intentaba reconstruir lo destruido, estalló, el 18 de julio de 1936, la Guerra Civil, que, con el cerco republicano a una ciudad defendida por los nacionales del coronel Aranda, ahora habría de hacer desaparecer, además, a seres humanos, sabios profesores, antiguos y nuevos, de la *Casa*, antes rememorados, todos ellos, republicanos de izquierdas, liberales progresistas, conservadores o demócrata-cristianos, muertos con ocasión de la guerra o asesinados en Oviedo, en Asturias o en

Madrid: el rector Leopoldo García-Alas, Manuel Miguel de las Traviezas, Francisco Beceña, Jesús Arias de Velasco, Melquiades Álvarez... La reconstrucción universitaria de Oviedo corrió a cargo del nuevo rector, Sabino Álvarez-Gendín, uno de los fundadores del Sindicato Católico de Estudiantes, que consiguió que las clases fuesen reanudadas, « entre el bordoneo del cañón y el tableteo de las ametralladoras », el 12-IV-1937. El *Rector-albañil*, que impulsó, hasta 1951, la construcción de tres Colegios Mayores en Oviedo y uno en León, dentro del distrito universitario, acondicionó el edificio central de la Universidad, erigió la Facultad de Veterinaria de León, aprobó el proyecto de la Facultad de Ciencias, y construyó un gimnasio y un campo de deportes, también quiso remedar el antiguo prestigio corporativo, relanzando los *Anales*, en su 2ª. época (1937-1950), junto con una *Revista de la Universidad de Oviedo*, nacida en marzo de 1940, mientras que la Ley de Ordenación Universitaria de 21-VII-1943, del victorioso régimen dictatorial del general Franco, uniformaba en los valores de la autoridad académica, la enseñanza oficial y la formación tradicional, religiosa y política. Una nueva generación de catedráticos, de postguerra, se incorporó en el curso de 1945-1946: Ignacio de la Concha, en Historia y Salvador Lissarrague, en Filosofía, del Derecho; Torcuato Fernández Miranda, en Derecho Político y Francisco Hernández Tejero, en Derecho Romano.

En el nuevo Estado Nacional franquista, las Facultades de Derecho asumieron la misión de formar y dirigir la *conciencia jurídica del pueblo español*, concretada, en el Plan de Estudios de 1944, en torno a la enseñanza de la técnica jurídica. El Rectorado siguiente, de otro antiguo alumno, Fernández-Miranda (1951-1954), proseguido por el de Valentín Silva Melero (1954-1960), catedrático de Derecho Penal y director, en 1952 y 1956, del Instituto de Estudios Asturianos fundado para impulsar la cultura regional en 1945-1946, que presidió los actos conmemorativos del CCCL Aniversario de la inauguración de la Universidad (1958), fue el principio del fin de la época de rectores-juristas en la Universidad ovetense. Se produjo, por entonces, una tímida apertura académica, siendo rescatada del olvido la *Extensión Universitaria*, e incluso la figura de *Clarín*, homenajead a en 1952; habiéndose autorizado la reincorporación del represaliado Prieto Bancos, en 1947, gracias a la generosa permuta ofrecida por De la Concha, con su petición de traslado a la Universidad de Valencia. Nació la *Revista de la Facultad de Derecho*, en 1953, de la genérica y fragmentada *Revista de la Universidad de Oviedo*, mientras que el algo más longevo Plan de Estudios, de 1953, permitía una mayor flexibilidad en las enseñanzas universitarias y cierta autodeterminación pedagógica. Ahora bien, el signo de los nuevos tiempos era el de la masificación

estudiantil, el gran problema universitario de la segunda mitad del siglo XX — que se ve que Santos Coronas vivió y conoció, y del que habla por experiencia —, la de los años sesenta, padecida, primero como alumno y luego como profesor, en su entrañada y entrañable Universidad de Oviedo (Facultades de Derecho, Ciencias Químicas, Letras, Veterinaria y la sección de Geología), con la que se identifica, y con la que él es identificado. Nombrado Silva Melero, en 1961, magistrado de la Sala 3^a. del Tribunal Supremo, y su presidente en 1973, el nuevo rector, José Virgili Vinadé (1961-1973), catedrático de Ciencias, fue el primero de tal condición en la Historia universitaria ovetense. Bajo el fecundo Decanato de Pablo Beltrán de Heredia (1961-1965), catedrático de Derecho Civil, fue creado el Instituto de Estudios Jurídicos, dirigido por el jubilado catedrático Prieto Bances, inspirado en el modelo común del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, dependiente del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, dictatorial heredero institucional de la institucionista Junta para Ampliación de Estudios y el Centro de Estudios Históricos. Con la *Ley sobre estructura de las Facultades universitarias y su profesorado*, de 17-VII-1965, fue introducido, al lado de la vieja Cátedra, el Departamento, para una organización distinta de la docencia y la investigación. La siguiente Ley, *General de Educación*, de 4-VIII-1970, centró la universitaria, por primera vez, en los Departamentos, Institutos, Escuelas y Colegios Universitarios. Fueron aprobados, en aras de la reconocida autonomía en materia de planes de estudios, los Estatutos provisionales de la Universidad de Oviedo, el 1-IV-1971, y un nuevo Plan de Estudios, en 1973, aunque, al año siguiente, se volvió al de 1953. La Universidad extensa y masificada de los años setenta obligó a los rectores, José Miguel Caso González (1973-1977) y Teodoro López-Cuesta (1977-1983), catedrático de Economía Política y Hacienda Pública desde 1966, a formar un campus universitario en una zona aledaña al casco histórico de la ciudad, la de El Cristo. Comenzaron a predominar los catedráticos foráneos, también por vez primera en la trayectoria profesoral de la Universidad asturiana, coincidiendo casi con la llegada de la Democracia, tras la muerte del general Franco, y la proclamación, por la Constitución de 1978, de los principios de libertad de enseñanza y autonomía universitaria. Así fue diseñada la Facultad de Derecho actual, en la que la *Ley de Reforma Universitaria*, de 1983, redujo las categorías profesorales, substituyó la Cátedra por el Departamento, y las oposiciones por los concursos, con lo que aumentaron las expectativas de acceso. Los cuartos Estatutos de la Universidad ovetense, autónomos, fueron aprobados el 3-VII-1985, al tiempo que, con el Rectorado de Marcos Vallauré (1983-1987), la Facultad de Derecho fue trasladada, forzosamente, de su plurisecular

sede valdesiana al nuevo Campus de El Cristo, aunque no de manera efectiva hasta el curso de 1990-1991, con traslado de los libros, a la nueva Biblioteca de Ciencias Jurídicas y Sociales, en 1992. Sustituida la subjetiva investigación magistral del catedrático y su escuela por más objetivas, y libres, líneas de investigación, propiciada por la cada vez más poderosa estructura departamental, se sucedieron el polémico Plan de Estudios de la licenciatura de 1991, seguido de otro en 1995, y, ya bajo la vigencia de la *Ley Orgánica de Universidades* de 2001, en la segunda etapa decanal de Andrés C. Álvarez Cortina (1996-2000 y 2000-2004), del más pacífico Plan de 2002, actualmente vigente, una vez que ha entrado en vigor, en el curso 2010-2011, el *Espacio Europeo de Educación Superior*, comúnmente llamado *Plan Bolonia* (pp. 191-221).

II. *La Historia del Derecho en la Universidad de Oviedo.*

Sus maestros precursores fueron todos dúplices doctores, en Cánones y en Leyes, así distinguidos, y reconocidos, por la *Ovetensis Universitas*: Campomanes (1770), Jovellanos (1795), y Martínez Marina (1822). Para diferenciarla de los estudios jurídicos civilistas, fue reconocida, académicamente, como *Historia General del Derecho Español*, una asignatura independiente de doctorado, en 1880, y en la licenciatura, desde 1883, hasta que pasó a denominarse, recientemente, *Historia del Derecho y de las Instituciones*. Campomanes influyó, de forma decisiva, siendo fiscal del Consejo Real de Castilla, para que fuese explicada, concebida como « historia del Derecho y promulgación de leyes », en estudio concordante del Derecho romano con el real, patrio, nacional o español, a modo de *antinomias* o legislación comparada, por el catedrático de Prima de Leyes, e incluida en el Plan ovetense de Estudios de 1774, hasta el uniforme Plan general de Caballero, de 1807. No obstante, una escasa virtualidad habría de mostrar, a la postre, la reforma de 1774, incapaz de quebrar la vocación romanista del claustro de profesores, como puso de relieve Jovellanos en su *Sobre el método de estudiar el Derecho*, de 1795. Desechando, por absurda, la enseñanza en latín, y por superfluo el estudio del Derecho romano, al ser un método inadecuado su instrucción comparada con el nacional, centraba el gijonés su plan ideal en el patrio, iniciado con una « buena y breve historia del mismo Derecho », formada a partir de cuatro obras jurídicas ilustradas: la *Sacra Themidis Hispaniae Arcana* (1703), de Gerhardus E. Franckenau/Juan Lucas Cortés; la *Carta al Doctor Josef Berní sobre el origen y progresos del Derecho español* (1745), de Gregorio Mayans y Siscar; la *Carta* del jesuita Andrés Marcos Burriel a Juan de Amaya (1751); y las

célebres *Instituciones del Derecho Civil de Castilla* (1771), de Asso y de Manuel. Lo que confirmaba el vacío doctrinal del Derecho patrio en obras de síntesis e historia, así como su defectuoso método de exposición, no axiomático o *raciocinado*, por basarse en la autoridad del *ius commune* (*leges et auctoritates*), y no en la razón natural de las luces del Siglo, sustentada en principios generales y en sus consecuentes, las leyes. Hasta que Martínez Marina, con su fundamental *Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación y cuerpos legales de León y Castilla* (1808), admirado y de lectura recomendada por Jovellanos, dio origen a la ciencia española de la Historia del Derecho, proporcionando un cuadro general de las antiguas y más notables instituciones y leyes medievales castellanas, a fin de promover la necesaria compilación de un nuevo código civil y criminal (pp. 297-306; en general, 297-352).

Por tanto, integrada la Historia del Derecho, en sus orígenes, en las enseñanzas de la cátedra de Prima de Leyes, según el Plan de 1774, aunque reducida, en su aprendizaje práctico, a la memorización de las sencillas *tablas de concordancias* de las leyes romanas y reales de Juan de la Reguera Valdelomar, no fue hasta el Plan Caballero, de 1807, cuando se convirtió en una nueva disciplina jurídica, la de *Historia y Elementos del Derecho Español*, de carácter histórico y vigencia coetánea a la vez, impartida en dos cursos, de dos horas semanales, matutina y vespertina, entre otros, por Pablo Mata Vigil, futuro rector hacia 1848; los jovellanistas Antonio Fernández de Prado, catedrático de Prima de Leyes y de *Partidas*, y Juan Nepomuceno Fernández San Miguel, sustituto de la cátedra de Vísperas, en la que se explicaban las *Leyes de Toro*; o Francisco de Paula Busto y Andrés Álvarez Pereda, encargados de la de *Recopilación*. Siendo insuficientes, como libro de texto, las *Instituciones* de Asso y de Manuel, fueron complementadas con el *Ensayo histórico-crítico* de Martínez Marina, la *Ilustración del Derecho Real de España* de Juan Sala y, como primera aportación de conjunto sobre la historia institucional del Derecho patrio, por la *Historia del Derecho Español* (1822), de Juan Sempere y Guarinos. Esta mera historia de la legislación y las instituciones civiles, al uso académico patrio, se ramificó, más tarde, en la de *Elementos o Instituciones de Derecho Público y del Civil y Criminal de España*, así como en la de *Elementos de Historia y de Derecho Civil y de España*, hasta desaparecer, en los planes de estudios posteriores al reinado de Fernando VII, después de 1833, cuando se impuso la realidad institucional sobre la histórica. Sin embargo, con el Plan de 1845, de Pedro José Pidal, el asturiano introductor de la Escuela Histórica alemana de Savigny en los círculos académicos de Madrid, a partir de un curso desarrollado, en el Ateneo, en 1841-1842, se retornó al antiguo método comparativo de subsumir la Historia del

Derecho patrio en la Historia y Elementos del Derecho romano. Así fue como nació, por su reforma con el Plan de Seijas Lozano, de 1850, la asignatura de *Historia e Instituciones del Derecho Civil*, que luego se concretaría en la de *Historia y Elementos de Derecho Civil Español, Común y Foral*, de acuerdo con el posterior Plan de Rafael de Bustos, marqués de Corvera, de 1858, concebida ya, sin más, como una mera introducción al Derecho Civil entonces vigente. De ahí que su estudio quedase en manos de civilistas, y que fuese el tiempo de las *introducciones* o reseñas históricas a los Códigos españoles de Pedro Gómez de la Serna (1841), Ramón Ortiz de Zárate (1844), o José María Antequera (1849).

En este sentido, el primer *Manual histórico del Derecho español* (Oviedo, Imprenta de Benito González, 1860), debido al ya recordado Juan Domingo Aramburu Arregui, uno de los más sobresalientes catedráticos de la Universidad de Oviedo en el siglo XIX, tuvo tal origen didáctico, de utilidad para quienes estudiaran «el Derecho español civil precedido de su historia» (p. 314, nota núm. 56). Al igual que el discurso de apertura de curso, titulado *El desenvolvimiento a través de los siglos de la ciencia del Derecho en España* (1862), de Diego Fernández-Ladreda y Miranda, catedrático ovetense de Historia y Elementos de Derecho Civil Español, Común y Foral. Ahora bien, la independencia académica de la disciplina histórica del Derecho quedó trazada desde el Plan Orovio de 1866, bajo el cual nació como asignatura de doctorado en la Universidad Central de Madrid, desligada ya de la Filosofía del Derecho, hasta que, por fin, con el Plan Gamazo de 1883, pasó a serlo también de licenciatura en las Facultades de Jurisprudencia. Como paso previo, una reforma anterior, por RD de 13-VIII-1880, denominó como *Historia de la Legislación Española* al primero de los dos cursos en que se dividía la de *Elementos del Derecho Civil Español*, del grado de licenciatura. En la Universidad de Oviedo, Fermín Canella, catedrático de Derecho Civil desde 1876, manifestó su vocación histórica a partir de la citada *Historia* de su *Alma Mater* (1873), que marcaría su futura dedicación a la investigación del pasado, particularmente asturiano. En esta época de germinación de los estudios histórico-jurídicos ovetenses, concurren con Canella otros cultivadores, como Matías Barrio y Mier, también catedrático de Derecho Civil, y Rafael de Ureña y Smenjaud, que lo fue de Derecho Político, pronto ambos destinados a la Universidad de Madrid (pp. 306-316).

La Cátedra de *Historia General del Derecho Español*, en tanto que propia y privativa de una disciplina autónoma, nacida bajo el método ilustrado y regalista de estudio del Derecho real o nacional en el siglo XVIII, y pronto convertida en una mera introducción iuscivilista

durante gran parte del XIX, fue expresa y administrativamente creada por un RD de 2-IX-1883, refrendado por el entonces ministro competente, de Fomento, Germán Gamazo, previos los informes favorables de los catedráticos afines a la nueva disciplina, y su fundador y su promotor, Eduardo de Hinojosa y Rafael de Ureña. Su denominación habría de variar con los diversos planes de estudios que se sucedieron a lo largo del siglo XX: *Historia del Derecho Español* (1900-1921), *Historia General del Derecho* (1921-1944), de nuevo *Historia del Derecho Español* (Planes de 1944 y 1953), *Historia del Derecho y de las Instituciones* más recientemente... Bien es cierto que la Universidad de Oviedo no contó con su primer catedrático, por oposición, de la nueva especialidad, hasta que Rafael Altamira y Crevea tomó posesión de su plaza, en mayo de 1897. Formal y oficialmente, Gerardo Berjano y Escobar (Oviedo, 1850-1924), lo fue primero en el tiempo, por el simple hecho de ser catedrático supernumerario a la creación de la cátedra de Historia General del Derecho Español, por lo que fue nombrado titular numerario de la misma, por una Real Orden (RO), de 13-XII-1884, tomando posesión, de ella, el 31 del mismo mes y año. Su única aportación consistió, como apertura del curso académico de 1885-1886, en una voluntariosa disertación acerca *De la Historia general del Derecho español*, en la que advertía que ya no bastaba, para satisfacer su conocimiento, con saber de los códigos pasados y enumerar sus leyes, entendiéndolo que había de confundirse con la entera historia de la civilización. Sin arraigo, ni apego, ni compromiso con la nueva disciplina, Berjano la abandonó por la de Derecho Mercantil, según otra RO, de 28-XII-1886, entrando en posesión de esta nueva cátedra el 12-I-1887. Apenas nada, pues, supusieron sus dos años de regencia de la cátedra histórico-jurídico ovetense, al igual que los seis siguientes, a cargo de Guillermo Estrada Villaverde (Oviedo, 1834-1894), catedrático de Disciplina general de la Iglesia y particular de España desde 1860, pero también abogado en ejercicio, magistrado suplente de la Audiencia Territorial, individuo de la Junta Provincial de Beneficencia, académico correspondiente de la Real de la Historia, vocal de la Comisión de Monumentos Históricos y Artísticos de Oviedo, presidente de la Academia Oficial de Derecho, etc., que obtuvo también por concurso de traslado, el 31-III-1888, y en ella permaneció hasta su prematura muerte (pp. 316-321).

De Rafael Altamira (Alicante, 1866-México, 1951), y de su protagonista pertenencia al *Grupo de Oviedo*, ya se ha hecho el oportuno apunte, que no debe ser, aquí, reiterado. De su obra, dispersa, plural y omnicomprendiva, destaca Santos Coronas, biógrafo suyo, su vocación pedagógica — advertible en la asidua colaboración, con sus alumnos, en los *Anales* universitarios ovetenses —, su talante humanista y su magis-

terio indianista. La moderna ciencia histórico-jurídica irrumpió, en Oviedo, de la mano de Altamira, que llegó provisto del aliento vivificador de las fuentes de su gran amigo Joaquín Costa, y del espíritu científico, divulgador de los logros de los maestros alemanes y franceses, de Eduardo de Hinojosa. A ello sumó el ideario pedagógico institucionista, que había tenido ocasión Altamira de poner en práctica como secretario del Museo Pedagógico de Madrid, dirigido por Manuel Bartolomé Cossío. Ya se ha aludido, asimismo, a su famoso *Discurso regeneracionista* para el curso de 1898-1899, sobre *El patriotismo y la Universidad*, que se encargó de reproducir el *Boletín* de su Institución Libre de Enseñanza. Casado en Oviedo con la hija de un profesor, Pilar Redondo, donde nacieron sus tres hijos, Rafael, Pilar y Juana, en la capital asturiana fueron igualmente concebidas dos de las principales obras, históricas y jurídicas, de Altamira. En primer lugar, su conocida *Historia de España y de la civilización española* (4 tomos, Barcelona, 1900-1911), vulgarizadora, amplia, sugerente, renovadora, densa, sencilla, expresión española pionera de la *Kulturgeschichte* germana y europea, nacida para colmar el vacío, de esta clase de obras, advertida en las enseñanzas de la Extensión Universitaria. Más desapercibida, por su carácter técnico, fue la coetánea *Historia del Derecho Español. Cuestiones preliminares* (Madrid, 1903), dedicada a su maestro, Francisco Giner de los Ríos, y plena de reflexiones metodológicas, centradas en el concepto y contenido de la disciplina, la distinción entre historia externa e interna del Derecho, las relaciones de la legislación comparada con la historia del Derecho o de la ley con la costumbre, etc. (pp. 321-330).

Nombrado Altamira director general de Primera Enseñanza, fue declarada vacante, a petición propia, su cátedra, el 14-X-1910. Tras sus trece años de desempeño, y un largo período de interinidad de cuatro, durante el cual, se encargó de la docencia el profesor auxiliar, ovetense, Ángel Corujo Valvidares, no compareciendo firmantes a las oposiciones de 1912-1913, ante un tribunal presidido por Hinojosa, e integrado, entre otros vocales, por Ureña y Altamira, salió de nuevo a oposición la cátedra, por RO de 22-VII-1913. Verificados los ejercicios, votaron la no provisión, Joaquín Fernández Prida y Laureano Díez-Canseco; y favorablemente a Rafael Acosta Inglot (Las Palmas de Gran Canaria, 1889-Granada, 1941), auxiliar en la Universidad de Granada, tanto Rafael de Ureña, como César Mantilla y Jerónimo Becker. En su trabajo de investigación personal, sobre las *Relaciones de los fueros de Daroca y Teruel*, Acosta dejó de manifiesto su interés por la historia legislativa municipal o foral, que habría de ser una constante en su vida académica, tras su nombramiento de catedrático, el 12-II-1914. De posiciones regeneracionistas, Acosta, durante sus algo más de cuatro

años de estancia en la Universidad de Oviedo, prosiguió con sus indagaciones sobre fueros, examinando, con sus alumnos, en Avilés, sus diplomas forales, al tiempo que redactaba *Algunas notas sobre el municipio de Oviedo en la Edad Media*, para su *Discurso* inagural del curso de 1916-1917. Más fugaz fue, todavía, tras la marcha de Acosta, en 1919, a su Universidad de Granada de procedencia, el paso de Galo Sánchez Sánchez (Medina de Rioseco, Valladolid, 1892-1969), nombrado catedrático de Oviedo, en virtud de concurso de traslado, por RO de 18-XII-1919, para tomar posesión el 1-II-1920, cesando en el cargo el 1-IX-1921, al serle concedida, por el Ministerio de Instrucción Pública, la permuta de su cátedra con la de su compañero, en la Universidad de Barcelona, José María Ots Capdequí (Valencia, 1893-Benimodo, Valencia, 1975), que habría de permanecer en la Universidad asturiana hasta 1924, ya que sucesivos concursos de traslado llevarían a Ots, primero a la Universidad de Sevilla (por RO de 18-I-1924), y luego a la de su Valencia natal (por otra RO, de 11-II-1931). Formado, con estancia en la Residencia de Estudiantes, en el prestigioso Centro de Estudios Históricos, bajo la dirección de Eduardo de Hinojosa, como investigador histórico-jurídico, el futuro autor de las *Lecciones* (Barcelona, 1925-1929), y modélico *Curso de Historia del Derecho* (Madrid, 1932), contaba, en su época de catedrático en Oviedo, con su tesis doctoral, una edición de las *Constitutiones Baiuliae Mirabeti* (Madrid, 1915); estudios monográficos *Sobre el Fuero de Soria* (1916), los *Fueros castellanos de Soria y Alcalá de Henares* (1919), y algunos pasos previos al estudio del oficial Derecho territorial castellano: *Ordenamiento de Segovia de 1347* (1922), *Sobre el Ordenamiento de Alcalá y sus fuentes* (1922), y la edición del *Libro de los Fueros de Castilla* (Barcelona, 1924). Con Galo Sánchez penetraba, en las aulas universitarias asturianas, el investigador de la ciencia histórico-jurídica de genuino estilo alemán, después de que hubiesen regido la cátedra, más o menos tiempo, el civilista Berjano, el canonista Estrada, y los regeneracionistas Altamira y Acosta. La carrera profesoral de Ots Capdequí, similar, en principio, a la de don Galo, había cuajado bajo el magisterio de Altamira, por entonces alternativo al de Hinojosa. En la estela indianista o americanista de su maestro, Ots contaba con su tesis doctoral, *Bosquejo histórico de los derechos de la mujer casada en la legislación de Indias* (Madrid, 1920), y un trabajo complementario, *El derecho de familia y el derecho de sucesión en nuestra legislación de Indias* (Madrid, 1921). Pensionado para realizar estudios en los archivos franceses y en la Universidad de París, a propuesta de la Junta para Ampliación de Estudios, en 1922, también lo fue, por su propia Universidad, para investigar en la de Burdeos, publicando, durante aquellos años, algunos artículos, como *¿Una*

encomienda de indios constituida mediante contrato? (1922), *Aportaciones para la Historia de la Recopilación de Leyes de Indias de 1680* (1923), y *Apuntes para la historia del Municipio hispano-americano del período colonial* (1924). Exiliado Ots, a la conclusión de la Guerra Civil, en 1939, fue acogido, hasta 1953, por la Universidad Nacional de Colombia y otras Universidades ibero-americanas, no reintegrándose, como catedrático, a la Universidad de Valencia, tras su separación del servicio activo, su depuración política y administrativa, y su baja en el escalafón por rebeldía y desafección, hasta 1962, en que se jubiló (pp. 330-335).

También fue objeto de expediente gubernativo de depuración, durante la dictadura franquista, con sanción, aunque reintegrado al servicio activo, de traslado a otra Universidad, la de Santiago de Compostela, por Órdenes Ministeriales de 13 y 21-I-1944, Ramón Prieto Bances (Oviedo, 1889-1972), que regentó la cátedra de su ciudad natal más de un cuarto de siglo, entre 1924 y 1937, y de 1947 a 1960. Alumno de Altamira en la última promoción de estudiantes a la que éste dio clase, en Oviedo, doctorado por la Universidad Central, en 1913, con un escueta tesis sobre *La plusvalía*, retornó a la de origen, donde se desempeñó como profesor auxiliar y conferenciante en los cursos de la Extensión Universitaria. Opositó e ingresó, finalmente, ante un tribunal presidido por su maestro Altamira, como catedrático de Historia General del Derecho Español, por la Universidad de Murcia, en virtud de una RO de 6-XII-1921. Permutando su cátedra murciana por la salmantina de José María Segura Soriano, en 1922, finalmente consiguió el deseado concurso de traslado para la de Oviedo, con otra RO, de 12-V-1924. Becado por la Junta para Ampliación de Estudios, viajó a Roma y Pavía en 1926, y a París y Warzbürg en 1927, siendo una de sus principales obras los *Apuntes para el estudio del señorío de Santa María de Belmonte en el siglo XVI*, leído como *Discurso* de apertura del curso de 1928-1929. Siendo decano de la Facultad de Derecho de Oviedo, Prieto Bances fue llamado a desempeñar cargos técnico-políticos, como los de subsecretario del Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes (1934), comisario general de Enseñanza en Cataluña (1934-1935), secretario de la Junta para Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas (1935), ministro de Instrucción Pública (abril-mayo, 1935), nuevamente secretario de la Junta (1936)... Luego llegaría, también para él, el exilio en Londres, Friburgo y, sobre todo, en la Universidad de Coimbra, en la que publicó el más conseguido de sus estudios histórico-jurídicos: *La explotación rural del dominio de San Vicente de Oviedo en los siglos X al XIII* (1937-1941). En 1947, transcurridos tres años en el forzoso destino de la Universidad compostelana, consiguió Prieto ser reintegrado a su cátedra ovetense de

preguerra, y en ella se mantuvo hasta después de su jubilación, gracias a la generosidad de su colega Ignacio de la Concha Martínez (Villaviciosa, Asturias, 1916-Oviedo, 2000), catedrático de la asignatura en la Universidad de Oviedo de 1945 a 1947, y de 1960 a 1985, que se hubo de trasladar, para ello, voluntariamente, a la de Valencia. Bajo la dirección de Alfonso García-Gallo, había realizado De la Concha su tesis doctoral, sobre *La presura*, galardonada con el premio Menéndez Pelayo del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, en 1943, obteniendo, al poco tiempo, en 1945, la cátedra ovetense, para la que fue nombrado por una Orden de 29-XII. Le tocó vivir, pues, los penosos años, de reconstrucción, de la postguerra. Obtenido el traslado a la Universidad valenciana, para dejar libre su cátedra a Prieto Bances, como se acaba de recordar, no tardó De la Concha en solicitar la excedencia voluntaria, según una Orden de 4-XII-1948, y en partir para América, donde, durante un lustro, estudió y enseñó en diferentes Universidades de Estados Unidos, Canadá, México y Argentina. Incorporado, nuevamente, a la Universidad española, como catedrático en Salamanca, por Orden de 3-IX-1954, fue decano de su Facultad de Derecho, director del Colegio Mayor Fray Luis de León e iniciador de los *Itinerarios Históricos*, destinados a los alumnos, en compañía de otros profesores. Jubilado Prieto Bances en 1960, aunque su sobrino, Carlos Prieto González, doctorado con un tema elegido por su tío, sobre *La adscripción a la tierra en la Asturias medieval*, en 1964, fue profesor adjunto desde 1957 hasta su jubilación en 2004, al fin pudo regresar De la Concha a la Universidad asturiana, en la que coincidió con antiguos compañeros, como Luis Sela Sampil o Torcuato Fernández-Miranda, y participó activamente en su vida académica, como decano de la Facultad de Derecho o vicerrector de la Universidad. De este modo, completó, al igual que Ramón Prieto Bances, más de un cuarto de siglo de vinculación con el *Alma Mater* de Asturias (pp. 335-343).

Sin embargo, el profesor de Historia del Derecho de más longeva y fructífera presencia en la cátedra de la Universidad de Oviedo, desde que la ganó, el 20-IX-1983, lo es su actual titular, Santos Manuel Coronas González (Mieres, Asturias, 1947), con anterioridad, profesor ayudante desde el 1-X-1970, cuya trayectoria biográfica, académica y profesional, investigadora y bibliográfica, ha querido, con modestia, que corra por cuenta de pluma ajena. De ella sólo es necesario, en apretada síntesis, destacar su último y conclusivo párrafo:

« Han sido Rafael Altamira y Crevea y Santos M. Coronas González los dos catedráticos de Historia del Derecho más importantes e influyentes de la Universidad de Oviedo a lo largo de su historia, desde que la asignatura fue introducida, en las Facultades de Derecho, en 1883. No obstante,

aunque Altamira ocupó su cátedra desde 1897 hasta 1914, sus múltiples actividades y ocupaciones le ausentaron de ella en numerosas ocasiones. Por eso, Santos Coronas ha sido, y es, el catedrático de la disciplina más decisivo en la trayectoria de la Universidad ovetense, tanto por la amplitud, ambición, hondura y calidad de su obra escrita, que supera a la de sus predecesores, como por su dilatada y fiel vinculación a esta Universidad, que se explica también por su asturianía, y que ha sido permanente, ya desde hace más de cuarenta años » (6).

III. *La Historia de las restantes disciplinas jurídicas en la Facultad ovetense.*

Sobre *El Derecho Canónico: la disciplina y los profesores* (pp. 225-258), trata, con informada precisión y detallada erudita claridad, Andrés C. Álvarez Cortina. Recuerda, oportunamente, la consustancialidad de la Facultad de Cánones con los orígenes de la Universidad, en la que hacer historia de la ciencia jurídica es, en buena medida, hacerla del *ius canonicum*, desaparecido, en España, como asignatura obligatoria, en 1984, por RD 1888, de 26-IX, y en 1990, por otro RD 1424, de 26-X, al ser sustituida por la de Derecho Eclesiástico del Estado. A pesar de que no pueden ser consultados — destruidos, como se sabe, en 1934 —, los libros de actas claustrales, los de cuentas y los expedientes de provisión de cátedras, tras pormenorizar los estudios canónicos previstos en los Estatutos ovetenses de 1609 y 1774, así como sus vicisitudes de conformidad con los subsiguientes planes de estudios decimonónicos, que culminaron en los de 1953 y, ya autónomos, en los de 1991 (modificado en 1995), y 2002, el autor se detiene en la provisión y dotación de las cátedras de Cánones, principiando por las fundacionales, creadas por un auto de los albaceas testamentarios del fundador, Valdés Salas, de 20-III-1604, confirmado por Auto Acordado del Consejo de Castilla, de 23-VI-1606, por el que fueron erigidas las siguientes, siendo provistas el 15-IX-1607: el doctor Claudio Bonifaz de la Mata para la de Prima; Juan Ruiz del Villar, arcediano de Benavente y futuro rector, para la de Vísperas; el canónigo Domingo de Mier, asimismo rector, en 1645, para la de Decreto; el dominico fray Lorenzo del Busto, en la de Sexto; y el también dominico, licenciado Luis García Rodríguez, para la de Clementinas. Ya en el siglo XVIII, de la nómina de catedráticos y profesores (Fernando de Quirós Valdés, 1698-1771; Luis Armiñán Cañedo, 1710-1765; Manuel Vicente Torres Cónsul,

(6) J. M. VALLEJO GARCÍA-HEVIA, *Santos Manuel Coronas González*, en S. M. CORONAS GONZÁLEZ (coord.), *Historia de la Facultad de Derecho (1608-2008)*, Oviedo, Universidad, 2010, pp. 344-352; la cita, en p. 352 *in fine*.

1753-1828), cabe recordar a José de Argüelles y Valdés, presidente de la Real Chancillería de Valladolid en 1734, y ministro consejero de Castilla en 1741; sin olvidar a Andrés Ángel de la Vega Infanzón, catedrático de Regencia de Leyes desde 1796, sustituto de Prima de Cánones con anterioridad, y diputado en las Cortes de Cádiz, en las que votó y aprobó la Constitución de 1812.

Otro diputado gaditano fue Felipe Vázquez Canga, catedrático de Vísperas y luego de Prima de Cánones en 1803, amén de secretario de la Junta General del Principado de Asturias. Alonso Canella Gutiérrez (1767-1835), abuelo del que habría de ser rector y cronista de la Universidad, fue sustituto de Prima y de Instituciones Canónicas, además de decano del Colegio de Abogados y primer alcalde constitucional de Oviedo, en 1812. Fernando Álvarez Miranda (1780-1858), accedió a la cátedra de Instituciones de Derecho Canónico en 1817, pero, expulsado del claustro universitario, por su actividad política liberal, aunque amnistiado en 1833, sólo pudo volver a regentar una cátedra ovetense, pero ahora la de Disciplina general de la Iglesia y particular de España, en 1847. Suprimida la Facultad de Teología por la Revolución de 1868, Francisco Fernández Cardín, catedrático y decano de la misma, fue nombrado, en 1874, titular de la de Instituciones de Derecho Canónico. Sin embargo, formando parte del *Grupo de Oviedo*, en su tendencia más conservadora, junto con su colega Víctor Díaz-Ordóñez y Escandón (1848-1932), que le habría de suceder en la cátedra, en 1876, el más notable de los canonistas asturianos, del siglo XIX, fue el ya conocido Guillermo Estrada y Villaverde (1834-1894), que obtuvo la de Disciplina general de la Iglesia, en 1860, en reñida oposición nada menos que con el ilustre jurista, político y futuro ministro, Eugenio Montero Ríos. Vacante la que le sustituyó, de Instituciones Canónicas, tras la jubilación de Díaz-Ordóñez en 1918, ya en el siglo XX, en su primera mitad, fue regentada, de 1923 a 1942, por Armando Álvarez Rodríguez, y de 1945 a 1951, por José Bernal Montero, ordenado sacerdote después de su toma de posesión; y en la segunda mitad, por Alfonso Prieto Prieto (1924-2004), entre 1965 y 1971, bajo cuyo magisterio iniciaron su andadura académica futuros prestigiosos catedráticos de la disciplina, como Dionisio Llamazares, Gustavo Suárez Pertierra o Jesús Daza; y por Pedro Juan Viladrich Bataller, entre 1974 y 1976. No obstante, el más influyente de los catedráticos canonistas ovetenses ha sido José María González del Valle Cienfuegos-Jovellanos, desde 1976 hasta su jubilación en 2010, decano (1979-1980), y director del Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas (1996-2004); y autor de gran número de artículos, con atención especial a la fundamentación y fuentes del

Derecho Eclesiástico, la libertad religiosa, la libertad de enseñanza o las confesiones religiosas, y de reputados manuales de la asignatura, reeditados hasta nuestros días: *Derecho canónico matrimonial según el Código de 1983* (1983), y *Derecho Eclesiástico Español* (1989). Desde 1992, es también catedrático, de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, Andrés Corsino Álvarez Cortina, igualmente decano de la Facultad de Derecho (1996-2004), y director del Departamento (2004-2012), especializado en Derecho matrimonial y procesal canónico; y en las fuentes, la legislación y la jurisprudencia eclesiástica estatal, el patrimonio histórico de las confesiones religiosas, los ministros de culto y la libertad religiosa.

Acerca del Derecho Romano, entre la historia y la dogmática, versa la colaboración de María Isabel Núñez Paz, *Sobre el método y el contenido de la enseñanza de Derecho romano en la historia de la Universidad de Oviedo* (pp. 259-295). Sublime representación pictórica renacentista, de la mitificación del Derecho canónico clásico y de las fuentes romanas justinianeas, es la decoración, por Rafael, de la *Stanza della Segnatura* del Vaticano, entre 1508 y 1511, con la Escuela de Atenas, símbolo del triunfo de la razón filosófica y científica; el Parnaso, triunfo de la poesía; la instauración de la Eucaristía, triunfo de la Iglesia militante; y en el cuarto muro o pared, el triunfo de la razón jurídica, con el emperador Justiniano entregando el *Digesto* a sus consejeros juristas, y el papa Gregorio IX, ofreciendo las *Decretales* a sus cardenales. De ahí que la Universidad medieval naciese como *Estudio general*, esto es, escuela pública para el aprendizaje del *ius commune*, por ello inmune a la autoridad local, al estar sometida sólo a los poderes imperial y pontificio. De ella nacieron los privilegios de inmunidad concedidos a los escolares, que podían comenzar sus estudios en una Universidad europea para luego continuar en otra. Y ello porque los únicos textos jurídicos que se leían (*lectio*, comentario analítico), repetían (*repetitio*, conferencia magistral pública), y disputaban (*disputatio*, ejercicio dialéctico), eran los del *Corpus Iuris Civilis* y el *Corpus Iuris Canonici*. Y es que el principio de autoridad no sólo regía en los textos jurídicos, sino también en los bíblicos, escolásticos, galénicos, lógicos, filosófico aristotélicos, y en todos, en general. El método de enseñanza universitario era, por tanto, el de los juriconsultos romanos, un arte casuístico y no sistemático, basado en *topoi*, “tópicos” o lugares comunes, o sea, los casos como punto de partida de toda la ciencia jurídica. De ahí el reproche que se hizo al *mos italicus* bajomedieval, por parte de los humanistas o cultivadores del *mos gallicus*, en el siglo XVI, de falta de sistemática en el procedimiento y de alejamiento del pensamiento lógico deductivo, no siendo explicado históricamente el Derecho romano, y sí sólo como práctica

aplicación del argumento de autoridad. Y de ahí, también, la pérdida de la preeminencia en el estudio del Derecho romano — al modo *bartolista*, o de Bártolo de Sassoferrato (1313-1357), que conjugaba la *auctoritas* de la Patrística con la *ratio* de la lógica aristotélica —, en beneficio del Derecho real, en las Universidades de la Edad Moderna. La primera expresión legal hispana contraria al método escolástico fue la del ya mentado *Plan* ilustrado de Carlos III, de 1774, que redujo el estudio del Derecho romano de cinco a dos años, pasando del sistema de *lectio* al manualista o de libros de texto. Pues bien, el primer catedrático ovetense de Prolegómenos, Historia y Elementos de Derecho Romano (luego, Instituciones de Derecho Romano), fue otro esclarecido, y preeminente en su caso, miembro del *Grupo de Oviedo*, el gran novelista y crítico literario Leopoldo Alas *Clarín*, nombrado en 1884, hasta 1888. No fue, en modo alguno, un investigador de su disciplina, y, como institucionista que era, discípulo de Francisco Giner de los Ríos, consideraba que la utilidad, y no la voluntad, constituía la sustancia del Derecho. Desde el punto de vista pedagógico, *Clarín* era partidario de la libertad de cátedra y de la supresión de los estudios memorísticos. Le sucedió, desde 1899, su ayudante incorporado en 1888, Melquiades Álvarez, activo político, diputado en Cortes desde 1898, que luego permutaría la cátedra, en 1914, por la de Procedimientos Judiciales y Práctica Forense. Tuvo, como profesores auxiliares, entre 1901 y 1909, a Leopoldo Escobedo, y, desde 1909, a José Buylla, futuro concejal y diputado en las Cortes de la II República. En 1914, procedente de la Universidad de Sevilla, se incorporó, a su vez, Manuel Miguel de las Traviesas, que habría de impregnar, a la de Oviedo, de su profundo espíritu investigador, propio de la especialización científica, dado su conocimiento de lenguas y sus estancias de investigación en el extranjero. Con él estudió un futuro catedrático de la asignatura, Wenceslao Roces (1897-1992), como años después, antes de 1972, lo haría otro, en este caso de la Universidad de León, César Rascón. Igualmente vinculados a la cátedra romanista ovetense lo estuvieron Juan Iglesias y Armando Torrent, aunque el actual titular, Justo García Sánchez, ha sido el más estable y monográficamente productivo, no sólo ceñido al ámbito de su especialidad, dada su conjunta vocación de historiador, en su estricta sede asturiana.

De proporcionar *Una Historia del Derecho Natural y la Filosofía del Derecho en la Universidad de Oviedo* (pp. 353-376), se ha preocupado Benjamín Rivaya. Por concurso de traslado, Leopoldo Alas pasaría, en 1888, hasta su temprano fallecimiento en 1901, a la cátedra de Elementos de Derecho Natural. Con anterioridad, sus efímeros titulares habían sido el turolense, y aragonesista, Celestino Herrero

Calvo (1883-1887), y el gallego Alfredo Brañas (1887), tradicionalista e ideólogo del regionalismo galaico decimonónico. Como pedagogo y profesor, Alas, que no fue, en realidad, verdadero romanista, ni tampoco auténtico iusnaturalista y filósofo jurídico, dada su mínima obra escrita (la tesis doctoral, *El Derecho y la Moralidad*, Madrid, 1878; y el prólogo a la versión española de Rudolph von Ihering, *La lucha por el Derecho*, Madrid, 1881), aunque sus influencias fuesen krausistas, y la ascendencia magisterial, gineriana, fue descrito, en sus clases, por sus alumnos, como incoherente en la materia explicada y falto de método expositivo. De los cursos siguientes, de 1901 a 1904, hasta que llegó Fernando Pérez Bueno (1904-1916), se encargó Jesús Arias de Velasco, futuro catedrático de Derecho Administrativo, a partir de 1911. Era el cacereño Fernando Pérez Bueno un ultracatólico, enemigo de la Institución Libre de Enseñanza, que criticó acremente, en su discurso de apertura de 1905-1906, *Las llagas de la enseñanza*, el liberalismo, el parlamentarismo, la democracia, el intelectualismo, el modernismo y el europeísmo, al tiempo que defendía un golpe de Estado, con el que colaboraría, efectivamente, bajo la dictadura del general Miguel Primo de Rivera (1923-1930). Mucho más atractiva, con el intermedio en la cátedra (1916-1920), hasta su jubilación, de Leopoldo Escobedo Carvajal, antiguo profesor auxiliar de la Facultad ovetense, es la figura del tomista, demócrata-cristiano y opositor a la dictadura primorriverista, Alfredo Mendizábal Villalba (1926-1937), hijo de otro prestigioso iusfilósofo, fundador de la Escuela aragonesa de Derecho Natural, Luis Mendizábal Martín. Durante la II República, Alfredo Mendizábal, que a punto estuvo de morir en la Revolución de Octubre, condenó tempranamente tanto al nazismo, en 1933, por su racismo anticristiano, y su intolerable atentado a la democracia y al imperio de la ley, como al comunismo, en 1934, al que definía como una utopía dolorosa, que «se quería poner en práctica a costa del sufrimiento de millones de hombres» (p. 365), y cuya dictadura del proletariado ponía en entredicho el Estado de Derecho. Contrario al militarismo y al milicianismo, durante la Guerra Civil (1936-1939), exiliado en París, abogó por una política de reconciliación que le supuso la condena de todos, tanto de su maestro, Ángel Ossorio Gallardo, desde las filas republicanas, como de su condiscípulo, Luis Legaz Lecambra, desde las nacionales o franquistas. Privado para siempre de su cátedra asturiana, y tras el breve paso, en 1940-1941, de otro condiscípulo, zaragozano, Ramón Pérez Blesa, se asentó, en ella, Salvador Lissarrague Novoa (1944-1955), discípulo de José Ortega y Gasset y Luis Recasens Siches, pero de orientación política falangista. Para Lissarrague, en su tesis doctoral sobre el institucionalismo de Maurice Hauriou, *El poder político y la sociedad* (Madrid, 1944), el

Derecho, de acuerdo con Ortega, era un uso social impersonal, coactivo e irracional, lo que suponía una concepción jurídica positivista que impugnaba la teoría clásica del Derecho Natural católico de su época. En la postguerra, durante los cursos en los que la cátedra estuvo vacante, quien se encargó de impartir las clases fue un juez, Francisco Jardón Santa Eulalia, cuyo hermano Juan Alberto había sido ayudante de Adolfo Posada en la Comisión de Reformas Sociales, catedrático de Derecho Político en la Universidad de Sevilla, y experto en el pensamiento jurídico católico español (*La filosofía política del Renacimiento en España*, Madrid, 1913), y el primer receptor crítico de las ideas solidaristas de León Duguit (*Las teorías políticas de Duguit*, Madrid, 1919). Durante los años sesenta y setenta, la cátedra de Filosofía del Derecho y de Derecho Natural permaneció sin titular la mayor parte del tiempo, dadas las breves estancias de tres catedráticos, partidarios de una apertura, e incluso de una decidida confrontación con el franquismo político e ideológico: José Delgado Pinto (1960-1961), Nicolás María López Calera (1966-1967), y Elías Díaz (1974-1976). Un discípulo del primero, en fin, Ramón Maciá (1975-2006), de dirección tomista, habría de ocupar la cátedra tanto tiempo desierta, compartida, desde 1989, con Luis Martínez Roldán, de orientación postpositivista.

Entre *Los catedráticos de Derecho Penal en la Universidad de Oviedo* (pp. 377-415), según Luis Roca Agapito, destacan los Aramburu, padre e hijo, de ascendencia vasca pero ambos naturales de Oviedo, docentes de la disciplina entre 1858 y 1906. De Juan Domingo Aramburu y Arregui (1802-1881), ya se ha hecho referencia, pero conviene subrayar que, además de catedrático de Derecho Penal y Mercantil, fue decano de la Facultad de Derecho (1852-1853, 1859-1861, 1861-1881), y vicerrector de la Universidad (1862, 1865, 1867, 1868-1881). También de su primogénito, miembro preclaro del *Grupo*, Félix de Aramburu y Zuloaga (1848-1913), que sucedió a su padre en la cátedra, en 1881, y al separarse las dos asignaturas, fue confirmado, en la de Derecho Penal, en 1884. Rector, entre 1888 y 1906, en que obtuvo la recién creada cátedra de doctorado de Estudios Superiores de Derecho Penal y Antropología Criminal, en la Universidad Central de Madrid, en la que cesó, en 1910, al ser nombrado magistrado del Tribunal Supremo, Félix de Aramburu, como penalista, activo combatiente, en tanto que correccionalista, de las teorías de la Escuela positivista de criminalistas italianos, es conocido por *La nueva Ciencia penal. (Exposición y crítica)*, Madrid, 1887, pero fue, también, periodista, historiador, babilista, incluso dramaturgo y autor de alguna novela, amén de romántico poeta: *Amor de amores*, Oviedo, 1875; *Historias de pájaros (que parecen hombres)*, Oviedo, 1878 (y Barcelona, 1903). Curiosamente, Aramburu

hijo fue sustituido, en su cátedra, por otro aficionado a la literatura, en su caso, a la novela, Enrique de Benito y de la Llave (1906-1921), autor de un discurso sobre *La anarquía y el Derecho Penal*, en 1906, a raíz del atentado cometido, ese mismo año, contra los reyes Alfonso XIII y Victoria Eugenia, en el que denota su pensamiento liberal, al declarar impune la provocación y la apología. Activo colaborador de la Extensión Universitaria, creó, por iniciativa propia, un Laboratorio y Museo de Criminología, destruido en 1934; y publicó dos novelas, en Oviedo, costeadas de su bolsillo: *Partenón* (1909), y *A ratos perdidos* (1914). Discípulo de Luis Jiménez de Asúa, el eminente penalista, fue Isaías Sánchez-Tejerina y Sánchez (1923-1936), a quien le fue encomendado el discurso de apertura del curso de 1934-1935, sobre *Los delitos religiosos en España*, pero que terminó siendo un notado franquista, tras la Guerra Civil, y vocal del Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo desde 1940. Con él permutó su cátedra, de Salamanca, Emilio González López (1936-1937), en la que no impartió docencia por hallarse en excedencia forzosa, ya que esta personalidad polifacética (pintor, escritor, ornitólogo, historiador), discípulo, en la Universidad de Munich, en el curso de 1927-1928, de Ernst von Beling, fue, ante todo, un político republicano y galleguista, fundador, en 1929, de la Organización Republicana Gallega Autónoma, y diputado en las Cortes constituyentes, y en las dos ordinarias, de 1931 a 1938, que terminaría exiliado en Estados Unidos, como profesor de literatura, desde 1940, en el *Hunter College* de la City University of New York. Igual de efímero fue el paso por Oviedo de Octavio Pérez-Vitoria Moreno (1940-1941), abogado criminalista barcelonés, que precedió al establecimiento en la cátedra (1943-1961), de un ovetense de cuna, Valentín Silva Melero (1905-1982), primero catedrático de Derecho Procesal, de 1940 a 1943, en las Universidades de Murcia y Sevilla, que llegaría a ser, como sabemos, rector (1954-1960), magistrado del Tribunal Supremo en 1961, su presidente en 1973, además de senador por designación real durante la legislatura constituyente, de 1977 a 1979, y biógrafo de Aramburu y Traviesas: *Un ovetense, profesor, penalista y poeta romántico: Don Félix Pío Aramburu Zuloaga*, Oviedo, 1952; y *Un eminente jurista asturiano: Don Manuel Miguel de las Traviesas*, Oviedo, 1968. Pero, junto a la presencia de algunos catedráticos posteriores, en tránsito hacia otros destinos universitarios de su preferencia (Juan Córdoba Roda, 1963-1965; Gonzalo Rodríguez Mourullo, 1968-1970; Antonio Beristain Ipiña, 1970-1973; Luis Rodríguez Ramos, 1975-1976), quien ha sostenido la asignatura durante más de 37 años, como profesor ayudante, adjunto, agregado y catedrático, ha sido el orensano Rodrigo Fabio Suárez Montes (1970-1998), doctorado, bajo la dirección de José María Stampa Braun, con *El consentimiento en las lesiones*

(1957), y discípulo de Hans Welzel, en la Universidad de Bonn, en 1960-1961. De él es discípulo, a su vez, Jesús Bernal del Castillo, doctorado con una tesis sobre *La "exceptio veritatis" en los delitos contra el honor* (1991). Después, también ha sido catedrático, en Oviedo, Ángel José Sanz Morán (1992-1997), y en la actualidad, desde 2008, José Manuel Paredes Castañón.

Ofrece *Datos sobre la evolución del Derecho Administrativo en la Facultad ovetense: enseñanzas y enseñantes* (pp. 417-448), Leopoldo Tolívar Alas, con previa detención en la evolución del Derecho Público, en España, antes de 1883, y referencia a algunos de sus protagonistas, como Manuel Colmeiro o José Posada Herrera. La consulta de los *Escalafones* administrativos de profesores universitarios, desde el 1-I-1849, le permite constatar la presencia de Domingo Álvarez Arenas, catedrático de una asignatura intitulada nada menos que de Teoría de los Procedimientos, Práctica Forense, Derecho Público y Administrativo Español. Sin embargo, el arranque científico y pedagógico iuspublicista, en la Universidad de Oviedo, acorde con su tiempo, tuvo lugar con Rafael de Ureña y Smenjaud, catedrático de Elementos de Derecho Político y Administrativo Español entre 1878 y 1883, y futuro gran historiador de la literatura jurídica en la Universidad Central; y, sobre todo, con Adolfo González Posada, catedrático de la disciplina entre 1883 y 1904. Al lado de Posada, otro conocido miembro del *Grupo*, que también se caracterizó por su moderna pedagogía de clases dialogadas y seminarios de investigación, Rogelio Jove y Bravo, autor de *Mitos y supersticiones de Asturias* (1903), también fue catedrático de Derecho Político y Administrativo entre 1887 y su jubilación, en 1921. Una vez separadas ambas asignaturas, Posada se reservó, desde el curso de 1900-1901, el Derecho Político, y Jove se quedó con el Administrativo. Sin embargo, con la obtención de esta segunda cátedra, en 1911, por parte de Jesús Arias de Velasco, Jove retomó la de Político hasta que se jubiló, diez años después. Desde 1933, no obstante, hubo un segundo catedrático, Teodoro González García, de Derecho Administrativo entre 1931 y 1933, y de Derecho Político entre 1933 y 1940, aparte de ser secretario general del Tribunal de Garantías Constitucionales de 1934 a 1936, teniendo en cuenta que Arias de Velasco fue presidente de la Sala 5ª del Tribunal Supremo de 1931 a 1934, y de la Sala 3ª. entre 1934 y 1936, hasta que fue asesinado, este último año, primero de la Guerra Civil española, por negarse a jurar fidelidad a la legalidad republicana; y un tercer catedrático, incluso, de Derecho Administrativo, también desde 1933, Sabino Álvarez Gendín, de quien ya se ha dicho que fue el rector ovetense de la reconstrucción postbélica (1937-1951). Nombrado, Álvarez Gendín, en 1955, magistrado del Tribunal Supremo, le

sucedieron, en la cátedra administrativista, José Ortiz Díaz (1958-1965), discípulo de Manuel Clavero Arévalo; Juan Luis de la Vallina Velarde (1967-2002), discípulo de Laureano López Rodó; y sus actuales titulares, Raúl Bocanegra desde 1986, y Leopoldo Tolívar desde 1992. En la de Derecho Político, desde 1945, fue compañero de claustro de Álvarez Gendín quien le sucedería en el Rectorado, en 1951, Torcuato Fernández-Miranda Hevia, hasta que, en 1968, le sustituyó José María Gil Robles (1968-1969), Raúl Morodo, Óscar Alzaga (1977-1979), Miguel Martínez Cuadrado y, hasta 1988, Ignacio de Otto, maestro de los actuales catedráticos de Derecho Constitucional: Ramón Punset, Francisco Bastida y Joaquín Varela.

Por lo que se refiere a *Los estudios de Economía y Hacienda Pública en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo* (pp. 449-483), de conformidad con Antonio Aparicio Pérez, y a *El Derecho Financiero y Tributario* (pp. 485-493), según Manuela Fernández Junquera, respectivos actuales catedráticos de dichas asignaturas, el desdoblamiento de las cátedras de Economía Política y Hacienda Pública, por un lado, y de Derecho Financiero y Tributario, por otro, nació con una Orden Ministerial de 20-XI-1970, por la que el entonces ministro de Educación y Ciencia, José Luis Villar Palasí, ordenó crear las segundas, y que a ellas se adscribiesen los titulares de las primeras que optasen voluntariamente. Por influencia de la doctrina italiana, y como fruto de estancias en la Universidad de Bolonia, un grupo de jóvenes catedráticos y profesores, desde inicios de los años sesenta, impulsaron un estudio jurídico independiente del Derecho fiscal, patrocinado, desde la Universidad Complutense de Madrid, por Fernando Sáinz de Bujanda, catedrático de Economía Política y Hacienda Pública desde 1958, que, en 1970, pasó a desempeñar la cátedra de Derecho Financiero y Tributario, mientras que a la primera quedaba adscrito José Luis Pérez de Ayala. La construcción de la nueva disciplina, con su doctrina, manuales y revistas, comenzó, en 1955, con la primera edición de *Hacienda y Derecho* (6 tomos, hasta 1973) de Sáinz de Bujanda, auxiliado, desde 1970, por Rafael Calvo Ortega y sus *Consideraciones científicas sobre el concepto de Derecho Financiero*, con el apoyo del Instituto de Estudios Fiscales y su revista, *Crónica Tributaria*, creada en 1972, acompañada de la *Revista Española de Derecho Financiero*, a partir de 1974. Por otra parte, estudiada la Economía, históricamente, como apéndice de la Filosofía moral impartida en las Facultades menores de Artes, fue el Plan de estudios de Caballero, en 1807, el que mandó, por vez primera, explicar Economía Política en todas las Facultades de Leyes del Reino, empleando como texto la *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones* (1776), de Adam Smith, o el *Tratado de Economía Política*

(1804), de Jean-Baptiste Say. En 1838, fue esporádicamente impartida, en Oviedo, por José Posada Herrera, a la sazón, catedrático de Matemáticas en la Facultad de Filosofía. El Plan Pidal, de 1845, traspasó la asignatura a la Facultad de Filosofía, que correspondía, en 1849, al catedrático de Derecho Político, Administrativo y Economía Política, Manuel Prado y Tovía. La Ley Moyano de Instrucción Pública, de 1857, introdujo los estudios de Instituciones de Hacienda Pública en la Facultad de Leyes, no como disciplina autónoma, sino ligada al Derecho Administrativo. En 1870, el krausista, discípulo de Giner, José Manuel Piernas Hurtado, autor de un *Tratado de Hacienda Pública y examen de la española* (1869, y 1884), se incorporó a la Universidad ovetense como catedrático de Economía Política y Estadística y Elementos de Hacienda Pública, siendo sustituido, de 1877 a 1904, por Adolfo Álvarez-Buylla, tras el curso intermedio, de 1876-1877, a cargo de Jorge María de Ledesma y Palacio. A su marcha a Madrid, en unión de Adolfo Posada, en 1904, a la Comisión de Reformas Sociales, un sobrino suyo, José Álvarez-Buylla, fue profesor auxiliar interino, entre 1904 y 1914, hasta la llegada del nuevo catedrático de la disciplina (1914-1939), Isaac Galcerán Cifuentes, rector de la Universidad de Oviedo (1924-1928 y 1931), y decano de su Facultad de Derecho hasta su jubilación (1934-1939). No hubo nuevo titular de la cátedra de Economía Política y Hacienda Pública hasta el acceso a la misma, entre 1942 y 1944, del asturiano Valentín Andrés Álvarez. Con anterioridad, y desde su traslado a la Facultad de Ciencias Políticas y Económicas de Madrid, las clases corrieron por cuenta de diversos profesores auxiliares, ayudantes y adjuntos, entre los que gozaron de mayor continuidad, José Zaloña Bances para la Economía Política, y Fernando Valdés-Hevia para la Hacienda Pública. Hasta que, en 1966, Teodoro López-Cuesta tomó posesión de su cátedra, en la que se mantuvo después de 1970, acompañado de varios adjuntos: Mariano Abad, catedrático de Hacienda Pública de la Escuela de Comercio de Gijón desde 1967, que terminaría siendo catedrático de Derecho Financiero de 1984 a 2005; y Ricardo Pedreira y Julio Fonseca, catedráticos de Contabilidad en las Escuelas de Comercio y de Estudios Empresariales, respectivamente, de Oviedo.

Extensa y elaborada es *La aportación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo al progreso del Derecho Internacional* (pp. 495-570), de la que dan cuenta dos catedráticos, José Carlos Fernández Rozas y Paz Andrés Sáenz de Santa María, integrantes de la llamada *Escuela de Oviedo* de Derecho Internacional — puesto que hay otra de Derecho Mercantil, impulsada por el ovetense Rodrigo Uría y el gijonés Aurelio Menéndez —, creada por el sevillano Julio D. González Campos (1932-2007), tras su estancia, en la cátedra de la *Vetusta* clariniana,

de 1971 a 1979. El Plan Gamazo, de 1883, extendió los estudios de Derecho Internacional, público y privado, fuera de la Universidad de Madrid, y de ellos se encargó, inicialmente, en Oviedo, el catedrático Guillermo Estrada. Al margen, desde luego, de los precedentes asturianos, cuales los de Álvaro Navia-Osorio (1684-1732), III Marqués de Santa Cruz de Marcenado, que abordó el derecho de la guerra en sus *Reflexiones militares* (10 tomos, Turín, 1724-1727; y t. XI, París, 1730); de Feijoo y su preocupación por la igualdad ideal entre los hombres y la desigualdad real de las naciones, en su *Teatro Crítico Universal* (1726-1740); de Campomanes, admirador de Hugo Grocio y de la Escuela holandesa del Derecho natural y de gentes, que concebía la paz como una conveniencia política; de Jovellanos y su ideal de una paz perpetua y una confederación universal; de Agustín Argüelles que, en las Cortes de Cádiz, entre 1810 y 1813, construyó el concepto de ciudadanía y elaboró la noción de carta de naturaleza para la adquisición de la nacionalidad española; o de Juan Francisco Siñeriz y Trelles (1778-1857), que, en su *Constitución europea* (1839), propuso una confederación jurídica europea y la fundación de una Corte Suprema de Justicia. Ya en el reinado de Carlos III, un Real Decreto, de 19-I-1770, había confinado la enseñanza del Derecho de gentes a los Reales Estudios de San Isidro, en Madrid, lo que pospuso su vinculación a la Universidad, englobándola, desde 1838, en la disciplina de Derecho natural y de gentes, puesto que no apareció la expresión de *Derecho Internacional* hasta el Plan Pidal de 1845. Fue el *Grupo de Oviedo*, a través de Aniceto Sela Sampil (1863-1935), catedrático de Derecho Internacional Público y Privado, de la Universidad de Valencia, en 1888, que se trasladó a Oviedo, consiguiendo la primera cátedra asturiana de la especialidad en 1891, el que la dotó de carácter científico iusinternacionalista, pues resultaba excepcional que, en una Universidad de provincias, la docencia fuese atendida directamente por los catedráticos, y no por profesores auxiliares o interinos, poco preparados y nada especializados. Por entonces, la Universidad de Oviedo contaba con una sola Facultad, la de Derecho, con algunas enseñanzas complementarias en Letras. Hasta 1895, no fue autorizada la Facultad de Ciencias, financiada, no con cargo al presupuesto del Estado, sino del Ayuntamiento de Oviedo y de la Diputación Provincial de Asturias. Y, hasta 1898, no hubo luz eléctrica en las dependencias universitarias, no disponiendo su biblioteca más allá de unos pocos cientos de libros, además de resultar insuficiente el sueldo de un catedrático para mantener una familia. El despegue de un Derecho Internacional cultivado con carácter práctico, y no meramente filosófico o especulativo, tuvo lugar tras el *Desastre de 1898*, de pérdida de las últimas colonias (Cuba, Puerto Rico, Filipinas), la intervención en Marruecos, el debate sobre la

neutralidad de España en la Primera Guerra Mundial, y el nuevo orden internacional surgido con la creación de la Sociedad de Naciones. Además, la gran emigración asturiana a Cuba, de finales del siglo XIX y principios del XX, fue la base del éxito de la orientación hispanoamericana de la Universidad de Oviedo, que se puede personalizar en Rafael Altamira, único juez español de la Corte Permanente de Justicia Internacional de La Haya, y candidato, en 1930 y 1951, al Premio Nobel de la Paz.

Fuera de la Universidad de Oviedo, hubo también asturianos que contribuyeron a las enseñanzas internacionalistas: así, el ovetense Faustino Álvarez del Manzano (1851-1916), catedrático de Derecho Mercantil en Granada, en 1882, y de la Universidad Central madrileña desde 1887, preocupado por el Derecho comparado iberoamericano; el también ovetense Joaquín Fernández Prida (1863-1942), hijo del catedrático Francisco Fernández Cardín, que lo fue, por su parte, de Derecho Internacional Público y Privado, de las Universidades de Sevilla, Valladolid y Madrid, y ministro (de Justicia en 1917, de Gobernación en 1919, de Marina en 1921, de Estado en 1922), y árbitro del asunto de la *frontera de Walfish Bay*, una colonia alemana del suroeste de África, frente a las posesiones británicas; el gijonés Adolfo Moris, catedrático de Santiago de Compostela en 1887, y luego de Sevilla hasta su jubilación en 1930, autor de un discurso de inauguración del curso de 1887-1888, sobre *La lucha por las nacionalidades*; el ovetense Leopoldo Palacios Morini (1876-1952), discípulo de Adolfo Posada, secretario de la Institución Libre de Enseñanza desde 1917, que prestó servicios en el Instituto de Reformas Sociales entre 1904 y 1924, y que fue presidente de la Sección Primera, de Derecho Internacional y Legislación Comparada, de la Sociedad de Naciones, en 1928; el luarqués Álvaro de Albornoz (1879-1954), primer presidente del Tribunal de Garantías Constitucionales; o los hermanos Augusto (1881-1961) y Camilo (1888-1977) Barcia Trelles, ministro de Estado el primero, en cuatro Gobiernos de la II República, y catedrático internacionalista el segundo, de las Universidades de Murcia, Valladolid y Santiago, en las que ejerció su magisterio sobre futuros maestros de la disciplina como Adolfo Míaja de la Muela, Alejandro Herrero Rubio y Luis García Arias. A pesar de lo cual, fue Aniceto Sela quien dejó primera impronta en la cátedra internacionalista ovetense, desde 1891, hasta su jubilación en 1933. Autor de un breve, pero valioso, manual, el *Curso popular de Derecho Internacional* (Oviedo, 1902), concebido en el seno de la Extensión Universitaria, contribuyó a la concepción publicista del objeto del Derecho Internacional Privado, colocándolo en el marco de los conflictos estatales de soberanía, y ha sido uno de los pocos miembros del *Institut de Droit*

Internacional, fundado, en Gante, en 1873. También presidió, en 1929, la Asociación *Francisco de Vitoria*, creada, en 1926, para agrupar a todos los internacionalistas españoles y reivindicar la tradición jurídica patria. No tuvo que ser testigo Sela padre, muerto antes del estallido de la Guerra Civil, del intento de Pedro Sáinz Rodríguez, ministro franquista de Educación Nacional hasta 1939, de suprimir, por haber sido una Universidad *roja*, la de Oviedo, y trasladar su sede a León o Santander, lo que resistió con éxito el rector Álvarez Gendín, pero sí su hijo, Luis Sela Sampil (1899-1980), discípulo, además, de Fernández Prida y de Posada, que fue catedrático de la asignatura en la Universidad de La Laguna, en 1930, y de Oviedo desde 1933, hasta su jubilación en 1969. Fue su ayudante, y luego profesor auxiliar, el ovetense José Pérez Montero (1924-1996), de orientación iusnaturalista. La renovación científica llegó con Julio D. González Campos, y su *Curso de Derecho Internacional Público* (Oviedo, 1975), que expresaba, desde sus posiciones comunistas, entre los estertores de la dictadura franquista y la Transición democrática, una apuesta clara por el ejercicio del principio de autodeterminación de los pueblos como solución a las contradicciones del ordenamiento jurídico internacional: entre la soberanía e independencia de los Estados y la cooperación pacífica internacional, entre la paz y seguridad internacionales y la exigencias revolucionarias nacionales, y entre el derecho de autodeterminación como base de la soberanía e igualdad de los Estados y la división de mundo en *zonas de influencia* de las superpotencias. Al trasladarse a la Universidad Autónoma de Madrid, de la que sería rector, además de magistrado del Tribunal Constitucional, González Campos optó, en cumplimiento de la Orden Ministerial de 9-I-1979, confirmada por otra de 25-VI-1980, de separación docente del Derecho Internacional Público y Privado, por el iusprivatismo internacionalista, del que fue creador y maestro. Sus principales discípulos, en la Universidad de Oviedo, han sido Luis Ignacio Sánchez Rodríguez y Paz Andrés Sáenz de Santa María, catedráticos de Internacional Público en 1979 y 1988, respectivamente, y José Carlos Fernández Rozas, de Internacional Privado en 1982, trasladándose Sánchez Rodríguez y Fernández Rozas, en la década de 1980, a la Universidad Complutense de Madrid.

En su *Historia de las Cátedras de Derecho Civil de la Universidad de Oviedo* (pp. 571-606), Eduardo Serrano Alonso y Julio Carbajo González, catedrático y profesor titular de la disciplina, ponen de relieve hasta qué punto la promulgación del Código Civil, en 1889, influyó en su enseñanza, obligando a modificar el contenido de los programas docentes y a construir una nueva doctrina, que respondiese a los planteamientos dogmáticos del nuevo texto legal. Constatan,

asimismo, que la Universidad asturiana fue un lugar de paso para los civilistas, ya que Oviedo era una ciudad pequeña, mal comunicada y de clima lluvioso. Además, las plazas eran escasas, estaban mal dotadas económicamente, con pocos aspirantes que se concentraban en Madrid, a fin de vincularse personalmente a los catedráticos que controlaban los tribunales de oposiciones. Una primera etapa (1889-1937), sería, pues, la de los catedráticos de gran personalidad, ligados a Asturias por su amor a la tierra: Canella, Serrano, Traviesas y Alas-Argüelles.

De Fermín Canella Secades (Oviedo, 1849-1924), ya se ha hablado, pero ahora, más que su asturianista consagración, en cuerpo y alma, a la Universidad, su rebelión contra la crítica de que no era más que una fábrica de títulos, o su impulso a la Extensión Universitaria desde 1898, y sabiendo de su desempeño en los cargos de rector (1906-1914), y senador por el distrito universitario (1913-1914), interesa destacar su condición de catedrático de Ampliación del Derecho Civil y de Códigos Españoles desde 1876, como consecuencia de la cual pronuncia su discurso de apertura del curso de 1877-1878, sobre la *Historia de la enseñanza del Derecho Civil español, su estado actual y necesidad de reforma*. A la entrada en vigor del Código, su cátedra pasó a ser de Derecho Civil Español, Común y Foral, quedando aligerados los programas del peso del estudio histórico del Derecho, al haberse creado, en 1883, las cátedras de Historia General. Eduardo Serrano Brenat (Oviedo, 1856-1914), abogado, periodista y político liberal, fue primer catedrático de Derecho Procesal en 1888, y de Derecho Civil a partir de 1892. En su programa, de 1911, esbozaba, para el primer curso, una introducción a la ciencia del Derecho Civil, examinaba luego las fuentes del Derecho, y analizaba los libros I (persona, familia) y II (actos, cosas, bienes), del Código de 1889, dejando para el segundo curso el libro III (modos de adquisición y pérdida del dominio, incluyendo las sucesiones, obligaciones y contratos). Manuel Miguel de las Traviesas (Caleao, concejo de Caso, 1878-Oviedo, 1936), catedrático de Instituciones de Derecho Romano, en la Universidad ovetense, desde 1913, acumuló, además, la cátedra de Civil, que desempeñó, ininterrumpidamente por igual, hasta su muerte, siendo elegido, por las Facultades de Derecho, en 1933, vocal del Tribunal de Garantías Constitucionales, del que fue su presidente interino del 9-X al 20-XII-1934. Como investigador se preocupó de la materia patrimonial, de naturaleza obligacional, sin descuidar el Derecho sucesorio. Murió durante el asedio de Oviedo, en la Guerra Civil, el 19-IX-1936, y a los pocos meses fue fusilado el segundo catedrático civilista, Leopoldo García-Alas y García-Argüelles (Oviedo, 1883-1937), el 20-II, en la Cárcel Modelo, como ya se anticipó. Hasta 1977, no fue colgado su retrato en la galería de Rectores de la Universidad, él, el hijo de *Clarín*, que lo había sido del 27-V-1931

al 29-VII-1936, y decano de su Facultad de Derecho entre 1924 y 1931. Catedrático de Derecho Civil desde 1920, Alas hijo había colaborado, desde 1914, en la sección de Derecho que el civilista Felipe Clemente de Diego dirigía en el Centro de Estudios Históricos, doctorándose, por la Universidad Central, al año siguiente de 1915, con una tesis sobre *Las fuentes del Derecho y el Código Civil alemán* de 1900. Luego, en colaboración con Demófilo de Buen y Enrique R. Ramos, dicho Centro le publicó dos monografías, acerca *De la usucapción* (1916) y *De la prescripción extintiva* (1918); y, en solitario, sobre *La publicidad y los bienes muebles* (1920). Ya en la cátedra, dio a la luz pública un magno estudio de *Derecho Civil* (1929), o compendio de todo el vigente en España. Una segunda etapa del civilismo en la Universidad asturiana (1939-1980), se caracterizaría por la presencia de catedráticos de gran talla científica, pero de paso muy fugaz, teniéndola por destino transitorio: Guillermo García-Valdecasas (1946), Diego Espín Cánovas (1946-1947), Antonio Hernández Gil (1946-1953), Manuel Albaladejo (1953-1956), Pablo Beltrán de Heredia (1958-1964), José Luis de los Mozos (1967-1970), Vicente Montés (1975-1977), Manuel García Amigo (1977-1978); y el caso especial de Manuel Iglesias Cubría (León, 1923-Oviedo, 1991), catedrático de Derecho Civil, en Oviedo, de 1954 a 1988, pero cuya preferente dedicación al ejercicio de la abogacía dejó en un segundo plano el de la docencia e investigación universitarias. La tercera y última etapa, a partir de 1980, supuso la aparición de un cuerpo estable de profesores civilistas en la Facultad: Eduardo Serrano Alonso (Oviedo, 1942), nieto del catedrático Eduardo Serrano Branat, y sobrino de José María Serrano Suárez, catedrático de Derecho Procesal desde 1930, es también fiscal de carrera y magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, y catedrático desde 1981; Joaquín Arce y Flórez-Valdés (Cangas de Narcea, 1935), lo fue desde 1987 hasta 2005; Ramón Durán Rivacoba (Burgos, 1959), lo es desde 1993, y también decano de la Facultad de Derecho, desde 2004.

Queda de manifiesto, en *Algunos momentos históricos en la enseñanza del Derecho Mercantil* (pp. 607-633), de los catedráticos José María Muñoz Planas y José María Muñoz Paredes, y de la profesora titular María Luisa Muñoz Paredes, que la enseñanza iusmercantilista estuvo vinculada, en sus inicios, a la codificación napoleónica, y que, tal como se estudia en la Universidad actual, no va más allá del siglo XIX. Con anterioridad, las Facultades de Leyes y de Cánones atendían a las nuevas instituciones que conformaban el naciente *ius mercatorum* por exigencia de los principios morales, como parte de la *policía* eclesiástica del tráfico económico. Por eso las leyes del comercio carecían de *loci propria* en los Estudios Generales, aunque llamasen la atención de los teólogos y juristas de la Escuela de Salamanca, en el siglo XVI. La

promulgación de un Código de Comercio, en 1829, impulsó la elaboración, por parte de Ramón Martí de Eixalá, catedrático de la Universidad de Barcelona, del primer manual en la materia, sus *Instituciones de Derecho Mercantil de España* (1848), pronto seguidas por los dos tomos del *Curso de Derecho Mercantil* (1853), de otro catedrático, de las Universidades de Madrid, Salamanca y Barcelona, Pablo González Huebra. Sólo con el Plan Gamazo, de 1883, consiguió su autonomía docente el *Derecho Mercantil de España y de las principales naciones de Europa y América*, al separarse del Derecho Penal. Así, Juan Domingo Aramburu fue catedrático de Elementos de Derecho Civil, Mercantil y Criminal de España, en Oviedo, hasta 1857; y de Derecho Penal y Mercantil hasta su muerte, en 1881. Incluso su hijo, Félix Aramburu, fue todavía catedrático penalista y mercantilista entre 1881 y 1883, hasta que optó, este último año, por la cátedra de Derecho Penal. En cualquier caso, el primer catedrático ovetense de Derecho Mercantil fue Gerardo Berjano Escobar, desde 1884 hasta 1920, año de su jubilación, habiendo sido antes decano del Colegio de Abogados, en 1892-1893, alcalde de la ciudad, y decano de su Facultad en 1906. Con anterioridad, Faustino Álvarez del Manzano, que obtendría la cátedra de Penal y Mercantil, de la Universidad de Granada, en 1882, había sido profesor auxiliar de Derecho Civil, Mercantil y Penal, en Oviedo, desde 1872.

Sin embargo, el magisterio mercantilista renovador sólo llegó a las aulas asturianas con la incorporación a su claustro universitario, en 1935, de Antonio Polo Díez (Corcubión, La Coruña, 1907-Madrid, 1991), tras vencer, en reñidas oposiciones, a quien era profesor auxiliar de la disciplina en Oviedo, Rodrigo Uría. Había sido discípulo de doctorado, en la Universidad de Madrid, del eminente penalista Luis Jiménez de Asúa, pero pronto pasó a serlo del mercantilista Joaquín Garrigues, catedrático en la Central desde 1927. Pensionado Antonio Polo, por la Junta para Ampliación de Estudios, en 1929, para estudiar, en Munich, con Konrad Cosack, le tradujo al castellano, en 1935, el primer tomo de su *Lehrbuch des Handelsrechts*, una obra fundamental antes de la publicación del *Curso de Derecho Mercantil* de Garrigues, en 1936. Como investigador, con su obra, Polo impuso la doctrina del Derecho Mercantil como Derecho de la empresa. Pero, en Oviedo, sólo pudo dar clase un curso, el de 1935-1936, en una Universidad devastada por la Revolución de Octubre de 1934. Luego, en la Guerra Civil, sería separado del servicio activo, en 1937, no siendo respuesto en su cátedra, con sanción de traslado forzoso a otra Universidad, la de Granada, hasta 1941, al tiempo que el titular granadino, Emilio Langle, era igualmente sancionado y nombrado para la de Oviedo. Mucho más dilatada fue la trayectoria de Julián Aparicio Ramos, catedrático en Oviedo de 1949 a 1962, especialista en Derecho cambiario, y autor de

unos escolares *Apuntes de Derecho Mercantil*, editados, por lecciones, entre 1952 y 1956. Ahora bien, el fundador de la Escuela ovetense de Derecho Mercantil ha sido Rodrigo Uría (Oviedo, 1906-2001), que estudió Derecho, desde 1922, hasta licenciarse en 1927, teniendo por profesores a Sela, Arias de Velasco, Becaña, Alas-Argüelles, Traviesas y Bancos; y siendo compañeros, en las aulas, futuros catedráticos como el romanista Wenceslao Roces, el penalista Antonio Quintano Ripollés, los procesalistas José María Serrano y Valentín Silva Melero, o el constitucionalista Teodoro González. Se doctoró en 1930, con una tesis, dirigida por el administrativista Arias de Velasco, sobre *La delegación legislativa*. No obstante, vacante la cátedra de Derecho Mercantil desde la jubilación de Berjano, en 1920, y orientado por las aficiones mercantilistas del romanista y civilista Traviesas, Uría comenzó desempeñándose como profesor auxiliar de la asignatura desde 1931, después de una estancia pensionada, por la Junta para Ampliación de Estudios, también en 1929, en la Universidad de Colonia, que repetiría en 1934. La Revolución, de 1934, destruyó su casa, sita frente a la Universidad, así como sus libros y trabajos, hasta el punto de tener que rehacer, sin otros apuntamientos que los recuerdos, y en pocos meses, su *Memoria pedagógica* de cátedra, para las oposiciones de 1935, que perdió, como se ha señalado, ante Polo. Durante el asedio de Oviedo, Uría, que había sido secretario de la Facultad de Derecho en el curso de 1935-1936, siguió siéndolo a partir de abril de 1937, en la primera sesión facultativa, celebrada en Navia, presidida por el nuevo rector, Sabino Álvarez Gendín. Fue entonces cuando Joaquín Garrigues le llamó, para que trabajase a sus órdenes en Salamanca, como así haría, conociendo allí a Pedro Laín, Antonio Tovar y Dionisio Ridruejo, entre otros prohombres de la España nacional o franquista. Profesor auxiliar con Garrigues, en la Universidad de Madrid, en 1939-1940, accedió a la cátedra de Derecho Mercantil, en Salamanca, en 1943, trasladándose luego a la de la Facultad de Ciencias Políticas y Económicas de Madrid, en 1953, en la que permaneció hasta su jubilación, en 1976. Fundador y director de la *Revista de Derecho Mercantil*, entre 1946 y 2001, además de ejercer con intensidad la abogacía, Uría, especialista en Derecho de sociedades, siempre se mostró contrario al positivismo jurídico, ya que, frente a las meras categorías lógicoformales, defendió el estudio histórico, y del tráfico económico de la práctica, en el Derecho Mercantil.

Por último, en su *Derecho del Trabajo y Seguridad Social* (pp. 635-651), los catedráticos Joaquín García Murcia, Carolina Martínez Moreno y María Antonia Castro Argüelles sitúan el origen histórico de la disciplina en la llamada *Cuestión social*, esa síntesis alusiva a los problemas sociales y morales derivados de la explotación y empobre-

cimiento de la clase obrera desde los inicios de la Revolución Industrial, en el siglo XVIII, así como a las demandas de intervención del Estado en tales asuntos, dejados, en su gestión, al liberalismo individualista. El Derecho del Trabajo sería, pues, una creación jurídica contemporánea, que emerge con el protagonismo social y económico del trabajo asalariado, en el tránsito del siglo XIX al XX, pasando de la denominada *legislación industrial* o *leyes de fábricas* al Derecho *laboral* o *social*. Que habría evolucionado de los derechos del trabajador al conjunto de principios, normas e instituciones jurídicas adecuadas a la gestión de los recursos humanos en la empresa, al buen funcionamiento del mercado de trabajo y a la construcción de un sistema eficiente de relaciones laborales. De ahí que se trate de un Derecho *especial*, que adopta instituciones y normas de los Derechos Civil, Administrativo y Procesal, como se advierte, por ejemplo, en el contrato de trabajo respecto al arrendamiento de servicios, alcanzando nuevas dimensiones o aplicaciones, como el convenio colectivo, la representación profesional o el derecho de huelga. Sin que pueda quedar preterida la autonomía del Derecho de la Seguridad Social. Por consiguiente, el Derecho del Trabajo es una creación intelectual que, antes de convertirse en disciplina docente universitaria, hubo de ser elaborada por la ciencia jurídica. En esta formación tuvo protagonismo esencial el célebre *Grupo de Oviedo*, dos de cuyos principales animadores, los *dos Adolfos*, Álvarez-Buylla y González Posada, gozaron de protagonismo en el Instituto de Reformas Sociales, creado, en 1903, para suceder a la Comisión, y que fue el origen de las primeras leyes laborales y de la ciencia laboralista. De tal doctrina pueden ser citados, desde otro institucionista como Gumersindo de Azcárate, *Leyes del Trabajo* (1893), o Pedro Dorado Montero, *Del problema obrero* (1902), hasta el ensayo de Álvarez-Buylla, *El obrero y las leyes* (1905). No faltaron los manuales, como el de Carlos García Oviedo, *Tratado elemental de Derecho Social*, de 1934, reeditado hasta 1948; aunque habría que esperar a la postguerra para que alcanzasen la madurez, con Eugenio Pérez Botija y su *Curso de Derecho del Trabajo* (1950), y en colaboración con Gaspar Bayón Chacón, el muy influyente *Manual de Derecho del Trabajo* (1958), objeto de reediciones hasta 1978, que culminaría con Manuel Alonso Olea y su *Derecho del Trabajo* (1971), reeditado hasta hoy.

Pero, lo cierto es que, como disciplina académica, el Derecho del Trabajo nació con una RO de 7-III-1916, que creó la cátedra de doctorado, en la Universidad Central de Madrid, de Política Social y Legislación Comparada del Trabajo. Luego llegarían las Escuelas Sociales, por medio de un RD de 17-VIII-1925, que permitió la erección de la de Oviedo, por Orden Ministerial de 17-VII-1943. De ellas surgió el graduado social, prototipo de asesor laboralista, pasando a ser, en

virtud de la Ley de Reforma Universitaria, de 1983, las Escuelas Universitarias de Relaciones Laborales. Fue el Plan de Estudios de 1944, sin embargo, al reordenar los estudios en las Facultades de Derecho, el que incluyó al Laboral como asignatura autónoma, aunque no se previese ninguna cátedra específica de Derecho del Trabajo, dotada en los Presupuestos Generales del Estado, volviendo a quedar recogida en el reformado Plan de 1953. Curiosamente, la primera cátedra de la disciplina, *Derecho del Trabajo e Instituciones de Política Social*, fue creada, a la postre, en 1954, en la Facultad de Ciencias Políticas, Económicas y Comerciales de Madrid, siendo ocupada por Pérez Botija, y en ella permaneció hasta su fallecimiento, en 1966. En cambio, en una Facultad de Derecho, la de la Universidad de Madrid, en 1956, la primera cátedra de Derecho del Trabajo fue la de Gaspar Bayón, y en ella se jubiló, y murió, a su vez, en 1979. En los años siguientes habría nuevas creaciones de cátedras y nuevos titulares de las mismas, extraídos entre los discípulos de los dos anteriores maestros: Manuel Alonso Olea, en la Universidad de Sevilla (1958); Manuel Alonso García, en la de Barcelona (1958); Efrén Borrajo Dacruz, en la de Valencia (1961); Miguel Rodríguez-Piñero, en la de Murcia (1961); Luis Enrique de la Villa, otra vez en la de Valencia (1969); Fernando Suárez González, en la de Oviedo (1969), que regentó hasta 1973; Alfredo Montoya Melgar, también en la de Murcia (1969); Juan Rivero Lamas, en la de Zaragoza (1970), etc. Por lo que respecta, estrictamente, a la docencia en la Universidad ovetense, en los años cuarenta y cincuenta corrió por cuenta de profesores auxiliares o encargados de cátedra (Guillermo Estrada, de Derecho Político, hasta 1950; Víctor Fernández González, funcionario del Ministerio de Trabajo); entre 1967 y 1971, fue catedrático interino José Manuel Almansa Pastor, luego catedrático en propiedad en las Universidades de Valencia y Alcalá de Henares; desde 1975, fue profesor ayudante y adjunto Enrique Rayón; y profesor agregado, en 1975-1976, Fermín Rodríguez-Sañudo; catedrático, en 1978, Juan Antonio Sagardoy; agregado, en 1979, Jesús María Galiana; catedrático, de 1979 a 1982, Jaime Montalvo Correa; profesor asociado, entre 1982 y 1987, el abogado Juan Menéndez Jeannot; catedrático, en el curso de 1986-1987, Vicente Sempere Navarro; y de 1990 a 2009, en que tomó posesión como catedrático de la Universidad Complutense de Madrid, Joaquín García Murcia.

IV. *Coda.*

La Universidad europea tiene su lejano origen en el equilibrio que la *polis* griega y la *civitas* romana suscitó entre *otium* y *negotium*, un

ideal de filósofos y juristas, y de cultos dignatarios retirados en sus *villae* del campo. Un equilibrio que desapareció con el Imperio Romano de Occidente, al ser sustituido por una forma severa del ocio aprendiz, para los más dotados de los jóvenes plebeyos y los menos guerreros de los nobles jóvenes, en el seno de los recintos monásticos de los claustros cristianos: el de la máxima de la Regla de San Benito, *ora et labora*, un lujo extraordinario, un oasis de civilización para aquellos siglos de barbarie en la Antigüedad tardía y en la Alta Edad Media. Al inicio del Bajomedievo, con el despertar económico de las ciudades, laicos nobles y burgueses comenzaron a querer gozar de una forma superior de *otium*, sin tener por ello que apartarse del mundo, ni renunciar a sus *negotia*, ni profesar votos sagrados. Tomando prestado de los monjes una versión atenuada y privada de su vida contemplativa comunitaria, en sus palacetes y castillos modelaron un ocio fecundo, profano y festivo, pero nada refractario a los *otia* religiosos o místicos para los intervalos de su vida activa. Así nació, alternando con los negocios de la política y de la guerra, la cortesía y la galantería cortesanas, el arte de la caza y del torneo, la cultura de las bellas artes y las buenas letras, el lujo de parques y jardines, el placer de la buena mesa y de la conversación, etc. Antes de que se produjese el tránsito al más temprano Renacimiento, nacieron, entre el convento y la corte, de fundación pontificia y real, eclesiástica y secular, las Universidades europeas. De una de las cuales, paradigmática, ya en la Edad Moderna, desde el Barroco, en el tiempo y en el espacio, el de la periferia de la Península Ibérica, se ha ocupado, minucioso y atento, Santos Coronas, con el entusiasmo que, desde América, reclamaba su poeta y filósofo, Ralph Waldo Emerson (1803-1882), en sus *Essays of Art*, para las grandes empresas: *Nothing great was ever achieved without enthusiasm*. Y la prevención que ellas conllevan, de prudencia en la ejecución, pues el haberlas intentado ya es bastante, proclamada, desde la Antigüedad clásica, por el romano Sexto Aurelio Propertio (c. 50-15 a. C.), también poeta, favorito de Mecenas y amigo de Virgilio, en sus *Elegiae*, 2, 10, 6: *In magnis et voluisse sat est*. Para ello, el historiador de la Universidad pone en juego la pericia del oficio, como hacía el gran pintor francés Eugène Delacroix, en cuyo actual museo parisino se exponen las fotografías de modelos que le servían para sus cotidianos ejercicios de dibujo, a los que se entregaba, cada día, para sí mismo, muy consciente de la falsedad del dogma presuntamente artístico, según la cual, la creatividad y la expresión plásticas partían de cero. No hay Arte sin referente copiado, ni Historia sin realidad reflejada. Sólo un saber así concebido y transmitido, decantado por vía universitaria, permite tamizar la verdad y la autenticidad, su bondad y su belleza, en las antípodas de la docta figura profesoral escarneada por Vicente Alei-

xandre, con versos extraídos de su poemario titulado *En un vasto dominio* (1962):

EL PROFESOR

*Se ha visto al docto profesor que no entiende
hablar largamente de lo que no entiende.
Y se le ha visto sonreír con la elegancia de la marioneta,
mientras movía candenciosamente sus brazos.
El bello discurso, la paloma ligeramente pronunciada,
el acento picudo dejado caer concienzudamente un
 poquito más allá de la vocal,
el dibujo de la martingala, el fresco vapor desprendido
 de cada uno de sus ademanes,
todo, todo conjugaba decididamente con su sonrisa.
 Porque el docto profesor que no entiende
 sonríe cordialmente por las mañanas,
 golpea a la tarde con gozo sobre los omoplatos,
y por la noche, vestido con sus más delicadas jerarquías,
sabe decir con finura: 'Oh, no, todos somos iguales' (7).*

(7) *Poesía española contemporánea. Historia y antología (1939-1980)*, pp. 120-122; la cita, en la p. 120. Además de Marc FUMAROLI, *París-Nueva York-París. Viaje al mundo de las artes y de las imágenes. Diario de 2007 a 2008*, traducción de José Ramón Monreal, Barcelona, Acantilado, 2010 (1ª. ed., París, Librairie Arthème Fayard, 2009), parte I. *Una temporada en Nueva York*, cap. I. *Anuncios, pantallas, clones y cuadros de museo*, epígrafe 7. *El crepúsculo moderno del otium*, pp. 103-115; y parte II. *Un semestre parisino*, cap. I. *La primavera en París*, epígr. 5. *Paradojas del servicio público*, pp. 464-478, en concreto, pp. 470-471.

Abstracts

GIUSEPPE DUSO, *Rethinking Representation in Light of Political Theology*.

The modern concept of representation, which “gives form” to a collective subject that is not actually present, comprises a theological component that Carl Schmitt had already identified: this component emerges in the task of *making the idea present*. This idea of representation is inconsistent with current legal science, which instead associates representation with a people’s sovereignty that lies at the foundation of constitutional democracies. It thus becomes advisable to conceive of politics in a manner more consonant to the theory of representation. This task can be discharged by developing a vision of politics that is not based on the legitimacy of power, but instead on the relationship of government whose sensible horizon lies in the issue of justice. What must be represented is not the will of the collective subject, but the always redundant idea of justice.

PAULO FERREIRA DA CUNHA, *Natural Law and its Avatars. Disputes Old and Recent*.

For centuries, Natural Law was the main philosophical legal paradigm. Now, it is a wonder when a court of law even mentions it. Arthur Kaufmann already underlined a modern general *horror iuris naturalis*. Why did Natural Law become old fashioned? Is there anything in it that may be alive nowadays? This article analyses many prejudices and myths that have created a generalised false idea on this subject. As Jean-Marc Trigeaud put it: there is a Natural Law that positivists invented. Too often, people speak of a mythical Natural Law, not about the real one. We must acknowledge, however, that myths become realities in matters of spirit and culture.

This essay aims to provide a general vision of Natural Law myths and realities, present new ideas about the methodological and practical dimension of Natural Law nowadays, and underline several connections of Natural Law with epistemological issues and new juridical ideas.

PAOLO SLONGO, *The Life of Law and the Order of Customs in the Esprit des lois*.

Like Montaigne, Montesquieu knows that history always transcends the action of the individual and that events arise from causes that no one can foresee, and all the less predispose. The true legislator is he who grasps the « spirit » of his time and respects the elements that make every society a *regulated* reality. He can therefore harmonise the laws with the customs proper to the social body. Unlike theorists of natural law, Montesquieu does not believe in the existence of a single natural law for all places and for all times; he instead establishes the historical character of law, a living and unmistakable expression of each people. For Montesquieu, showing the *genealogy* of laws means showing their intrinsic *historical genuineness*, unveiling the fact that law and custom have a value tied to the circumstances and necessities that produced them, as we can see in the original analysis of « *combat judiciaire* » proposed in Book XXVIII of the *Esprit des lois*.

ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *Modalities and Limits of Legal Imperialism in Portuguese Colonization*.

Though legal pluralism today has quite a different geometry, the entanglement of legal orders in early modern colonial empires continues to attract the attention of historians. Sketches are often too simplistic, assuming that colonial situations were simple and homogeneous. Clean-cut situations, corresponding either to a sudden burst of metropolitan law, or to an effective autonomy of native law, did not exist, as much as it would be convenient for the most common ideologies about colonialism. First of all, colonial societies embraced different strata with various legal behaviours: metropolitan people, rooted colonists, diverse Creole groups, displaced natives, local natives. Secondly, the local balance of legal orders corresponded to a wide range of political conjunctures and of mutual representations of the other. Finally, law was also heterogeneous, according to the relations it governed. The Portuguese maritime empire – deployed from the West to the Far East, embracing different social and political equilibria, coloured with different interethnic perceptions – offers a rich array of case studies which can render a complex and rich picture of the diversity of colonial legal balances.

ANDREA LANDI, *Unum et idem regnum. The Union of the New World with the Crown of Castile in the Reflections of Juan de Solórzano y Pereira.*

The essay deals with the theory of *augmentum regni*, formulated by medieval *scientia iuris*, and its utilisation in the modern age to justify extending the *ius commune* to the territories of the New World. Resorting to the concepts of the flood and accession, medieval doctors had indeed legitimated the dominant city to extend its legal order to the conquered city, in the absence of special conditions stipulated at the moment of subjugation.

Based on these premises, the essay analyses the contribution of the first theorist of *derecho indiano*, Juan de Solórzano y Pereira (1575-1655), author of works like *De Indiarum iure* and *Politica Indiana*. A jurist of the highest stature, *Oidor de la Real Audiencia* of Lima, and a great expert of the Indian reality, Juan de Solórzano y Pereira demonstrated the possibility of extending the *ius commune* to the Indies, which were presented as ‘accessories’ to the Kingdom of Castile.

ALEJANDRO AGÜERO, *On Justice and the “home-rule” tradition in the Spanish colonial order. Criminal justice and self government in Córdoba del Tucumán.*

As the Spanish criminal justice system has been considered as an institutional area, reputedly “almost entirely under direct royal control throughout the early modern period”, I analyse colonial criminal justice to show that the approach based on the image of the Spanish Monarchy as Absolute State has conditioned our understanding about this point. This approach has often neglected the completely different conception of the Law and Justice held by the Spanish legal culture of the modern ages. I attempt to show the practical implications of the different cultural conception in the administration of criminal justice and in its local adaptation. As a first conclusion, I suggest that an effect of “localisation” of law and justice was a common pattern of the Spanish legal culture of the modern ages. While this made it possible to adapt the substantive law to any particular context, it also affected the standards of the institutional structure. I thereby attempt to show how in a peripheral colonial context as in Córdoba del Tucumán, the King’s justice remained almost under local control, and fed a home-rule tradition that was to leave its imprint on the postcolonial period.

JOAQUÍN VARELA SUANZES-CARPEGNA, *The Constitution of Cadiz in the Spanish and European Context (1808-1823)*.

This paper offers an overall view of the origins of Spanish constitutionalism, starting from the French invasion of 1808 up to the end of the Liberal Triennium of 1823. Following a few preliminary considerations concerning the *afrancesados* and the Bayonne Statute, the essay analyses the three trends that took shape in the *Cortes* of Cadiz, and the constitutional models that inspired them. It then confronts the basic principles of the Constitution of 1812: national sovereignty and the division of powers, as well as the form of government that resulted from both of them. The two successive sections describe the restoration of the monarchy in May 1814 and the disastrous constitutional experience that took place between 1820 and 1823, a period during which the international projection of the reinstated Constitution of Cadiz reached its greatest height.

PIERRE-NICOLAS BARENOT, NADER HAKIM, *'Jurisprudence' and 'Legal Science': about a Key-relation in Contemporary French Legal Thought*.

The prevailing historiography presents 'jurisprudence' and 'legal science' as fixed, almost unchangeable. On the contrary, the object of this study is to attempt to show that France in the XIX century was theatre of an important evolution that did not only depend on codification, but instead consisted in a substantial change in the relationships between these two elements. This evolution centred on the function of jurisdiction and on its place in the life of law, and must be described as a movement thanks to which legal science assumed its present characteristic of being the product of the activity of scholars. This evolution makes it possible to understand the conceptual impoverishment of jurisprudence, and highlights the issue of power, which ends up making the legitimacy attributed to legal science problematic.

FLORENT GARNIER, *Custom and Uses in French Commercial Law in the Late XIX Early XX Centuries*.

French commercial law commonly distinguishes 'custom' from 'uses'. At the end of the XIX century, their role and extension were object of discussions that clarified the contemporary concept. While for

several old authors, uses are not a source of positive law, for others they assume a secondary function following the Commercial Code of 1807 and the commercial laws. Departing from the notion of use, French legal science of the late XIX and early XX centuries took an interest in the theme of custom in commercial law and its distinction from the concept of use. This study shows that the traditional unitary concept was again called into question under the influence of German legal science and of Cesare Vivante. The traditional idea, which assimilated use to custom, was challenged by an analysis that insisted on the distinction between use and custom and between virtual use and legal use. Consequently, the relationship of commercial custom with the law and with jurisprudence, changed.

FERDINANDO MAZZARELLA, *An Expected Crisis. Aporias and Ruptures in the Liberal State.*

In the very years that German legal science was formulating the notion of *Rechtsstaat*, accentuating its monistic character, society was growing more complex, and its contradictions and differentiations were multiplying. The reassuring image of a State capable of checking the centrifugal tendencies of society contrasted with the reality of an industrial society where associational realities were more important than juridically equal individuals. Between the late XIX and early XX centuries, numerous theories inspired by pluralism and institutionalism, denounced the «crisis of the modern State» (to use Santi Romano's famous expression), and expressed the necessity to reconsider the relationship between the State and social bodies, going beyond state monism and attributing greater value to the plurality of legal sources. The tendency to adopt monistic and simplifying solutions was to remain alive, however, in the legal culture of the first half of the XX century.

PAOLO GROSSI, *The 'Prolusory Speeches' of Civil Law Scholars and their Value as Projects in the History of Italian Legal Culture.*

In the custom of Italian universities, the prolusory speech was the principal opportunity for the newly appointed professor to acquaint the scientific community with the guidelines of his theoretical project. Historically reconstructing these important expressions of legal science

(manifestazioni dottrinali) therefore enables us to grasp the fundamental themes of Italian civil legal science in its becoming.

MAURIZIO FIORAVANTI, *The Transformations of Citizenship in the Age of the constitutional State*.

The enactment of democratic constitutions towards the middle of the past century and the consequent birth of the constitutional State impose a re-examination of the concept of citizenship. Alongside state and national citizenship, which comprises only those considered citizens according to national law, another citizenship has taken shape. This new citizenship of a social and constitutional character also comprises all the people who live on national territory, independently of their nationality. The essay illustrates the most recent constitutional jurisprudence in this regard, particularly as it concerns social, labour, welfare and health law. This jurisprudence reflects the existence of a community of citizens who are such inasmuch as they are bearers of rights attributed them by the Constitution, independently of their nationality. The essay ends with the question as to whether the political dimension of citizenship persists even in the time of the Constitutional State, and whether it finds expression, in particular, in the exercise of political rights.

BARTOLOMÉ CLAVERO, *Constitutionalism becoming globalized? Transnational Nature of Business Enterprises between Power and Rights in Post-colonial Times (1947-2011)*.

The essay deals with the current impossibility of an international constitutionalism of rights, despite the importance rights have assumed in the ambit of the United Nations. Towards this end, the essay examines two aspects of the most recent evolution of international law: firstly, the transformation of the international organisations concerned with intellectual property in the broadest sense of the term and, secondly, the growing capability of multinational business enterprises to bypass or play down their obligation to respect human rights. In both cases, the essay refers, by contrast, to the rights of the indigenous populations, and to the attention they receive in the ambit of the United Nations.

FERDINANDO MAZZARELLA, *Darwinism, Historicism, Sociality. The «New Trend» of Giuseppe Vadalà-Papale.*

In the last twenty years of the XIX century, Italian legal science was induced to profoundly change, due to the industrialisation of society and the diffusion of the sociological method.

As of 1881, civil law scholar, sociologist and legal philosopher Giuseppe Vadalà-Papale launched reflection on the most debated and important themes of the moment, such as the gap between the law and society, and the contrast between the individualistic character of legal codes and the growing importance of social groups. Vadalà-Papale thereby rediscovered the historical-social dimension of the legal phenomenon, modified the theories of legal sources, renewed the method of legal science, and emphasised the importance of solidarity for private law.

PAOLO GROSSI, *Luigi Mengoni in Twentieth-century Civil Law.*

For many years a teacher of civil law and labour law, Luigi Mengoni was one of the most lucid and culturally open exponents of twentieth-century Italian legal science. Sensitive to the dimension of epistemology, he was a strenuous supporter of the primacy of a problematic perspective on the rigid dogmatism which prevailed in modern Italian civil law. His writings promoted the diffusion, in Italy, of the innovations introduced by hermeneutics in law.

FRANCESCO SAVERIO NISIO, *The Mass-jurist and the Non-jurist. Carbonnier the Philosopher.*

Jean Carbonnier's philosophy is closely interlaced with sociological tradition, since it originates in Montesquieu and is then at best determined by Durkheim in *Les règles de la méthode sociologique* – a text where a call to philosophy is also explicit in the title. Of his own, Carbonnier adds what is here called «hypothetical realism»: an approach that took shape in the course of a life-long existence devoted to law as expression of the life and history of a people. Under this point of view, he is a «mass-jurist», capable of expressing, through «flexible» dogmatics, the interlacement of rationality and emotions which gives life to the existence of a pluralistic law, historically changing, philo-

sophically aware. Moreover, he is no less a sociologist of law (sociology is an antidote for dogmatics, as are also historical and comparative legal studies and not a few others), interested in «non-law», the unceasing movements which take place between law and other normative spheres of experience.

BARTOLOMÉ CLAVERO, *The Grace and the Law between Localization, Acceptance, Globalization (a choral interpretation of Las Visperas Constitucionales by António Hespanha)*.

This essay deals with the writings of António Hespanha on the occasion of his retirement. The essay does not handle the totality of this author's writings, but only the most personal and significant part dedicated to proto-modern or pre-constitutional law, starting with *Visperas del Leviatán*, to cite his book with the greatest impact. Examining problems of a more general nature, however, this essay enlarges on the reflection Hespanha has dedicated to the history of the late modern age, constitutional history, and legal theory. We refer, in particular, to the debate on the acceptance of *ius commune* in the early modern age and, from this, to the problem of globalization of law in the present. Given the parallelism between the writings of Hespanha and those of this essay's author, the article ends with a self-criticism.

FRANCESCO MACARIO, *The 'Forms of Law' in the History of the Present: the New European Contract Law between Order, Reason and Decision*.

Assuming the point of view of the "historian of the present time", the author examines the interactions among the different "forms" of European Law within the process of harmonization which specifically concerns the area of the new Contract Law. This process is highly complex and complicated, since it has a multilevel character and is influenced by several factors, which play different roles but should converge towards the result of a unified systematic "order" of law: (a) the directives, (b) the decisions of the European Court of Justice and, finally, (c) the work of the scholars. This work is self-organized through various ad hoc commissions, with an effort to attain a rational framework of principles and general rules, according to the traditional model of the "code", but following a process quite different from the codification processes and debates in the twentieth-century European con-

text. The main question focuses on the actual possibility for European lawyers in the short or medium term to have not only a set of principles and rules within specific sectors of private law, but also a more ambitious, new, systematic legal framework, basically by merging the results and experiences of the different abovementioned “legal for-
mants”, pursuant to the method of historical and comparative legal studies.

Ragguagli fiorentini

ATTIVITÀ DEL CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO
NELL'ANNO ACCADEMICO 2010-2011

Sono stati graditi ospiti del 'Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno' per un soggiorno di studio: il prof. Arno DAL RI e il dott. Ricardo SONTAG dell'Universidade Federal de Santa Catarina di Florianopolis (Brasile), il dott. Marcelo CASSEB CONTINENTINO, dell'Universidade de Brasilia, il dott. Neng DONG dell'East China University of Political Science and Law di Shanghai, il dr. Manuel Espejo Lerdo de Tejada dell'Universidad de Sevilla.

È stato pubblicato il volume 40 dei 'Quaderni fiorentini', in due tomi, per un totale di pp. 1170, dedicato a *Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento*, con saggi, fra gli altri, di COSTA, MOHNHAUPT, ANZOATEGUI, HESPANHA, LORENTE, HAFERKAMP, GEYER, CARONI, LUMINATI, HERRERA, JOUANJAN, SABBIONETI, FREDI, LOBBAN, SAUCEDO, PIFFERI, MECCARELLI, SPINOSA, CAZZETTA, STRONATI, ABBAMONTE. Completano il volume ampie sezioni dedicate a Letture, Discussioni, A proposito di..., Testimonianze.

Nella 'Biblioteca' del Centro sono stati pubblicati il volume 91, di MARCO SABBIONETI, *Democrazia sociale e diritto privato. La Terza Repubblica di Raymond Saleilles*; il volume 92: CONDORCET, *Dichiarare i diritti, costituire i poteri. Un inedito sulla dichiarazione dei diritti dell'uomo*, a cura di Gabriele MAGRIN. Edizione del manoscritto a cura di Mercurio CANDELA.

Si è tenuto in data 10 e 11 giugno 2011 il seminario *Retoriche dei giuristi e costruzione dell'identità nazionale*, coordinato dal prof. Giovanni Cazzetta, nell'ambito del progetto Prin 2008, *Prolusioni. Prelezioni e discorsi*, e realizzato in collaborazione con il Dipartimento di Teoria e Storia del Diritto dell'Università di Firenze e le Università di Ferrara, Milano Statale, Roma 'La Sapienza', Torino.

Ha preso avvio, con il mese di maggio 2011, il XXVI ciclo del

dottorato in “Universalizzazione dei sistemi giuridici: teoria, scienza e storia del diritto”, in collaborazione con l’Istituto Italiano di Scienze Umane di Firenze, il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell’Università degli Studi di Roma La Sapienza, l’Istituto Universitario Suor Orsola Benincasa di Napoli. Da oltre 20 candidati sono stati selezionati 4 dottorandi con borsa. Tra i seminari svolti si segnalano: dott.ssa Tzehainesh TEKLE *The judicial use of international labour standards*; la presentazione del volume di Peter LINDSETH, *Power and legitimacy*, coordinato dal prof. Bernardo SORDI, presente l’autore; la giornata di studi coordinata da Silvana SCIARRA, *Remedies and Sanctions for Unlawful Industrial Action in a Comparative Perspective*.

PIETRO COSTA, *Pagina introduttiva* 1

MODELLI E DIMENSIONI

GIUSEPPE DUSO, *Ripensare la rappresentanza alla luce della teologia politica* . . . 9
 PAULO FERREIRA DA CUNHA, *Le droit naturel et ses avatars. Anciennes et nouvelles polémiques* 49
 PAOLO SLOGO, *La vita del diritto e l'ordine dei costumi nell'Esprit des lois.* . . 67

LA DIMENSIONE GIURIDICA

ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *Modalidades e limites do imperialismo jurídico na colonização portuguesa* 101
 ANDREA LANDI, *Unum et idem regnum. L'unione del nuovo mondo alla corona di Castiglia nella riflessione di Juan de Solórzano y Pereira* 137
 ALEJANDRO AGÜERO, *On justice and "home rule" tradition in the Spanish colonial order. Criminal justice and self government in Córdoba del Tucumán.* . . 173
 JOAQUÍN VARELA SUANZES-CARPEGNA, *La costituzione di Cadice nel contesto spagnolo ed europeo (1808-1823)* 223
 PIERRE-NICOLAS BARENOT, NADER HAKIM, *La jurisprudence et la doctrine: retour sur une relation clef de la pensée juridique française contemporaine.* 251
 FLORENT GARNIER, *De la coutume et des usages dans la doctrine commerciale française à la fin XIX^e siècle et au debut XX^e siècle* 299
 FERDINANDO MAZZARELLA, *Una crisi annunciata. Aporie e incrinature dello stato liberale di diritto* 329
 PAOLO GROSSI, *Le 'prolusioni' dei civilisti e la loro valenza progettuale nella storia della cultura giuridica italiana* 399
 MAURIZIO FIORAVANTI, *Le trasformazioni della cittadinanza nell'età dello Stato costituzionale* 427
 FRANCESCO MACARIO, *Le 'forme del diritto' nella storia presente: il nuovo diritto europeo dei contratti tra ordine, ragione e decisione* 441
 BARTOLOMÉ CLAVERO, *¿Globalización del constitucionalismo? Transnacionalidad de empresas entre poderes y derechos por tiempos postcoloniales (1947-2011).* 483

FIGURE DELL'ESPERIENZA

FERDINANDO MAZZARELLA, *Darwinismo, storicismo, socialità. «La nuova tendenza» di Giuseppe Vadalà-Papale* 583

PAOLO GROSSI, <i>Luigi Mengoni nella civilistica italiana del Novecento</i>	627
FRANCESCO SAVERIO NISIO, <i>Il giurista-massa e il non-giurista: Carbonnier filosofo</i> .	657
BARTOLOMÉ CLAVERO, <i>Gracia y derecho entre localización, recepción y globalización (lectura coral de Las Vísperas Constitucionales de Antónío Hespanha)</i> . .	675

LETTURE

T. CASADEI, S. MATTARELLI, (a cura di), <i>Il senso della Repubblica. Schiavitù</i> (B. Bartocci)	767
I.F. SARASOLA, <i>La Constitución de Cádiz. Origen</i> (C. Álvarez Alonso)	772
K. GROH, <i>Demokratische Staatsrechtslehrer in der Weimarer Republik</i> (S. Martín)	779
V. SELLIN, <i>Gewalt und Legitimität</i> (A.G. Manca)	796
E. STOLFI, <i>Il diritto, la genealogia, la storia</i> (P. Costa)	800
A. TORRE, <i>Luoghi. La produzione di località in età moderna e contemporanea</i> (P. Costa)	808
FASCISMO E DIRITTO (a cura di Irene Stolzi)	819
G. ACERBI, <i>Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi</i> (G. Focardi)	819

A PROPOSITO DI...

OMBRETTA DI GIOVINE, <i>Il cielo dei concetti: definizione del senso delle parole e delle proposizioni nel diritto penale</i>	837
JOSÉ MARÍA VALLEJO GARCÍA-HEVIA, <i>La facultad de derecho de Oviedo: una historia universitaria europea</i>	865

ABSTRACTS	919
---------------------	-----

RAGGUAGLI FIORENTINI

<i>Attività del Centro di Studi per la storia del pensiero giuridico moderno nell'anno accademico 2010-2011</i>	933
---	-----

Contents

PIETRO COSTA, <i>Introductory Remarks</i>	1
GIUSEPPE DUSO, <i>Rethinking Representation in Light of Political Theology</i>	9
PAULO FERREIRA DA CUNHA, <i>Natural Law and its Avatars. Disputes Old and Recent.</i>	49
PAOLO SLOGO, <i>The Life of Law and the Order of Customs in the Esprit des lois.</i>	67
ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, <i>Modalities and Limits of Legal Imperialism in Portuguese Colonization</i>	101
ANDREA LANDI, <i>Unum et idem regnum. The Union of the New World with the Crown of Castile in the Reflections of Juan de Solórzano y Pereira</i>	137
ALEJANDRO AGÜERO, <i>On Justice and the "home-rule" tradition in the Spanish colonial order. Criminal justice and self government in Córdoba del Tucumán.</i>	173
JOAQUÍN VARELA SUANZES-CARPEGNA, <i>The Constitution of Cadiz in the Spanish and European Context (1808-1823)</i>	223
PIERRE-NICOLAS BARENOT, NADER HAKIM, <i>'Jurisprudence' and 'Legal Science': about a Key-relation in Contemporary French Legal Thought.</i>	251
FLORENT GARNIER, <i>Custom and Uses in French Commercial Law in the Late XIX Early XX Centuries</i>	299
FERDINANDO MAZZARELLA, <i>An Expected Crisis. Aporias and Ruptures in the Liberal State.</i>	329
PAOLO GROSSI, <i>The 'Prolusory Speeches' of Civil Law Scholars and their Value as Projects in the History of Italian Legal Culture.</i>	399
MAURIZIO FIORAVANTI, <i>The Transformations of Citizenship in the Age of the Constitutional State</i>	427
FRANCESCO MACARIO, <i>The 'Forms of Law' in the History of the Present: the New European Contract Law between Order, Reason and Decision</i>	441
BARTOLOMÉ CLAVERO, <i>Constitutionalism becoming globalized? Transnational Nature of Business Enterprises between Power and Rights in Post-colonial Times (1947-2011).</i>	483
FERDINANDO MAZZARELLA, <i>Darwinism, Historicism, Sociality. The « New Trend » of Giuseppe Vadalà-Papale.</i>	583
PAOLO GROSSI, <i>Luigi Mengoni in Twentieth-century Civil Law</i>	627
FRANCESCO SAVERIO NISIO, <i>The Mass-jurist and the Non-jurist. Carbonnier the Philosopher.</i>	657
BARTOLOMÉ CLAVERO, <i>The Grace and the Law between Localization, Acceptance, Globalization (a choral interpretation of Las Visperas Constitucionales by António Hespanha</i>	675

REVIEWS

TH. CASADEI, S. MATTARELLI, (a cura di), <i>Il senso della Repubblica. Schiavitù</i> , (B. Bartocci)	767
I. F. SARASOLA, <i>La Constitución de Cádiz</i> (Cl. Álvarez Alonso)	772
K. GROH, <i>Demokratische Staatsrechtslehrer in der Weimarer Republik</i> (S. Martín).	779
V. SELLIN, <i>Gewalt und Legitimität</i> (A. G. Manca)	796
E. STOLFI, <i>Il diritto, la genealogia, la storia</i> (P. Costa)	800
A. TORRE, <i>Luoghi. La produzione di località in età moderna e contemporanea</i> (P. Costa).	808
FASCISM AND THE LAW (BY I. STOLZI).	819
G. ACERBI, <i>Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi</i> (G. Focardi)	819

READINGS

OMBRETTA DI GIOVINE, <i>The "Heaven of Concepts"; about the meaning of words and statements in penal law</i>	837
JOSÉ MARÍA VALLEJO GARCÍA-HEVIA, <i>The Faculty of Law in Oviedo</i>	865

ABSTRACTS	919
---------------------	-----

CENTRO DI STUDI PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO <i>Activities in the year 2010-2011</i>	933
---	-----

I collaboratori del « Quaderno » 41

GIUSEPPE DUSO

Prof. Ordinario di Filosofia politica — Università di Padova

PAULO FERREIRA DA CUNHA

Professor Catedrático de Direito, Director do Instituto Jurídico Interdisciplinar — Universidade do Porto

PAOLO SLONGO

Dottore di ricerca in Filosofia politica — Università di Padova

ANTÓNIO MANUEL HESPANHA

Catedrático de História de direito — Universidade Nova de Lisboa

ANDREA LANDI

Ricercatore di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Pisa

ALEJANDRO AGÜERO

Profesor Ayudante de Historia del Derecho Argentino — Universidad Nacional de Córdoba (Argentina)

JOAQUÍN VARELA SUANZES-CARPEGNA

Catedrático de Derecho Constitucional, Director del Seminario de Historia Constitucional “Martínez Marina” — Universidad de Oviedo

PIERRE-NICOLAS BARENOT

Attaché temporaire d'enseignement et de recherche — Université Montesquieu-Bordeaux IV

NADER HAKIM

Professeur des universités, Directeur du Centre Aquitain d'Histoire du Droit — Université Montesquieu-Bordeaux IV

FLORENT GARNIER

Professeur des universités — Université d'Auvergne

FERDINANDO MAZZARELLA

Prof. Associato di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Palermo

PAOLO GROSSI

Prof. Emerito di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze; Giudice della Corte Costituzionale

MAURIZIO FIORAVANTI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

BARTOLOMÉ CLAVERO

Catedrático de Historia del derecho — Universidad de Sevilla

FRANCESCO SAVERIO NISIO

Prof. Associato di Filosofia del diritto — Università di Foggia

FRANCESCO MACARIO

Prof. Ordinario di Diritto privato comparato — Università di Roma Tre

CLARA ÁLVAREZ ALONSO

Profesora titular de Historia del derecho y de las instituciones — Universidad Autónoma de Madrid

BARBARA BARTOCCI

Collaboratrice di Filosofia del diritto — Università di Modena

SEBASTIÁN MARTÍN

Profesor Contratado Doctor — Universidad de Sevilla

ANNA GIANNA MANCA

Prof. Associato di Storia delle istituzioni politiche — Università di Trento

PIETRO COSTA

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

GIOVANNI FOCARDI

Ricercatore di Storia contemporanea — Università di Padova

JOSÉ MARÍA VALLEJO GARCÍA-HEVIA

Catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones — Universidad de Castilla-La Mancha

OMBRETTA DI GIOVINE

Prof. Ordinario di Diritto penale — Università di Foggia